

La cooperazione giudiziaria e la controversa tutela della libertà dell'estraddando

Alessandro Iachetta

1. Il caso Battisti

Il caso Battisti è l'emblema negativo di come una mancata cooperazione tra stati e l'interferenza di ideologie possa coinvolgere (e stravolgere) anche i sistemi più garantisti dal punto di vista penale. Gli attori in causa sono Italia, Francia (e l'Europa con essa), Messico e Brasile. La richiesta è sempre una: la concessione dell'estraddizione ai fini del conseguimento di una condanna definitiva.

La legislazione italiana, prima dalla Francia (nel periodo Mitterand), poi dal Brasile, è stata ritenuta, di fatto, inadatta a garantire una piena tutela dell'estraddato.

2. Il fatto

Ma analizziamo il fatto: chi è Cesare Battisti?

Cesare Battisti nasce a Cisterna di Latina nel 1954, già nei primi anni '70 s'imbatte in problemi con la giustizia rendendosi protagonista di numerose rapine ed un sequestro di persona.

Proprio durante la reclusione nel carcere di Udine, a seguito di una rapina, conosce l'Arrigo Cavallina, ideologo dei Proletari Armati per il Comunismo, che lo accoglie nell'organizzazione. Da questo momento prende parte alle azioni dei PAC, che lo vedono coinvolto in numerose rapine le cosiddette "espropriazioni proletarie") e spedizioni omicide¹ nei confronti di civili accusati di essere "agenti della contro-rivoluzione", rei, secondo i PAC, di aver resistito alle "espropriazioni proletarie".

Nel 1979 nell'ambito di un'operazione antiterrorismo di vaste proporzioni, Battisti è arrestato e recluso nel carcere di Frosinone, con la condanna a 13 anni e 5 mesi per l'omicidio del gioielliere Pierluigi Torregiani.

Il 4 ottobre 1981 Battisti riesce ad evadere dal carcere e a fuggire in Francia.

Da questo momento inizia la sua latitanza e per circa un anno vive

¹Corte d'Assise d'Appello di Milano, sent. n. 24/93, consultabile sul sito <http://www.vittimeterrorismo.it/archivio/atti/sentenzaPAC1993.pdf>.

clandestinamente a Parigi. In seguito, si trasferisce in Messico, dove nasce la sua prima figlia.

Durante il soggiorno messicano, i giudici italiani lo condannano, in contumacia, all'ergastolo perché ritenuto responsabile di quattro omicidi e rapine. Battisti viene, infatti, giudicato colpevole di aver sparato al maresciallo Antonio Santoro (Udine, 6 giugno 1978), e all'agente della Digos Andrea Campagna (Milano, 19 aprile 1979), nonché di aver preso parte all'assassinio del macellaio di Mestre Lino Sabbadin (Santa Maria di Sala, Venezia, 16 febbraio 1979) e alla pianificazione dell'omicidio del gioielliere Pieluigi Torrighiani (Milano, 16 febbraio 1979). Nel 1990 torna a Parigi dove, nel frattempo, erano andate a vivere la moglie e la figlia. Nella capitale francese frequenta la comunità di rifugiati italiani che lì vive grazie alla cosiddetta "dottrina Mitterrand"².

Durante gli anni parigini si procura da vivere scrivendo un romanzo e traducendo dal francese all'italiano racconti di autori *noir*.

Poco tempo dopo viene però arrestato a seguito di una richiesta di estradizione del governo italiano. Nell'aprile 1991, dopo quattro mesi di detenzione, la *Chambre d'accusation* di Parigi lo dichiara non estraibile e così torna libero. Nel 2002 il governo italiano inoltra alla Francia una nuova richiesta di estradizione, ma il mondo degli intellettuali della *gauche* si schiera a suo favore e organizza numerose manifestazioni in sua difesa. A febbraio del

² Mitterrand si esprimeva in questi termini: «*Mais je dis hautement: la France est et sera solidaire de ses partenaires européens, dans le respect de ses principes, de son droit: elle sera solidaire, elle refusera toute protection directe ou indirecte pour le terrorisme actif, réel, sanglant*». (Discours au Palais des sports de Rennes, 1er février 1985) Precisava poi il suo pensiero sul punto in successive occasioni nei termini seguenti: «*Nous avons environ 300 Italiens réfugiés en France depuis 1976 et qui depuis qu'ils sont chez nous, se sont 'repentis' et auxquels notre police n'a rien à reprocher. Il y a aussi une trentaine d'Italiens qui sont dangereux mais ce sont des clandestins. Il faut donc d'abord les retrouver. Ensuite ils ne seront extradés que s'il est démontré qu'ils ont commis des crimes de sang. Si les juges italiens nous envoient des dossiers sérieux prouvant qu'il y a eu crime de sang, et si la justice française donne un avis positif, alors nous accepterons l'extradition*». (Compte-rendu du déjeuner de travail avec Bettino Craxi, président du Conseil italien, du 22 février 1985); ed ancora: «*Les réfugiés italiens [...] qui ont participé à l'action terroriste avant 1981 (...) ont rompu avec la machine infernale dans laquelle ils s'étaient engagés, ont abordé une deuxième phase de leur propre vie, se sont insérés dans la société française [...]. J'ai dit au gouvernement italien qu'ils étaient à l'abri de toute sanction par voie d'extradition [...]*». (21 avril 1985, 65e congrès de la Ligue des droits de l'homme). I testi dei documenti citati sono reperibili online all'indirizzo <http://www.mitterrand.org/La-France-l-Italie-face-a-la.html>.

2004 Battisti ottiene la cittadinanza francese.

Il giorno 10 dello stesso mese viene arrestato a causa di una lite con un vicino. Richiesta nuovamente dalla magistratura italiana la sua estradizione, viene concessa dalle autorità d'oltralpe il 30 giugno 2004. Ad agosto Battisti fugge e torna latitante³. Nel giugno dello stesso anno la Corte d'Appello di Parigi accoglie la richiesta di estradizione italiana. In attesa che si pronunciasse la Cassazione francese, si rende irreperibile e fugge in Brasile dove nel marzo del 2007 viene arrestato. L'Italia presenta immediatamente una richiesta di estradizione al Brasile. Nel gennaio 2009 il ministro della Giustizia brasiliano, Tarso Genro, gli concede lo *status* di rifugiato politico. Il 12 novembre 2009 il Supremo Tribunale federale brasiliano si riunisce per riprendere l'esame del dossier di Battisti, iniziato a settembre. Il dibattimento viene, però, sospeso e aggiornato a due giorni dopo con i giudici in parità (quattro a favore dell'extradizione, quattro contrari), mentre si attende il voto del presidente della Corte, Gilmar Mendes. Il 16 novembre 2010 il Presidente Brasiliano, a Roma per il vertice della Fao, incontra il Presidente del Consiglio Italiano con cui discute della vicenda.

In quell'occasione, Lula avrebbe ribadito che la decisione sull'extradizione dell'ex terrorista rosso Cesare Battisti spetta alla Corte Suprema brasiliana e non a lui. Due giorni dopo - con 5 voti a favore e 4 contrari - il Supremo Tribunale federale del Brasile autorizza l'extradizione verso l'Italia del condannato: il Presidente del Tribunale, Gilmar Mendes, vota per ultimo, a favore dell'extradizione.

L'organo giudiziario determina, così, l'estradiabilità di Battisti, perché i crimini da lui commessi vengono considerati reati comuni e non politici; ma contemporaneamente, sempre con 5 voti contro 4, rimette a Lula la decisione finale sull'extradizione.

Il 20 novembre il ministro della Giustizia, Tarso Genro, comunica che il governo brasiliano preferirebbe mantenere l'ex terrorista dei Pac «per motivi politici e umanitari», dato il «rafforzarsi del fascismo» in Italia.

In seguito, il Presidente brasiliano, Lula da Silva, annuncia che prenderà la decisione definitiva sull'extradizione in Italia solo dopo aver esaminato la sentenza della Corte Suprema, ed essersi consultato con l'Avvocatura Generale dello Stato.

Il 31 dicembre 2010 lo stesso rende nota la propria intenzione di non

³ Notizie reperite dal sito: <http://www.repubblica.it/2007/03/sezioni/cronaca/battisti-arresto/scheda-battisti/scheda-battisti.html>.

concedere la richiesta estradizione, giustificandolo con il «fondato timore di persecuzione di Battisti per le sue opinioni politiche», motivo che il STF aveva respinto come infondato⁴. Il 9 giugno 2011 il *Supremo Tribunal Federal*/brasiliano conferma la decisione del Presidente a favore della liberazione di Cesare Battisti.

3. Il periodo francese

La controversia Italia-Francia riguardo al caso Battisti deriva dal diniego opposto dalle autorità francesi alla prima richiesta italiana, presentata a termini della Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, vincolante entrambi gli Stati.⁵

La Francia di Mitterand accoglie Battisti dalla latitanza in Messico, respingendo la richiesta italiana di estradizione fondata su tre mandati di arresto.

Il rifiuto di estradare Battisti, formalmente ricondotto al parere sfavorevole della *Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris*, nella sostanza si basava su una teorizzazione ideologica, la c.d. “dottrina Mitterand”, proclamata dal Presidente francese, il 1° febbraio 1985, al *Palais des sports* di Rennes; dottrina che ha prevalso in Francia negli anni 1980-2000 ed ha regolato i rapporti con l'Italia in merito all'extradizione, tutela, concessione di asilo a terroristi italiani, rifugiatisi in Francia, che si erano resi protagonisti in Italia nei c.d. anni di piombo (1969-1980).⁶

La dottrina offriva asilo in Francia, negando l'extradizione a stranieri ricercati per atti di natura violenta ma d'ispirazione politica ed anche a terroristi, soprattutto italiani, che avessero rinunciato ad ogni forma di violenza politica; il Presidente prendeva le distanze dal terrorismo «actif, réel, sanglant»⁷.

⁴Nota del governo brasiliano del 31 dicembre 2010, reperibile online sul sito http://www.lagazzettaonline.info/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1869:notado-governo-brasileiro-sobre-o-cidadao-italiano-cesare-battisti&catid=36:brasile&Itemid=59.

⁵ La Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 è stata ratificata dall'Italia con L. 30 gennaio 1963, n. 300 e dalla Francia con atto depositato il 10 febbraio 1986.

⁶ ZICCARDI-CAPALDO, *Il principio di buona fede nell'esecuzione dei trattati: il caso Battisti, un esempio emblematico di Mala Fides*, 2010, reperibile online sul sito <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Giuliana-Ziccardi-Capaldo-II-principio-di-buona-fede-nelleseecuzione-dei-trattati.-Il-caso-Battisti-un-esempi.pdf>.

⁷ Mitterand si esprimeva in questi termini: «*Mais je dis hautement: la France est et sera solidaire de ses partenaires européens, dans le respect de ses principes, de son droit: elle sera*

Alla base di questa decisione ha prevalso un'arbitraria presunzione d'illegalità del sistema giuridico italiano del tempo, considerato in violazione dei diritti individuali in materia di giusto processo e delle garanzie dei detenuti condannati per atti di terrorismo.

Mitterrand considerava la legislazione italiana degli anni '70-'80 non conforme agli *standard* europei; il riferimento era alla normativa emanata in quegli anni nei quali si resero necessarie misure più severe (la c.d. Legge Reale del 1975)⁸; disposizioni di contrasto del terrorismo (c.d. Legge Cossiga del 1980, che all'art. 270**bis** introduceva il reato di associazione con finalità di terrorismo); norme per l'acquisizione di prove attraverso la collaborazione di

solidaire, elle refusera toute protection directe ou indirecte pour le terrorisme actif, réel, sanglant.» (Discours au Palais des sports de Rennes, 1er février 1985) Precisava poi il suo pensiero sul punto in successive occasioni nei termini seguenti: «Nous avons environ 300 Italiens réfugiés en France depuis 1976 et qui depuis qu'ils sont chez nous, se sont 'repentis' et auxquels notre police n'a rien à reprocher. Il y a aussi une trentaine d'Italiens qui sont dangereux mais ce sont des clandestins. Il faut donc d'abord les retrouver. Ensuite ils ne seront extradés que s'il est démontré qu'ils ont commis des crimes de sang. Si les juges italiens nous envoient des dossiers sérieux prouvant qu'il y a eu crime de sang, et si la justice française donne un avis positif, alors nous accepterons l'extradition.» (Compte-rendu du déjeuner de travail avec Bettino Craxi, président du Conseil italien, du 22 février 1985); ed ancora: «Les réfugiés italiens [...] qui ont participé à l'action terroriste avant 1981 (...) ont rompu avec la machine infernale dans laquelle ils s'étaient engagés, ont abordé une deuxième phase de leur propre vie, se sont insérés dans la société française [...]. J'ai dit au gouvernement italien qu'ils étaient à l'abri de toute sanction par voie d'extradition [...]» (21 avril 1985, 65e congrès de la Ligue des droits de l'homme)». I testi dei documenti citati sono reperibili online sul sito <http://www.mitterrand.org/La-France-l-Italie-face-a-la.html>.

⁸ Il testo normativo introdusse un duro inasprimento della legge penale volto a combattere i fenomeni di terrorismo durante gli anni di piombo. Le innovazioni ritenute maggiormente repressive sono: a) all'art. 3 nella parte in cui si specifica che, anche fuori dei casi di flagranza, quando vi è il fondato pericolo di fuga, gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria o della forza pubblica possono fermare le persone nei cui confronti ricorrano sufficienti indizi di delitto concernenti le armi da guerra o tipo guerra. Inoltre era previsto che il fermato poteva essere tenuta in carcere fino a quattro giorni (96 ore 48+48) in attesa che il giudice ne convalidasse il fermo o ne disponesse la scarcerazione; b) all'art. 5, ove - come modificato dall'art. 2 della legge 533/1977 - vieta l'uso del casco e di altri elementi potenzialmente atti a rendere in tutto o in parte irricognoscibili i cittadini partecipanti a manifestazioni pubbliche, svolgentesi in pubblico o in luoghi aperti al pubblico; c) è l'art. 14 il più controverso amplia i casi in cui è legittimo l'uso delle armi da parte della polizia. Esso autorizza l'agente a fare fuoco non solo quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'autorità, ma, in maniera più generale, per impedire delitti di strage, naufragio, disastro aereo, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata, sequestro di persona.

condannati per reati di terrorismo, in cambio di uno sconto di pena (legge sui pentiti del 1982)⁹. Ma soprattutto, ai fini della tutela, veniva rilevata l'anomalia italiana riguardante l'impossibilità di remissione nei termini dell'imputato nel processo in contumacia (disposizione adesso modificata) , contrariamente al principio di ordine pubblico francese ed alle convenzioni internazionali secondo cui ad una persona condannata in contumacia deve essere concessa la possibilità di ottenere un nuovo giudizio in sua presenza, a meno che non sia accertato in maniera inequivocabile la rinuncia del proprio diritto di difendersi.

Tuttavia questa tesi omette di considerare l'irrelevanza di tale irregolarità nel caso specifico, non prendendo in esame il fatto che l'imputato era in condizione di contumacia a causa di un'evasione con successivo periodo di latitanza, rinunciando così in maniera inequivocabile e libera da ostacoli esterni ad essere giudicato in sua presenza (come invece constatato in seguito sia dal *Conseil d'Etat*¹⁰ e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, d'ora in poi Corte EDU¹¹).

L'Italia non demorde e nel 2003 invia una nuova richiesta di estradizione alla *Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris*, la quale, con

⁹ L. 29 maggio 1982, n. 304, in G.U. n. 149 del 2 giugno 1982 (c.d. Legge sui pentiti).

¹⁰ Conseil d'Etat, Assemblée du contentieux, Séance du 11 mars 2005, Lecture du 18 mars 2005, n. 273714-M. B., reperibile online sul sito <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=1058>. Il *Conseil d'Etat*, si esprimeva nei termini seguenti: «*Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, d'une part, M. B. a bénéficié, à tous les stades d'une procédure longue et complexe, de la défense d'avocats choisis par lui ; que, d'autre part, il avait une connaissance directe, effective et précise des poursuites engagées contre lui, de leur déroulement et des dates de ses procès, ainsi que le révèlent, par leurs dates, leurs destinataires et leur contenu, les documents sus-mentionnés; que, dès lors, M. B., qui s'est évadé de prison et est longtemps resté introuvable, doit être regardé comme ayant manifesté, de manière non équivoque, sa volonté de renoncer à comparaître en personne devant ses juges et de se soustraire à la justice; que, dans ces conditions, il n'est pas fondé à soutenir qu'en accordant son extradition aux autorités italiennes, alors qu'il n'aurait pas la garantie d'être jugé à nouveau en Italie, le décret attaqué aurait été pris dans des conditions contraires à l'ordre public français, aux stipulations de l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux réserves du gouvernement français relatives à l'article 1er de la convention européenne d'extradition ou aux stipulations de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; [...] il résulte de tout ce qui précède que M. B. n'est pas fondé à demander l'annulation du décret du 23 octobre 2004 [...]*».

¹¹ ECtHR, Décision sur la recevabilité de la requête no. 28796/05 présentée par Cesare Battisti contre la France (12 décembre 2006).

sentenza del 30 giugno 2004, emana parere favorevole.

Il Consiglio di Stato francese, al quale Battisti propose ricorso di annullamento, dichiara il decreto di estradizione conforme non solo all'ordine pubblico francese ma anche «aux stipulations de l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux réserves du gouvernement français relatives à l'article 1er de la convention européenne d'extradition ou aux stipulations de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (...)».¹²

Indubbiamente il ruolo dell'Europa e della Cedu, nell'improvviso cambiamento di linea politica francese sull'extradizione ha un'importanza fondamentale.

Infatti, il *Conseil d'Etat*, così come la Corte EDU, alla quale Battisti, esaurito l'*iter* interno, presentò ricorso contro la Francia per l'annullamento del decreto di estradizione, avevano contestato la fondatezza dei motivi addotti all'epoca della dottrina Mitterand per sottrarre il Battisti alla giurisdizione italiana e la pervicacia con la quale si era affermato il mancato rispetto in Italia delle «esigenze dell'equo processo/exigences du procès équitable».¹³

Segnatamente innanzi alle due corti, il Battisti sostenne che un'eventuale estradizione verso l'Italia avrebbe visto compromesso il suo diritto a un equo processo, garantito anche dall'art 6 della Cedu, poiché in detto Paese era stato condannato con procedura contumaciale senza essere stato adeguatamente informato dei motivi dell'accusa, senza aver avuto l'opportunità di organizzare validamente la sua difesa e senza la possibilità di beneficiare di un nuovo processo, diritto al quale non aveva rinunciato con la latitanza. Entrambe le corti respinsero il ricorso.

Il *Conseil d'Etat* respinge il ricorso con sentenza del 18 marzo 2005, affermando la piena conformità del procedimento italiano ai parametri dell'equo processo e la validità del decreto francese di estradizione.¹⁴

Dello stesso parere è la Corte di Strasburgo che, nel dicembre 2006, dichiara manifestamente infondato il ricorso del Battisti, sostenendo che né la

¹² Conseil d'Etat, Assemblée du contentieux, Séance du 11 mars 2005, Lecture du 18 mars 2005 n°273714 - M. B., reperibile online sul sito <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=1058>.

¹³ G. ZICCARDI CAPALDO, «Il principio di buona fede nell'esecuzione dei trattati: il caso Battisti, un esempio emblematico di Mala Fides», 2010, cit.

¹⁴ Conseil d'Etat, Assemblée du contentieux, Séance du 11 mars 2005, Lecture du 18 mars 2005, n. 273714-M.B., reperibile online sul sito <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=1058>.

lettera né lo spirito della Convenzione impediscono a una persona di rinunciare al diritto garantito dall'art. 6; il ricorrente aveva deliberatamente scelto la latitanza dopo l'evasione del 1981, senza esservi costretto da forza maggiore o da cause indipendenti dalla sua volontà.

In conclusione, si afferma che di fronte alla rinuncia in maniera inequivocabile al suo diritto a comparire personalmente e di essere giudicato in sua presenza, non si poteva riscontrare una violazione del diritto d'informazione né del diritto di difesa, risultando dagli atti processuali che era stato effettivamente assistito da più avvocati designati per lui durante il processo.¹⁵

Questa sentenza che mette la parola fine dal punto di vista giuridico europeo al caso specifico non troverà attuazione, poiché il Battisti riuscì poco prima della cattura a rendersi irreperibile alle autorità francesi e a fuggire in Brasile.

4. Il periodo brasiliano

Battisti entra in contatto con le autorità brasiliane nel 2007 dove viene arrestato a Copacabana in un'operazione congiunta Interpol, Carabinieri, autorità brasiliane e francesi.

Fin da subito l'Italia presenta domanda di estradizione incontrando le prime difficoltà.

Infatti, il processo brasiliano per concedere l'extradizione prevede un lungo *iter* che si può dividere in tre fasi: la prima e la terza di competenza dell'Esecutivo ("*fases administrativas*"); la seconda, invece, è di competenza del Supremo Tribunal Federal (STF), l'organo giudiziario competente per le analisi delle azioni di estradizione (art. 102 Cost.).

L'impulso del processo spetta al Paese richiedente l'extradizione, e deve essere diretto al *Ministério das Relações Exteriores* per essere successivamente indirizzato al *Ministro da Justiça*.

Questa richiesta deve trovare fondamento in un trattato previamente ratificato tra gli stessi paesi o in condizione di reciprocità.

Una volta accolta la richiesta dal Ministro, il processo è rimesso al STF, che vaglierà le questioni legali disposte dalla *Constituição Brasileira*, dai

¹⁵ ECtHR, Décision sur la recevabilité de la requête no. 28796/05 présentée par Cesare Battisti contre la France (12 décembre 2006), 7.

trattati e dalle promesse di reciprocità.

Nella terza fase, la più discussa, entra in scena il Presidente della Repubblica. Vi sono discordi interpretazioni circa l'ampiezza dell'azione di quest'ultimo attore. Una prima tesi vede una mera esecuzione della decisione della STF.

La tesi opposta vede la possibilità, anzi il dovere, da parte del Presidente di esercitare il potere discrezionale nella concessione dell'estradizione.¹⁶

Parte della dottrina brasiliana ritiene invalida questa tesi basandosi sul vuoto normativo e su come nello "*Estatuto do Estrangeiro*" all'art. 85¹⁷ non si faccia il minimo riferimento a nessuna azione del Presidente dopo il giudizio del STF.

Le difficoltà che hanno reso negativo l'esito della richiesta italiana sono dovute esclusivamente alle

Ora, al fine della nostra analisi è importante ricordare che i rapporti in tema di estradizione tra Italia e Brasile sono regolati da un Trattato bilaterale stipulato il 17 ottobre 1989, in vigore dal 1 agosto 1993 che stabilisce l'obbligo reciproco di estradizione, sia al fine dello svolgimento di un procedimento sia ai fini dell'esecuzione della pena, nel rispetto del principio della doppia incriminazione in relazione ai reati puniti con una pena di durata superiore nel massimo a un anno o più severa.

All'art. 3 di tale trattato sono indicati in modo tassativo i motivi specifici attraverso i quali uno Stato può negare l'estradizione, ed è individuata nella lettera f) uno dei motivi basilari per il quale l'Esecutivo brasiliano ha ritenuto di negare l'estradizione del Battisti.

Tale normativa prevede che «*se la Parte richiedente ha serie ragioni per ritenere che la persona richiesta verrà sottoposta ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, o che la situazione di detta persona rischia di essere aggravata da uno degli elementi suddetti*».¹⁸

Altro limite imposto dal trattato è situato all'art. 5 intitolato ai «diritti

¹⁶ RENZEK F., *Direito internacional público*, 10, ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

¹⁷ Art. 85. Concedida a extradição, será o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à Missão Diplomática do Estado requerente que, no prazo de sessenta dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território brasileiro.

¹⁸ Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana. *Consultor Jurídico*. Disponibile sul sito <http://www.conjur.com.br/dl/tratado-extradicao-brasil-italia.pdf>.

fondamentali».

L'extradizione non sarà, altresì, concessa: a) se per il fatto per il quale è domandata, la persona richiesta è stata o sarà sottoposta ad un procedimento che non assicura il rispetto dei diritti minimi di difesa. La circostanza che il procedimento si sia svolto in contumacia della persona richiesta non costituisce di per sé motivo di rifiuto dell'extradizione; b) se vi è fondato motivo di ritenere che la persona richiesta verrà sottoposta a pene o trattamenti che comunque configurano violazione dei diritti fondamentali».

Analizzando quanto detto finora, non si riscontra da parte dell'Italia una violazione del trattato bilaterale, ne tantomeno la corrispondenza del caso specifico alle fattispecie astratte previste dalla normativa. Si tratta di accertare se il diniego possa essere fondato su eccezione previste dal Trattato che, in larga parte, trovano conferma nel nostro codice di procedura penale il cui art. 698 vieta l'extradizione per reati politici e quando vi è ragione di ritenere che l'imputato o il condannato corra il rischio di essere sottoposto ad atti persecutori o discriminatori o a pena e trattamenti disumani o degradanti o a violazioni di uno dei diritti fondamentali della persona.¹⁹ Segnatamente per l'ipotesi che identifica i reati commessi dal Battisti come politici, occorre ricordare che l'ex terrorista è stato condannato in via definitiva per quattro omicidi, due dei quali commessi nel corso di una rapina a mano armata, di gente comune. Quindi si parla di reati comuni e non politici. Nonostante ciò parte della dottrina brasiliana trascende da fatto specifico dando al contesto degli anni di piombo la capacità di trasmettere la matrice politica al reato.

A questo punto è interessante analizzare quanto stabilito dalla Lei 8.615/80 "*Estatuto do Estrangeiro*" dove all'art. 76 si afferma che «*non si concederà estradizione quando: il fatto costituisce crimine politico § 1º ad eccezione del punto; non s'impedisce l'extradizione quando il fatto costituisce, principalmente, una violazione della legge penale comune, o quando il crimine comune connesso al delitto politico, costituisce il fatto principale (...)*»²⁰

In base a quanto appena sottolineato, anche qualora fosse ammessa

¹⁹ CASTELLANETA, *La controversia tra Italia e Brasile sul caso Battisti tra i rimedi ed internazionali*, 2011, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 107-119.

²⁰ Art. 76. Não se concederá a extradição quando: «o fato constituir crime político, 1º A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delicto político, constituir o fato principal».

l'ipotesi che i reati del Battisti avessero una matrice politica, tale articolo è tassativo nello statuire che una situazione di questa natura viene estrinsecata dal diritto politico. Essendo così, a norma di legge, non vi sono vie per considerare il Battisti rifugiato politico.

Dello stesso parere è il *Comitê Nacional para Refugiados* (CONARE) che nega la richiesta di asilo formulata da Cesare Battisti dopo il suo arresto nel 2007. Nonostante questo, il ministro della giustizia revoca la decisione del CONARE e concede tale condizione nel 2009.

Ed è lo STF a intervenire contro questa decisione, sottolineando come l'art. 76, co. 2 attribuisce esclusivamente al Supremo Tribunal la valutazione dei casi nel processo di estradizione²¹.

Dopo aver risolto questo primo impasse, STF torna sulla decisione di merito stabilendo definitivamente che i crimini per i quali Battisti è stato condannato sono comuni.

Per di più, il Ministro Ricardo Lewandovsky, membro dello STF, definisce che nel caso specifico si tratta di crimini efferati (*hediondos*)²² per il modo in cui furono realizzati, ossia attraverso premeditazione e carattere vendicativo.²³

Un altro esponente dello STF, il ministro Ayres Britto, nella sua dichiarazione di voto afferma: «*Appare che nei PAC- Proletari Armati per il Comunismo- l'aggettivo "armati" snatura l'obiettivo ideologico, politico dell'istituzione, giacché un'organizzazione che si autodefinisce "armata" già si propone di eseguire crimini comuni, di sangue, che prevedono l'omicidio. E, nei limiti, non si può escludere l'utilizzo del terrorismo. Quest'ultimo è ripudiato espressamente dalla nostra Costituzione e la cui pratica è inconciliabile sia con la concessione di asilo politico e sia con lo status di rifugiato.*»²⁴

²¹ Il testo integrale della Lei n° 6.815, 19 agosto 1980 - «Estatuto do Estrangeiro» è reperibile online sul sito http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-ext-law-6815.html.

²² Per la legislazione brasiliana sono considerati «*crimes hediondos*» i delitti che suscitano maggior riprovazione da parte dello Stato. Secondo la dottrina prevalente brasiliana, sono «*hediondos*» (efferati) i crimini la cui lesività è accentuatamente espressiva, ossia delitti dall'estremo potenziale offensivo, i quali vengono denominati «di gravità accentuata». Questi ultimi vengono espressamente previsti nella Lei n° 8.072/90. Il testo della legge è reperibile online sul sito http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm.

²³ Dichiarazione reperibile online sul sito <http://tjmt.mvclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=154459&iABA=Not%EDcias&ex p=>.

²⁴ STEIN L. K., *Caso Battisti*, cit., afinal, o que decidiu o STF?, Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2779, 9 fev. 2011, disponibile online sul sito <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18455>.

Come detto, lo STF si pronuncia a favore dell'extradizione verso l'Italia. Il problema viene a porsi con la seconda votazione: decidere o no di affidare l'ultima parola al Presidente della Repubblica.

L'uso della discrezionalità del Presidente in questo caso è visto in maniera discordante. Analizzando la giurisprudenza nel procedimento per estradizione n. 1.114, il Ministro Carmen Lúcia, membro dello STF, si esprime a favore della discrezionalità del Presidente *«il Supremo tribunal Federale si limita ad analizzare la legalità della procedura di richiesta di estradizione (in base al Regolamento Interno dello STF, Costituzione brasiliana art 102, inciso I linea g; e la Lei n. 6.815/80, art. 83): rifiutando la richiesta, non si costituisce il titolo giuridico senza il quale il Presidente della Repubblica non può eseguire l'extradizione; se concessa, la consegna del suddito allo Stato richiedente resta a seconda del criterio discrezionale del Presidente della Repubblica»*.²⁵

Stessa scelta adottata nel procedimento di estradizione n. 1085 (caso Battisti), suscitando dei dubbi per l'espressa parzialità del Presidente che già precedentemente aveva affermato di considerare Battisti un rifugiato politico, contraddice nei fatti la prima votazione. Unica riserva che viene posta è quella di attenersi al già citato Trattato Italia-Brasile del 1989.

Il Presidente nega l'extradizione sulla base dell'art. 3, punto 1, lett. f, il quale stabilisce che *«l'extradizione non sarà concessa: f) se la Parte richiesta ha serie ragioni per ritenere che la persona richiesta verrà sottoposta ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, o che la situazione di detta persona rischia di essere aggravata da uno degli elementi suddetti»*.²⁶

Sposa la tesi dell'Avvocatura dello Stato brasiliana, sostenendo, quindi, che Battisti avrebbe potuto subire conseguenze negative dall'arrivo in Italia, di fatto ipotizzando il rischio di persecuzione o di atti discriminatori e mettendo in discussione, in questo modo, il rispetto dei diritti umani in Italia.

²⁵ «O Supremo Tribunal Federal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, inciso I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República.» (Extradição: o caso Cesare Battisti. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2895, 5 jun. 2011, disponibile sul sito <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19261>).

²⁶ V. nota n. 19.

Con quest'affermazione non solo si rifiuta una richiesta di estradizione, ma contemporaneamente si smentisce il parere del *Conseil d'État française*²⁷, della Corte EDU²⁸, del CONARE e soprattutto dello stesso *Supremo Tribunal Federal*.

Anche dal punto di vista fattuale questa tesi è difettosa, essendo l'Italia impegnata in numerosi trattati e convenzioni per i diritti umani. Senza dimenticare che l'Italia ha fronteggiato il terrorismo di matrice rossa e nera nel rispetto dei diritti umani fondamentali, garantendo la piena difesa dei valori costituzionali e democratici malgrado la situazione di emergenza.

Ciò è stato riconosciuto anche in atti internazionali, come ad esempio il rapporto del 12 giugno 2006, «*Alleged secret detentions and unlawful interstate transfers of detainees involving Council of Europe member States*» presentato dal relatore speciale Dick Marty all'Assemblea, parlamentare del Consiglio d'Europa, nel quale mettendo a confronto le reazioni al terrorismo internazionale da parte degli Stati Uniti e quelle al terrorismo interno da parte di alcuni Paesi europei, tra i quali l'Italia negli anni di piombo, si sostiene che questi stati europei hanno combattuto il terrorismo all'interno del quadro istituzionale e giuridico esistente.

Non ininfluente inoltre è che l'Italia, in quanto stato membro dell'Unione Europea, è anche vincolata dalla Cedu e che il Trattato dell'Unione europea, all'art. 7 consente al consiglio di intervenire nei casi di violazione grave dei diritti umani e dei principi dello Stato da Parte di un Paese membro.²⁹

Appare del tutto infondato il rischio di persecuzioni, torture o qualsivoglia violazione dei diritti umani. Il governo italiano presenta, nel giugno del 2011, ricorso allo STF. Tuttavia, il Tribunale non può che mantenere la decisione del Presidente di non estradare.

Indubbiamente, la risoluzione del Presidente, anche se non rispetta il trattato di estradizione, costituisce un atto puro di sovranità (un atto politico) e quindi non può essere giudicato.

Accettare il ricorso italiano sarebbe stato, a parere della maggior parte della dottrina brasiliana, un affronto alla sovranità brasiliana e al principio di non interferenza negli affari interni.

²⁷ V. nota n. 14.

²⁸ V. nota n. 11.

²⁹ CASTELLANETA, *La controversia tra Italia e Brasile sul caso Battisti tra i rimedi interni e internazionali*, cit., 107.

Il processo di estradizione non è un litigio tra due paesi, ma una relazione internazionale, nella quale entrambi i paesi devono agire nella pienezza della loro sovranità. Sulla base di questo lo STF decide per il mantenimento della decisione del Presidente e ordina l'immediata scarcerazione di Battisti.

5. Conclusioni

Seguendo l'*iter* della vicenda Battisti appare evidente il conflitto tra decisioni politiche dei singoli Stati e le relative sentenze delle diverse Corti interpellate.

Forse la fama del personaggio, il focalizzarsi su un periodo buio che ha attraversato l'Europa nel decennio 70-80 hanno creato incrinature nel sottile equilibrio di poteri tra esecutivo e giudiziario.

Entrambe le posizioni, quella della Francia di Mitterand e quella del Brasile di Lula, sia pure con diverse sembianze - la prima ideologicamente motivata e più raffinata, la seconda concettualmente più ruvida - configurano atteggiamenti discutibili dal punto di vista del diritto internazionale.

In entrambe, la violazione del principio di buona fede emerge con chiarezza e si concreta nella "manifesta infondatezza" dei motivi addotti a sostegno delle posizioni assunte che ignorano volutamente, e pervicacemente omettono di considerare norme e fatti rilevanti e noti che provano l'irrazionalità e profili di illegalità delle decisioni adottate.

Indubbiamente, la fama riscossa dal personaggio e la vicenda avventurosa della vita del Battisti ha portato parte dell'opinione pubblica a influire nelle decisioni prese dagli Esecutivi.

Di certo, il caso in questione diventa un vero e proprio *hard case*, modello di una cooperazione fallimentare.

Roberto Ferrara

6. Sul caso Othman e sul problema delle *assurances* nell'estradizione. Premessa

Il dilagare di cellule jihadiste in Europa ha condotto nell'ultimo decennio a un utilizzo sempre più frequente³⁰ di assicurazioni diplomatiche per "garantire" che l'estradando venga adeguatamente tutelato nel paese richieden-

³⁰ HUMAN RIGHTS WATCH, *Diplomatic Assurances' against Torture*, 2007.

te, specialmente contro il rischio che subisca torture, o, ipotesi teoricamente peggiore, che venga inflitta la pena di morte.

La Corte EDU ha, fino a tempi recenti, costantemente ritenuto insufficienti le *assurances* come mezzo di tutela contro il rischio di tortura e analoghi maltrattamenti inumani e degradanti³¹. Essendo un'*assurance* un accordo tra Stati non giuridicamente vincolante, le conseguenze di una violazione si manifesterebbero sul mero piano politico, menomando una tutela che dovrebbe essere assoluta³². Tuttavia, nella sentenza Othman del 2012³³, è venuta meno la dicotomia gerarchica tra *hard* e *soft law* e sono ora prospettabili *assurances* ritenute idonee a ovviare il pericolo di tortura, un crimine previsto da norme (come l'art. 3 Cedu³⁴ nel caso *de quo*) che sono vincolanti in modo inderogabile per gli Stati firmatari ed oltretutto di *ius cogens*. La valutazione della Corte EDU sull'affidabilità delle *assurances* in suddetta sentenza non è condivisibile per varie ragioni, che verranno illustrate in seguito.

7. Le circostanze del caso Othman

Il ricorrente Omar Othman, imam di nazionalità giordana conosciuto anche come Abu Qatada, ottenne l'asilo politico nel Regno Unito nel 1994 sulla base di asserzioni circa la sua tortura da parte delle autorità giordane durante la sua detenzione nel 1988 e tra il 1990-91. Nel periodo del suo soggiorno a Londra venne condannato *in absentia* in Giordania nel 1999 e di nuovo nel 2000 come presunto partecipe a complotti terroristici. Nel 2002 venne arrestato dalle autorità inglesi con l'accusa di reati previsti dall'Anti-terrorism, Crime and Security Act del 2001. Il Foreign and Commonwealth Office espresse quindi il parere che l'art. 3 Cedu precludeva la deportazione del sig. Othman visto il rischio di tortura in Giordania, ma che assicurazioni diplomatiche al riguardo potevano essere un valido mezzo per deportare l'in-

³¹ V. ad es. Corte EDU, Chahal c. Regno Unito, 15 novembre 1996; *id.*, Saadi c. Italia, 28 febbraio 2008; *id.* Baysakov e altri c. Ucraina, 18 febbraio 2010; *id.* Klein c. Russia, 01 aprile 2010; *id.* Khaydarov c. Russia, 20 giugno 2010.

³² Come la Corte EDU stessa ha asserito in Saadi c. Italia, cit. *supra*: «*gli Stati affrontano difficoltà immense nei tempi moderni per proteggere le loro comunità dalla violenza terrorista. Non può pertanto sottovalutare, oggi, l'entità del pericolo del terrorismo e la minaccia che costituisce per la comunità. Tuttavia, ciò non deve mettere in dubbio la natura assoluta dell'articolo 3 [della Convenzione Europea, che vieta la tortura e altri maltrattamenti]*».

³³ Corte EDU, Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom 17 gennaio 2012 (ric. n. 8139/09)

³⁴ «*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*».

teressato senza violare gli obblighi assunti nella Convenzione. Nel 2005 il Regno Unito stipulò un Memorandum d'Intesa (MOU) con la Giordania a garanzia dei diritti del sig. Othman. Venne quindi notificata la sua deportazione, decisione che a seguito dell'impugnazione dell'interessato fu riesaminata e convalidata dalla Special immigration appeals commission (SIAC). Il caso arrivò sino alla House of Lords, ed infine alla Corte EDU, chiamata dall'interessato a dichiarare illegittima la sua deportazione per violazione degli artt. 3, 13, 5 e 6 Cedu. La Corte accolse la tesi dell'interessato in relazione all'art. 6 e respinse gli altri motivi di ricorso.

8. Prime osservazioni

La pronuncia della Corte EDU può ritenersi storica per quanto riguarda l'art. 6, in quanto fu la prima volta che un'espulsione venne dichiarata illegittima dalla Corte per violazione dei principi del giusto processo; nel caso di specie la violazione era dovuta al possibile utilizzo nelle corti giordane di prove ottenute con la tortura. Tuttavia, e di uguale importanza storica, la Corte ritenne infondato il capo relativo alla violazione dell'art. 3 nonostante fondati timori che l'interessato sarebbe stato torturato una volta consegnato agli ufficiali della GID³⁵ Giordana. Secondo la Corte il MOU tra i due paesi offriva garanzie sufficienti a proteggere il ricorrente da maltrattamenti, rendendo legittima la deportazione almeno alla stregua dell'art. 3 Cedu.

Quest'ultima conclusione è quella di maggiore interesse, poiché, a differenza della *ratio decidendi* sull'art. 6, non solo si trova in contrasto con la lettera della Convenzione e l'opinione sulle *assurances* di gran lunga prevalente nella comunità internazionale, ma ignora suggerimenti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) per "meccanismi per il controllo del trattamento di una persona espulsa dopo la sua consegna"³⁶; suggerimenti precedentemente recepiti dalla Corte stessa nella sentenza *Ismoilov ed altri*³⁷. A primo impatto pare già aberrante che, se non per la pronuncia sull'art. 6, la Corte non avrebbe ostacolato la deportazione del sig. Othman verso lo stesso Stato in cui era stato torturato prima di ottenere lo status di rifugiato nel Regno Unito.

È opportuno precisare che il fatto che la sentenza *Othman* concer-

³⁵ La General Intelligence Directorate, il servizio di intelligence giordano.

³⁶ Quindicesimo rapporto del 22 settembre 2005 del CPT, §40.

³⁷ Corte EDU, *Ismoilov ed altri c. Russia*, 24 aprile 2008, §§ 96-100.

nesse una deportazione non incide sui potenziali effetti che essa avrà su future sentenze relative ad altre forme di trasferimento forzato dell'individuo. Fulcro della pronuncia della Corte sull'art. 3 era il problema dell'affidabilità delle *assurances*, che può sorgere a prescindere dalla specifica situazione. La Corte stessa fa riferimento a varie fonti, giurisprudenza nazionale e internazionale relativamente alle *assurances*, senza discriminare tra casi di estradizione, espulsione, respingimenti o deportazioni.

9. La Convenzione di Ginevra sui rifugiati; documenti delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa sull'uso delle assicurazioni diplomatiche

Un principio cardine del diritto internazionale dei rifugiati è quello del *non-refoulement*. L'art. 33, co. 1, della Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati prevede che: «nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

Lo *status* di rifugiato del sig. Othman venne ritirato dal governo inglese nel 2001, in conformità alla deroga all'art. 33, co. 1, prevista dall'art. 33, co. 2, della stessa Convenzione di Ginevra³⁸. Siffatta evenienza non esonerava comunque il Regno Unito dall'osservanza dei suoi obblighi di diritto internazionale³⁹.

Secondo l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), per ovvie ragioni di coerenza con la Convenzione stessa, «nessun peso dovrebbe essere dato alle assicurazioni diplomatiche»⁴⁰ nel caso in cui

³⁸ «Il beneficio di detta disposizione non potrà tuttavia essere invocato da un rifugiato per il quale vi siano gravi motivi per considerarlo un pericolo per la sicurezza dello Stato in cui si trova, oppure [...] una minaccia per la comunità di detto Stato».

³⁹ «If the competent authorities of the host State have determined that a refugee comes within the scope of one of the exceptions of Article 33(2) of the 1951 Convention [...] this does not affect the sending State's obligations under human rights law». A tal proposito v. anche la risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 16 novembre 2005 (UN Doc.:A/C.3/60/L.25/Rev.1), dove «riconosce che le assicurazioni diplomatiche, ove utilizzate, non esonerano gli Stati dall'osservanza dei loro obblighi di diritto internazionale dei diritti dell'uomo, di diritto internazionale umanitario e dei rifugiati, in particolare del principio del *non-refoulement*».

⁴⁰ «Diplomatic assurances should be given no weight when a refugee who enjoys the protection of Article 33(1) of the 1951 Convention is being refouled, directly or indirectly, to the coun-

siano offerte dallo Stato di origine del rifugiato. Qualora il rifugiato perda il suo status, permangono sia lo spirito della Convenzione di Ginevra sia i dubbi sulle *assurances*, per le quali, nonostante tutto, l'UNHCR ha elencato delle linee guida⁴¹. Tuttavia l'UNHCR ha operato una distinzione tra assicurazioni contro la pena di morte e quelle contro la tortura: «*in generale, valutare l'adeguatezza delle assicurazioni diplomatiche è relativamente semplice, laddove esse siano dirette a garantire che l'individuo interessato non sarà sottoposto, in conseguenza dell'estradizione, alla pena capitale o a certe violazioni dei diritti dell'equo processo. La situazione è diversa laddove il singolo interessato rischi di essere sottoposto a tortura o ad altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti nello Stato di destinazione a seguito del trasferimento*».⁴²

L'aspetto che differenzia i due casi è che mentre l'utilizzo della pena di morte è facilmente rilevabile, verificare l'osservanza delle assicurazioni sulla tortura richiederebbe una «*vigilanza costante da parte di personale competente ed indipendente*»⁴³. Perciò, per l'UNHCR l'affidabilità delle *assurances* è minore ove sussista il rischio di tortura, ed il "test" deve essere necessariamente più accurato rispetto ad altre potenziali situazioni lesive dei diritti dell'individuo.

L'opinione sfavorevole dell'UNHCR riguardo all'utilizzo delle *assurances* contro la tortura è corroborato da numerosi rapporti di vari incaricati speciali delle Nazioni Unite e dell'Unione Europea. Per citarne alcuni, nel suo rapporto al Consiglio d'Europa il Commissario per i diritti umani Alvaro Gil-Robles constatò: «*nel valutare l'affidabilità delle assicurazioni diplomatiche, un criterio essenziale deve essere che lo Stato richiedente non pratichi o giustifichi la tortura o maltrattamenti, e che eserciti un controllo effettivo sulle azioni degli agenti non statali. In tutti gli altri casi, è altamente dubbio che le assicurazioni possano ritenersi una fonte di inconfutabile tutela contro la tortura e maltrattamenti*».⁴⁴

Parimenti, l'incaricato speciale delle Nazioni Unite per la tortura Manfred

try of origin or former habitual residence. The reason for this is that the country of refuge [...] has recognized the refugee to have a well-founded fear of being persecuted in the country of origin». UNHCR Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection, 10 agosto 2006, § 30.

⁴¹ *Ibid.*, §§ 20-26.

⁴² *Ibid.*, §§ 22-23, (Trad. ufficiale in *Ismoilov ed altri*, vedi nota 8)

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Consiglio d'Europa, rapporto di Alvaro Gil-Robles sulla sua visita in Svezia, 21-23 aprile 2004, CommDH(2004)13, 8 luglio 2004, §19.

Nowak affermò: «è opinione dell'incaricato speciale che le assicurazioni diplomatiche siano inaffidabili ed inefficaci nella protezione contro la tortura ed i maltrattamenti: tali assicurazioni sono solitamente richieste agli Stati in cui la pratica della tortura è sistematica.»⁴⁵

L'incaricato speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani e strategia anti-terroristica Martin Scheinin si esprime in termini simili: «[...] as diplomatic assurances against torture or inhuman treatment, even when accompanied with post-removal monitoring, tend not to work in practice, I discourage as a matter of policy the creation of removal or resettlement mechanisms where such assurances would play a central role».⁴⁶

10. Proposte per criteri minimi di garanzia nelle assurances

Alla luce dell'irrefrenabile tendenza a relativizzare i divieti contenuti nelle norme della Cedu e altre Convenzioni, ricorrendo alle mere assicurazioni diplomatiche contro il rischio di delitti come la tortura, più parti hanno proposto delle garanzie minime che le *assurances* dovrebbero contenere per essere efficaci. Poiché le *assurances* mirano proprio a ovviare il pericolo di una violazione dopo la consegna dell'estraddando, l'efficacia di esse verte fondamentalmente sui meccanismi di controllo post-trasferimento.

Nel rapporto generale del settembre 2005, citato dalla Corte EDU nella sentenza *Ismoilov ed altri*, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) suggerì alcune “garanzie essenziali”⁴⁷ da includere in suddetti meccanismi. Sommate a quelle contenute nell'OPCAT⁴⁸ ed a quelle proposte dall'incaricato speciale delle Commissioni delle Nazioni Unite per i diritti umani Theo Boven nel 2004⁴⁹, si può compilare una lista esemplificativa di “garanzie fondamentali/essenziali” da includere nelle assicurazioni diplomatiche:

⁴⁵ UN Doc.: A/60/316, 30 agosto 2005.

⁴⁶ «[...] poiché le assicurazioni diplomatiche contro la tortura o trattamenti inumani non tendono a funzionare in pratica, nemmeno quando sono accompagnate da monitoraggio post-trasferimento, scoraggio di regola l'istituzione di meccanismi di rimozione o insediamento nei quali le assicurazioni giocherebbero un ruolo centrale» (trad. libera), dichiarazione di Martin Scheinin alla 62esima sessione dell'Assemblea Generale, 29 ottobre 2007.

⁴⁷ Quindicesimo rapporto generale del CPT del 22 settembre 2005, §40.

⁴⁸ Il Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (OPCAT) ed i Meccanismi di prevenzione nazionali (NPM).

⁴⁹ UN Doc.: A/59/324, 1° settembre 2004.

1. l'accesso immediato/senza indugio ad un avvocato;
2. la registrazione (preferibilmente video) di tutti gli interrogatori e dell'identità dei partecipanti;
3. visite mediche effettuate senza indugio da specialisti indipendenti;
4. la proibizione della detenzione non dichiarata ("incommunicado") o in luoghi non rivelati;
5. un sistema di monitoraggio condotto regolarmente da persone o organizzazioni indipendenti (anche economicamente) e qualificate, che facciano rapporto regolarmente allo Stato che ha consegnato la persona;
6. il diritto delle suddette persone/organizzazioni di visitare la persona interessata in qualsiasi momento e senza preavviso;
7. il diritto di esse ad avere un colloquio privato con la stessa in un luogo di loro scelta;
8. il diritto di esse ad avere accesso senza restrizioni ai luoghi di detenzione.

Nella sentenza *Othman*, la Corte EDU elenca i criteri elaborati dalla propria giurisprudenza per valutare l'idoneità delle *assurances* nella loro concreta applicazione⁵⁰.

Dopo aver verificato, in via preliminare, che la situazione dei diritti umani nel paese richiedente non sia talmente grave da escludere *a priori* l'accettazione delle assicurazioni diplomatiche, la Corte dichiara che avrà riguardo dei seguenti fattori:

1. se i termini dell'assicurazione siano stati rivelati alla Corte o meno;
2. se le assicurazioni sono specifiche o generali e vaghe;
3. chi ha fornito l'assicurazione e se ha il potere di vincolare lo Stato richiedente;
4. ove le assicurazioni siano fornite dal governo centrale dello Stato richiedente, se ci si può aspettare l'ottemperanza da parte delle autorità locali;
5. se le assicurazioni riguardino trattamenti che sono legali o illegali nel paese richiedente;
6. se le assicurazioni sono fornite da uno Stato contraente;
7. la durata e la forza delle relazioni bilaterali tra i due Stati, inclusa l'osservanza da parte dello Stato richiedente di assicurazioni simili in passato;
8. se l'osservanza delle assicurazioni possa essere obbiettivamente verificata tramite meccanismi di diplomazia o monitoraggio, incluso l'accesso senza restrizioni per gli avvocati dell'interessato;
9. se nello Stato richiedente esiste un sistema efficace di protezione dalla tor-

⁵⁰ V. § 189.

tura, inclusa la disponibilità a cooperare con meccanismi di monitoraggio internazionali (incluse ONG per i diritti umani), e se è disposto a investigare accuse di tortura e punire i colpevoli;

10. se l'interessato è già stato maltrattato dal paese ricevente;

11. se l'affidabilità delle assicurazioni è già stata esaminata dalle corti/tribunali dello Stato Contraente/che effettua la consegna.

Un confronto tra le due liste rivela solo due punti di convergenza tra i criteri: l'accesso ad un avvocato ed un sistema di monitoraggio. Per il resto, la Corte sembra applicare fattori che sono certamente importanti, ma meno focalizzati sulla fase post-consegna di quelli proposti dalle altre parti.

Detto ciò, va comunque precisato che la comunità internazionale non è unanime nemmeno sull'utilità dei sistemi di monitoraggio. Secondo Manfred Nowak per esempio, «i meccanismi di controllo successivo al rimpatrio hanno dimostrato di non costituire una garanzia contro la tortura»⁵¹. In un discorso presso il DH-S-TER⁵² del Consiglio d'Europa nel febbraio del 2006, l'allora Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite Louise Arbour sostenne che: *«based on the long experience of international monitoring bodies and experts, it is unlikely that a post-return monitoring mechanism set up explicitly to prevent torture and ill-treatment in a specific case would have the desired effect. These practices often occur in secret, with the perpetrators skilled at keeping such abuses from detection. The victims, fearing reprisal, often are reluctant to speak about their suffering, or are not believed if they do»*.⁵³

Sotto quest'ottica le *assurances* non sono mai sufficienti a garantire la tutela dell'estradando e vanno sia a minare il corretto funzionamento della cooperazione internazionale, basata sull'osservanza dei trattati e non su accordi non vincolanti, sia ad esporre l'estradando ad abusi, in diretta violazione di norme come l'art. 3 Cedu o l'art. 3, co. 1 della Convenzione ONU contro

⁵¹ V. nota n. 16.

⁵² Gruppo di specialisti sui diritti dell'uomo e la lotta al terrorismo.

⁵³ «Sulla base della lunga esperienza di esperti e organizzazioni di monitoraggio internazionale, è improbabile che un meccanismo di monitoraggio post-ritorno creato espressamente per prevenire tortura e maltrattamenti in uno specifico caso avrebbe l'effetto desiderato. Queste pratiche si svolgono spesso segretamente, con esecutori abili nel tener nascosti gli abusi. Le vittime, temendo rappresaglie, sono spesso riluttanti a parlare con gli altri delle loro sofferenze, oppure se parlano non vengono creduti» (trad. libera).

la tortura (UNCAT)⁵¹.

11. Il sistema di monitoraggio nelle assurances nel caso Othman: il MOU ed il Centro Adaleh

Il Memorandum d'Intesa (MOU) stipulato tra il Regno Unito e la Giordania altro non è che un documento contenente *assurances*. La prima parte è relativa ai diritti della persona interessata e le procedure da osservare durante la detenzione. I paragrafi 1-4 del MOU sono riportati in seguito. Il paragrafo 7 del MOU garantisce il diritto ad un equo processo con una formulazione simile a quella dell'art. 6, co. 1, Cedu, mentre il paragrafo 8 riporta testualmente l'art.6, co. 3, Cedu, ad eccezione delle lettere (a) ed (e).

La seconda parte dell'accordo prevede meccanismi di monitoraggio che, secondo i patti tra le due nazioni, spettava al Centro Adaleh (Adaleh Center). La scelta dell'Adaleh Center venne duramente critica dal ricorrente, vista l'assoluta mancanza di esperienza pratica del personale in materia di monitoraggio, le modeste dimensioni del Centro (ed il conseguente timore che non sarebbe stato capace di imporsi sulle autorità giordane), la sua scarsa quantità di pubblicazioni critiche del governo (una), ed i legami familiari tra il capo del Centro e membri della GID.

Il MOU stabilisce: *«1. If arrested, detained or imprisoned following his return, a returned person will be afforded adequate accommodation, nourishment, and medical treatment and will be treated in a humane and proper manner, in accordance with internationally accepted standards.*

2. A returned person who is arrested or detained will be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power in order that the lawfulness of his detention may be decided.

3. A returned person who is arrested or detained will be informed promptly by the authorities of the receiving state of the reasons for his arrest or detention, and of any charge against him.

4. If the returned person is arrested, detained or imprisoned within 3 years of the date of his return, he will be entitled to contact, and then have prompt and regular visits from the representative of an independent body nominated jointly by the UK and Jordanian authorities. Such visits will be permitted at least once a fortnight, and whether or not the returned person has been con-

⁵¹ «Nessuno Stato parte espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura».

victed, and will include the opportunity for private interviews with the returned person. The nominated body will give a report of its visits to the authorities of the sending state».

1. Se arrestata, sottoposta a detenzione preventiva o incarcerata dopo il suo ritorno, una persona rimpatriata avrà alloggi, sostentamento e cure mediche di carattere adeguato, e sarà trattata in maniera umana e giusta, in conformità a criteri internazionalmente riconosciuti.

2. Una persona rimpatriata che viene arrestata o sottoposta a detenzione preventiva sarà prontamente portata davanti ad un giudice o altro ufficiale autorizzato per legge ad esercitare poteri giudiziari affinché la legalità dell'arresto o detenzione preventiva possa essere decisa.

3. Una persona rimpatriata che viene arrestata o sottoposta a detenzione preventiva sarà prontamente informata dalle autorità dello Stato ricevente riguardo le ragioni del suo arresto o detenzione preventiva, e di qualsiasi accusa nei suoi confronti.

4. Se una persona rimpatriata viene arrestata, sottoposta a detenzione preventiva o incarcerata entro 3 anni dalla data del suo ritorno, avrà diritto a contattare, ed in seguito essere visitata regolarmente e senza indugio da rappresentanti di un organismo indipendente designato congiuntamente dalle autorità del Regno Unito e della Giordania. Suddette visite saranno concesse almeno una volta ogni due settimane, che la persona rimpatriata sia stata giudicata colpevole o meno, ed esse comprenderanno l'opportunità di avere un colloquio privato con la persona rimpatriata. L'organismo designato presenterà un rapporto delle sue visite alle autorità dello Stato che ha eseguito la consegna⁵⁵.

La parte relativa al Centro Adaleh prevede:

4. Visits to detainees

(a) When the Monitoring Body becomes aware that a returned person has been taken into detention, a Monitor or Monitors should visit that person

⁵⁵ Trad. libera. La scelta della parola "prontamente" riflette il significato volutamente ambiguo di "*promptly*" nel testo originale. Parimenti la scelta di "dovrebbero" rispecchia il modo condizionale di "*should*".

promptly.

(b) Thereafter, Monitors should visit all detainees frequently and without notice (at least as frequently as the MOU permits; Monitors should consider requesting more frequent visits where appropriate, particularly in the early stages of detention.

(c) Monitors should conduct interviews with detainees in private, with an interpreter if necessary.

(d) Monitoring visits should be conducted by experts trained to detect physical and psychological signs of torture and ill-treatment. The visiting Monitor or Monitors should ascertain whether the detainee is being provided with adequate accommodation, nourishment, and medical treatment, and is being treated in a humane and proper manner, in accordance with internationally accepted standards.

(e) When interviewing a detainee, a Monitor should both encourage frank discussion and observe the detainee's condition.

(f) Monitors should arrange for medical examinations to take place promptly at any time if they have any concerns over a detainee's physical or mental welfare.

(g) The Monitoring Body should obtain as much information as possible about the detainee's circumstances of detention and treatment, including by inspection of detention facilities, and should arrange to be informed promptly if the detainee is moved from one place of detention to another.

4. Visite ai detenuti

(a) Quando l'Organo di Monitoraggio viene a sapere che una persona rimpatriata è stata messa in detenzione, un controllore o dei controllori dovrebbero visitarla prontamente.

(b) In seguito, i controllori dovrebbero visitare i detenuti frequentemente e senza preavviso (con una frequenza pari almeno alla frequenza permessa dal MOU); i controllori dovrebbero prendere in considerazione visite più frequenti ove appropriato, specialmente durante le prime fasi della detenzione.

(c) I controllori dovrebbero avere dei colloqui privati con i detenuti, con un interprete se necessario.

(d) Visite di controllo dovrebbero essere condotte da esperti addestrati ad individuare segni fisici e psicologici di tortura e maltrattamenti. Il controllore o i controllori dovrebbero verificare che al detenuto siano forniti alloggi, sostentamento e cure mediche di carattere adeguato, e che venga trattato in maniera umana e giusta, in conformità con criteri internazionalmente riconosciuti.

(e) Quando tengono un colloquio con un detenuto, i controllori dovrebbero incoraggiarlo ad avere una conversazione aperta ed osservare la sua condizione.

(f) Se i controllori hanno dei dubbi circa il benessere fisico o mentale del detenuto, dovrebbero predisporre delle visite mediche effettuate prontamente ed in qualsiasi momento.

(g) L'Organo di monitoraggio dovrebbe ottenere più informazioni possibili circa la situazione della detenzione e del trattamento del detenuto, anche tramite ispezione dei centri di detenzione, e dovrebbero predisporre di essere informato prontamente se un detenuto viene trasferito da un luogo di detenzione ad un altro⁵⁶.

12. La pronuncia della Corte

Principio ormai consolidato dalla giurisprudenza della Corte EDU sulle *assurances* è che «*l'importanza da attribuire alle assicurazioni provenienti dallo Stato di destinazione dipende, in ciascun caso, dalle circostanze risultanti all'epoca considerata*⁵⁷». Sulla base delle circostanze, la Corte compie una valutazione circa la sussistenza o meno di «*motivi seri e accertati di credere che l'interessato, se viene espulso verso il Paese di destinazione, incorrerà in un reale rischio di essere sottoposto a [la tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti]*», nel qual caso «*l'articolo 3 implica l'obbligo di non e-*

⁵⁶ Trad. libera.

⁵⁷ Corte EDU, Saadi c. Italia (n. 37201/06), [GC], 28 febbraio 2008, § 148.

*spellere la persona in questione verso questo Paese*⁵⁸. A giudizio della Corte le *assurances* non sono di per sé sufficienti come strumento di garanzia contro tale rischio⁵⁹, ma se sono idonee *in concreto*⁶⁰ ad eliminare il rischio di torture o altri maltrattamenti, la Corte non compierà ulteriori valutazioni circa la loro legittimità sul piano prettamente giuridico: «*However, it not for this Court to rule upon the propriety of seeking assurances, or to assess the long term consequences of doing so; its only task is to examine whether the assurances obtained in a particular case are sufficient to remove any real risk of ill-treatment*»⁶¹.

In altri termini, il fatto stesso di nullificare il rischio di tortura esclude la possibilità di violazione di norme quali l'art. 3 Cedu, esonerando quindi la Corte da un esame circa la legalità del subordinare l'estradizione alla concessione di *assurances* da parte di uno Stato che viola regolarmente i propri obblighi di diritto internazionale. Infatti, in risposta all'osservazione del ricorrente sul punto, la Corte dichiara: «*[...] the Court has never laid down an absolute rule that a State which does not comply with multilateral obligations cannot be relied on to comply with bilateral assurances; the extent to which a State has failed to comply with its multilateral obligations is, at most, a factor in determining whether its bilateral assurances are sufficient*»⁶².

Perno della decisione circa la violazione dell'art. 3 Cedu nella sentenza *Othman* è dunque la sufficienza del MOU e delle previsioni riguardanti il Centro Adaleh, prese nel contesto della situazione globale dei diritti umani in Giordania e le caratteristiche dell'interessato⁶³. La Corte non contesta le osser-

⁵⁸ Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V.

⁵⁹ «*[...] assurances are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment*», sentenza *Othman* (vedi nota n. 53) § 187.

⁶⁰ «*There is an obligation to examine whether assurances provide, in their practical application, a sufficient guarantee that the applicant will be protected against the risk of ill-treatment*» *ibidem*, § 187.

⁶¹ «*Tuttavia, non sta a questa Corte decretare sulla correttezza del richiedere assicurazioni, o di valutarne le conseguenze al lungo andare; il suo unico compito sta nell'esaminare se le assicurazioni ottenute in un dato caso siano sufficienti a rimuovere qualsiasi rischio serio di maltrattamenti*» *ibidem*, § 186 (trad. libera).

⁶² «*[...] la Corte non ha mai stabilito la regola assoluta che non si può riporre fiducia nelle assicurazioni bilaterali offerte da uno Stato che non rispetti le sue obbligazioni multilaterali; al massimo, la misura in cui viene meno alle sue obbligazioni multilaterali può essere un elemento per determinare se le assicurazioni siano sufficienti*», *ibidem*, §193 (trad. libera).

⁶³ «*In any examination of whether an applicant faces a real risk of ill treatment in the country to which he is to be removed, the Court will consider both the general human rights situation*

vazioni del ricorrente e di varie fonti tra ONU e ONG⁶⁴ circa lo stato penoso della tutela dei diritti umani ed il clima di impunità verso la tortura in Giordania, e anzi osserva che essa rimane “diffusa e di routine”⁶⁵. E' concorde con l'interessato anche sul fatto che l'essere un islamista di fama lo piazzerebbe nella categoria dei detenuti frequentemente maltrattati. Tuttavia, la Corte ritiene che la situazione umanitaria in Giordania non preclude la possibilità di affidarsi alle assicurazioni⁶⁶. Ritiene, inoltre, che la fama del ricorrente fungerebbe piuttosto da protezione⁶⁷ a causa della esposizione mediatica del caso ed il conseguente interesse di Regno Unito e Giordania a preservare le proprie reputazioni a livello internazionale e gli ottimi rapporti tra loro intercorrenti⁶⁸.

La Corte passa dunque ad analizzare il MOU e le disposizioni per il Centro Adaleh. Elogia la qualità, la completezza e la specificità delle *assurances* ivi contenute, definendolo «*superior in both its detail and its formality to any assurances which the Court has previously examined...[and] to any assurances examined by the United Nations Committee Against Torture and the United Nations Human Rights Committee*»⁶⁹. La Corte tronca dunque i motivi di ricorso dell'interessato basati sulla giurisprudenza UNCAT contraria alle *assurances* ed anche le osservazioni del CPT e gli inviati speciali ONU, citati nella sentenza *Ismoilov ed altri*. Sostiene poi che il MOU sarebbe stato “notevolmente rafforzato” se il paragrafo 2⁷⁰ avesse specificato dei tempi brevi e determinati invece di “prontamente” e “giudice civile” invece di “giudice”, formulazione che lasciava aperta la possibilità che il ricorrente venisse portato

in that country and the particular characteristics of the applicant», *ibid.*, §186.

⁶⁴ *Ibid.*, §§ 106-124.

⁶⁵ *Ibid.*, § 191

⁶⁶ *Ibid.*, § 194

⁶⁷ *Ibid.*, § 196. La Corte fa un confronto con la situazione del ricorrente nel caso *Lai Cheong Sing v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 2007 FC 361*, nel quale la Federal Court canadese ritenne che il governo sbagliò nel considerare la notorietà dell'interessato, congiuntamente alle assicurazioni della Cina circa la pena di morte, una garanzia sufficiente a proteggerlo dalla tortura, visto che viene praticata in segreto, rendendo dunque priva di vantaggi la notorietà. La Corte EDU ritenne che la differenza tra i due casi stava proprio nei meccanismi di monitoraggio, assenti in *Lai Sing*.

⁶⁸ *Ibid.* § 195.

⁶⁹ *Ibid.* § 194.

⁷⁰ «Una persona rimpatriata che viene arrestata o sottoposta a detenzione preventiva sarà prontamente portata davanti ad un giudice o altro ufficiale autorizzato per legge ad esercitare poteri giudiziari affinché la legalità dell'arresto o detenzione preventiva possa essere decisa».

davanti ad un giudice militare e lo poneva a rischio nelle prime ore di detenzione dopo la deportazione (le più pericolose nel quadro della tortura in Giordania)⁷¹. In seguito, la Corte pesa l'assenza di una previsione circa l'accesso ad un avvocato contro le garanzie offerte in altre *assurances* nel MOU. E' importante precisare, come fa la stessa Corte, che l'assenza di un avvocato durante l'interrogatorio condotto dalla GID è sicuramente una delle lacune più pericolose nel MOU⁷². Tuttavia, ritiene che le altre assicurazioni ed i meccanismi di controllo, forniti dalla contestata Adaleh Centre, sono sufficienti a "ridurre considerevolmente" i rischi provocati dalla lacuna. Con specifico riguardo al Centro Adaleh, al paragrafo 203 della sentenza, la Corte riconosce che il Centro è ancora di dimensioni modeste e che non ha la stessa quantità di esperienza e risorse delle principali ONG internazionali (le quali, tra l'altro, hanno presentato delle osservazioni come terzi intervenuti, nelle quali hanno anche espresso dubbi sul livello di preparazione del Centro). In seguito la Corte compie una valutazione che lascia a dir poco perplessi: "[...] *the Court is persuaded that the capability of the Centre has significantly increased since SIAC's determination, even if it still has no direct experience of monitoring*"⁷³. La Corte non fornisce una spiegazione nello stesso paragrafo, ma facendo riferimento al paragrafo 166 diventa chiaro che la valutazione della Corte si basa sull'esperienza dell'organismo sussidiario del Centro, la National Team to Combat Torture (NTCT). Tuttavia al paragrafo 204 la Corte osserva che «*la natura precisa del rapporto tra il Centro Adaleh ed il suo sussidiario [...] e' poco chiara*»⁷⁴. Constata che la NTCT è comunque dotata di un equipaggio completo con le competenze necessarie per il monitoraggio, ma poi aggiunge: «*The Court would expect that, whatever allegations have been made as to the composition of the NTCT, the applicant would be visited by a delegation which included medical and psychiatric personnel who were capable of detecting physical or psychological signs of ill-treatment*»⁷⁵.

⁷¹ Vedi nota n. 34.

⁷² *ibid.* § 199, cfr. con le «*garanzie minime essenziali*» suggerite dal CPT, OPCAT e l'incaricato speciale Theo Boven, *supra*.

⁷³ «[...] *la Corte è persuasa che le capacità del Centro sono aumentate sensibilmente dai tempi del giudizio della [Special Immigration Appeals Commission], anche se non ha ancora esperienza diretta con il monitoraggio*».

⁷⁴ «[...] *the precise nature of the relationship between the Centre and its subsidiary, the National Team to Combat Torture, is unclear*».

⁷⁵ «*La Corte si aspetterebbe che, quali che siano le asserzioni fatte circa la composizione della NTCT, l'interessato sarebbe visitato da una delegazione comprendente personale medico e*

Appare evidente che la Corte in realtà non sa se le visite mediche previste nelle *assurances* sarebbero effettivamente fornite dalla NTCT, poiché il rapporto di essa con il Centro Adaleh risulta poco chiaro, e non può neanche dire con certezza che lo staff del NTCT è capace di effettuare degli esami medici e psicologici. Quindi basa parte della valutazione del NTCT su un'aspettativa.

Successivamente, la Corte sorvola sulle affermazioni circa i legami familiari tra il direttore del Centro e membri della GID, evidenziando comunque l'assenza di prove che i familiari del direttore sarebbero responsabili per la detenzione dell'interessato. Osserva quindi che il livello di scrutinio sull'attività del Centro che ci si poteva aspettare dal governo giordano e dalla comunità internazionale avrebbe agito come ulteriore garanzia del corretto espletamento del monitoraggio⁷⁶.

Infine, la Corte accetta che «*rapidly escalating diplomatic and Ministerial contacts and reactions*»⁷⁷ sarebbero una risposta sufficiente a tutela del sig. Othman nel caso di “imprevisti” durante la sua detenzione, come ad esempio nel caso in cui gli ufficiali della GID o del carcere dichiarassero ai Controllori che l'interessato non volesse vederli. Dichiarò quindi che, in base alle prove, la deportazione non esporrebbe il sig. Othman ad un “serio rischio” di maltrattamenti.

13. Conclusioni

L'analisi compiuta, pur non toccando tutti i punti controversi della sentenza *Othman* o ulteriore giurisprudenza sulle *assurances*, permette di fare le seguenti osservazioni. Innanzitutto i criteri della Corte EDU per una «garanzia sufficiente» sono nettamente diversi da quelli ideati da organismi specificamente preposti alla tutela dei diritti umani e la protezione contro la tortura.

Sarebbe stato meglio se la Corte, pur essendo esperta al riguardo, si fosse attenuta a *standard* proposti da organizzazioni più esperte nella tutela degli estradandi contro la tortura. In secondo luogo, la presenza di fattori con-

psichiatrico capace di identificare segni mentali o fisici di maltrattamento» (trad. libera).

⁷⁶ *Ibid.* § 203.

⁷⁷ «*Un rapido intensificarsi di reazioni e contatti Ministeriali e diplomatici*» (trad. libera).

trastanti con i criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte stessa, come ad esempio la mancanza di accesso ad un avvocato, la reticenza delle autorità giordane nell'investigare e punire i casi di tortura, l'affidamento ad un Organismo di Monitoraggio imperfetto come l'Adaleh Center ed i conseguenti dubbi sull'efficacia del monitoraggio, sono fatti assai rilevanti ed idonei a far pendere l'ago della bilancia a favore del ricorrente. E' facile immaginare il sig. Othman in cella, a 13 giorni di distanza dal prossimo controllo (una volta ogni due settimane, come il minimo previsto dal MOU), privo di un avvocato difensore, mentre si chiede quale forma di tortura impercettibile gli verrà inflitta. D'altro lato si può anche contestare l'eccessiva fiducia riposta nel tipo di monitoraggio offerto al ricorrente. Il monitoraggio isolato previsto dal MOU infatti può esporre il detenuto a rappresaglie: quando vengono monitorati soltanto pochi fortunati detenuti, diventa facile per la autorità capire chi ha denunciato degli abusi. Proprio per questa ragione, ONG come il Comitato internazionale della Croce Rossa pongono come condizione del loro monitoraggio l'accesso, con colloqui privati a tutti i detenuti. In terzo luogo, l'importanza data ai solidi rapporti tra il Regno Unito e la Giordania, che secondo la Corte rappresenterebbe una garanzia di osservanza dei patti al fine di evitare "reazioni Ministeriali e diplomatiche", sembra ignorare il fatto che la Giordania ha una lunga storia di tortura dietro alle spalle di cui il Regno Unito era perfettamente consapevole. Appare dubbio che i rapporti tra i due Stati potrebbero davvero soffrire tanto quanto sostiene la Corte se il ricorrente, un uomo che il Regno Unito ha cercato e tuttora cerca di deportare, venisse torturato dalle autorità della Giordania. Nazione tra l'altro elencata tra «*i fedeli alleati nello sforzo mondiale di lotta al terrorismo*» (*faithful allies in the global effort to combat terrorism*) nel rapporto «*Diplomatic Assurances*» *against Torture* della Human Rights Watch. In quarto luogo, il fatto che la Corte abbia negato la deportazione sulla base della violazione del diritto ad un equo processo contenuto nell'art. 6 Cedu crea dei conflitti con la valutazione riguardo l'art. 3. Come osservato durante la descrizione del MOU, la Giordania aveva fornito *assurances* anche circa il giusto processo nei paragrafi 7 e 8, con una formulazione assai simile alla Convenzione; ed in ogni caso nel MOU le parti dichiarano che rispetteranno i diritti umani dell'interessato in conformità al diritto internazionale. Il diritto dell'interessato ad un giusto processo era dunque tu-

telato anch'esso nel MOU, anche se meno dettagliatamente della parte relativa alla detenzione ed al monitoraggio dell'osservanza dell'art. 3. Visto che la Corte ha ritenuto sufficiente il MOU ai fini dell'art. 3, norma di *ius cogens* esattamente come l'art. 6, c'è da chiedersi cosa sarebbe successo se il governo inglese avesse fatto valere anche queste *assurances* sul giusto processo. Può darsi che non dovremo aspettare molto per saperlo, vista l'intenzione del Regno Unito di chiedere assicurazioni proprio sull'art. 6 dalla Giordania. Infine, a mio parere, la sentenza *Othman* potrebbe suscitare profonde incertezze nel nostro sistema e destabilizzare l'edificio che è la Convenzione europea. La possibilità di relativizzare una norma come l'art. 3, permettendo l'estradizione verso uno Stato che ha ripetutamente rotto il divieto contenuto in essa sulla base di un'assicurazione che, in termini di responsabilità giuridica, ha poco più valore di una promessa al vento, è uno strumento troppo utile per i governi. L'Italia ad esempio non ha certo bisogno di una spinta in questa direzione: basti pensare al fatto che il governo ha concesso l'estradizione dei due Marò, Massimiliano Latorre e Salvatore Girone, sulla base di *assurances* che l'India non avrebbe inflitto la pena di morte; ipotesi espressamente dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 223 del 1996. Considerando l'applicabilità immediata delle sentenze della Corte EDU nell'ordinamento interno degli Stati firmatari, la sentenza *Othman* ha aperto uno spiraglio che potrebbe portare ad un utilizzo patologico di questa forma di cooperazione internazionale, ledendo su larga scala i diritti degli estradandi, deportati e rifugiati.

Mattia Cherubini

14. L'eterogenesi dei fini ovvero la funzione di garanzia del principio di specialità e del decreto ministeriale di estradizione

Nella disciplina legale dell'estradizione si sovrappongono due piani distinti. L'uno attiene al rapporto che si instaura tra lo Stato c.d. "richiedente" e lo Stato c.d. "richiesto"; l'altro riguarda invece la protezione dei diritti fondamentali dell'estradando, tra i quali spiccano il diritto alla vita, alla dignità e alla libertà personale.

Nell'ambito di un ordinamento come quello italiano, il secondo aspetto non può non considerarsi preminente. Infatti, all'interno di esso, la tutela

dei diritti fondamentali dell'individuo assume un rilievo primario sia alla stregua della Costituzione repubblicana del 1948 sia a fronte dell'adesione da parte dell'Italia alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Ciò spiega il motivo per cui istituti originariamente riferiti ai rapporti internazionali tra le autorità statali o comunque aventi un significato politico siano stati utilizzati dalla più recente giurisprudenza in funzione della garanzia dell'estradando. Questo discorso può essere riferito, in particolare, al principio di specialità e al decreto ministeriale di estradizione.

15. Sul principio di specialità

Il principio di specialità è ormai una costante di tutti gli ordinamenti nazionali in materia di estradizione, essendo assunto al rango di norma consuetudinaria del diritto internazionale ed avendo pertanto una portata generale⁷⁸. Esso impedisce allo Stato consegnatario di procedere nei confronti della persona estradata per fatti diversi da quello o da quelli per i quali l'estradizione sia stata concessa e anteriori alla consegna.

Tale regola è stata recepita nel sistema giuridico italiano dagli artt. 699 e 721 c.p.p., che si riferiscono rispettivamente all'estradizione c.d. "passiva" e a quella c.d. "attiva". Le norme in questione limitano l'effetto preclusivo del principio *de quo* alle sole misure restrittive della libertà personale. Si tratta tuttavia di una disciplina meramente residuale, in quanto le disposizioni sopra richiamate si applicano soltanto in assenza di una specifica convenzione con il Paese "richiedente" o "richiesto", *ex art. 696 co. 1 c.p.p.*

La clausola di specialità è espressamente prevista sia dall'art. 14 della Convenzione europea di estradizione sia dall'art. XVI del Trattato di estradizione Italia-USA, tanto per citare gli esempi più significativi. In entrambi i casi si stabilisce che la persona estradata non soltanto non può essere detenuta, ma neppure giudicata o punita dallo Stato richiedente; la preclusione si estende quindi all'esercizio dell'azione penale.

La *ratio* del suddetto principio era, ed è tutt'ora, quella di evitare le c.d. "estradizioni fraudolente", impedendo allo Stato "richiedente" di celare dietro una richiesta di estradizione avanzata per certi fatti di reato l'intenzione di processare, condannare o punire la persona estradata per fatti diversi, per i quali essa non potrebbe essere concessa dallo Stato al quale venga presentata

⁷⁸ Cfr., *ex permultis*, Cass. pen. S.U., 29 novembre 2007, n. 11971 (Pazienza).

la domanda.

Si tratta pertanto di un limite opposto al potere giurisdizionale dello Stato cui il soggetto in questione sia consegnato, a salvaguardia della potestà dello Stato c.d. “di rifugio”. Esso tutela dunque una prerogativa di quest’ultimo. Ciò emerge chiaramente, per quanto riguarda l’ordinamento italiano, dalla lettura dell’art. 699 co. 4 c.p.p., il quale affida al Ministro della Giustizia il compito di verificare l’osservanza della condizione di specialità, in caso di estradizione “passiva”.

Tuttavia, in determinate situazioni, tale condizione può assumere le sembianze di uno strumento di garanzia dell’estraddando. Ciò avviene, in particolare, in caso di estradizione “per l’estero”, quando vi sia il rischio che il soggetto *de quo*, per fatti diversi da quelli per i quali sia stato consegnato alle autorità straniere, possa essere sottoposto ad atti persecutori o discriminatori ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (compresa la pena di morte) o comunque ad atti che violino diritti fondamentali della persona⁷⁹.

In una simile evenienza, la concedibilità dell’estraddizione sarà subordinata al rispetto, da parte dello Stato c.d. “ricevente”, del principio di specialità; una siffatta verifica dovrà però essere effettuata non *ex post*, e cioè successivamente alla consegna, così come prevede l’art. 699 co. 4 c.p.p. cit., bensì *ex ante*. Infatti, laddove si riscontri la mancata osservanza di questo principio, da parte dello Stato anzidetto, vi sarà motivo di ritenere che l’individuo, se estradato, possa essere sottoposto agli atti, ai trattamenti o alle pene prima indicati e, di conseguenza, l’estraddizione non potrà essere concessa, ai sensi dell’art. 698 co. 1 c.p.p.

Il controllo in questione deve essere svolto *in primis* dal giudice penale, nel corso della c.d. “fase giurisdizionale” del relativo procedimento, dal momento che l’art. 705 co. 2 lett. c) c.p.p. rinvia all’art. 698 co. 1 sopra richiamato. In questa sede, la Corte d’Appello competente per territorio, in primo grado, e la Corte di Cassazione, in caso di ricorso contro la decisione della prima, non potranno limitarsi a verificare se lo Stato “richiedente” sia o meno tenuto a rispettare il principio di specialità; del resto, un simile esame sarebbe del tutto inutile, trattandosi di una norma del diritto internazionale generale che, in quanto tale, si applica nei confronti di tutti gli Stati, anche qualora non sia contenuta in specifiche disposizioni convenzionali.

Gli organi anzidetti dovranno piuttosto assicurarsi che tale regola produca effetti giuridicamente vincolanti anche nell’ordinamento interno dello Stato

⁷⁹ Cfr. art. 698 co. 1 c.p.p.

de quo; essi saranno quindi tenuti ad accertare l'esistenza, all'interno di questo sistema giuridico, di norme che o attribuiscono all'estradatao un vero e proprio diritto soggettivo al rispetto del suddetto principio, azionabile davanti ad un giudice, o comunque impongano all'autorità giudiziaria locale di pronunciarsi in conformità ad esso, consentendo al soggetto suddetto di impugnare l'eventuale decisione difforme.

Una situazione del tipo di quella descritta in precedenza, si è avuta nel "caso Cipriani". La vicenda verteva su una domanda presentata dagli USA, volta ad ottenere l'estradizione di un cittadino italiano (Benedetto Cipriani), chiamato a rispondere di omicidio volontario e associazione per delinquere finalizzata all'omicidio (*conspiracy*), davanti all'autorità giudiziaria dello Stato del Connecticut. Egli era infatti accusato di aver istigato tre complici ad uccidere il marito della sua amante.

L'accusato aveva sostenuto l'insussistenza delle condizioni richieste dall'art. 698 c.p.p. per la sua consegna, paventando il pericolo di subire la pena di morte. Infatti, sebbene i reati oggetto della domanda in questione non fossero sanzionati con la pena capitale dalla legislazione del Connecticut, vi sarebbe stato il rischio di una modifica dell'imputazione originaria, dal momento che i complici erano stati accusati di *capital felony*⁸⁰.

La Cassazione⁸¹ tuttavia, confermando la precedente sentenza della Corte d'Appello di Roma⁸², ha escluso questa possibilità; difatti, la clausola di specialità contenuta nell'art. XVI del trattato bilaterale di estradizione tra Italia ed USA avrebbe precluso qualsiasi mutamento dell'imputazione indicata nell'*affidavit* presentato alle autorità italiane. Ciò poiché la norma citata era stata integrata nell'ordinamento interno statunitense e risultava pertanto vincolante per tutti i tribunali dell'Unione, in forza dell'art. 6, par. 2 della Costituzione federale, il quale prevede che: «[...] *all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby*⁸³».

Appare dunque evidente come la Suprema Corte, nel caso di specie, abbia fatto ricorso al ragionamento sopra descritto; essa infatti non si è limitata ad

⁸⁰ Reato sanzionato con la pena di morte nel diritto statunitense.

⁸¹ Cass. pen., Sez. VI, 19 settembre 2005, n. 35069.

⁸² Corte d'Appello di Roma, 24 marzo 2005.

⁸³ «[...] tutti i trattati conclusi, o che si concluderanno, sotto l'autorità degli Stati Uniti, costituiranno la legge suprema del Paese; e i giudici dello Stato saranno tenuti a conformarsi ad essa» (traduz. in PASQUALE COSTANZO, *Testi normativi per lo studio del diritto costituzionale italiano ed europeo*, Torino, 2010, 1102).

accertare l'esistenza di un obbligo internazionale tale da imporre l'osservanza del principio di specialità da parte degli Stati Uniti, ma ha cercato altresì di individuare una norma del diritto americano che ne assicurasse il recepimento e l'efficacia sul piano interno.

Inoltre, gli ermellini hanno ritenuto che la pronuncia riassunta nei capi precedenti fosse perfettamente compatibile con quanto statuito dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 223 del 1996⁸⁴. Il principio di specialità rappresenterebbe quindi una "garanzia assoluta", idonea a precludere *tout court* l'applicazione o comunque l'esecuzione della pena capitale. Il divieto di irrogare la pena di morte emerge infatti da una norma imperativa del diritto straniero, per di più di rango costituzionale; si tratterebbe perciò di un ostacolo insuperabile, lungi dall'integrare una mera "assicurazione" diplomatica. Di conseguenza, la concessione dell'extradizione non si fonderebbe su valutazioni di carattere discrezionale, come tali incompatibili, secondo la Consulta, con l'assolutezza della tutela del diritto alla vita apprestata dall'art. 27 ult. co. Cost., bensì su un parametro oggettivo.

Gli argomenti sopra esposti hanno ottenuto anche l'avallo della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte di Strasburgo). Quest'ultima, nella sentenza *Cipriani c. Italia*⁸⁵, ha infatti sottolineato come la decisione di estradare il soggetto richiesto fosse basata su fatti «precisi e verificabili» e come l'interpretazione degli stessi non fosse «né manifestamente illogica né viziata da arbitrio»⁸⁶. La Corte ha pertanto escluso che si potesse configurare una violazione dell'art. 3 della CEDU, nonché dell'art. 1 del Protocollo n. 6 allegato alla Convenzione.

Nonostante ciò, le pronunce dei giudici italiani afferenti al caso Cipriani, se esaminate in modo più analitico, non appaiono del tutto condivisibili. Profili problematici emergono innanzitutto dalla lettura della sentenza della Cassazione richiamata *supra*⁸⁷, nella quale si sostiene che l'art. XVI del Trattato di estradizione Italia-USA impedirebbe allo Stato "richiedente" di processare o punire la persona estradata per un reato diverso da quello per il quale l'extradizione sia stata concessa. In realtà, l'art. cit. contiene una differente disposizione: essa statuisce che il soggetto *de quo* può essere detenuto, giudicato o punito, oltre che per il reato anzidetto, anche per quei reati, diver-

⁸⁴ C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 223.

⁸⁵ Corte EDU, 30 marzo 2010, ricorso n. 22142/07.

⁸⁶ Traduz. ufficiale del Ministero della Giustizia.

⁸⁷ Cfr. nota 4.

samente qualificati, integrati dagli stessi fatti materiali per i quali l'extradizione sia stata originariamente richiesta.

Se ne deduce che la convenzione consente all'autorità giudiziaria dello Stato "ricevente" di mutare il titolo di reato, attribuendo una diversa qualificazione giuridica ai fatti oggetto della domanda di estradizione. La Suprema Corte avrebbe quindi errato nel considerare la lettera dell'art. XVI cit. di per sé sufficiente ad escludere in modo assoluto la possibilità che l'imputato fosse chiamato a rispondere di *capital felony* e fosse quindi condannato a morte.

Questa fallace ricostruzione è stata in parte corretta, sempre in relazione alla stessa vicenda, dal Consiglio di Stato⁸⁸, in un *obiter dictum* contenuto nella sentenza con la quale è stata dichiarata l'inammissibilità del ricorso proposto per l'annullamento del decreto ministeriale di concessione dell'extradizione. In questa sede, si è giustamente rimarcato come l'effetto preclusivo della clausola di specialità di cui all'art XVI cit. operasse non rispetto ai reati, bensì rispetto ai fatti diversi da quelli addotti nell'*affidavit* e anteriori alla consegna dell'estradatao.

Partendo da tale premessa, i giudici di Palazzo Spada hanno quindi escluso che a Cipriani potesse essere estesa l'accusa di *capital felony* mossa nei confronti dei suoi complici; ciò poiché i fatti contestati a questi ultimi (esecuzione materiale dell'omicidio) erano differenti da quelli a fronte dei quali era stata richiesta la consegna del primo (istigazione a commettere l'omicidio).

Il Consiglio di Stato è giunto alle conclusioni sopra esposte rifacendosi al consolidato orientamento assunto dal giudice di legittimità⁸⁹, il quale considera "diversi" i fatti che si distinguono da quelli posti a fondamento della domanda di estradizione, sotto il profilo ontologico, cronologico, strutturale e funzionale.

Un siffatto ragionamento si espone però a rilievi critici; dal momento che si trattava di verificare l'immutabilità dell'imputazione originaria alla stregua del diritto statunitense, sarebbe stato infatti opportuno prendere in considerazione la giurisprudenza americana, piuttosto che quella nazionale.

La stessa Corte di Strasburgo, nella sentenza *Saadi c. Italia*⁹⁰, ha evidenziato la necessità di verificare l'effettività delle garanzie offerte dall'ordinamento dello Stato c.d. "richiedente", circa la tutela dei diritti fon-

⁸⁸ Cons. di Stato Sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286.

⁸⁹ Cfr., *ex permultis*, Cass. pen., 11 luglio 1991, n. 10274.

⁹⁰ Corte EDU, 28 febbraio 2008, ricorso n. 87201/07, in IZUMO, *Diplomatic assurances against torture and ill-treatment: European Court of human rights jurisprudence*, 2005.

damentali dell'estradatao, «*in their practical application*». Infatti, secondo la Corte, «*the existence of domestic laws and accession to international treaties guaranteeing respect for fundamental rights in principle are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment [...]*»⁹¹. La pronuncia richiamata prende in considerazione soltanto le “assicurazioni” diplomatiche, ma le sue statuizioni valgono *a fortiori* per le garanzie discendenti da dati oggettivi di diritto positivo, come il principio di specialità.

In conclusione, possiamo dire che codesto principio risulta idoneo ad assumere il ruolo di strumento di garanzia dei diritti dell'estradatao, soltanto qualora ricorrano due condizioni. In primo luogo, esso deve essere recepito da una norma dell'ordinamento dello Stato che abbia chiesto l'estradatao di una persona, in modo da attribuirgli efficacia sul piano interno. In secondo luogo, la norma anzidetta dovrà essere tale da escludere *tout court*, nel caso concreto, qualsiasi possibilità di mutare l'imputazione originariamente formulata nei confronti del soggetto *de quo*, alla luce degli orientamenti assunti e delle prassi seguite dalle autorità dello Stato in questione, per ciò che riguarda l'applicazione della norma stessa.

16. Sul decreto ministeriale di estradatao

Il decreto del Ministro della Giustizia, con il quale viene concessa o negata l'estradatao, costituisce l'atto conclusivo del relativo procedimento. Esso è stato introdotto, storicamente, al fine di consentire all'autorità governativa dello Stato c.d. “di rifugio” di valutare l'opportunità politica di un'eventuale consegna allo Stato c.d. “richiedente” della persona “richiesta”. Per questa ragione, il provvedimento è stato a lungo qualificato come “atto politico”, non sindacabile dinanzi al giudice amministrativo. A seguito della sentenza n. 344 del 1966 del Consiglio di Stato⁹² tale impostazione è stata però abbandonata. Nella pronuncia citata, si è infatti sottolineato che il decreto di estradatao consisterebbe in «una determinazione, sia pure latamente discrezionale, che non coinvolge immediatamente interessi superiori dello Stato, ma provvede su un oggetto specifico e circoscritto, disponendo in modo

⁹¹ «La presenza di norme interne e la possibilità di accedere a trattati internazionali che garantiscano il rispetto dei diritti fondamentali, in via di principio, non sono di per sé sufficienti ad assicurare un'adeguata protezione contro il rischio di un trattamento degradante [...]» (traduz. libera).

⁹² Cons. di Stato sez. IV, 11 maggio 1966, n. 344.

diretto e immediato di interessi essenzialmente individuali».

Pertanto, si tratterebbe non di un atto politico, bensì di un atto di alta amministrazione, suscettibile quindi di essere impugnato davanti al giudice amministrativo. Si è posto a questo punto il problema di stabilire i limiti entro i quali l'impugnazione anzidetta potesse essere proposta. A tal proposito, il Consiglio di Stato ha mantenuto per lungo tempo un atteggiamento di *self-restraint*, fondato su una distinzione rigida tra i poteri spettanti al giudice penale, nel corso della c.d. "fase giurisdizionale" del procedimento di estradizione, e quelli spettanti al giudice amministrativo, nel giudizio promosso per l'annullamento del decreto ministeriale. Mentre il primo sarebbe tenuto ad accertare la sussistenza delle condizioni legittimanti l'extradizione, il secondo dovrebbe invece limitarsi a verificare la legalità del provvedimento finale. Il sindacato del giudice amministrativo incontrerebbe perciò un duplice limite. Da un lato, esso non potrebbe pronunciarsi su questioni relative alla concedibilità dell'extradizione e quindi alla tutela dei diritti fondamentali dell'estraddando, altrimenti «il ricorso contro il provvedimento amministrativo verrebbe inammissibilmente a costituire una sorta di improprio mezzo di revisione *extra ordinem* delle sentenze delle Corti Penali»⁹³. Dall'altro lato, non sarebbe neppure legittimato a sindacare nel merito la scelta compiuta dal ministro, trattandosi di una valutazione eminentemente discrezionale⁹⁴. In base al suddetto orientamento, il decreto ministeriale potrebbe quindi essere annullato soltanto per vizi di natura formale, ad es. qualora non fosse stato rispettato il termine di quarantacinque giorni previsto dall'art. 708 co. 1 c.p.p., ovvero in caso di manifesta abnormità o illogicità⁹⁵. Una siffatta prospettiva sembra però essere stata ribaltata dalla recente sentenza n. 1576/2013 del Consiglio di Stato⁹⁶. Con questa decisione, il massimo organo della giustizia amministrativa ha annullato il decreto con il quale il Ministro della Giustizia aveva acconsentito a che un cittadino italiano fosse consegnato alle autorità statunitensi, per violazione degli artt. 13 (libertà personale) e 32 (diritto alla salute) Cost. Al soggetto in questione erano stati infatti concessi dal giudice penale italiano gli arresti domiciliari, per motivi di salute. Poiché il sistema giudiziario americano non prevede tale istituto, questi, se estradato, sarebbe stato sottoposto a misure restrittive della propria libertà, incompatibili con il

⁹³ Cfr. Cons. di Stato sez. IV, 15 giugno 2007, n. 3286 (Cipriani).

⁹⁴ Cfr. nota 16.

⁹⁵ Cfr. nota 16.

⁹⁶ Cons. di Stato sez. IV, 18 marzo 2013, n. 1576.

suo stato di salute. Per di più, il periodo di detenzione subito agli arresti domiciliari in Italia non avrebbe potuto essere considerato come periodo di reclusione in carcere negli USA e perciò avrebbe rappresentato un'incisione ingiustificata dello *status libertatis* dell'individuo, come tale incompatibile con il disposto dell'art. 13 Cost. Si assiste dunque ad una notevole espansione dei confini del sindacato del giudice amministrativo, consentendosi a quest'ultimo di prendere in considerazione anche gli eventuali vizi sostanziali dell'atto, legati ad un *deficit* di garanzia dell'extradando. Ciò avviene a fronte di una diversa concezione della natura e del significato del decreto stesso. Nella motivazione infatti si afferma che «la valutazione del Ministro della Giustizia, lungi dall'ancorarsi a mere considerazioni di "opportunità politica", deve conseguire a parametri oggettivi (quali quelli sopra indicati), da verificare nel caso sul quale occorre provvedere». Dal passo citato emerge chiaramente l'idea secondo la quale il ministro, al fine di decidere se concedere o meno l'extradizione, non dovrebbe limitarsi a valutare la sua opportunità sul piano politico-amministrativo, ma sarebbe chiamato altresì ad assicurarsi che la consegna del soggetto *de quo* ad uno Stato straniero non esponga quest'ultimo ad una lesione dei propri diritti.

La sentenza commentata ha mancato di individuare il fondamento legale di questo ulteriore compito attribuito all'autorità governativa. Non vi sono comunque dubbi sul fatto che esso vada ricercato nell'art. 698 co. 1 c.p.p., il quale recita: «Non può essere concessa l'extradizione per un reato politico né quando vi è ragione di ritenere che l'imputato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona».

La disposizione richiamata enuncia una serie di condizioni ostative alla concessione dell'extradizione, la cui ricorrenza nel caso concreto dovrà essere presa in esame non soltanto dal giudice penale, ma anche dall'autorità amministrativa. Ad una simile conclusione si addiunge sulla base di un'interpretazione sistematica della norma anzidetta, alla luce della previsione contenuta nell'art. 705 cpv. lett. c) c.p.p. Essa infatti riconosce all'autorità giudiziaria ordinaria il potere di verificare la sussistenza delle suddette condizioni, operando un rinvio esterno all'art. 698 co. 1 cit. e lasciando quindi intendere che la disposizione *de qua* si riferisca al decreto del ministro.

Possiamo pertanto dire che le condizioni *de quibus* integrano quei "parametri oggettivi" di cui si è parlato *supra*. Ciò significa che la valutazione

delle stesse, da parte del Guardasigilli, non implica considerazioni di carattere discrezionale e potrà essere impugnata dinanzi al giudice amministrativo. In questa sede potranno quindi essere affrontate questioni già dedotte, o comunque deducibili, davanti al giudice penale, dal momento che, come si è detto in precedenza, anch'esso è chiamato a prendere in considerazione le condizioni poste dall'art. 698 co. 1 c.p.p. La pronuncia definitiva di quest'ultimo non produce dunque alcun effetto preclusivo nei confronti della successiva "fase amministrativa", salvo che tale sentenza non si esprima a sfavore dell'extradizione⁹⁷. Alla ricostruzione proposta non è possibile obiettare, riprendendo un argomento già utilizzato dal Consiglio di Stato nella sua precedente giurisprudenza⁹⁸, che in questo modo verrebbero ad essere pretermessi i principi costituzionali che regolano il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Essi devono essere bilanciati con il sistema di tutela dei diritti dell'uomo, il quale assume un rilievo preminente in forza dell'ispirazione "personalista" che permea l'intero testo costituzionale e che si fonda sull'art. 2 Cost. In sintesi, le riflessioni sopra esposte mostrano un chiaro esempio di "eterogenesi dei fini". Infatti, il decreto ministeriale di estradizione, nato inizialmente per tutelare le prerogative dello Stato e soprattutto la sua sovranità, avrebbe assunto nel corso del tempo un'ulteriore funzione di garanzia dell'extradando, culminante nell'impugnazione dell'atto stesso dinanzi agli organi della giustizia amministrativa.

Daniele Conti

17. Il principio di specialità nella decisione-quadro 2002/584/GAI e la giurisprudenza Leymann-Pustovarov della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Secondo le norme oggi vigenti in Italia, l'istituto del mandato di arresto europeo, come del resto l'extradizione, si conforma al c.d. principio di specialità. Il mandato di arresto europeo, come anche il principio di specialità in esso disciplinato, tuttavia, sorge in un ordinamento diverso: quello dell'Unione europea.

Il c.d. terzo pilastro, nell'ambito del quale il mandato di arresto europeo (d'ora in poi «m.a.e.») è stato regolato con decisione-quadro 2002/584/GAI, presenta(va), invero, caratteristiche di tipo intergovernativo.

⁹⁷ Cfr. art. 701 co. 1 c.p.p.

⁹⁸ Cfr. nota n. 96.

È l'efficacia della stessa norma, però, a superare ogni tipo di caratterizzazione tipica del diritto internazionale: *ergo*, la norma italiana non è di carattere esecutivo, ma di tipo attuativo (si desume dalla giurisprudenza *Pupino* della Corte di Giustizia, sentenza del 16.6.2005, C-105/03).

La legge 12 aprile 2005 n. 69, quindi, traspone la suddetta decisione-quadro nell'ordinamento italiano, limitandosi - al più - a dettare norme di dettaglio interstiziali tra i paletti fissati dalla decisione-quadro stessa (come avviene anche per le direttive, essendo prive di diretta applicabilità⁹⁹).

Ciò premesso a livello di teoria delle fonti, quindi, deve convenirsi sul fatto che il principio di specialità in materia di m.a.e. sia disciplinato dalla decisione-quadro 2002/584/GAI e precisato dalla L. 69 cit. (art. 26 per la richiesta e art. 32 per l'esecuzione del m.a.e.), nei limiti della compatibilità con la stessa decisione-quadro.

La decisione-quadro 2002/584/GAI enuncia il principio di specialità nell'art. 27, paragrafo 2: «*Salvi i casi previsti ai paragrafi 1 e 3, la persona non è sottoposta a un procedimento penale, condannata o altrimenti privata della libertà per eventuali reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui è stata consegnata*».

Soltanto apparente è la differenza rispetto all'art. 721 c.p.p.: vero è che il nostro codice ritiene l'estradata comunque sottoponibile a procedimento penale per reati diversi; tuttavia, una lettura del successivo paragrafo 3 mostra che la sottoposizione a procedimento penale è possibile anche alla luce

⁹⁹ Si precisa che la diretta applicabilità è una qualità intrinseca dell'atto, il quale può dunque penetrare il velo dell'intermediazione (*rectius*: trasposizione) statale, senza bisogno di atti recettivi; gli effetti diretti, invece, consistono nella capacità appartenente a taluni atti di diritto dell'Unione (fermi ai margini degli ordinamenti nazionali) di produrre 'degli' effetti normativi che non possono non ripercuotersi nell'ordinamento dello Stato, anche in assenza di misure attuative nazionali. "Produrre effetti normativi" (ossia "avere effetti diretti") è diverso da "penetrare il velo dell'intermediazione statale" (ossia "essere direttamente applicabile"), infatti: la diretta applicabilità è una capacità *astratta* di alcuni atti (ad es.: regolamenti) di essere *immediatamente ed integralmente* in vigore negli ordinamenti degli Stati membri (salve le competenze di necessario esercizio statale, quali la precisazione delle sanzioni penali: concretamente l'atto non avrà effetti diretti); i soli effetti diretti, invece, consistono in una capacità *eccezionale*, da parte di una norma chiara e precisa, di comportare ripercussioni nell'ordinamento nel quale non è recepita puntualmente se trascorso un dato termine (la norma è suscettibile di produrre effetti diretti se è chiara, precisa e incondizionata (cfr. CGCE *Van Duyn*, del 4.12.1974, causa 41/74) ovvero se il recepimento di detta norma è impedito già nelle more della trasposizione (una sorta di effetti diretti "interinali", di cui alla sentenza CGUE *Commissione c. Belgio* sul contenimento del rumore aereo, del 14.06.2007, C-422/05).

della decisione-quadro, purché detto procedimento non conduca a restrizioni della libertà personale della persona consegnata.

Il paragrafo 3, infatti, prevede la non applicabilità del paragrafo 2 - ossia del principio di specialità - nei seguenti casi:

- a) *«quando, pur avendo avuto l'opportunità di farlo, la persona non ha lasciato il territorio dello Stato membro al quale è stato consegnato nei 45 giorni successivi alla scarcerazione definitiva oppure vi ha fatto ritorno dopo averlo lasciato»;*
- b) *«il reato non è punibile con una pena o una misura privative della libertà»;*
- c) *«il procedimento penale non dà luogo all'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale [in astratto, quindi, l'extradato è processabile, come si diceva, n.d.r.]»;*
- d) *«qualora la persona sia soggetta ad una pena o misura che non implichi la privazione della libertà, ivi inclusa una misura pecuniaria, anche se può restringere la sua libertà personale»;*
- e) *«qualora la persona abbia acconsentito alla propria consegna, oltre a rinunciare, se del caso, alla regola della specialità, in conformità dell'art. 13»;*
- f) *«qualora, dopo essere stato consegnato, la persona abbia espressamente rinunciato a beneficiare della regola della specialità rispetto a particolari reati anteriori alla sua consegna. Tale rinuncia è raccolta dalle competenti autorità giudiziarie dello Stato membro emittente e verbalizzata in conformità con il diritto interno di quest'ultimo. Essa è redatta in modo che risulti che l'interessato l'ha espressa volontariamente e con piena consapevolezza delle conseguenze. A tal fine la persona ha diritto ad essere assistita da un consulente legale»;*
- g) *«qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione che ha consegnato la persona dia il suo assenso in conformità del paragrafo 4».*

Si pongono, dunque, due ordini di clausole eccezionali: le lettere *a* e *g* riproducono l'elemento dell'assenso dell'autorità giudiziaria richiesta; le lettere *e* ed *f*, invece, innovano dando rilevanza al consenso del soggetto consegnato. Pertanto, a differenza dell'art. 721 c.p.p., si pongono le clausole consensuali, che permettono la rinunciabilità del principio di specialità da parte del soggetto, attribuendo a questi una precisa posizione soggettiva.

Può sostenersi che l'elemento consensuale rientri nei principi di attuazione della decisione-quadro negli ordinamenti nazionali: è vero che non trova menzione nei 'considerando' introduttivi, ma la presenza di una disposizione

quale l'art. 13 (relativa al consenso e richiamata dallo stesso art. 27, paragrafo 3, lettera e) non può risultare disponibile al legislatore statale. Della rilevanza di questi elementi soggettivi, inedita rispetto ai nostri testi di legge, si tratterà nel prosieguo.

La lettera c, invece, non è una clausola eccezionale in senso proprio: si può notare, infatti, come essa contribuisca a definire in concreto l'ambito di applicazione del principio di specialità enunciato nel paragrafo 2.

Al momento, si tenterà un'interpretazione del principio di specialità per come risulta dal combinato disposto dei paragrafi 2 e 3, lettere a-d, dell'art. 27 della decisione-quadro. Sin qui, il testo normativo sembrerebbe coincidere con l'art. 721 c.p.p.

Nel 2008, la Corte di Giustizia è stata investita di una questione pregiudiziale interpretativa inerente ai profili di "diversità" del reato ai fini della clausola di specialità. Il giudice di *Korkein oikeus* (Corte Suprema finlandese) ha posto le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1) come debba essere interpretata la nozione di «reati [...] diversi»;
- 2) se la procedura di assenso dello Stato richiesto (art. 27, paragrafi 3, lettera g, e 4) si mantenga valida nel caso in cui sia mutata la descrizione dei fatti contestati (nel caso di specie, l'incriminazione ha oggetto un reato connesso ad una sostanza stupefacente diversa da quella menzionata nel m.a.e.);
- 3) se l'art. 27, paragrafo 3, lettera c, e il paragrafo 4 consentano di procedere ad incriminazione prima di ricevere l'assenso dello Stato richiesto su «reato diverso» e se possa influire sul punto il fatto che il soggetto sia legittimamente detenuto per altri capi di imputazione.

Il 1° dicembre 2008, la terza sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata nei termini di seguito riportati (caso *Leymann-Pustovarov*, C-388/08 PPU).

Sul primo punto, la Corte di Giustizia ricorda il principio di reciproco riconoscimento che sottende la decisione-quadro sul m.a.e. ('considerando' secondo¹⁰⁰ e sesto¹⁰¹; art. 1, paragrafo 2¹⁰²; punto 42 della sentenza *Leymann-*

¹⁰⁰ Secondo 'considerando' preliminare alla decisione-quadro m.a.e.: «*Il programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, previsto al punto 37 delle conclusioni di Tampere e adottato dal Consiglio il 30 novembre 2000, affronta la questione dell'esecuzione reciproca del mandato d'arresto*».

¹⁰¹ Sesto 'considerando' preliminare alla decisione-quadro m.a.e.: «*Il mandato d'arresto europeo previsto nella presente decisione quadro costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha defi-*

Pustovarov) e che talora tende persino a “scavalcare” i fondamenti tipici del diritto estradizionale (quale il principio di doppia incriminazione)¹⁰³. Il principio di reciproco riconoscimento, però, deve poggiarsi su basi comuni: queste sono costituite dall’elencazione generica delle categorie d’imputazione nell’art. 2 della decisione-quadro¹⁰⁴, e nella predisposizione di un formulario (allegato alla decisione-quadro), contenente – tra le altre – le informazioni richieste dall’art. 8, paragrafo 1, lettere *d-g*¹⁰⁵ e la cui compilazione è a cura dell’autorità giudiziaria richiedente.

Una volta, quindi, fondato tale principio di reciproco riconoscimento, può “fiduciosamente” demandarsi al giudice nazionale l’interpretazione del principio di specialità, sotto il profilo della diversità del reato, per il quale si procede, rispetto a quello descritto nel m.a.e. (punto 59).

Ciò perché è lo Stato membro emittente che, per principio, definisce puntualmente le fattispecie di reato (punto 57) e non l’Unione, la quale non avrebbe comunque competenza a prevedere in astratto sanzioni penali. *Ergo*, la norma penale di diritto dell’Unione (ammesso che esista in termini propri) resterebbe comunque incompleta. Poiché, però, il principio di legalità dei delitti e delle pene rientra nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati

nito il fondamento della cooperazione giudiziaria».

¹⁰² Art. 1, § 2, della decisione-quadro m.a.e.: «*Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d’arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro*»

¹⁰³ Del resto, il m.a.e. è una forma di cooperazione «giudiziaria» e non «politica», come quella estradizionale che, come detto, giova esclusivamente di meccanismi di diritto internazionale.

¹⁰⁴ Elencazione, peraltro, sospetta di violazione del principio di legalità dei delitti e delle pene, come da questione pregiudiziale sollevata dalla Cour d’arbitrage belga nel caso *Advocaten voor de Wereld*, sentenza CGUE 3.05.2007, C-303/05, punti 48-54: spetta agli Stati la definizione puntuale delle ipotesi di reato; sono dunque gli ordinamenti nazionali a fornire le descrizioni legali dei reati rientranti nelle categorie dell’art. 2, ossia sottoposti al regime di circolazione di sentenze e ai meccanismi di consegna di cui alla disciplina del m.a.e.. Questo *refrain* delle descrizioni legali spettanti al diritto nazionale è rievocato dalla Corte di Giustizia proprio nell’esaminanda sentenza *Leymann-Pustovarov* (punti 57-59).

¹⁰⁵ Si fa riferimento, in particolare, a (art. 8, § 1, lettere *d-g*):

- d) «*natura e qualificazione giuridica del reato, in particolare tenendo conto dell’art. 2*»;
- e) «*descrizione delle circostanze della commissione del reato, compreso il momento, il luogo e il grado di partecipazione del ricercato*»;
- f) «*pena inflitta, se vi è una sentenza definitiva, ovvero, negli altri casi, pena minima e massima stabilita dalla legge dello Stato di emissione*»;
- g) «*per quanto possibile, le altre conseguenze del reato*».

membri¹⁰⁶, quindi rilevando *ex art. 6, paragrafo 3, del T.U.E.*, la norma di diritto secondario dell'Unione avente rilevanza penalistica (come la decisione-quadro in questione) non può che "aprirsi" alle «descrizioni legali» nazionali in materia criminale, soprattutto sotto il profilo sanzionatorio.

Del resto, nell'anno precedente, la Corte di Giustizia aveva ritenuto valida la decisione-quadro sul m.a.e. in raffronto con l'art. 6 del Trattato dell'Unione europea (con riferimento alla clausola delle tradizioni costituzionali comuni), esattamente facendo leva sulla spettanza dello Stato membro in ordine alla «descrizione legale» del reato (si veda la nota n. 102).

La Corte di Giustizia, peraltro, conclude la prima parte della sua pronuncia con un'indicazione più specifica, quasi volta ad enucleare una sorta di regola *de minimis*, ossia un limite entro il quale è tollerata la variazione di alcuni elementi forniti mediante m.a.e. allo Stato richiesto.

«*Eventuali mutamenti nelle circostanze di tempo e di luogo - infatti - sono ammessi, a condizione che derivino dagli elementi raccolti nel corso del procedimento instaurato nello Stato membro emittente in relazione ai comportamenti descritti nel mandato di arresto, che non alterino la natura del reato e che non comportino l'insorgenza di motivi di non esecuzione ai sensi degli art. 3 e 4 della decisione quadro*» (punto 59). Probabilmente l'art. 721 c.p.p. non può essere interpretato nello stesso modo: l'extradizione, in quanto espressione di rapporti intergovernativi, si basa sui caratteri formalisti del diritto internazionale dei trattati (il trattato internazionale vincola solo per ciò che è esplicito). Il m.a.e., invece, incarna quell'esigenza di cui si trattava *supra*, ossia quella del principio di reciproco riconoscimento come caposaldo dell'intera disciplina. In tal caso, il reciproco riconoscimento risalirebbe addirittura alla raccolta degli elementi nel corso del procedimento che ha - solo in un secondo tempo - condotto al m.a.e.

Più in generale, qui, come anche nel problema della spettanza della «descrizione legale del reato», prevalgono elementi sostanziali su elementi formali.

La sentenza, però, compie anche una rapida disamina del caso concreto che è oggetto del procedimento *a quo*, in risposta alla seconda questione pregiudiziale proposta dal *Korkein oikeus*.

La seconda parte della pronuncia va posta su un piano di diritto dell'Unione e non bisogna considerare assorbita la precedente questione a-

¹⁰⁶ Punto 49 della sentenza *Advocaten voor de Wereld* cit. (v. nota n. 102). Lo stesso principio si desume, come sottolineato dalla Corte di Giustizia, anche dall'art. 7, § 1, della Cedu.

stratta dalla risposta al caso di specie (come giustamente la Corte non ha ritenuto di fare). Infatti, la Corte rimane ad un livello interpretativo proprio del diritto dell'Unione e spetterà, quindi, al giudice finlandese del rinvio - ossia alla Corte Suprema, il *Korkein oikeus* - verificare se il mutamento del fatto incide sulla qualificazione del reato per il diritto interno (come da prima questione pregiudiziale).

Nei limiti, però, in cui il diritto nazionale è stato allegato al ricorso, parrebbero non sussistere modificazioni idonee a concretizzare un «reato diverso» ai fini del principio di specialità (punto 63).

La terza questione, invece, è la più complessa.

Invero, essa ha carattere sussidiario rispetto alle due precedenti: non tanto (o non solo) a livello di *petitum* subordinato, quanto più nell'ottica consequenziale all'eventuale "diversità" del reato, successivamente riscontrabile da parte del giudice nazionale secondo i criteri chiariti dalla Corte in questa sentenza.

Anche qui, pertanto, non può considerarsi esaurito il rinvio pregiudiziale e la Corte, quindi, fornisce alcune indicazioni di ordine processuale che sono valide (solo) se ci si trova davvero dinanzi a «reati diversi» (punto 65).

La risposta alla terza questione è molto più lineare di quanto la stessa pregiudiziale in sé possa apparire. Il soggetto consegnato all'autorità giudiziaria procedente può essere privato della libertà personale, in via legittima, solo per fatti risultanti dal m.a.e., mentre per fatti non menzionati occorre il consenso.

Differente, invece, è la possibilità di condannare la persona consegnata a pene detentive.

Infatti, la persona consegnata può essere processata anche per un «reato diverso» e ciò emerge chiaramente, come detto, dal combinato disposto dei paragrafi 2 e 3, lettera *c* dell'art. 27 della decisione-quadro citata.

Del resto, come la stessa Corte ha precisato, i casi delle lettere *b-d* sono eterogenei: ovviamente il principio di specialità non si applica se il reato è punibile con pene diverse dalla detenzione (lettere *b* e *d*). Il fatto, invece, che il procedimento «non d[ia] luogo all'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale» si pone come disposizione di natura processuale (punto 68) e non penal-sostanziale. Non a caso, la norma non si esprime in termini di «reato», bensì menziona il «procedimento»; in altre parole, può proseguirsi un processo in cui gli addebiti contestati siano suscettibili di essere puniti con la detenzione, ma è sufficiente - in definitiva - che nessuna privazione della libertà sia eseguita nel corso (e al termine) del procedimento.

La procedibilità per «reato diverso», peraltro (e come già visto), è analogamente ammessa dall'art. 721 c.p.p., il quale limita l'operatività del princi-

pio di specialità alle sole privazioni della libertà personale.

Una volta pronunciata la sentenza, invece, occorre l'assenso *ex art. 27*, paragrafo 3, lettera *g*, e paragrafo 4, della decisione-quadro, se s'intende far eseguire la pena detentiva o la misura di sicurezza comminata (punto 76).

Nel solco della giurisprudenza *Leymann-Pustovarov* si è posta la Corte di Cassazione nella sentenza n. 39240 del 2011.

In tale pronuncia, la Suprema Corte precisa la portata del principio di specialità proprio in forza del combinato disposto dei commi 1 e 2, lettera *c* dell'art. 26, L. 69/05 (di contenuto sostanzialmente analogo all'art. 27, paragrafi 2 e 3, lettera *c*, della decisione-quadro 2002/584/GAI).

La Corte di Cassazione precisa, in risposta ad uno dei motivi di impugnazione, che un provvedimento (astrattamente) restrittivo della libertà personale possa essere legittimamente emesso dal giudice nazionale in relazione a «reati diversi», purché detta misura non sia eseguita. Del resto, come si ricorda nella stessa sentenza, tale provvedimento costituisce atto d'instaurazione necessario della procedura di assenso o, comunque, il fondamento per l'emissione di un nuovo m.a.e.

Dovrà convenirsi sul fatto che tale interpretazione «s'impone con [...] evidenza»¹⁰⁷ guardando alla normativa sul m.a.e., in particolar modo alla luce del caso *Leymann-Pustovarov*, che la stessa sentenza n. 39240 cit. richiama.

Infatti, se detta lettura non fosse chiaramente desumibile dal testo normativo, né ricavabile dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la Cassazione sarebbe stata obbligata al rinvio pregiudiziale, in quanto giudice di ultima istanza su materia di diritto dell'Unione (art. 267, paragrafo 3, T.F.U.E.; sentenza CGCE *CILFIT*, del 6.10.1982, causa 283/81).

La questione pregiudiziale, ad ogni modo, deve avere ad oggetto la decisione sul m.a.e., visto l'art. 267 del T.F.U.E.

18. Sul mandato di arresto europeo e sulla rinunciabilità al principio di specialità

Il paragrafo 3 dell'art. 27 della decisione-quadro sul m.a.e. introduce, a fianco delle sopra espresse eccezioni al principio di specialità, una serie di elementi consensualistici, testualmente innovativi.

Per rendere inapplicabile il principio di specialità, infatti, è sufficiente la rinuncia personale del soggetto consegnato, in ossequio all'art. 27, paragrafo

¹⁰⁷ CGCE, sent. *CILFIT* del 6.10.1982, causa 283/81, punto 21.

fo 3, lettera *f*, della decisione-quadro.

Se, invece, la persona consegnata ha già espresso il suo consenso “a monte” con le procedure dell’art. 13, anche ai fini della rinuncia alla clausola di specialità, non è necessario alcun assenso dell’autorità giudiziaria richiesta né ulteriore consenso della persona consegnata affinché quest’ultima possa essere privata della libertà personale per «reati diversi» da quelli oggetto del m.a.e. (art. 27, paragrafo 3, lettera *e*).

Tali schemi consensualistici sono nuovi nel panorama testual-normativo del principio di specialità, in quanto l’art. 721 c.p.p. esplicita¹⁰⁸ solo una tutela oggettiva dell’estradata e non anche una posizione soggettiva che gli permetta di esercitare facoltà connesse rispetto alla giurisdizione dello stato richiedente.

Tale posizione giuridica (perlomeno, quella desunta dalle risultanze testuali del c.p.p.) è propria dell’estradizione in quanto istituto di cooperazione politica e una diversa previsione da parte della decisione-quadro del m.a.e. si giustifica alla luce di due considerazioni di ampio respiro.

Anzitutto, va computata la diversa natura giuridica della disciplina: il m.a.e. è istituto di diritto dell’Unione europea, cioè un diritto oggettivo a carattere sopranazionale e a «base soggettiva complessa», ossia rivolto a Stati e individui¹⁰⁹.

In secundis, anche lo stesso diritto internazionale inizia a volgere la propria attenzione verso posizioni soggettive individuali. Ciò grazie, soprattutto, alle numerose convenzioni (globali e regionali) in materia di diritti umani (CEDU, Convenzione Interamericana etc.), che consentono sempre maggiore azionabilità di detti diritti da parte di soggetti privati e dinanzi a fori internazionali.

In comparazione con quest’ultimo profilo, integrante le nuove frontie-

¹⁰⁸ La Cassazione ravvisa comunque la rinunciabilità al principio di specialità da parte del soggetto estradata, pur non essendo esplicitata dalla lettera dell’art. 721 c.p.p. Per essere valida, la rinuncia deve essere esplicita (cfr. Cass. pen. II sez., 07.05.2012, n. 16925); inoltre, non è revocabile, salvo che intervengano nuovi fatti, modificativi della situazione di fatto esistente al momento della rinuncia (cfr. Cass. pen. SS.UU., 29.11.2007, n. 11971).

¹⁰⁹ «La Comunità [oggi, “l’Unione”, che «sostituisce e succede alla Comunità» ex art. 1, § 3, del T.U.E., *n.d.r.*] costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere [...], ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini [oggi, “ma anche i cittadini”, visto l’istituto, comunque dubbio, della cittadinanza europea, di cui all’art. 20 del T.F.U.E., *n.d.r.*]» (punto II-B della sentenza CGCE *Van Gend en Loos* del 5.02.1963, causa 26/62).

re dell'ordinamento internazionale, sarebbe stata risibile una disciplina di diritto dell'Unione che si fosse limitata a riconoscere una tutela meramente oggettiva di interessi propri degli Stati, in quanto parrebbe regredita rispetto al suo stesso contesto e rispetto ai contesti dai quali proprio l'Unione ha inteso differenziarsi sin dalle origini (ossia dalle compagini puramente intergovernative, si veda la nota n. 107).

19. Mandato di arresto europeo e giusto processo; cenni critici sulla sentenza Melloni della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Nell'ottica più generale del rapporto fra ordinamenti, si ricorda la c.d. dottrina dei controlimiti, formulata dalle corti costituzionali (in particolar modo dalla Corte Costituzionale italiana¹¹⁰ e dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco¹¹¹), mediante la quale si enucleano dei principi supremi (di struttura e di tutela soggettiva dei cittadini) negli ordinamenti degli Stati membri al fine di costituire un limite ultimo all'azione del diritto dell'Unione europea.

Il giusto processo si configura come un principio di struttura dell'ordinamento costituzionale in materia processuale, ma, soprattutto, rientra nella categoria dei diritti fondamentali. È noto, peraltro, che - all'epoca delle prime elaborazioni sui controlimiti - le norme costituzionali sul giusto processo fossero ricavabili dall'art. 24 Cost. sino a che non fosse novellato l'art. 111 Cost. Oggi, a tali considerazioni, attraverso l'art. 117, comma 1, Cost., si affiancherebbe anche la Cedu quale "norma interposta", ossia parametro concreto di costituzionalità delle leggi dello Stato¹¹².

¹¹⁰ C. cost., sent. n. 183 del 18.12.1973

¹¹¹ *BVerfG*, sent. *Solange I* del 29.05.1974

¹¹² C. cost., sent. nn. 348 e 349 del 22.10.2007. Da parte di alcuni autori (P. RIDOLA), tuttavia, si segnala una certa apertura della Corte al c.d. principio di amichevolezza (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), analogo a quello elaborato in termini espliciti da parte del *BVerfG* nel *Görgülü-Beschluß* (2004). In altre parole, la Corte Costituzionale italiana (cfr. sentenze nn. 311 e 317 del 2009) si sarebbe spostata verso un maggiore utilizzo delle tecniche di interpretazione conforme alla Cedu, configurando, inoltre, un eventuale controllo di costituzionalità sulla legge di esecuzione in termini di *extrema ratio* (cfr. sent. 311 cit.). Lo stesso Autore che ha prospettato questa apertura, infatti, invoca l'applicazione degli articoli 2 e 11 Cost., vista la natura di catalogo di diritti della Convenzione europea del '50 (argomento simile all'ampliamento del catalogo dei *Grundrechte* che il *BVerfG* ha utilizzato nella sentenza *Görgülü* di cui sopra) e considerando che la stessa Convenzione avrebbe dato vita ad un ordinamento, andando al di là del semplice trattato (si ricorda, infatti, che all'applicazione della normativa Cedu presiede un'apposita Corte, presentandosi dunque un elemento di 'giurisdizione

Tale argomento risulterà sicuramente più convincente all'indomani dell'adesione dell'Unione alla Cedu (prospettata dall'art. 6, paragrafo 2, T.U.E.), anche se opererà per altre vie¹¹³; momentaneamente è più opportuno risalire ai cc.dd. controlimiti attraverso norme della Costituzione.

L'appartenenza del giusto processo ai cc.dd. principi supremi, menzionati nella sentenza n. 183 del 1973, potrebbe ricavarsi da una sentenza della Corte Costituzionale intervenuta pochi anni dopo la prima sentenza *pro-disapplicazione*¹¹⁴.

La sentenza n. 232 del 13.04.1989 si collocava all'indomani di una pronuncia della Corte di Giustizia su una pregiudiziale di validità, decisa in data 22.05.1985 (causa 33/84, *Fragd*). La sentenza sulla pregiudiziale aveva limitato gli effetti di una pronuncia di invalidità, impedendo all'attore del procedimento principale di poterne giovare¹¹⁵. Escludere l'attore del procedimento *a quo* dai benefici a lui derivanti da una pronuncia d'invalidità in ambito (allora) comunitario comportava la violazione di un «*principio supremo del nostro ordinamento costituzionale, consistente - come è affermato nella sentenza n. 18 del 1982 [...] - nell'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio*» (C. Cost. it. 232/89, punto 4). L'art. 24 Cost., in relazione al caso *de quo*, è correlato alla tutela di un diritto al rimborso. I termini estensivi usati nella sentenza citata, come anche un eventuale argomento *a fortiori*, inducono, tuttavia, a ravvisare carattere di «principio fondamentale» a tutto l'art. 24 e al giusto processo penale. La stessa sentenza

zionalizzazione' delle posizioni soggettive derivanti dal trattato, virtualmente simile a quello sviluppato in seno all'Unione europea, si veda la nota n. 107). Nella sentenza n. 113, del 4.04.2011, la Corte Costituzionale ha ribadito che la Cedu ha funzione di «norma interposta» all'art. 117, comma 1, Cost.; anzi, si è spinta ad affermare che la verifica di costituzionalità della norma convenzionale violata si antepone (logicamente e cronologicamente) alla dichiarazione di incostituzionalità della norma interna contrastante con la Convenzione (punto 8). In tal senso, la giurisprudenza costituzionale parrebbe essere regredita rispetto alle sentenze nn. 311 e 317 del 2009 sopra analizzate.

¹¹³ Probabilmente non quelle prospettate, in linea teorica, dal Consiglio di Stato nella sentenza 2.03.2010 n. 1220, posto che la Cedu continua (e continuerà) ad applicarsi allo Stato senza il tramite del diritto dell'Unione per gli atti al di fuori del cono d'ombra di quest'ultimo (infatti, «tale adesione [della Ue alla Cedu, ndr] non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati», art. 6, § 2, ultima parte, T.U.E.). Nello stesso senso, seppur latamente, cfr. CGCE *Cinéthèque* (1985) e *Demirel* (1987).

¹¹⁴ C. cost., sent. n. 170 del 1984.

¹¹⁵ Più precisamente, l'attore nella causa principale aveva invocato l'invalidità di una norma di diritto derivato, già dichiarata dalla Corte di Giustizia nel 1980, assumendosi l'onere di una pronuncia giudiziale nei confronti dell'Amministrazione finanziaria convenuta in giudizio.

n. 18 del 1982, citata nella sentenza 232/89 *ut supra*, ricorda che dall'art. 24 discendono, pur sempre in ambito non incidente sulla libertà personale, il diritto alla difesa e il diritto al contraddittorio che «*vanno ascritti nel novero dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale*» (punto 5)¹¹⁶. Posto che entrambi i menzionati principi siano i capisaldi del giusto processo, può inferirsi che quest'ultimo sia principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano.

Per quanto attiene ai rapporti tra giusto processo e m.a.e., la Corte Costituzionale ha ribadito la dottrina dei controlimiti anche nella sentenza n. 227 del 21.06.2010, in una serie di *obiter dicta* (punto 7).

Tuttavia, questa pronuncia non ha ravvisato alcun contrasto tra la decisione-quadro e la Costituzione, bensì l'incostituzionalità della legge attuativa (L. 69/05), avvalendosi anche di un'interpretazione conforme della decisione-quadro con l'art. 12 T.C.E. (oggi, art. 18 T.F.U.E, stabilente un principio di uguaglianza a livello europeo)¹¹⁷.

Secondo la prospettiva dell'ordinamento dell'Unione, invece, sarebbe la Corte di Giustizia a dover interpretare la normativa sul m.a.e., anche qualora vi fosse la violazione di diritti costituzionalmente garantiti.

In primo luogo, se tali diritti assurgono al livello di tradizioni costituzionali comuni – proprie degli Stati o derivanti dalla rilevanza costituzionale della Cedu in alcuni ordinamenti – la Corte di Giustizia può utilizzarli come «*principi generali*» dell'ordinamento dell'Unione, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 3, T.U.E.

In merito, la sentenza CGCE *Internationale Handelsgesellschaft* del 17.12.1970 (causa 11/70; seppur antecedente la codificazione delle tradizioni costituzionali comuni, avvenuta nel 1992-1993 ad opera dell'art. 6 del Trattato di Maastricht) attribuisce alla stessa Corte di Giustizia la competenza a mi-

¹¹⁶ Si tratta del criterio di raffronto tra ordinamento italiano e diritto dell'Unione. In ambito concordatario oggetto della sentenza n. 18 del 1982, infatti, si è sviluppata la stessa dottrina dei controlimiti che assurge a criterio generale regolante i rapporti tra ordinamenti.

¹¹⁷ Interpretazione conforme che pare opporsi alla dottrina dei controlimiti, nell'ottica di quel *Völkerrechtsfreundlichkeit* (v. nota n. 110) utilizzato dalla Corte Costituzionale italiana già dalle sentenze nn. 420 del 1994 e 443 del 1997. La sentenza n. 227 del 2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, co. 1, lettera r, della L. 69/05, nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno. Ciò, anche alla luce della lettera dell'art. 4, n. 6, della decisione-quadro 2002/584/GAI («...*la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda*»).

surare la legittimità di atti di diritto dell'Unione con le tradizioni costituzionali comuni: «*La tutela dei diritti fondamentali costituisce [...] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza.*

La difesa di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità» (punto 4)¹¹⁸.

In secondo luogo, qualora i limiti al diritto dell'Unione si giustificassero alla luce di un preciso contesto costituzionale, ben potrebbe applicarsi la clausola di cui all'art. 4, paragrafo 2, T.U.E. Secondo alcuni autori, infatti, la nuova stesura del T.U.E., risultante dal Trattato di Lisbona, avrebbe definitivamente assegnato alla Corte di Giustizia poteri interpretativi inerenti alla conformità di atti dell'Unione persino con le cc.dd. identità costituzionali degli Stati membri (diverse dalle tradizioni costituzionali comuni di cui *supra*, sempre secondo tale tesi). Questa sarebbe la conseguenza logica dell'art. 4, paragrafo 2, del T.U.E., in base ad un semplice sillogismo: la Corte di Giustizia è depositaria dell'interpretazione autentica del Trattato (per via del principio di uniforme applicazione del diritto Ue) e l'art. 4, paragrafo 2, è una norma del trattato. *Ergo*, la Corte di Giustizia è competente a definire quantomeno i limiti applicativi di detta previsione, ma “definirne i limiti applicativi”, magari in disaccordo con i giudici nazionali, condurrebbe comunque all'impiego immediato dell'art. 4, paragrafo 2, T.U.E. da parte della Corte. L'utilizzo di una clausola generale («identità costituzionali») parrebbe deporre comunque a favore della tesi anzidetta.

In terzo luogo, l'art. 6 del T.U.E., al paragrafo 1, sancisce il valore di diritto primario della Carta di Nizza del 2000, il primo catalogo scritto di diritti (seppur in larga parte ricognitivo della giurisprudenza della Corte di Giustizia) nell'ordinamento dell'Unione. Tale norma, combinata con gli artt. 267, paragrafo 1, lettera *b*, e 263 T.F.U.E. (pregiudiziale di validità e ricorso per annullamento), permette alla Corte di Giustizia di valutare la conformità ai diritti fondamentali delle norme di diritto derivato.

Di seguito si vedrà come la prospettiva Ue sin qui esposta sia stata affrontata da una recentissima pronuncia della Corte di Giustizia. Nel 2011, il Tribu-

¹¹⁸ Come detto sopra, anni dopo il *BVerfG* ha ritenuto di poter interpretare autonomamente le tutele costituzionali dell'individuo per censurare atti di diritto dell'Unione (sentenza *Solange I*, si veda la nota n. 109). I Trattati di Lisbona parrebbero aver superato queste riserve, ripresentatesi in sentenze successive (*Maastricht-Urteil* del 1993, *Lissabon-Urteil* del 2009, *Mangold* del 2010) approntando una tutela “accentrata” delle «identità costituzionali» mediante l'art. 4, § 2, del T.U.E. (si veda il corpo testuale principale).

nale Costituzionale spagnolo ha investito la Corte delle seguenti questioni pregiudiziali:

- 1) se l'art. 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione-quadro debba essere interpretato in senso ostativo al riesame della sentenza di condanna come condizione per eseguire un m.a.e.;
- 2) se, appurata tale interpretazione ostativa, la stessa disposizione sia conforme alla Carta di Nizza (più precisamente, agli artt. 47 e 48, paragrafo 2, della Carta);
- 3) se, appurata anche la validità dell'art. 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione-quadro, possa comunque uno Stato subordinare la consegna di un condannato *in absentia* al riesame della sentenza di condanna in forza della clausola di cui all'art. 53 della Carta (sistematicamente interpretato in relazione agli artt. 47 e 48 della Carta).

Le questioni sopra elencate si pongono in relazione ad una disposizione della decisione-quadro 2002/584/GAI, introdotta dall'art. 2 della decisione-quadro 2009/299/GAI, in forza della quale uno Stato membro può non consegnare un soggetto condannato *in absentia*, salvo che dal m.a.e. emergano tutta una serie di elementi, elencati nel paragrafo 1 dell'art. 4 *bis* di cui trattasi. Il 26 febbraio 2013, la Grande Sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata nei termini che seguono (causa C-399/11, caso *Melloni c. Ministero Fiscale*).

La prima questione, di carattere interpretativo, è esaminata alla luce del (più volte citato) principio di reciproco riconoscimento. Qui, peraltro, tale principio trova ulteriore conferma nell'art. 1 della decisione-quadro modificativa del 2009¹¹⁹.

La seconda questione viene letta dalla Corte come un "attacco" sferrato alla *ratio* del m.a.e. L'esigenza di salvaguardare tale istituto, invece, è particolarmente sentita dalla Corte, la quale, però, argomenta in modo non convincente. Trattasi, infatti, di questione di validità della disposizione impugnata (l'art. 4 *bis* della decisione-quadro) per contrasto con una norma di rango primario (le citate previsioni della Carta di Nizza). Ciò premesso (punto 47), sembra che la Corte legga gli artt. 47 e 48 della Carta alla luce dell'art. 4 *bis* della decisione-quadro (e non viceversa). Infatti, tende a sviluppare il conte-

¹¹⁹ Il riferimento è alla sentenza *Leymann-Pustovarov*, sopra commentata. Del resto, in quest'ultima pronuncia il principio di reciproco riconoscimento è alla base del criterio di «descrizione legale del reato», quest'ultimo decisivo rispetto alla questione lì posta dal *Korkein oikeus* finlandese.

nuto delle previsioni sulla difesa e sull'equo processo in base ad un asserito "rafforzamento" di tali garanzie mediante la decisione-quadro 2009/299/GAI (punto 51). Più semplicemente, se si dà per presupposto che la norma β sviluppi le garanzie della norma suprema α , ciò impedisce, chiaramente, di valutare se β sia conforme ad α . Ancor peggio, l'interpretazione (compiuta, di fatto, dalla Corte) della norma suprema α alla luce della norma β , potrebbe servire per aggirare eventuali censure (o limitazioni) sulla seconda (β) in forza della prima (α).

Codesto approccio mostra le sue criticità nell'ambito della terza questione. Secondo l'art. 53 della Carta, pacificamente ritenuto come una "clausola di garanzia minima" dei diritti, «nessuna disposizione della [stessa] Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti [...] riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, [...] dalle convenzioni internazionali, in particolare la [Cedu], e dalle costituzioni degli Stati membri». Alla luce del dettato letterale, ancor più che in forza del significato costantemente attribuito a tale disposizione, sostenere – come nella sentenza *de qua*, punti 57-60 – che una simile interpretazione dell'art. 53 «permetterebbe ad uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione» può prestare il fianco ad una serie di rilievi. Infatti, la Corte continua ad invocare il parere 1/91, la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* etc., propri di una concezione federalista dei rapporti fra ordinamenti. Eppure, la tutela dei diritti dovrebbe tendere ad ampliarsi ed integrarsi¹²⁰: non dovrebbe essere schiacciata su rapporti di primazia di un ordinamento rispetto ad un altro.

Presumibilmente, la decisione-quadro si mostra conforme rispetto alle previsioni (di rango superiore) invocate, ma l'atto di forza della Corte di Giustizia¹²¹ disvela un'incertezza ed un timore di fondo¹²², in quanto il giusto processo rappresenta un importante baluardo delle costituzioni nazionali, inclusa la Costituzione italiana. A questo punto, probabilmente, un'argomentazione inclusiva del dato fattuale sarebbe stata più apprezzabile, dal momento che

¹²⁰ Non sembrerebbe, infatti, esserci quel rapporto cooperativo auspicato dal *BVerfG* nel *Maastricht-Urteil* del 1993, pur essendo anche questa pronuncia intrisa di interessi propri dell'ordinamento tedesco.

¹²¹ Si noti la terminologia dell'*incipit* del punto 63: «permettere ad uno Stato membro».

¹²² Si guardi al punto 63, in clausola: «comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti [...] un pregiudizio per l'effettività della [...] decisione quadro».

tutte le costituzioni degli Stati membri garantiscono il giusto processo e tutti gli ordinamenti nazionali europei sono tenuti a conformarsi all'art. 6 della Cedu.

Pertanto, in ossequio al principio del reciproco riconoscimento, reclami sulla violazione del giusto processo sarebbero di competenza dei giudici interni, in riferimento al caso concreto, e, in subordine, della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quanto appena detto, succede naturalmente all'accertamento della conformità della decisione-quadro rispetto ad un catalogo di garanzie minime in materia di diritti, quale la Carta di Nizza.

In termini ancora diversi si è posto il *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza del 18 luglio 2005 (caso *Darkanzali*)¹²⁹³.

Il Tribunale Costituzionale federale tedesco conferisce particolare rilievo alla “fiducia dell'indagato nel proprio ordinamento giuridico”. In tal senso, lo Stato ha una particolare responsabilità: da un lato, in merito all'integrità del proprio ordinamento; dall'altro, riguardo alla tutela dei diritti fondamentali. Questa sarebbe la *ratio* dell'art. 16, paragrafo 2, *GrundGesetz*, nella parte in cui stabilisce che nessun cittadino tedesco possa essere estradato all'estero. Del resto, incide anche la concezione del contributo democratico del cittadino, tipica della dottrina dei controlimiti: il cittadino tedesco verrebbe sottoposto ad un diritto penale «*che non ha contribuito democraticamente a formare, che non deve conoscere*», in seno ad ordinamenti con i quali «ha poca confidenza» (punto 85). Si richiederebbe, in altre parole, uno sforzo conoscitivo abnorme del diritto penale, al pari di quello necessario nel caso di future leggi penali, qualora queste potessero essere retroattive (*ergo*, si violerebbe l'art. 103, paragrafo 2, *GG*; punto 98: sembrerebbe un'interpretazione analogica caratterizzata da una *eadem ratio*). A tal fine, il *BVerfG* distingue condotte realizzate in Germania da condotte realizzate all'estero (o con dimensione tipica transfrontaliera): le prime soggiacciono alle considerazioni sin qui puntualizzate; le seconde non escludono l'accoglimento di richieste d'extradizione o l'esecuzione di m.a.e.

La “zona grigia” intermedia, dunque, implica una concreta ponderazione che raffronti, da un lato, politica criminale e spazio giuridico europeo e, dall'altro, i diritti fondamentali dell'individuo (punto 87). Uno standard comune di diritti fondamentali, raggiunto anche attraverso la Cedu, non giustifi-

¹²⁹³ Per una completa trattazione di questa pronuncia, si veda DI MARTINO, *La sentenza del Tribunale Costituzionale tedesco sul mandato d'arresto europeo, 2005*, consultabile online sul sito www.associazioneitalianacostituzionalisti.it.

ca di per sé un reciproco riconoscimento e una fiducia negli ordinamenti sostanziali e processuali degli altri Stati membri: non si può, sulla base di tali presupposti, comprimere la garanzia dei diritti fondamentali assicurata dal *GrundGesetz* (punto 118). Il *BVerfG* dirotta la propria pronuncia a scapito della legislazione attuativa interna del m.a.e. (omologa della nostra L. 69 cit.); tuttavia, come si è visto, il Tribunale si pone, pur volendo avallare riferimenti al caso concreto, in termini ancora generalizzanti. Questo ricorda atmosfere tipiche della giurisprudenza *Solange I*, pretendendo il *BVerfG* di applicare, in via (anche solo apparentemente) generica, i diritti fondamentali nel proprio ordinamento e diffidando delle magre garanzie dei diritti a livello dell'Unione.

A parer di alcuni autori, sotto quest'ultimo profilo (quello della diffidenza di fondo del *BVerfG* in materia di diritti), la vicenda tedesca del mandato di arresto europeo sembrerebbe più un caso paradigmatico di contrasto all'espansione inarrestabile delle competenze dell'Unione piuttosto che una reale esigenza di tutela delle garanzie annesse al giusto processo.

Maria Antonietta Palitta

20. Il processo penale in contumacia

La contumacia dell'imputato, consiste nella sua consapevole, ingiustificata mancata comparizione all'udienza preliminare così come previsto dall'art. 420 quater del c.p.p .

Il problema riguardante la disciplina del processo *in absentia* dell'imputato, pone un'alternativa controversa: da un lato la necessità di garantire i diritti fondamentali del soggetto imputato, come il diritto di difesa e il diritto allo svolgimento di un equo processo; dall'altro l'interesse pubblico al regolare svolgimento della funzione giurisdizionale .

21. La contumacia e l'extradizione

Tra tutte le forme di cooperazione internazionale in ambito penalistico, rileviamo l'importanza dell'extradizione.

Analizzando la previsione del processo penale contumaciale osserviamo come questi, abbia tradizionalmente rappresentato un limite alla concessione dell'extradizione nei rapporti con quei Paesi che non ammettono la celebrazione del giudizio in assenza dell'imputato.

Soltanto l'art. 3 del secondo Protocollo Addizionale alla Convenzione europea di estradizione (adottata a Strasburgo nel marzo del 1978, ed entrato in vigore nel giugno del 1983), si è occupato, con una disposizione *ad hoc*, delle domande di estradizione "esecutiva" aventi ad oggetto una sentenza emessa in *absentia* dell'imputato. Tale protocollo, prevede che «*quando una Parte Contraente chiede a un'altra Parte Contraente l'estradizione di una persona allo scopo di eseguire una pena o una misura di sicurezza pronunciata nei suoi confronti con sentenza contumaciale, la Parte richiesta può rifiutare l'estradizione a tale scopo se, a suo parere, la procedura giudiziale non ha rispettato i diritti minimi della difesa riconosciuti a ogni persona accusata di un reato. L'estradizione sarà nondimeno concessa se la Parte richiedente offre garanzie rite-nute sufficienti per assicurare all'estradando il diritto a un nuovo processo che salvaguardi i diritti della difesa*».

Ove per "diritti minimi di difesa" occorre fare riferimento all'art 6 della Cedu e in particolare alla Risoluzione n. 11 adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nel 1975, in cui è previsto il *minimum* perché il processo penale possa dirsi equo. Tale direttiva, manifesta l'esigenza di garantire che l'imputato non sia sottoposto a giudizio, ove non sia stato in precedenza raggiunto da una tempestiva notificazione della citazione, la quale gli consenta di comparire e apprestare la sua difesa, salvo che egli non si sia sottratto alla giustizia volontariamente.

La stessa Risoluzione, inoltre, afferma la necessità che «l'imputato possa, comunque, impugnare la sentenza conseguente al dibattimento celebrato senza la sua partecipazione e in particolare ottenere l'annullamento o la ripetizione del giudizio quando, rispettivamente, sia stato citato irregolarmente o provi che la mancata presenza o l'omesso preavviso di essa al giudice, sono dovuti a una causa involontaria».

L'Italia, inizialmente oppose una "riserva" di non accettazione, ritirata poi nel 1990, a seguito dell'entrata in vigore del codice di rito penale, ritenendo che la procedura introdotta dall'art. 175 c.p.p., relativa alla restituzione in termini, consentisse di assolvere a quanto previsto nello strumento pattizio. Tuttavia la realtà fu diversa, in quanto il processo contumaciale, con l'originario meccanismo riparatorio della restituzione in termini, diede adito a numerosi moniti della Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale giunse al punto di "imporre" una modifica della disciplina prevista dall'art. 175.c.p.p.

La riforma di tale istituto, si ebbe, per l'appunto, a seguito di numerose sentenze di condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti

dell'uomo, che pose in evidenza i contrasti tra la normativa italiana, in tema di processo contumaciale, ed i principi del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione, il quale consente di enucleare un fascio di prerogative e diritti processuali che, ricondotti al loro comune presupposto il diritto ad un equo processo consentono alla Corte europea di sindacare il rispetto delle regole processuali nei singoli modelli nazionali, pure senza entrare nel "merito" della contesa processuale.

21. Interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo: accenno al caso Colozza

Il primo, fondamentale intervento della Corte EDU in tema di giudizio *in absentia* dell'imputato, si ebbe, sotto il vigore dell'abrogato codice di rito, con la sentenza Colozza c. Italia del 1985, Giacinto Colozza venne condannato per truffa alla pena di sei anni di reclusione, e dichiarato da prima irreperibile e poi latitante. Il Colozza presentò, quindi, ricorso alla Corte d'Appello di Roma sostenendo di essere stato ingiustamente dichiarato latitante ed asserendo la nullità ed invalidità della condanna in contumacia dal momento che il suo indirizzo di residenza era conosciuto dalla polizia e dall'ufficio del Procuratore della Repubblica dall'ottobre del '76 (due mesi prima della condanna).

La Corte d'Appello respinse la domanda per la scadenza dei termini previsti: 20 giorni, che decorsero dal giorno in cui il mandato d'arresto era stato notificato.

La Corte di Cassazione ugualmente rigettò la domanda.

Nel 1980 Colozza ricorse alla Cedu eccependo la violazione dell'art. 6 della Convenzione.

Da ciò la Corte statò che, non solo la rinuncia dovesse essere esplicita, ma inoltre era necessario che, qualora il diritto interno ammettesse la possibilità di svolgere il processo in assenza dell'imputato, si dovesse garantire a quest'ultimo il diritto di ottenere una nuova valutazione del merito dell'accusa in sua presenza.

Considerando tutto ciò, la Corte europea decise all'unanimità che vi era stata violazione dell'art 6 della Convenzione da parte dell'Italia.

Nella disamina ricostruttiva italiana dell'epoca passata, la Corte europea ha evidenziato che l'impianto di impostazione notificatoria nei confronti dell'imputato irreperibile o latitante si erigeva su una «presunzione di conoscenza» dell'atto formalizzato in cancelleria, dedotta dalla inattuabilità di rin-

tracciare l'imputato.

Da tale sentenza, il legislatore Italiano è stato chiamato, nel contesto dei doveri ai quali lo Stato italiano è vincolato in virtù della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a fornire una risposta organica ai problemi posti dalla celebrazione del processo in contumacia e a introdurre rimedi adeguati per garantire, in questi casi, l'effettività del diritto di difesa.

A seguito della sentenza Colozza, la disciplina interna veniva modificata con la l. 22/89, elaborata contemporaneamente al nuovo codice di rito di cui, sia pure parzialmente, anticipava le soluzioni date al processo contumacia.

22. Qualche profilo comparatistico

Prima di analizzare il risultato delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, e di come queste abbiano contribuito a modificare la disciplina del giudizio in contumacia, in particolare per ciò che concerne l'istituto della rimessione in termini (art. 175 c.p.p.) è interessante analizzare, in brevissima sintesi, qualche profilo comparatistico in relazione all'utilizzo di tale istituto nei vari Stati Europei, per dar conto delle rilevanti difficoltà che il nostro Governo incontra nelle richieste di estradizione per l'esecuzione di sentenze di condanna in contumacia.

Nel sistema francese è necessario distinguere due categorie di reati: *i délits* ed *i crimes*. Per i primi, di minore gravità, è possibile la pronuncia della sentenza di condanna in contumacia, la quale diviene esecutiva soltanto dopo la notifica all'imputato e sempre che questi non vi faccia opposizione nei termini prescritti. Tale opposizione produce un effetto estintivo assoluto. Per i reati più gravi, *i crimes*, è previsto un procedimento per contumacia, che presenta consistenti limitazioni al diritto di difesa, ciononostante, è assistito da una forte clausola di salvaguardia dei dritti dell'imputato. L'imputato è considerato contumacie laddove questi non soltanto sia "fisicamente" assente dal dibattimento, ma anche nel caso si sottragga, volontariamente, all'esecuzione di un ordine di comparizione, notificatogli due volte. Tuttavia la sentenza pronunciata in contumacia è sottoposta ad una condizione risolutiva costituita dalla c.d "purgazione della contumacia" che consente la presentazione del condannato nel termine di prescrizione della pena (ventennale), determinando l'annullamento retroattivo della sentenza e la regressione del giudizio allo

status quo ante. La Corte europea ha peraltro di recente censurato la procedura francese in contumacia, rilevando una violazione dell' art. 6 , para 1 e 2 Cedu, stimando inoltre che l'istituto della "purgazione della contumacia" non può essere assimilato ad una via di ricorso "ordinaria".

Nell'ordinamento portoghese, con il nuovo codice del 1987 ,si è voluto valorizzare in modo incisivo il principio relativo alla personalità della difesa , inficiando in qualche modo, la celerità del procedimento. Tranne rare eccezioni, in tale sistema, il giudizio non può svolgersi in assenza dell'imputato. La notificazione reiterata dell'ordine di comparizione, conduce alla dichiarazione di contumacia, tuttavia tale condizione procedurale comporta la sospensione del procedimento.

Anche nell'ordinamento spagnolo sono previste delle distinzioni simili a quelle del sistema francese, ed inoltre, la dichiarazione di contumacia determina, dopo il completamento della fase istruttoria, la sospensione del processo.

23. Contumacia e mandato d'arresto europeo

La riforma del nostro processo contumaciale avvenuta con d.l. 17/2005, convertito con modifiche nella l.60 del 2005, recante»Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna», fu adottata con l'intento di omologare, il procedimento in contumacia allo standard minimo del giusto processo europeo, dopo che la Corte di Strasburgo, dichiarò, in relazione a due pronunce formulate nel 2004 (caso Somogyi c. Italia; caso Sejdovic c. Italia), che alcune disposizioni del nostro codice di procedura penale in materia di contumacia, comportassero una violazione dell'art. 6 Cedu, imponendo allo Stato di modificare la legislazione interna. Proprio con la sentenza Sejdovic, la Corte, per la prima volta, ha chiesto espressamente al nostro Paese di introdurre un meccanismo "effettivo" per garantire il diritto alle persone condannate in contumacia ad ottenere un nuovo processo, in tutti quei casi in cui l'assenza dell'imputato derivava da una mancata informazione del procedimento a suo carico e qualora questi non avesse rinunciato consapevolmente a comparire. Questa sentenza impose di rimuovere le disposizioni che attualmente escludono l'automaticità della rimessione in termini, per l'impugnazione del provvedi-

mento contumaciale, da parte dell'imputato che non abbia avuto conoscenza del provvedimento a suo carico.

L'Italia cercò di adeguarsi a quanto richiesto dalla Corte EDU, con la novella dell'art. 175 del nostro c.p.p, soprattutto per ciò che attiene al diritto del condannato in contumacia a vedere rivisto il merito delle accuse rivoltegli. A seguito di tale intervento l'art. 175 c.p.p. subì delle modifiche nel comma 2, dove, a fronte di una sentenza contumaciale o di un decreto di condanna, l'imputato, previa richiesta, è restituito nel termine per impugnare salvo che questi abbia avuto effettiva conoscenza del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire o a proporre impugnazione od opposizione, in questi casi l'autorità giudiziaria dovrà compiere le necessarie verifiche; vide poi l'introduzione di un comma 2 *bis*, nel quale è stato previsto che la suddetta richiesta di restituzione nel termine dovesse essere presentata entro il termine di 30 giorni (anziché 10, come previsto nella precedente disciplina) da quando si è avuta effettiva conoscenza del provvedimento; in caso di estradizione all'estero il termine per la presentazione della richiesta decorre dalla consegna del condannato. Il processo, dunque, perché sia ritenuto equo nei confronti dell'imputato e legittimo, quindi, la preclusione alla *restitutio in integrum*, è necessario riconoscere il fine della effettiva conoscenza. Tali modifiche hanno migliorato il meccanismo delle garanzie offerte all'imputato contumace "inconsapevole", ma non hanno soddisfatto le esigenze di completa rinnovazione del giudizio, per il contumace incolpevole. Il nostro sistema, in relazione alla contumacia, pertanto, ruota sempre intorno a garanzie improntate sulla restituzione nel termine per attivare un giudizio di impugnazione, senza contemplare la possibilità di sospendere il processo, o addirittura consentire la c.d. purgazione, nell'intento di consentire l'instaurazione di un nuovo processo, condizioni che invece vengono offerte da altri Paesi.

Tale riforma risponde al desiderio di armonizzare l'ordinamento interno con la disciplina del mandato di arresto europeo.

Siffatta disciplina manifesta la tendenza alla creazione di forme giuridiche post-estradizionali che nasce dall'esigenza di snellire il meccanismo estradizionale attraverso una semplificazione procedurale.

La decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri 2002/584 GAI così come modificata nel 2009, si inserisce nell'ambito della cooperazione penale europea e persegue la finalità di realizzare la procedura di consegna dell'imputato, direttamente ed esclusivamente tra autorità giudiziarie degli Stati membri. Tale decisione quadro sostituisce tra gli Stati

dell'Unione europea, la procedura di estradizione ancora sussistente tra stati membri e stati terzi. La modifica apportata nel 2009, comportò l'introduzione di un articolo 4 *bis*, il quale prevede che «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può altresì rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione, salvo che il mandato d'arresto europeo indichi che l'interessato, conformemente agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro emittente a tempo debito:

- 1) è stato citato personalmente ed è quindi stato informato;
- 2) è stato informato del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione in giudizio;
- b) essendo al corrente della data fissata, aveva conferito un mandato ad un difensore, nominato dall'interessato o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed è stato in effetti patrocinato in giudizio da tale difensore;
- c) dopo aver ricevuto la notifica della decisione ed essere stato espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria:
 - 1) ha dichiarato espressamente di non opporsi alla decisione;
 - 2) non ha richiesto un nuovo processo o presentato ricorso in appello entro il termine stabilito;
- d) non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione, ma 1) riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna e sarà espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria; 2) sarà informato del termine entro cui deve richiedere un nuovo processo o presentare ricorso in appello, come stabilito nel mandato d'arresto europeo pertinente».

Qualora il mandato d'arresto europeo sia emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà

alle condizioni di cui al paragrafo 1, lett. d, e l'interessato non sia stato precedentemente informato ufficialmente dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico, questi può, una volta informato del contenuto del mandato d'arresto europeo, chiedere che gli sia trasmessa copia della sentenza prima della consegna. Non appena ricevuta informazione della richiesta, l'autorità emittente fornisce all'interessato copia della sentenza per il tramite dell'autorità di esecuzione. La richiesta dell'interessato non ritarda la procedura di consegna né la decisione di eseguire il mandato d'arresto europeo. La sentenza è trasmessa all'interessato a soli fini informativi; la trasmissione non costituisce notificazione ufficiale della sentenza né fa decorrere i termini applicabili per la richiesta di un nuovo processo o per la presentazione di un ricorso in appello.

Qualora la persona sia consegnata alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettera d), e abbia chiesto un nuovo processo o presentato ricorso in appello, la detenzione della persona in attesa di tale processo o appello è riesaminata, fino alla conclusione del procedimento, conformemente al diritto dello Stato membro di emissione, a intervalli regolari o su richiesta dell'interessato. Il riesame verte in particolare sulla possibilità di sospensione o interruzione della detenzione. Il nuovo processo o l'appello hanno inizio in tempo utile dalla consegna.

In tale ipotesi, un rifiuto alla richiesta di consegna, costituisce una mera facoltà e non un obbligo del giudice dello Stato richiesto, ogni volta in cui il giudice dello Stato emittente non abbia osservato degli oneri informativi relativi a precisi requisiti processuali stabiliti dall'ordinamento dello Stato emittente. La decisione ha individuato dei requisiti processuali del cui rispetto è onerato il giudice emittente, pertanto, in taluni casi, i giudici dello Stato richiesto, non possono rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto, in quanto devono ritenere rispettate le garanzie processuali, in particolar modo se sia possibile richiedere un nuovo processo o procedere all'appello.

A tale decisione dovrà esser data concertata attuazione, mediante una norma ricettiva dell'ordinamento giuridico interno.

In conformità alle disposizioni della decisione quadro, le legislazioni di attuazione adottate da numerosi Stati membri, prevedono espressamente il rifiuto della esecuzione del mandato d'arresto emesso in un altro Stato membro, quando nel caso di processo contumaciale, la legislazione dello Stato richiedente non garantisca il diritto ad un nuovo processo. Il nostro paese, nonostante le recenti modifiche, non sembrerebbe, in relazione alla disciplina del giudizio contumaciale, garantire appieno un ripristino integrale della situazione processuale dell'imputato e di conseguenza ciò comporterebbe il rischio di possibili rifiuti qualora non sia soddisfatta la condizione rappresentata dalla possibilità di richiedere un nuovo processo.

23. Conclusioni

In relazione a quanto detto, è evidente che la necessità di munirsi di rimedi normativi atti a garantire l'imputato dalle violazioni del diritto ad un giusto processo non è più rinviabile.

Con l'ultima pronuncia del 2009 si è consentito di dedicare ampio spazio al rafforzamento dei diritti processuali dei singoli, ricollegando la tutela di tali diritti al rafforzamento della fiducia reciproca e di conseguenza ad una più efficace operatività del principio del mutuo riconoscimento, che costituisce il perno della cooperazione giudiziaria penale europea; tale principio si fonda sull'elevato livello di fiducia conseguito tra gli Stati membri dell'Unione e tale fiducia è alimentata e si accresce se gli Stati assicurano un alto livello di tutela dei diritti fondamentali.

È parimenti sperimentato che gli istituti della restituzione del termine per impugnare e della revisione del processo, (così come previsti nel nostro Paese) consentono la garanzia di una struttura "teorica" del sistema, ma non comportano una garanzia reale, concreta, anche per quanto riguarda le relazioni con gli altri Stati; ciò si desume anche dall'assenza di un'automatica celebrazione di un nuovo giudizio.