



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2021, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaro, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandomato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Casseti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Víctor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidad do Minho
Ángel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista scientifica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario **2021, n. 1**

Editoriale

Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il “salto nel buio” e la rete di protezione
Lucia Serena Rossi p. 1

Saggi e Articoli

Ciudadanía europea y protección de la vida familiar. Especial referencia a los nuevos modelos de familia
Víctor Luis Gutiérrez Castillo p. 15

La protezione dei minori stranieri non accompagnati nella giurisprudenza europea: quale possibile influenza sulle proposte contenute nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo?
Anna Pitrone p. 29

Il progressivo rafforzamento dello “*status di nonno*” nel sistema di tutela europeo e nazionale
Anna Iermano p. 52

Il coordinamento delle politiche per la *cybersecurity* dell'UE nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia
Daniela Marrani p. 77

Impacto de la Estrategia global de seguridad de la UE para reforzar el acuerdo y el dialogo sobre derechos humanos UE - Cuba
Alexis Berg-Rodríguez p. 99

Il centro degli interessi principali del debitore e il *forum shopping* tra regolamento (UE) 2015/848 e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza
Michela Capozzolo p. 127

The unconvicted detention of persons with mental impairments: the ECHR “unsound” that does not sound
Marcello Sacco p. 153



FOCUS

20 años de la Carta de derechos fundamentales de la UE. Su aplicación por los Tribunales Españoles

Il Focus contiene i testi rivisti di alcune delle relazioni tenute in occasione del Convegno internazionale organizzato presso l'Università Pompeu Fabra di Barcellona (28/29 settembre 2020)

- Implementation of the Charter of fundamental rights by the Spanish Courts in the *Junqueras* case p. 176
Maria Mut Bosque
- Risks for the fundamental right to the protection of personal data stemming from the Covid-19 sanitary crisis: a Spanish perspective p. 197
Eva María Nieto Garrido
- La Carta de derechos fundamentales de la Unión europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en procesos de amparo p. 219
Santiago Ripol Carulla
- The fundamental right to an effective judicial protection and the rule of law in the EU and their impact on Member States' administration of justice p. 238
Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena



Editoriale

FIDUCIA RECIPROCA E MANDATO D'ARRESTO EUROPEO
Il “salto nel buio” e la rete di protezione

Lucia Serena Rossi*

SOMMARIO: 1. La mutua fiducia come presupposto del MAE. – 2. Fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali. – 3. Fiducia reciproca e indipendenza dei giudici. – 4. La sentenza *Openbaar Ministerie* e la questione delle “violazioni sistemiche”. – 5. Conclusioni: il seguito della sentenza *Openbaar Ministerie*.

1. La mutua fiducia come presupposto del MAE

Il mandato d'arresto europeo¹ costituisce, al momento, la forma forse più significativa della mutua fiducia fra gli Stati membri e, probabilmente proprio per questo, ha suscitato e continua a suscitare timori e resistenze. Per capirne la ragione occorre partire dal concetto di fiducia reciproca².

Qualcuno considera tale concetto come espressione del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4.3 TUE³. In proposito, è bene precisare che mentre

* Giudice alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Tutte le opinioni sono personali e non vincolano in alcun modo l'istituzione.

¹ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009.

² Su questo principio v. K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, n. 3; ID., *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, issue 3, pp. 805-840; ID., *L'indépendance judiciaire et la quête d'une justice*, cit., p. 409 ss.; S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *European Papers*, 2017, vol. 2; P. MORI, *Quelques réflexions sur la confiance réciproque entre les États membres: un principe essentiel de l'Union européenne*, in AA.VV., *Liber Amicorum A. Tizzano*, Torino, 2018, p. 651 ss.; P. MENGOZZI, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in questa *Rivista*, 2017, n. 2, p. 1; E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in questa *Rivista*, 2017, n. 2, p. 27-51; J.P. JACQUÉ, *État de droit et confiance mutuelle*, in *Revue Trimestrielle de Droit européen*, 2018, vol. 54, n. 2, pp. 239-242.

³ V. S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, cit.

quest'ultimo principio ha una portata verticale, nei due sensi, fra Unione e Stati membri, la mutua fiducia ha di per sé una dimensione eminentemente orizzontale, ovvero interstatale. Tuttavia, nella misura in cui quest'ultima è imposta da un atto dell'Unione europea che crea obblighi per gli Stati anche verso l'Unione, è il rispetto di tali obblighi che diviene parte del principio verticale di leale cooperazione. A ben guardare, l'idea della fiducia reciproca sembra piuttosto il corollario del motto "uniti nella diversità": gli Stati sono consapevoli della diversità dei loro sistemi giuridici e giurisdizionali, ma sanno che, grazie all'azione di ravvicinamento e di sorveglianza attiva svolta dall'Unione europea, gli standard in vigore negli altri Stati sono, seppure non identici, comparabili e dunque ragionevolmente accettabili.

La mutua fiducia in materia di cooperazione giudiziaria civile – ed ancor più penale⁴ – va oltre il mutuo riconoscimento⁵ degli standard relativi ai prodotti o dei controlli amministrativi effettuati dagli altri Stati membri perché richiede, in un certo senso, un "sacrificio di sovranità" maggiore. Essa implica un apparente "salto nel buio" che richiede la fiducia che, all'arrivo di quel salto, ci sia una rete di protezione, nella specie di protezione dei diritti fondamentali. E dunque, in definitiva, la fiducia che quel salto nel buio non sia un salto in un vuoto di tutela dei diritti.

Certo, già con riferimento al mutuo riconoscimento si erano posti problemi relativi alla protezione dei diritti individuali. Con riferimento alla circolazione di prodotti e servizi, il rischio era che il meccanismo del mutuo riconoscimento innescasse una corsa al ribasso negli standard. Non per nulla la sentenza *Cassis de Dijon*⁶, in cui fu per la prima volta affermato il principio del mutuo riconoscimento, enunciò contemporaneamente, come rete di protezione, anche la teoria delle "esigenze imperative", nel nome delle quali gli Stati avrebbero potuto introdurre restrizioni alla libertà di circolazione, purché rispondenti ad un interesse generale e proporzionate.

Si trattava in quel caso di un mutuo riconoscimento che operava "in quanto tale", come corollario delle libertà di circolazione previste dal Trattato e senza una cornice di armonizzazione. Con la crescente regolamentazione del mercato unico, la possibilità di invocare eccezioni e deroghe risultava poi via via inquadrata, con minore o maggior dettaglio, dallo stesso atto di armonizzazione. Accettando quest'ultimo, ogni Stato membro dell'Unione accetta l'equivalenza fissata dagli standard degli altri Stati e, nell'ambito di ciò che si è armonizzato, non può più invocare le esigenze imperative.

Se il mutuo riconoscimento degli standard già presupponeva un certo grado di fiducia reciproca, quest'ultima è stata esplicitamente teorizzata dalla Corte di giustizia con riferimento alla cooperazione giudiziaria. In materia penale il principio della mutua fiducia fu enunciato per la prima volta con riferimento alla clausola di *ne bis in idem*

⁴ V. la sezione relativa alla Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, <http://www.slsj.unisa.it/osservatorio/coop.penale/coop.penale> contenuta nell'Osservatorio sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (<https://www.slsj.unisa.it/>).

⁵ Per una distinzione fra i due concetti v. in particolare K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, cit.

⁶ Corte di giustizia, sentenza del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, EU:C:1979:42. V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti nella causa *Rewe-Zentral*, 120/78, EU:C:1979:3.

contenuta nell'Accordo di applicazione di Schengen⁷. In materia civile, con la sentenza *Gasser*⁸, riferita alla Convenzione di Bruxelles, la Corte affermò che il riconoscimento reciproco di atti e sentenze si basa necessariamente sulla fiducia che gli Stati contraenti accordano reciprocamente ai loro sistemi giuridici e alle loro istituzioni giudiziarie.

La fiducia reciproca riguarda la capacità dell'ordinamento cui si rinvia di tutelare in modo adeguato i diritti sostanziali e processuali. Poiché tali diritti negli Stati membri hanno rilievo costituzionale, un "salto nel buio" senza un'adeguata rete di protezione sarebbe per gli Stati membri, difficile da accettare. La rete di protezione è predisposta, da un lato dagli stessi atti dell'Unione, che cercano di stabilire l'equilibrio fra fiducia reciproca e protezione dei diritti fondamentali⁹, e dall'altro dalla Carta dei diritti fondamentali, che aggiunge importanti garanzie. Sulla tenuta di questo sistema vigilano la Commissione e la Corte di giustizia ma una vigilanza attenta è svolta dai giudici, costituzionali, ma anche ordinari, degli Stati membri, che dialogano con la Corte di Lussemburgo attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Anche altre aree dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia come l'asilo e la protezione internazionale sono basate sulla fiducia reciproca tra Stati membri. Come chiarito recentemente dalla Corte nella sentenza *Jawo*¹⁰, questo principio richiede, in particolare per quanto riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che ciascuno degli Stati membri «ritenga, salvo circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione» e, in particolare, i diritti fondamentali e i valori comuni su cui si fonda l'Unione, come stabilito all'art. 2 TUE, e che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali siano in grado di fornire una protezione equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta¹¹. In effetti, come ha scritto il Presidente della Corte di giustizia, la fiducia reciproca... non è una fiducia cieca¹².

2. Fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali

Ed è proprio con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, ed in particolare all'art. 47 della Carta, che si sono moltiplicate ultimamente le richieste di interpretazione della Corte di giustizia in materia processualpenalistica. Sebbene fra di

⁷ V. Corte di giustizia, sentenza dell'11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügger*, cause riunite C-187/01 e C-385/01, EU:C:2003:87, punto 33.

⁸ Corte di giustizia, sentenza del 9 dicembre 2003, *Gasser*, causa C-116/02, EU:C:2003:657.

⁹ V. ad esempio, a proposito del regolamento in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, la sentenza dell'11 luglio 2008, *Rinau*, causa C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punti 49-51.

¹⁰ Corte di giustizia, sentenza del 19 marzo 2019, *Jawo*, C-163/17, EU:C:2019:218

¹¹ Corte di giustizia, sentenza *Jawo*, cit., punti 80-81. Vedi anche la sentenza del 19 marzo 2019, *Ibrahim e a.*, cause riunite C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, EU:C:2019:219, punti 83-84.

¹² K. LENAERTS, *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, vol. 54, issue 3, pp. 805-840.

esse non manchino i riferimenti ad altri atti dell'Unione¹³, la grande maggioranza riguarda la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo¹⁴.

La stessa decisione quadro 2002/584, predispone una “rete di protezione”¹⁵. Al considerando 12 precisa di rispettare i diritti fondamentali e di osservare i principi sanciti dall'art. 6 del trattato sull'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali. In particolare, «nessun elemento della decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato d'arresto europeo qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi». Lo stesso considerando aggiunge inoltre che la decisione quadro «non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione». Nello stesso senso l'art. 1, par. 3, della stessa decisione quadro afferma che quest'ultima non può modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali consacrati agli artt. 2 e 6 del TUE.

Tuttavia, nonostante tali disposizioni, la decisione quadro sul mandato d'arresto si è rivelata, sin dalla sua adozione, un banco di prova, da un lato per tale tutela di siffatti

¹³ Sulla direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, in GU 2013, L 294, p. 1, v. ad esempio le sentenze del 12 marzo 2020, (*Diritto di avvalersi di un difensore in caso di mancata comparizione*), causa C-659/18, EU:C:2020:20 e del 14 maggio 2020, *Staatsanwaltschaft Offenburg*, causa C-615/18, EU:C:2020:376.

¹⁴ Cfr. L. PANELLA, *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e “incoraggianti” sviluppi giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 2017, n. 3, p. 5 ss.

¹⁵ V. la recentissima riforma approvata con d.lgs. del 2 febbraio 2021, n. 10 modificativa della disciplina contenuta nella L. 22 aprile 2005, n. 69, con la quale il legislatore italiano aveva dato esecuzione alla decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri. Il nuovo art. 2 del d.lgs. 10/2021 stabilisce che «l'esecuzione del mandato di arresto europeo non può, in alcun caso, comportare la violazione dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato o dei diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea o dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...)». Dunque, contrariamente alla previgente formulazione secondo la quale l'Italia dava esecuzione al MAE «nel rispetto» dei diritti e principi stabiliti dai trattati internazionali e dalla Costituzione, chiedendo «idonee garanzie» allo Stato membro di emissione (art. 2 comma 2, oggi abrogato), la versione attuale attribuisce al giudice dell'esecuzione la verifica relativa alla violazione dei predetti principi e diritti, con la conseguenza in caso affermativo di impedire *tout court* l'esecuzione del MAE. Sulla scelta (che non trova riscontro generalizzato negli altri ordinamenti degli Stati dell'UE) compiuta dal legislatore italiano, già con la L. 69/2005, di prevedere un esplicito riferimento all'art.6 del TUE v., *inter alia*, A. DI STASI, *Tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea e mandato di arresto europeo: osservazioni sull'art. 2 della legge n.69/2005*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Leanza*, 2008, Napoli, pp. 1009-1044, in part. p. 1012 ss.

diritti e, dall'altro, per i principi strutturali dell'Unione europea quali il primato e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione.

Inizialmente fu sollevato negli Stati membri il problema della compatibilità della decisione quadro con le Costituzioni nazionali, sia perché il mandato d'arresto sembrava potersi tradurre nell'extradizione del cittadino, appunto vietata da molte Costituzioni, sia, più in generale, perché si temeva che esso mettesse in pericolo, nella sua applicazione concreta, le garanzie procedurali e i diritti fondamentali previsti dalle Costituzioni. Così, per fare qualche esempio¹⁶, mentre la Corte Costituzionale polacca decideva che, in attesa di una necessaria modifica della Costituzione la decisione quadro poteva essere provvisoriamente applicata, la Corte Costituzionale tedesca, pur ritenendo tale decisione quadro compatibile con il *Grundgesetz*, dichiarava invece l'incostituzionalità della legge di attuazione, che non aveva sfruttato tutti i margini di discrezionalità concessi dalla decisione quadro. Nel caso *Advocaten voor de Wereld*¹⁷, la Corte Costituzionale belga sollevò un rinvio pregiudiziale di validità della decisione quadro che istituiva il MAE per possibile violazione dei diritti fondamentali, con particolare riferimento alla soppressione del controllo della doppia incriminazione prevista dall'art. 2, par. 2, della decisione quadro. La Corte di giustizia rispose che tale soppressione non violava né i diritti fondamentali, né i principi di legalità, di uguaglianza e di non discriminazione¹⁸.

Nel corso del tempo, la Corte ha sviluppato un approccio che consente di tutelare i diritti fondamentali, derogando ove necessario alle regole del mandato d'arresto europeo, ma preservando l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Il percorso concettuale sviluppato emerge dal raffronto fra le sentenze *Melloni*¹⁹ ed *Aranyosi*²⁰.

Nella prima sentenza, la Corte Costituzionale spagnola chiedeva se i giudici nazionali dovessero consegnare persone condannate *in absentia* nello Stato emittente, nonostante il fatto che questo avrebbe provocato dei problemi d'incompatibilità con la Costituzione nazionale. La risposta affermativa della Corte di giustizia si spiega non certo per una scarsa considerazione della Costituzione spagnola, o dei diritti fondamentali, ma per il fatto che, dato che il contenuto essenziale della decisione quadro era proprio l'accettazione del principio del mutuo riconoscimento, l'adozione della prima implicava anche un'accettazione, da parte degli Stati membri, del secondo. Il senso di questa sentenza è che opporre all'applicazione della decisione quadro gli

¹⁶ Sul punto v. L.S. ROSSI, *How Fundamental is a Fundamental Principle? Primacy and Fundamental Rights after the Lisbon Treaty*, in *Yearbook of European Law*, 2008, pp. 65-89 e P. BALBO, *I sistemi giurisdizionali nazionali di fronte all'interpretazione del Mandato d'arresto europeo*, <https://www.giurcost.org/studi/balbo.html>.

¹⁷ Corte di giustizia, sentenza del 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, EU:C:2007:261.

¹⁸ V. anche Corte di giustizia, sentenza del 28 gennaio 2021, *Spetsializirana prokuratura (Comunicazione dei diritti)*, causa C-649/19, EU:C:2021:75.

¹⁹ Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11, EU:C:2013:107.

²⁰ Corte di giustizia, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

standard nazionali, seppure di rango costituzionale, avrebbe privato la stessa di ogni effetto utile²¹. La decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, avendo armonizzato gli standard minimi di tutela dei diritti processuali in quella materia, precludeva agli stessi Stati di invocare come eccezioni al principio del primato i propri standard nazionali, facendo leva sulle proprie norme costituzionali.

Nella seconda sentenza la Corte ha ammesso che limitazioni ai principi di riconoscimento e fiducia reciproca tra Stati membri possono essere apportate quando la procedura di consegna rischia di indurre trattamenti disumani o degradanti, ai sensi della sezione 4 della Carta, della persona ricercata²². Secondo la Corte, «*in presenza di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati comprovanti la presenza di carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono determinati gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscono determinati centri di detenzione per quanto riguarda le condizioni di detenzione nello Stato membro emittente*» l'autorità giudiziaria di esecuzione «*deve verificare, in modo concreto e preciso, se sussistono motivi seri e comprovati di ritenere che la persona colpita da un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena privativa della libertà, a causa delle condizioni di detenzione in tale Stato membro, corra un rischio concreto di trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in caso di consegna al suddetto Stato membro*»²³.

Lo standard di tutela dei diritti considerato dalla Corte per giustificare le deroghe è dunque non quello delle Costituzioni nazionali, ma quello della Carta, alla luce dell'art. 52 di quest'ultima ed integrato dalla CEDU²⁴. Se, in linea di principio, è precluso il ricorso agli standard nazionali dello Stato di esecuzione, applicandosi soltanto quelli dello Stato emittente, questi ultimi saranno comunque subordinati al rispetto della Carta, che rende il "salto nel buio" meno problematico.

In tal modo la tensione fra diritti fondamentali e obblighi di eseguire il mandato d'arresto europeo trova un punto di equilibrio all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, senza intaccare i principi del primato, dell'autonomia dell'uniforme applicazione.

²¹ Si noti che in *Aranyosi*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, la Corte di giustizia, con riferimento ad una diversa fattispecie, non ha esitato a far prevalere la protezione dei diritti fondamentali sulla stessa decisione quadro.

²² Corte di giustizia, sentenza *Aranyosi*, cit.; v. K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, cit., in particolare p. 83 ss.

²³ *Ibid.* punto 104.

²⁴ La Corte EDU per la verità sembra nutrire dubbi sul meccanismo della mutua fiducia, che sta alla base del mutuo riconoscimento, e sull'efficacia o idoneità di quest'ultimo, a causa dei suoi automatismi, a garantire effettivamente i diritti degli individui. Tale atteggiamento si è manifestato, in particolare, in relazione alle procedure di asilo, al mandato d'arresto europeo e alla riconsegna del minore in caso di sottrazione. Sul tema rinvio a L.S. ROSSI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*, in *Post di AISDUE*, II (2020), Aisdue.eu, Seminario sulla Carta del 4 dicembre 2020, n. 6, 30 dicembre 2020, pp. 44-51.

Più recentemente, nelle due sentenze *Popławski*²⁵, la Corte ha escluso l'effetto diretto della decisione quadro, precisando che il giudice non potrebbe disapplicare una norma nazionale che impedisca di consegnare la persona ricercata alla giurisdizione emittente di un altro Stato e che non possa essere interpretata in conformità con la decisione quadro.

3. Fiducia reciproca e indipendenza dei giudici

L'indipendenza dei giudici degli Stati membri dell'Unione è un concetto che ha una valenza "tridimensionale". Come la Corte ha chiarito nella sentenza *Land Hessen*²⁶, che ha effettuato un riepilogo delle diverse definizioni contenute in precedenti pronunce, l'indipendenza dei giudici rientra, innanzitutto, nel principio dello Stato di diritto, che, secondo l'art. 2 TUE, fa parte dei valori su cui l'Unione si fonda e che sono comuni agli Stati membri, nonché nell'art. 19 TUE, che concretizza tale valore e affida l'onere di garantire il controllo giurisdizionale in detto ordinamento anche ai giudici nazionali. Tale indipendenza è inoltre un requisito necessario per garantire ai singoli, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, il diritto fondamentale a un giudice indipendente e imparziale di cui all'art. 47 della Carta, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione. Infine, detta indipendenza è essenziale al buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, in quanto tale meccanismo può essere attivato unicamente da un organo, incaricato di applicare il diritto dell'Unione, che soddisfi, segnatamente, tale criterio di indipendenza.

La sentenza *Juízes Portugueses*, in relazione all'indipendenza dei giudici, ha sottolineato che «la fiducia reciproca tra gli Stati membri e, segnatamente, tra i loro giudici si basa sulla premessa fondamentale secondo cui gli Stati membri condividono una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda», ovvero i valori dell'articolo 2 TUE, compreso il rispetto dello stato di diritto²⁷.

La questione che si pone è se e in che misura una mancanza di indipendenza dei giudici dello Stato emittente possa far venire meno la fiducia reciproca e di conseguenza consentire il rifiuto dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo.

A tale proposito, occorre, ricordando che il considerando n. 10 della decisione quadro afferma che «il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. L'attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo

²⁵ Sul tema v. L.S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *Giustizia insieme*, <https://www.giustizainsieme.it/it/news/123-main/diritto-ue/1517-effetti-diretti-delle-norme-dell-unione-europea-ed-invocabilita-di-esclusione-i-problemi-aperti-dalla-seconda-sentenza-poplawski> e bibliografia ivi citata.

²⁶ Corte di giustizia, sentenza del 9 luglio 2020, *Land Hessen*, causa C-272/19, EU:C:2020:535, punto 45.

²⁷ *Ibidem*, punto 30.

in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 1, dello stesso trattato, e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo».

La Corte ha esaminato la questione nella sentenza *LM (Minister for Justice and Equality)*²⁸, in cui ricorda che la premessa fondamentale su cui si basa il diritto dell'Unione è che tutti gli Stati membri condividano i valori dell'art. 2 TUE²⁹ e che l'indipendenza dei giudici riveste importanza cardinale ai sensi degli artt. 2 e 19 TUE. Secondo la Corte, il principio del mutuo riconoscimento rappresenta la "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria in materia penale; pertanto, se l'esecuzione del mandato d'arresto europeo è la regola, il rifiuto a dare esecuzione è un'eccezione, che, in quanto tale, deve essere interpretata restrittivamente.

Per quanto riguarda la possibilità di derogare ai meccanismi della decisione quadro in caso di inosservanza dei valori dell'art. 2 TUE da parte dello Stato di emissione, la sentenza *LM* chiarisce il possibile impatto sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo delle procedure previste dal primo e dal secondo paragrafo dell'art. 7 TUE, tracciando un'importante distinzione³⁰.

Se lo Stato membro di emissione è stato oggetto di una proposta motivata della Commissione, adottata ai sensi dell'art. 7, par. 1, TUE, affinché il Consiglio constati che esiste un rischio evidente di violazione grave dei valori di cui all'art. 2 TUE, in particolare quello dello Stato di diritto, a causa di attacchi all'indipendenza dei giudici nazionali e l'autorità giudiziaria di esecuzione dispone di elementi in grado di dimostrare l'esistenza di deficienze sistemiche, per quanto riguarda tali valori, a livello del potere giudiziario di quello Stato, è necessaria una valutazione concreta caso per caso. In tal caso, secondo la Corte, l'autorità giudiziaria di esecuzione può astenersi dall'eseguire un mandato d'arresto europeo emesso da tale Stato «*soltanto in circostanze eccezionali in cui detta autorità accerti, in esito una valutazione concreta e precisa del caso di specie, che vi sono motivi seri e comprovati per ritenere che la persona oggetto di tale mandato di arresto europeo corra, a seguito della sua consegna all'autorità giudiziaria emittente, un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale a un giudice indipendente e, pertanto, del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un processo equo*».

Per confermare la natura eccezionale della possibilità di rifiutare, in tali circostanze, l'esecuzione del mandato d'arresto, la Corte ha anche aggiunto una serie di elementi che il giudice nazionale deve esaminare nell'ambito di una tale valutazione, sviluppando un test in due fasi³¹.

²⁸ Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, causa C-216/18 PPU, EU:C:2018:586.

²⁹ *Ibidem*, punto 35.

³⁰ Corte di giustizia, sentenza *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, cit., punti 69-71.

³¹ *Ibidem*, punti 72-76.

In primo luogo, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve esaminare in quale misura le carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza dei giudici dello Stato membro emittente, attestate dagli elementi a sua disposizione, siano idonee ad avere un impatto a livello dei giudici di tale Stato membro competenti a conoscere dei procedimenti cui sarà sottoposto il ricercato.

In secondo luogo, *«se da tale esame risulta che dette carenze sono idonee a incidere su tali giudici, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve ancora valutare, alla luce delle specifiche preoccupazioni espresse dalla persona interessata e delle informazioni eventualmente fornite da quest'ultima, se esistano motivi seri e comprovati per ritenere che detta persona corra un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale a un giudice indipendente e, pertanto, del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo, tenuto conto della sua situazione personale nonché della natura del reato per cui è perseguita e delle circostanze di fatto poste alla base del mandato d'arresto europeo»*. Ma anche in tal caso, prima di rifiutare l'esecuzione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione dovrà ancora chiedere all'autorità giudiziaria emittente, ai sensi dell'art. 15, par. 2, della decisione quadro 2002/584, *«ogni informazione complementare che reputi necessaria per la valutazione dell'esistenza di un siffatto rischio»*.

Se invece lo Stato membro emittente è stato oggetto di una decisione del Consiglio europeo, alle condizioni di cui all'art. 7, par. 2, TUE, e con le conseguenze previste al par. 3 dello stesso articolo, che accerti *«una violazione grave e persistente nello Stato membro di emissione dei principi di cui all'articolo 2 TUE, come quelli inerenti allo Stato di diritto, seguita dalla sospensione da parte del Consiglio dell'applicazione della decisione quadro 2002/584 nei confronti di tale Stato, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a rifiutare automaticamente l'esecuzione di qualsiasi mandato di arresto emesso dalle autorità di tale Stato, senza che sia necessario effettuare una valutazione concreta del rischio reale che corre l'interessato di vedere inficiato il contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo»*.

La violazione – o il rischio di violazione – dei valori previsti dall'art. 2 TUE, secondo i diversi paragrafi dell'art. 7 TUE, comporta pertanto, conseguenze diverse per quanto riguarda, da un lato, la possibilità per il giudice dell'esecuzione di rifiutare, eccezionalmente e dopo una valutazione caso per caso, o invece, dall'altro, l'obbligo generale, di negare l'esecuzione del mandato d'arresto.

Dopo la sentenza *LM*, il legame tra il principio della fiducia reciproca e il rispetto dei valori fondamentali dell'art. 2 del TUE è stato costantemente ribadito in diversi casi riguardanti il mandato d'arresto europeo³² come un elemento necessario per stabilire e mantenere la mutua fiducia che è alla base del reciproco riconoscimento.

³² Vedi Corte di giustizia, sentenze del 25 luglio 2018, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*, causa C-220/18 PPU, EU:C:2018:589; del 19 settembre 2018, *RO*, causa C-327/18 PPU, EU:C:2018:733; del 6 dicembre 2018, *IK (Exécution d'une peine complémentaire)*, causa C-551/18 PPU, EU:C:2018:991; del 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, causa C-128/18, EU:C:2019:857, punti 45-46; dell'8 maggio 2019, *SF*, C-631/17, EU:C:2019:381, punti 35-36.

4. La sentenza *Openbaar Ministerie* e la questione delle “violazioni sistemiche”

Come si è visto, nella sentenza *LM*, quando lo Stato membro di emissione è stato oggetto di una proposta motivata della Commissione adottata ai sensi dell'art. 7, par. 1, TUE, se l'autorità dell'esecuzione dispone di elementi in grado di dimostrare l'esistenza di deficienze sistemiche, per quanto riguarda tali valori, a livello del potere giudiziario di quello Stato, la Corte ha ammesso la possibilità di rifiutare l'esecuzione, a seguito di un'analisi in due fasi, concreta e caso per caso.

Con la sentenza nelle cause riunite *Openbaar Ministerie*, del 17 dicembre 2020³³, la Grande *Chambre* della Corte è tornata sulla questione delle *défaillances* sistemiche dello Stato di diritto nel Paese del giudice di emissione come possibile causa di rifiuto generale di eseguire il mandato d'arresto da parte dell'autorità di un altro stato membro.

La questione è stata rimessa dal Tribunale di Amsterdam, a cui era stato richiesto di eseguire due mandati d'arresto (in una delle due cause in relazione alla consegna di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale), emessi in Polonia. Tale giudice, dubitando, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia sui giudici polacchi³⁴, che questi ultimi offrirono, in generale, garanzie di indipendenza adeguate chiedeva se l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve dare attuazione a un mandato d'arresto europeo emesso da un giudice che non soddisfa, e già non soddisfaceva più, al momento dell'emissione del mandato, i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva, in quanto la normativa nello Stato emittente non garantisce l'indipendenza di detto giudice, né la garantisce già più al momento dell'emissione del mandato d'arresto europeo.

La sentenza³⁵ ricorda innanzitutto che è compito di ciascuno Stato membro, al fine di assicurare la piena applicazione dei principi della fiducia e del riconoscimento reciproci che sono alla base del funzionamento del meccanismo del mandato d'arresto europeo, garantire, sotto il controllo ultimo della Corte, la salvaguardia dell'indipendenza del proprio potere giudiziario, astenendosi da qualsiasi misura che possa pregiudicarla. Essa aggiunge però³⁶, che il giudice dell'esecuzione, anche se dispone di elementi che testimonino carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro, non può negare la qualità di «autorità giudiziaria emittente», ai sensi dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro 2002/584, a qualsiasi giudice e a qualsiasi organo giurisdizionale di tale Stato membro. Infatti, secondo la Corte, «l'esistenza di simili carenze non necessariamente incide su

³³ Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 2020, *L e P Openbaar Ministerie (Indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente)*, C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033.

³⁴ In particolare l'ordinanza dell'8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia*, causa C-791/19 R, EU:C:2020:277.

³⁵ *Ibidem*, punto 40.

³⁶ *Ibidem*, punti 41 e 42.

qualsiasi decisione che gli organi giurisdizionali di detto Stato membro possano adottare in ciascun caso concreto». Un'interpretazione contraria, prosegue la Corte, andrebbe al di là di quelle «circostanze eccezionali» che sole possono giustificare limitazioni ai principi della fiducia e del riconoscimento reciproci, dando luogo ad un'esclusione generalizzata dell'applicazione di tali principi nell'ambito del MAE.

Di conseguenza, anche in caso di carenze sistemiche o generalizzate, riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario nello Stato membro di emissione, non si può presumere il rischio reale di violazione dell'equo processo, *«senza effettuare una verifica concreta e precisa che tenga conto, in particolare, della situazione individuale di detta persona, della natura del reato di cui trattasi e del contesto fattuale nel quale si inserisce detta emissione»*.

Riprendendo quanto affermato in *LM*, la Corte conclude che, *«l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, al fine di valutare, in modo concreto e preciso, se, nelle circostanze del caso di specie, sussistano motivi seri e comprovati per ritenere che, a seguito di tale consegna, detta persona corra un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale a un processo equo, deve esaminare, in particolare, in quale misura le carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente siano idonee ad avere un impatto a livello degli organi giurisdizionali di tale Stato membro che saranno competenti a conoscere dei procedimenti cui sarà sottoposta siffatta persona. Tale esame implica, di conseguenza, che venga preso in considerazione l'impatto di siffatte carenze che si siano verificate dopo l'emissione del mandato d'arresto europeo interessato»*.

Con riferimento ad un mandato d'arresto europeo emesso da uno Stato membro in vista della consegna di una persona ricercata ai fini dell'esecuzione di una pena, la Corte precisa che, ove, in seguito alla sua eventuale consegna, tale persona sarà oggetto di un nuovo procedimento giurisdizionale, ivi compreso un ricorso sull'esecuzione di tale pena o misure di sicurezza privative della libertà o di un ricorso contro la sentenza la cui esecuzione è oggetto di detto mandato d'arresto, *«l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve altresì esaminare in quale misura le carenze sistemiche o generalizzate esistenti nello Stato membro emittente al momento dell'emissione del mandato d'arresto europeo abbiano pregiudicato, nelle circostanze del caso di specie, l'indipendenza dell'organo giurisdizionale di tale Stato membro che ha irrogato la pena o la misura di sicurezza privative della libertà la cui esecuzione è oggetto di detto mandato d'arresto europeo»*.

La sentenza, che segue peraltro le conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, esclude dunque ogni automatismo *a priori* che consenta di negare l'esecuzione del mandato d'arresto e riconferma lo schema in due fasi di *LM*. La Corte, nella stessa sentenza, ha inoltre precisato non solo che il giudice dell'esecuzione non può, astenersi dal compiere la seconda fase dell'esame, ma anche che le due fasi di tale esame implicano un'analisi dell'informazione ottenuta sulla base di criteri differenti, ragion per cui tali fasi non possono confondersi.

È possibile che, dopo le ormai numerose pronunce critiche sull'indipendenza dei giudici in Polonia, qualcuno si aspettasse che la Corte di giustizia cogliesse l'occasione di questa causa per stigmatizzare nuovamente le riforme dell'ordinamento giurisdizionale di quel Paese, collegando ad esse la "sanzione" indiretta di consentire alle autorità degli altri Stati membri un rifiuto generalizzato di eseguire i mandati d'arresto emessi dalle autorità polacche. Tuttavia, difficilmente la Corte avrebbe potuto giungere ad una soluzione diversa da quella a cui è pervenuta.

In primo luogo, la Corte si è trovata di fronte ad un preciso vincolo testuale, rappresentato dal considerando 10 della decisione quadro. Per consentire, in via generalizzata ed automatica ai giudici dell'esecuzione di passare direttamente alla seconda fase, la Corte avrebbe dovuto equiparare alla decisione del Consiglio europeo di cui all'art. 7, par. 2, TUE la propria giurisprudenza che aveva riscontrato nell'ordinamento polacco violazioni degli artt. 2 e 19 TUE nonché dell'art. 47 della Carta. Ora, se non si può escludere che uno Stato membro possa un giorno essere condannato in infrazione per la violazione dei suddetti articoli³⁷, le conseguenze della violazione degli stessi sono, per quanto riguarda il mandato d'arresto europeo, chiaramente stabilite dal considerando 10 della decisione.

Con riferimento a tale considerando, va anzi osservato che sia nella sentenza *LM* che nella sentenza *Openbaar Ministerie*, la Corte desume dallo stesso «*che l'attuazione del meccanismo del mandato d'arresto europeo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 2 TUE, constatata dal Consiglio europeo in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 2, TUE, con le conseguenze previste al paragrafo 3 dello stesso articolo*»³⁸. Dunque, mentre il considerando si limita a menzionare il par. 2 dell'art. 7 TUE, la Corte sembra ritenere che una sospensione automatica del mandato d'arresto, dovrebbe essere oggetto di una eventuale specifica decisione del Consiglio dei Ministri dell'Unione di sospensione di uno Stato membro, ai sensi del par. 3 dell'art. 7 TUE.

In secondo luogo, la Corte è attenta all'effetto utile della decisione quadro. Secondo la sentenza *Openbaar Ministerie*³⁹, «*ammettere che carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, per quanto gravi esse siano, consentano di presumere che esistano, nei confronti della persona oggetto di un mandato d'arresto europeo, motivi seri e comprovati per ritenere che tale persona corra un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale a un equo processo in caso di consegna a detto Stato membro, il che giustificherebbe la mancata esecuzione di tale mandato d'arresto, porterebbe ad un rifiuto automatico di*

³⁷ Sul tema rinvio a L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 19, pp. IV-XXVI e bibliografia ivi citata.

³⁸ Corte di giustizia, sentenza *Openbaar Ministerie (Indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente)*, cit., punti 57-59, ma già prima nello stesso senso la sentenza del 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, cit., punto 72.

³⁹ Corte di giustizia, sentenza *Openbaar Ministerie (Indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente)*, cit., punto 59.

esecuzione di ogni mandato d'arresto emesso da detto Stato membro e, pertanto, a una sospensione di fatto dell'attuazione del meccanismo del mandato d'arresto europeo nei confronti del medesimo».

In terzo ed ultimo luogo, con un argomento di carattere teleologico, la Corte ricorda che una diversa decisione comporterebbe «un rischio elevato di impunità delle persone che tentano di sfuggire alla giustizia quand'anche non sussistano elementi, relativi alla situazione individuale di tali persone, che consentano di ritenere che queste ultime correrebbero un rischio reale di violazione del loro diritto fondamentale a un processo equo, in caso di consegna allo Stato membro di emissione del mandato d'arresto europeo di cui trattasi»⁴⁰.

5. Conclusioni: il seguito della sentenza *Openbaar Ministerie*

Si può certo riconoscere che, nonostante la “resistenza” della magistratura polacca, che continua a rinviare alla CGUE quesiti sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della crescente compressione della propria indipendenza, la situazione in quel Paese sia davvero vicina ad una crisi sistemica dello stato di diritto. Ed è anche comprensibile che in una simile situazione la fiducia degli altri Stati membri e delle loro istituzioni possa essere scossa, così come possano sorgere dubbi sulla tenuta, nello Stato emittente, della “rete di protezione” dei diritti fondamentali. E infine è evidente che i meccanismi sanzionatori previsti dal secondo e dal terzo paragrafo dell'art. 7, TUE, per il loro carattere prevalentemente intergovernativo non hanno mai sin qui trovato applicazione e difficilmente la troveranno in un immediato futuro.

Ma nel caso del mandato d'arresto europeo è proprio il collegamento esplicito della decisione quadro alle procedure dell'art.7 TUE, collegamento forse a suo tempo introdotto proprio per sottolineare che alla base della fiducia reciproca deve esservi il rispetto dei valori fondamentali dell'art. 2 TUE, che, in assenza di una condanna dello Stato membro da parte del Consiglio europeo, impone alle autorità giudiziarie, prima di sospendere l'esecuzione di un mandato d'arresto, di effettuare una valutazione caso per caso e attraverso una precisa serie di passaggi che conducano ad esaminare le conseguenze dell'esecuzione nel caso concreto.

Ma quali sono le conseguenze della sentenza *Openbaar Ministerie* nel caso concreto? Il 10 febbraio 2021 lo stesso tribunale di Amsterdam che aveva effettuato il rinvio alla Corte di giustizia ha rifiutato l'esecuzione del mandato d'arresto ai fini dell'esercizio dell'azione penale⁴¹, constatando l'esistenza di motivi seri che inducono a ritenere che la persona, in caso di consegna, corre un rischio reale del suo diritto fondamentale ad un equo processo.

Il tribunale olandese cita, come elementi che lo inducono a rifiutare l'esecuzione, il *chilling effect* delle riforme polacche sui giudici, l'accertata ingerenza del potere

⁴⁰ *Ibidem*, punto 60.

⁴¹ Decisione RK 20/771 13/751021.

esecutivo, le procedure disciplinari relative al merito delle sentenze intraprese dal consiglio nazionale della magistratura che la Commissione europea ritiene non indipendente dal Governo. In particolare il tribunale rileva che due dei giudici polacchi competenti a conoscere la causa in corso sono stati oggetto di una procedura disciplinare, e che la causa in oggetto ha suscitato clamore politico e mediatico in Polonia per il fatto che era stata coinvolta la Corte di Giustizia e che il Procuratore generale di questo Stato ad incitare i magistrati polacchi ad esercitare un esame particolarmente severo con specifico riferimento all'esecuzione dei mandati d'arresto emessi in Olanda.

Come si vede, la sentenza *Openbaar Ministerie*, pur se costringe i giudici dell'esecuzione ad effettuare un esame puntuale, non lega loro in alcun modo le mani. D'altro canto, la minaccia da parte delle autorità polacche di ritorsioni bilaterali generalizzate, minaccia che mostra un risvolto inquietante della fiducia reciproca, potrebbe portare solo ad un ricorso in infrazione per il rifiuto ingiustificato di eseguire il mandato d'arresto europeo.