



Prospettive di revisione del test *Aranyosi e Căldăraru* (o test *LM*) a partire dalla giurisprudenza della Corte EDU

Alessandro Rosanò*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sul rapporto tra fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell’ambito del MAE. – 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia quanto a fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell’ambito del MAE: dalla fiducia cieca al test in due fasi. – 4.1. Cenni sulla giurisprudenza della Corte EDU quanto a protezione equivalente, fiducia reciproca e reciproco riconoscimento. – 4.2. Cenni sulla giurisprudenza della Corte EDU quanto a espulsioni verso Stati terzi, con particolare riferimento al caso delle estradizioni. – 5. Considerazioni critiche. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Quella del mandato d’arresto europeo (MAE) può essere senza dubbio descritta come una storia di successo nell’ambito del processo di integrazione europea. Al riguardo, basti considerare, oltre all’ampia messe di contributi dottrinali dedicati a tale strumento e alle

* Ricercatore a tempo determinato di tipo A in diritto dell’Unione europea, Università della Valle d’Aosta - Université de la Vallée d’Aoste.

significative giurisprudenze della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo, Corte EDU) sviluppatasi con riferimento a esso¹, il numero di MAE emessi dalle autorità giudiziarie degli Stati membri dell'Unione europea che, tra il 2014 e il 2021, si è mantenuto stabilmente sopra ai 14.000 all'anno².

Fermo questo, va però notato che il numero di MAE eseguiti è stato sempre di molto inferiore, attestandosi attorno ai 5.000 all'anno³. Il perché di una tale discrepanza solleva qualche problema quanto alla sua corretta identificazione, posto che non tutti gli Stati membri sono solerti nel rispondere ai questionari sull'applicazione del MAE inviati dalla Commissione europea. Comunque, una delle ragioni più frequentemente indicate concerne il motivo di non esecuzione facoltativa contemplato dall'art. 4, n. 6), della decisione quadro 2002/584/GAI, relativo al caso in cui la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se il MAE è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà e se lo Stato in questione si impegna a eseguire la pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno⁴.

Solo in pochi casi il rifiuto di riconoscere ed eseguire un MAE è dovuto a ragioni connesse alla tutela dei diritti fondamentali. Nel 2016, appena 61 rifiuti sono stati giustificati (da sei Stati membri) alla luce di

¹ Si avrà modo di fornire i necessari riferimenti *infra*.

² Per questi dati, e-justice.europa.eu/90/EN/european_arrest_warrant.

³ *Ibidem*. Fa eccezione solamente il 2020, quando i MAE eseguiti furono 4.397.

⁴ Commission Staff Working Document, *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2016*, SWD(2019) 194 final, p. 5; *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2017*, SWD(2019) 318 final, p. 6; *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2018*, SWD(2020) 127 final, p. 6; *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2019*, SWD(2021) 227 final, p. 16; *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2020*, SWD(2022) 417 final, p. 16; *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2021*, SWD(2023) 262 final, p. 17.

ciò⁵; nel 2017, i casi sono stati 109 (in sette Stati membri)⁶; nel 2018, 82 (in cinque Stati membri, e 76 di questi rifiuti sono stati opposti dalla Germania)⁷; nel 2019, 81 (in nove Stati membri, con 65 rifiuti da riferirsi alla Germania)⁸; nel 2020, 108 (in 10 Stati membri; 73 rifiuti sono stati formulati dalla Germania)⁹; nel 2021, 86 rifiuti (in 10 Stati membri; in 64 casi i rifiuti sono stati opposti da autorità giudiziarie tedesche)¹⁰.

Dati simili potrebbero condurre a concludere che problemi quanto alla tutela dei diritti fondamentali dei destinatari dei MAE hanno natura recessiva. Viene però spontaneo chiedersi se ciò sia corretto se si tiene conto, per esempio, di un fenomeno quale quello della crisi dello Stato di diritto¹¹, in atto da anni in alcuni Stati membri dell'Unione europea, il quale solleva *in primis* questioni attinenti alla protezione del diritto a un processo equo, con particolare riferimento ai profili inerenti al diritto a un giudice indipendente e a un tribunale costituito per legge. Riforme strutturali adottate per esempio in Polonia possono condurre a dubitare che i MAE siano stati emessi da autorità che presentano i suddetti

⁵ Commission Staff Working Document, *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2016*, cit., p. 6.

⁶ Commission Staff Working Document, *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2017*, cit., p. 6.

⁷ Commission Staff Working Document, *Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2018*, cit., p. 6.

⁸ Commission Staff Working Document, *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2019*, cit., p. 22.

⁹ Commission Staff Working Document, *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2020*, cit., p. 22.

¹⁰ Commission Staff Working Document, *Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2021*, cit., p. 22.

¹¹ Per un'introduzione alla nozione di Stato di diritto ai fini del diritto dell'Unione europea, senza pretesa di esaustività, L. PECH, *'A Union Founded on the Rule of Law': Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in *ECLR*, vol. 6, n. 3, 2010, p. 359 ss.; T. KONSTADINIDES, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Oxford, 2017; M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020; K. LENAERTS, *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*, in *GLJ*, vol. 21, n. 1, 2020, p. 29 ss.; A. CIRCOLO, *Il valore dello stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023; K. LENAERTS, *On Checks and Balances: The Rule of Law Within the EU*, in *CJEL*, vol. 29, n. 2, 2023, p. 25 ss.

caratteri e che, dunque, siano in grado di garantire i diritti dei destinatari dei MAE.

Al riguardo, va considerato che, a partire dalla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, la Corte di giustizia ha elaborato un test al fine di assicurare che i soggetti in questione non siano esposti a contesti contraddistinti da carenze sistemiche, generalizzate o di altro tipo (comunque, di particolare gravità), concentrandosi in un primo momento su profili attinenti al divieto di trattamenti inumani e degradanti e in seguito estendendo la sua analisi e l'ambito di applicazione del test anche agli aspetti summenzionati del diritto a un processo equo e, da ultimo, al rispetto della vita privata e familiare e alla tutela dell'interesse superiore del minore.

Ancorché il test in parola si configuri come un passo in avanti rispetto alla situazione pregressa, sono comunque emerse difficoltà connesse alla sua applicazione e, in generale, alla sua capacità di operare effettivamente ai fini della tutela dei diritti fondamentali.

Il presente contributo riguarda allora tale tema. Chiariti dunque i profili generali relativi al rapporto tra principio di fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE (paragrafo 2) e i passaggi salienti della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia (paragrafo 3), si offre una panoramica relativa alla giurisprudenza della Corte EDU sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie nell'Unione europea (paragrafo 4) e su espulsioni ed estradizioni (paragrafo 5) così da identificare una via alternativa potenzialmente utilizzabile da parte della Corte di giustizia per quel che attiene alla tutela dei diritti (paragrafo 6). Le conclusioni riassumono il ragionamento svolto in questa sede (paragrafo 7).

2. Cenni sul rapporto tra fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE

L'assenza di un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione di un MAE concernente la tutela dei diritti fondamentali del destinatario del mandato rappresenta un elemento di criticità di tale strumento, evidenziato fin dall'entrata in vigore della

decisione quadro 2002/584/GAI¹² dalla dottrina¹³, e che contraddistingue anche altri atti della cooperazione giudiziaria in materia penale¹⁴.

¹² 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, per un'introduzione alla quale (nella vastissima letteratura in materia), A. LANG, *Il mandato d'arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 19 ss.; R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, 2005; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (I)*, in *DUE*, vol. 10, n. 1, 2005, p. 21 ss.; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano (II)*, in *DUE*, vol. 10, n. 2, 2005, p. 203 ss.; N. KEIJZER, E. VAN SLIEDREGT (eds), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, 2009; L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, Berlin, 2015.

¹³ Per alcune indicazioni dell'epoca, S. ALEGRE, M. LEAF, *European Arrest Warrant: A Solution Ahead of its Time?*, London, 2003; M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *RDI*, vol. 86, n. 1, 2003, p. 27 ss.; I. VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 151 ss.; P. GARLICK, *The European Arrest Warrant and the ECHR*, in R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (eds), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, 2005, p. 171 ss.; L. MARIN, *The European Arrest Warrant and Domestic Legal Orders, Tensions between Mutual Recognition and Fundamental Rights: the Italian Case*, in *MJECL*, vol. 15, n. 4, 2008, p. 473 ss.

¹⁴ Si considerino la decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, la decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, la decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, la decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare e la direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo. Nessuno di tali atti presenta un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione riguardante la tutela dei diritti fondamentali. La spiegazione di ciò è da ricondursi al fatto che il modello per l'elaborazione di essi fu fornito dalla decisione quadro sul MAE. L'impostazione in materia è mutata a partire dalla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, il cui art. 11, par. 1, lett. f), stabilisce che un ordine europeo di indagine penale possa non essere riconosciuto ed eseguito se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'ordine sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali.

Con esso, come noto, si è inteso sostituire i meccanismi estradizionali a carattere intergovernativo con un sistema semplificato e più efficace fondato sul principio del reciproco riconoscimento¹⁵, in forza del quale la cooperazione non ha più luogo tra autorità governative, bensì tra autorità giudiziarie. Di conseguenza, è stato superato il carattere di discrezionalità politica tipico dei trattati di estradizione, sostituito da una valutazione tecnica condotta da parte di giudici dello Stato membro di esecuzione, i quali sono tenuti a eseguire il MAE a meno che non sussista un motivo di rifiuto tipizzato nella decisione quadro.

La mancata previsione di un motivo relativo alla tutela dei diritti fondamentali è da ricondursi al modo in cui è stato inteso il principio della fiducia reciproca quale fondamento, «presupposto ideologico e pratico»¹⁶, del reciproco riconoscimento e, di conseguenza, della cooperazione giudiziaria in materia penale (nonché civile)¹⁷. Esso implica la condivisione di un determinato assetto assiologico da parte degli Stati membri, in ragione della quale detti Stati possono fidarsi gli uni degli altri e, dunque, cooperare. Il punto è che è ben diverso reputare che tale condivisione sia già stata conseguita e, quindi, possa essere presunta, o invece che essa debba essere costantemente confermata nei rapporti tra gli Stati membri.

Secondo l'interpretazione datane da parte della Corte di giustizia nel parere 2/13 sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea sui

¹⁵ È quanto viene tradizionalmente evidenziato dalla Corte di giustizia con riferimento al MAE. Si veda, *ex multis*, Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, punti 75-76 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁶ E. PISTOIA, *La cooperazione giudiziaria in materia civile e penale*, in R. TORINO, C. DI MAIO (a cura di), *Diritto e politiche dell'Unione europea*, Milano, 2020, p. 500.

¹⁷ Sul principio di fiducia reciproca, C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 180 ss.; K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss.; 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 *FSJ*, n. 2, 2017, p. 28; S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 75 ss.; L.S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il "salto nel buio" e la rete di protezione*, in *FSJ*, n. 1, 2021, p. 1 ss.; C. RIZCALLAH, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law. An Essential Principle Facing a Crisis of Values*, Bruxelles, 2022; A. WILLEMS, *The Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford, 2022.

diritti dell'uomo (CEDU), essa impone a ciascuno degli Stati membri di ritenere che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo, fatte salve circostanze eccezionali. Di conseguenza, quando attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono essere tenuti a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, mentre non possono né esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale più elevato di quello previsto dal diritto dell'Unione, né verificare se l'altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti garantiti dall'Unione, salvi casi eccezionali¹⁸.

Come è stato detto, «mutual recognition creates extraterritoriality: in a borderless Area of Freedom, Security and Justice, the will of an authority in one Member State can be enforced beyond its territorial legal borders and across this area. The acceptance of such extraterritoriality requires a high level of mutual trust»¹⁹. Allora, non si dovrebbe avvertire neppure l'esigenza di introdurre un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione dedicato alla tutela dei diritti fondamentali, perché il punto di partenza dello sviluppo della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri è offerto dalla convinzione che essi già rispettano – tra l'altro – i diritti fondamentali. Dunque, i MAE non dovrebbero sollevare problemi sotto questo punto di vista, in quanto *ab origine* coerenti con quei diritti e inidonei a lederli.

Tale impostazione indubbiamente reca vantaggio alla cooperazione tra gli Stati membri, favorendola²⁰. Si può sicuramente parlare di una caratteristica del processo di integrazione europea che manifesta un

¹⁸ Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punti 191-192. Sul parere, tra i tanti commenti, G. GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *RDI*, vol. 98, n. 1, 2015, p. 148 ss.; D. HALBERSTAM, *'It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 106 ss.; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union After Opinion 2/13*, in *MJECL*, vol. 22, n. 1, 2015, p. 35 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *DUDI*, vol. 9, n. 1, 2015, p. 125 ss.

¹⁹ V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *NJECL*, vol. 6, n. 4, 2015, p. 457 ss.

²⁰ Lo ricorda N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *DUDI*, vol. 10, n. 2, 2016, p. 449.

favor integrationis e conduce all'emersione dell'idea di una comunità europea di diritto penale²¹.

È pur vero però che sia la dottrina²², sia le giurisprudenze nazionali²³ sottolinearono fin da subito che la situazione concernente la tutela dei diritti fondamentali varia molto da Stato membro a Stato membro, con la conseguenza che la fiducia reciproca non può condurre a riconoscere priorità all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari stranieri, risolvendosi in una forma di fiducia cieca²⁴.

Anche l'Avvocato generale Sharpston si espresse in maniera critica sul punto, sostenendo che le autorità giudiziarie dello Stato membro di esecuzione avrebbero dovuto prendere in considerazione i diritti fondamentali come risultanti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali per decidere se eseguire un MAE, opponendo un diniego nell'ipotesi in cui detti diritti fossero stati violati in maniera rilevante²⁵.

Suscita un certo stupore, poi, il fatto che certi Stati membri, che pure avevano avallato quel modo di intendere la fiducia reciproca approvando la decisione quadro, al momento di trasporre tale atto negli ordinamenti nazionali reputarono opportuno introdurre motivi di rifiuto

²¹ K. LENAERTS, *Introduction*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (édité par), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001, p. 12.

²² Oltre ai testi citati *supra*, si vedano S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong?*, in *CMLR*, vol. 41, n. 1, 2004, p. 5 ss.; H.G. NILSSON, *Mutual trust or mutual mistrust?*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (édité par), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Brussels, 2005, p. 29 ss.; V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *CMLR*, vol. 43, n. 5, 2006, p. 1277 ss.; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2013.

²³ Sul tema, J. KOMÁREK, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the limits of "contrapunctional principles"*, in *CMLR*, vol. 44, n. 1, 2007, p. 9 ss. ed E. VAN SLIEDREGT, *The European Arrest Warrant: Between Trust, Democracy and the Rule of Law*, in *ECLR*, vol. 3, n. 2, 2007, p. 244 ss.

²⁴ E. XANTHOPOULOU, *Mutual Trust and Rights in EU Criminal and Asylum Law: Three Phases of Evolution and the Unchartered Territory beyond Blind Trust*, in *CMLR*, vol. 55, n. 2, 2018, p. 489 ss.

²⁵ Conclusioni dell'Avv. gen. Sharpston, del 18 ottobre 2012, C-396/11, *Radu*, punti 73, 95.

ulteriori connessi proprio alla tutela dei diritti. È il caso, per esempio, di Cipro²⁶, della Grecia²⁷, dell'Irlanda²⁸ e dell'Italia²⁹.

Se, in origine, tale scelta fu fortemente contestata da parte della Commissione europea, la quale paventava il rischio che il rifiuto di riconoscere ed eseguire un MAE potesse essere opposto per un motivo non previsto dalla decisione quadro³⁰, creando quindi un'asimmetria nei rapporti tra gli Stati membri, in seguito giunse una sorta di avallo implicito da parte dell'esecutivo europeo, che riconobbe che la decisione quadro sul MAE «does not mandate surrender where an executing judicial authority is satisfied, taking into account all the circumstances of the case, that such surrender would result in a breach of a requested person's fundamental rights arising from unacceptable detention conditions»³¹.

Va notato però che, pur sollecitata in tal senso da parte del Parlamento europeo³², la Commissione europea non ha mai avanzato

²⁶ Section 13 della *Law on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States of the European Union* No. 133(I) of 2004.

²⁷ Article 11 della *Law 3251/2004, European arrest warrant, amendment to Law 2928/2001 on criminal organisations and other provisions*.

²⁸ Section 37 dell'*European Arrest Warrant Act 2003* (emendato nel 2012).

²⁹ Si veda la formulazione originaria dell'art. 18, lett. *d*), *g*), e *h*) della legge 22 aprile 2005, n. 69, recante "Disposizioni per conformare il diritto interno alla 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". A seguito della riforma della disciplina nazionale, realizzata con il d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10 (al riguardo, S. MONTALDO, L. GROSSIO, *La riforma della disciplina di recepimento del mandato d'arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all'esecuzione della richiesta di consegna*, in *FSJ*, n. 3, 2021, p. 95 ss.), si consideri l'art. 2 della legge, ai sensi del quale l'esecuzione del MAE non può, in alcun caso, comportare una 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'art. 6 TUE o dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

³⁰ Commission Staff Working Document, *Annex to Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, SEC(2007) 979, 11 luglio 2007, p. 5.

³¹ *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, COM(2011) 175 final, p. 7.

³² Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo (2013/2109(INL)).

una proposta di modifica della decisione quadro, attraverso la quale introdurre un motivo di rifiuto relativo alla tutela dei diritti fondamentali.

Mancando un'iniziativa sul piano legislativo, l'attenzione si è rivolta a quello giurisprudenziale. Tuttavia, solo col tempo e passando attraverso diverse occasioni mancate³³, la Corte di giustizia è giunta a riconoscere l'esistenza di un'eccezione che legittima la sospensione ed eventualmente l'abbandono della procedura di consegna per ragioni collegate alla protezione dei diritti.

3. La giurisprudenza della Corte di giustizia quanto a fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE: dalla fiducia cieca al test in due fasi

Nel corso degli anni, più volte la Corte di giustizia ha avuto modo di confrontarsi con il tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE. Nella nota sentenza *Melloni*, i giudici di Lussemburgo esclusero che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali consentisse a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna potesse essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto a un processo equo e dei diritti della difesa come garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione³⁴. Interpretando l'art. 53 in maniera differente, si sarebbe permesso allo Stato membro di esecuzione di subordinare l'esecuzione del MAE al rispetto degli standard di tutela riconosciuti dal diritto interno. Ciò si sarebbe posto in contrasto con il principio del primato, dato che lo Stato membro in questione si sarebbe trovato nella

³³ Parla della Corte di giustizia come della «strongest fortress of mutual trust» T. OSTROPOLSKI, *The CJEU as a Defender of Mutual Trust*, in *NJECL*, vol. 6, n. 2, 2015, p. 166 ss.

³⁴ Ai sensi dell'art. 53 della Carta, «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

condizione di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta dei diritti fondamentali. Tuttavia, il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale anche di rango costituzionale non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di detto Stato³⁵.

Ulteriormente, nella sentenza *Radu*, la Corte di giustizia ricordò che gli Stati membri sono in linea di principio obbligati a dare esecuzione a un MAE, potendo opporre un rifiuto solamente nei casi di non esecuzione tassativamente indicati dalla decisione quadro, affermando poi che, per quanto la violazione dei diritti della difesa possa costituire, a certe condizioni, un motivo di non esecuzione, il fatto che il MAE sia stato emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale senza che la persona ricercata sia stata sentita dalle autorità giudiziarie di emissione non rientra tra tali motivi. Dunque, il rispetto del diritto a un ricorso effettivo e dei diritti della difesa (rispettivamente, artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali) non comporta che l'autorità giudiziaria di esecuzione possa opporre un rifiuto per tale ragione. Infatti, l'obbligo per le autorità giudiziarie emittenti di sentire la persona ricercata prima di emettere il MAE vanificherebbe le ragioni della procedura di consegna, visto che, per evitare la fuga del soggetto la cui consegna sia richiesta, un certo effetto sorpresa è richiesto³⁶.

Può richiamarsi altresì la pronuncia *F*, con la quale la Corte riconobbe che la decisione quadro sul MAE non impedisce agli Stati membri di introdurre nel loro ordinamento un ricorso sospensivo dell'esecuzione della decisione dell'autorità giudiziaria, fermo il fatto però che la pronuncia definitiva deve essere adottata entro i termini previsti dalla stessa decisione quadro. Al riguardo, comunque, la Corte sottolineò che nella procedura di consegna istituita dalla decisione

³⁵ Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punti 56 ss. Per un commento, V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *DUE*, vol. 18, n. 2, 2013, p. 229 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *DUE*, vol. 18, n. 2, 2013, p. 399 ss.; L.F.M. BESSELINK, *The parameters of constitutional conflict after Melloni*, in *ELR*, vol. 39, n. 4, 2014, p. 531 ss.

³⁶ Corte giust. 29 gennaio 2013, C-396/11, *Radu*, punti 35-40. Per un commento, A. TINSLEY, *The Reference in Case C-396/11 Radu: When Does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant?*, in *European Criminal Law Review*, vol. 2, n. 3, 2012, p. 338 ss.

quadro il diritto a un ricorso effettivo, riconosciuto dall'art. 13 della CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, riveste un'importanza particolare, atteso che la decisione quadro stabilisce che la decisione di consegnare deve essere assunta da un'autorità giudiziaria, il cui intervento è richiesto anche in altri casi. Per esempio, può farsi riferimento all'assenso all'azione penale, alla condanna o alla detenzione, il quale deve essere prestato dall'autorità di esecuzione ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà per eventuali reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui il destinatario del MAE è stato consegnato (art. 27, par. 4, della decisione quadro), all'assenso per il caso di consegna o estradizione successiva (art. 28, par. 3, della decisione quadro) o ancora al ruolo che l'autorità giudiziaria di esecuzione può assumere nelle altre fasi della procedura di consegna, quali l'audizione del ricercato, la decisione di mantenere la persona in stato di detenzione o di trasferirla temporaneamente. Posto dunque che la procedura di consegna ha luogo sotto il controllo giudiziario, da questo discende secondo la Corte che le disposizioni della decisione quadro delineano già una procedura conforme all'art. 47 della Carta, a prescindere dalle modalità di attuazione scelte dagli Stati membri. Considerato poi che anche nell'ambito dell'esercizio dell'azione penale, dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza privative della libertà o del procedimento penale di merito (che non rientrano nel campo di applicazione né della decisione quadro, né del diritto dell'Unione), gli Stati membri restano soggetti all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU o dal loro diritto nazionale, viene a essere confermato l'elevato livello di fiducia reciproca tra gli Stati membri³⁷.

I tre *arrêts* ora riassunti sembrano esprimere un approccio alquanto formalistico della Corte di giustizia al tema della tutela dei diritti fondamentali nel contesto del MAE, fortemente incline a confermare

³⁷ Corte giust. 30 maggio 2013, C-168/13 PPU, *F.*, punti 42 ss. Su questa pronuncia, A. DYEUVRE, *If You Can't Beat Them, Join Them. The French Constitutional Council's First Reference to the Court of Justice*, in *ECLR*, vol. 10, n. 1, 2014, p. 154 ss. e F.-X. MILLET, *How Much Lenience for How Much Cooperation? On The First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice*, in *CMLR*, vol. 51, n. 1, 2014, p. 195 ss.

l'idea che la fiducia reciproca sia stata conseguita una volta per sempre e non possa più essere messa in discussione. Sul punto, tra l'altro, si consideri anche che, in *F*, la Corte di giustizia evidenziò che l'attuazione del MAE può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'art. 6, par. 1, TUE, constatata *ex art. 7 TUE*³⁸.

Negli stessi anni, però, l'impostazione assunta dai giudici di Lussemburgo relativamente alla tutela dei diritti nell'ambito del sistema comune di asilo fu ben diversa.

Anche qui si partì dalla premessa che il sistema fosse stato concepito in un contesto che permette di supporre che gli Stati che vi partecipano rispettano i diritti fondamentali, inclusi quelli che ravvisano il loro fondamento nella Convenzione di Ginevra, nel Protocollo sullo status di rifugiato del 1967 e nella CEDU. Dunque, gli Stati membri possono fidarsi reciprocamente e, così, presumere che il trattamento riservato ai richiedenti asilo in ciascuno Stato membro sia conforme a quanto prescritto dai trattati ora menzionati e dalla Carta dei diritti fondamentali. Non può però escludersi che il sistema debba confrontarsi con gravi difficoltà di funzionamento in atto in uno Stato membro e, quindi, con il serio rischio che un richiedente asilo trasferito verso tale Stato non veda garantiti i suoi diritti. Ciò però non può portare automaticamente alla conclusione che il trasferimento non debba avere luogo, visto che si porrebbe in patente contrasto con il principio di fiducia reciproca. Dunque, gli Stati membri sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro competente per l'esame della sua domanda solamente quando non possono ignorare che le

³⁸ *F*, sopra citata, punto 49. Sull'art. 7 TUE, si vedano almeno W. SADURSKI, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, E.U. Enlargement, and Jörg Haider*, in *CJEL*, vol. 16, n. 3, 2009-2010, p. 385 ss.; C. SANNA, *Art. 7 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 70 ss.; L.F.M. BESSELINK, *The Bite, the Bark, and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 128 ss.; B. NASCIBENE, *La violation grave des obligations découlant du Traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 672 ss.; L. PECH, *Article 7 TEU: from 'nuclear option' to 'Sisyphian procedure'?*, in U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS (eds.), *Constitutionalism under stress. Essays in honour of Wojciech Sadurski*, Oxford, 2020, p. 157 ss.

carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in quello Stato membro integrano motivi seri e comprovati per reputare che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti³⁹.

Questa soluzione a carattere bifasico fu in seguito recuperata dalla Corte del Kirchberg con riferimento al MAE, secondo una logica di «circularità delle soluzioni»⁴⁰, a partire dalla causa *Aranyosi e Căldăraru*, concernente il fatto che MAE emessi nei confronti di un cittadino ungherese e di un cittadino rumeno dovessero comunque essere eseguiti da un'autorità giudiziaria tedesca, nonostante sia l'Ungheria, sia la Romania fossero state condannate dalla Corte EDU per violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) a causa delle condizioni di detenzione particolarmente precarie nei loro istituti di pena.

Fermo il riferimento al principio della fiducia reciproca, la Corte si interrogò in relazione alle circostanze eccezionali che permetterebbero di contestare l'assunto che gli Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali da esso garantiti. In questo senso, ricordato che il divieto di trattamenti inumani o degradanti è riconosciuto anche dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e che esso ha carattere assoluto data la sua intima connessione con il valore della dignità umana, se l'autorità giudiziaria di esecuzione dispone di dati che attestano un rischio concreto di trattamento inumano o degradante dei detenuti nello Stato membro di emissione, essa deve valutare la sussistenza di quel rischio. A tal fine, devono essere presi in considerazione elementi oggettivi, attendibili,

³⁹ Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10, *N.S. e a.* Ulteriormente, possono vedersi Corte giust. 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, *C.K. e a.* e 19 marzo 2019, C-163/17, *Jawo*. Sul tema, G. MELLON, *The Charter of Fundamental Rights and the Dublin Convention: An Analysis of N.S. v. Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *EPL*, vol. 18, n. 4, 2012, p. 655 ss.; G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *SIE*, vol. 7, n. 1, 2012, p. 147 ss.; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione dei rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *RDI*, vol. 98, n. 3, 2015, p. 701 ss.

⁴⁰ Così 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 *FSJ*, n. 1, 2017, p. 3.

precisi e opportunamente aggiornati sulle condizioni di detenzione in atto nello Stato membro di emissione, tali da dimostrare la presenza di carenze sistemiche, generalizzate, che colpiscono determinati gruppi di persone o determinati centri di detenzione. Detti elementi possono ravvisarsi soprattutto in decisioni giudiziarie internazionali, quali le sentenze della Corte EDU, decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente e decisioni, relazioni e altri documenti del Consiglio d'Europa o delle Nazioni Unite. Se le carenze sopra menzionate risultano dimostrate, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve stabilire, in modo concreto e preciso, se sussistono motivi gravi e comprovati di ritenere che il destinatario del MAE corra il rischio di essere esposto a quelle carenze e, dunque, di vedere violato il suo diritto a causa delle condizioni di detenzione previste nei suoi confronti nello Stato membro di emissione. A tal fine, devono essere richieste informazioni all'autorità giudiziaria di emissione. Se le informazioni permettono di escludere la sussistenza del rischio concreto, il MAE deve essere eseguito. Altrimenti, spetta all'autorità giudiziaria di esecuzione decidere se porre fine alla procedura di consegna⁴¹.

Quindi, per garantire un bilanciamento tra fiducia reciproca e tutela dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia iniziò a richiedere alle autorità giudiziarie di esecuzione di svolgere due ordini di accertamenti: uno, di carattere generale, concernente carenze di particolare gravità da ravvisarsi nello Stato membro di emissione; l'altro, relativo a un rischio di violazione in concreto⁴². In questo modo, «the Court has replaced a theoretical dogma of trust with a decentralised review over the protection of individual rights at national level. Trust is now coupled by a form of control»⁴³, che si configura come una sorta di *horizontal Solange*⁴⁴ e rafforza tanto il ruolo dei giudici nazionali quali giudici di diritto dell'Unione, quanto quello della Corte di

⁴¹ Aranyosi e Căldăraru, sopra citata.

⁴² G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in *CMLR*, vol. 53, n. 6, 2016, p. 1692.

⁴³ S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *EP*, vol. 1, n. 3, 2016, p. 993.

⁴⁴ In questi termini, I. CANOR, *My brother's keeper? Horizontal Solange: 'An ever closer distrust among the peoples of Europe'*, in *CMLR*, vol. 50, n. 2, 2013, p. 383 ss.

giustizia quale arbitro delle competenze di controllo esercitate dalle corti nazionali⁴⁵.

Per ciò che riguarda il divieto di trattamenti inumani o degradanti, la soluzione prospettata in *Aranyosi e Căldăraru* – ossia, il test in due fasi – fu in seguito confermata nelle pronunce *ML* e *Dorobantu*, le quali comunque si contraddistinguono per alcuni ulteriori apporti di rilievo⁴⁶.

In *ML*, la Corte sostenne che, nell'ipotesi in cui lo Stato membro di emissione contempa nel proprio ordinamento mezzi di ricorso funzionali ad accertare la legittimità delle condizioni di detenzione sul piano della tutela dei diritti fondamentali, le autorità giudiziarie di esecuzione sono tenute a prendere in considerazione tale elemento ai fini della loro valutazione, per quanto la possibilità di accedere ai mezzi in parola non sia sufficiente a escludere che il destinatario del MAE, una volta consegnato, venga sottoposto a trattamenti inumani o degradanti. Dunque, deve in ogni caso essere condotto un esame in concreto relativo alle condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione. Tale obbligo di verifica, però, non riguarda le condizioni in atto in qualunque istituto di pena in cui il destinatario del MAE potrebbe essere detenuto. Un simile accertamento sarebbe eccessivo e potrebbe non essere svolto entro i termini per la consegna fissati dalla decisione quadro, favorendo l'impunità del soggetto consegnando. Pertanto, alla luce del principio di fiducia reciproca, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve appurare quali siano le condizioni di detenzione negli istituti di pena in cui, secondo le informazioni a sua disposizione, sia concretamente previsto che il destinatario del MAE verrà detenuto, eventualmente anche in via temporanea o transitoria. Ulteriormente, per quel che riguarda la verifica delle condizioni di detenzione, la Corte di giustizia richiamò ampiamente la sentenza *Muršić* della Corte EDU⁴⁷,

⁴⁵ L. MARIN, “Only You”: *The Emergence of a Temperate Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice and Its Underpinning in the European Composite Constitutional Order*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 150.

⁴⁶ Su questi sviluppi giurisprudenziali, G. COLAVECCHIO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo: l'evoluzione del two-step test e il ruolo degli organismi di prevenzione della tortura*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 5, 2021, p. 1302 ss.

⁴⁷ Corte EDU 20 ottobre 2016, ric. n. 7334/13, *Muršić/Croazia*, punto 124. Si tratta di una sentenza fondamentale perché, come è stato detto, «“pone ordine” e “alle condizioni spazio-temporali si affianca anche una condizione “olistica”: si potrebbe definire “di chiusura”, ma non meno importante perché basata sul principio di dignità

rilevando che il fatto che lo spazio personale di cui dispone un detenuto sia inferiore a tre metri quadri in una cella collettiva genera una forte presunzione di violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, la quale può tuttavia essere superata se si realizzano tre condizioni cumulative: la limitazione dello spazio personale è breve, occasionale e minore; la limitazione dello spazio personale nella cella è compensata da una libertà di movimento e da attività adeguate al di fuori della cella; le altre condizioni di detenzione sono dignitose e il detenuto non è esposto a circostanze che aggravino ulteriormente la sua situazione. Infine, la Corte sostenne che le garanzie date dalle competenti autorità di emissione quanto al fatto che il destinatario del MAE non verrà esposto a trattamenti inumani o degradanti a prescindere dall'istituto di pena in cui sarà detenuto sono un elemento che non può essere ignorato dall'autorità giudiziaria di esecuzione, visto che la violazione di quelle garanzie potrebbe essere fatta valere dinanzi agli organi giudiziari dello Stato di emissione. Se esse sono state fornite o, almeno, approvate dall'autorità giudiziaria di emissione, l'autorità giudiziaria di esecuzione è tenuta a fidarsi, perlomeno in assenza di altri elementi precisi che permettano di reputare contrarie al divieto di trattamenti inumani o degradanti le condizioni di detenzione esistenti in un certo istituto di pena⁴⁸.

In *Dorobantu*, facendo ulteriore riferimento a *Muršić*, i giudici di Lussemburgo affermarono che per calcolare lo spazio minimo di cui deve disporre chi sia detenuto in una cella collettiva nella quale si trovano mobili e infrastrutture sanitarie bisogna tenere conto dei criteri definiti dalla Corte EDU. Così, non si deve prendere in considerazione la superficie delle infrastrutture sanitarie, ma deve includersi lo spazio occupato dal mobilio, fermo il fatto che i detenuti devono conservare la

umana, la quale prevede che l'istituto di pena offra generalmente condizioni di detenzione dignitose e che la persona interessata non sia sottoposta ad ulteriori elementi ritenuti circostanze aggravanti di cattive condizioni di detenzione» (così A. GAUDIERI, *Sovraffollamento carcerario: i criteri dettati dalla sentenza Dorobantu per il calcolo degli spazi. Una "bussola" per le scelte da compiere in periodo di emergenza sanitaria?*, in *FSJ*, n. 2, 2020, p. 229, 235, cui si rimanda anche per la ricostruzione degli orientamenti progressivamente assunti dalla Corte EDU).

⁴⁸ Corte giust. 25 luglio 2018, C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*. Per un commento, A. ROSANÒ, *Du côté de chez Aranyosi, ovvero ancora su come la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti applicativi del test Aranyosi e Căldăraru*, in *DUDI*, vol. 13, n. 3, 2019, p. 427 ss.

possibilità di muoversi normalmente nella cella. Nell'ipotesi in cui un detenuto disponga di più di quattro metri quadri di spazio personale in una cella collettiva – e, quindi, tale profilo non sollevi problemi sul piano della tutela dei diritti –, gli altri aspetti delle condizioni di detenzione rimangono in ogni caso pertinenti ai fini della valutazione dell'adeguatezza delle condizioni di detenzione⁴⁹.

Contemporaneamente, in *LM*, la Corte di giustizia riconobbe la possibilità per le autorità giudiziarie di esecuzione di applicare il test in due fasi anche per quel che riguarda la tutela del diritto a un processo equo, con particolare riferimento al diritto a un giudice indipendente. Al riguardo, il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo *ex art. 47* della Carta. Esso è funzionale ad assicurare la protezione dei diritti ed è strettamente connesso al valore dello Stato di diritto, affermato all'art. 2 TUE, e al principio di tutela giurisdizionale effettiva *ex art. 19* TUE, il quale concretizza il valore ora menzionato. Affinché sia possibile fugare ogni legittimo dubbio circa l'indipendenza del potere giudiziario, devono esistere nell'ordinamento nazionale regole concernenti in particolare la composizione dell'organo, la nomina, la durata delle funzioni e le cause di astensione, di ricasazione e di revoca dei suoi membri e il regime disciplinare applicabile ai magistrati non deve operare come una forma di controllo politico sulle decisioni giudiziarie. Pertanto, gli Stati membri devono assicurare che le giurisdizioni nazionali presentino i caratteri necessari ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva e, dato che la decisione quadro sul MAE mira a realizzare una forma di cooperazione tra autorità giudiziarie, la salvaguardia dell'indipendenza di dette autorità diventa fondamentale anche ai fini del MAE. Alla luce di ciò, il test in due fasi va applicato anche alla tutela del diritto a un giudice indipendente ed è confermato che non è ammessa la sospensione automatica del MAE se il Consiglio

⁴⁹ Corte giust. 15 ottobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*. Per un commento, A. CORRERA, *Mutual trust e rispetto dei diritti fondamentali: l'intensità del controllo dell'autorità giudiziaria di esecuzione del MAE sulle condizioni di detenzione nello Stato membro emittente*, in *DPCE online*, vol. 42, n. 1, 2020, p. 869 ss.; L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: Dorobantu*, in *EJ*, n. 1, 2020, p. 107 ss.; E. CELORIA, *Le condizioni di detenzione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: nuove prospettive dopo la sentenza Dorobantu?*, in *La legislazione penale*, 6 giugno 2020.

europeo non ha constatato l'esistenza di una violazione grave e persistente dei valori dell'Unione secondo quanto stabilito all'art. 7 TUE⁵⁰.

La pronuncia è di fondamentale importanza non solo perché la Corte confermò che il test in due fasi può essere validamente applicato anche alla tutela di diritti fondamentali diversi dal divieto di trattamenti inumani o degradanti, assurgendo così a standard di riferimento in materia⁵¹. Deve altresì considerarsi che la causa *LM* trae origine da tre MAE emessi da tre autorità giudiziarie polacche e che la difesa del destinatario del MAE si era opposta a che questi venisse consegnato mettendo in evidenza i gravi problemi concernenti l'indipendenza del potere giudiziario di quello Stato membro a seguito di una serie di riforme approvate a partire dal 2015⁵². Dunque, fu in questo momento che il tema della protezione dei diritti fondamentali nell'ambito del MAE arrivò a legarsi a quello della tutela dello Stato di diritto nell'Unione.

In seguito, rilevando significative difficoltà nell'eseguire la seconda parte del test per quel che riguarda il diritto a un giudice indipendente, il Tribunale di Amsterdam si è rivolto alla Corte di giustizia, chiedendo

⁵⁰ Corte giust. 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *LM*. Oltre ai commenti richiamati *infra*, si veda M. KRAJEWSKI, *Who is afraid of the European Council? The Court of Justice's cautious approach to the independence of domestic judges*, in *ECLR*, vol. 14, n. 4, 2018, p. 792 ss.

⁵¹ A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, *Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual?*, in *EU Law Analysis*, 15 agosto 2018. Ulteriormente sul tema G. COLAVECCHIO, *L'indipendenza dei giudici nel Rule of Law backsliding e la cooperazione giudiziaria europea in materia penale*, in *I Post di AISDUE*, 7 luglio 2022, p. 555 ss.

⁵² Per una panoramica, C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *federalismi.it*, 15 giugno 2016; A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE online*, vol. 31, n. 3, 2017, p. 787 ss.; A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *GLJ*, vol. 19, n. 7, 2018, p. 1840 ss.; W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; S. GIANELLO, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *DPCE*, n. 2, 2020, p. 489 ss.; M. WIĄCEK, *Constitutional Crisis in Poland 2015-2016 in the Light of the Rule of Law Principle*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, Heidelberg, 2021, p. 15 ss.

sostanzialmente se anche quella debba sempre trovare applicazione. Da parte sua, la Corte ha sostenuto che non eseguire un MAE in presenza di carenze sistemiche o generalizzate quanto all'indipendenza del potere giudiziario senza accertare la sussistenza dei motivi seri e comprovati che portano a ritenere che il destinatario del MAE corra un rischio reale di violazione equivale a introdurre un'ipotesi di rifiuto automatico non contemplata dalla decisione quadro. Un rifiuto automatico risulterebbe possibile soltanto sulla base della procedura di tutela dei valori dell'Unione, disciplinata dall'art. 7 TUE. Ciò vale anche per il caso di un aggravamento delle carenze riscontrate nello Stato membro di emissione. Del resto, secondo la Corte, ammettere il contrario si porrebbe in contrasto con la finalità di lotta all'impunità perseguita tramite il MAE, visto che si arriverebbe a non consegnare il destinatario del mandato anche in assenza di elementi relativi alla situazione individuale di questi⁵³.

Su ulteriore richiesta del Tribunale di Amsterdam, la Corte di giustizia ha avuto modo non solo di chiarire che il test vale anche per il diritto a un giudice costituito per legge, ma altresì di esplicitare su quali profili deve concentrarsi l'attenzione dell'autorità giudiziaria di esecuzione nel momento in cui applica il test. La prima fase richiede una valutazione globale, condotta a partire da elementi oggettivi, affidabili, specifici e adeguatamente aggiornati, quali la proposta motivata della Commissione europea ex art. 7, par. 1, TUE e le sentenze delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo. Quanto invece alla seconda fase, se il MAE è stato emesso per eseguire una pena o una misura privativa della libertà persona già inflitta (MAE in *executivis*), devono considerarsi elementi relativi alla composizione del collegio giudicante che ha conosciuto della causa penale e qualsiasi altra circostanza rilevante per valutare l'indipendenza e l'imparzialità di tale collegio. Se il MAE è stato emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale, gli elementi devono riguardare la situazione personale del destinatario del

⁵³ Corte giust. 17 dicembre 2020, C-354/20, *Openbaar Ministerie (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission)*. Per una critica focalizzata sul tema della nozione di autorità giudiziaria di emissione alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG (Parquet de Lübeck)*, si veda A. ROSANÒ, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE*, in *La legislazione penale*, 8 marzo 2021.

MAE, la natura del reato per il quale egli è sottoposto a procedimento, il contesto di fatto entro cui il MAE si inserisce o qualsiasi altra circostanza rilevante per accertare l'indipendenza e l'imparzialità del collegio verosimilmente chiamato a giudicare della causa. In entrambi i casi, spetta al destinatario del MAE fornire i suddetti elementi, così da dimostrare che le carenze sistemiche o generalizzate in atto con riferimento al sistema giurisdizionale dello Stato membro di emissione hanno avuto o potranno avere – a seconda dei casi – un'incidenza concreta sulla trattazione della sua causa. Ove l'autorità giudiziaria di esecuzione ritenga che gli elementi addotti non siano sufficienti a dimostrare ciò, può richiedere con urgenza all'autorità giudiziaria di emissione ogni informazione complementare che reputi necessaria e l'assenza di leale cooperazione da parte di tale autorità può essere presa in considerazione come ulteriore elemento pertinente⁵⁴.

All'inizio del 2023, la Corte di giustizia ha affermato che, in generale, un MAE non può non essere eseguito per il fatto che il destinatario rischia di essere giudicato nello Stato membro di emissione da un organo giurisdizionale privo di competenza. Ciò non vale, però, ove egli disponga di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati idonei a dimostrare l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate nel funzionamento del sistema giudiziario dello Stato membro emittente o di carenze che pregiudichino la tutela giurisdizionale di un gruppo oggettivamente identificabile di persone del quale faccia parte la persona interessata, quando tali carenze implicano che il soggetto interessato sia, in generale, privato, nello Stato membro di emissione, di un rimedio giuridico effettivo che consenta di controllare la competenza del giudice penale chiamato a giudicarlo. Ulteriormente, è richiesta la presenza di motivi seri e comprovati che portano a ritenere, alla luce di elementi forniti dal destinatario del MAE concernenti la sua situazione personale, la natura del reato per il quale è perseguito, il contesto fattuale in cui il MAE si

⁵⁴ Corte giust. 22 febbraio 2022, C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie* (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission). Per un commento alla sentenza, G. ANAGNOSTARAS, *Trust must go on! The Celmer test redefined: Openbaar Ministerie*, in *ELR*, n. 6, 2022, p. 837 ss. Per una conferma dell'impostazione adottata dalla Corte, Corte giust. ord. 12 luglio 2022, C-480/21, *Minister for Justice and Equality* (Tribunal établi par la loi dans l'État membre d'émission - II).

inserisce o qualsiasi altra circostanza pertinente, che l'organo giurisdizionale verosimilmente chiamato a conoscere del procedimento nello Stato membro di emissione sia manifestamente privo di competenza⁵⁵.

Va poi menzionata la pronuncia *GN* (Motif de refus fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant) del 21 dicembre 2023. In questa, la Corte ha riconosciuto che l'autorità giudiziaria di esecuzione può rifiutare la consegna se destinataria del MAE è la madre di minori in tenera età con lei conviventi. Al riguardo, è necessario dimostrare la sussistenza di un rischio concreto di violazione del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare della madre (*ex art. 7* della Carta dei diritti fondamentali) e dell'interesse superiore dei minori (protetto dall'art. 24, par. 2 e 3, della Carta), a causa di carenze sistemiche o generalizzate in ordine alle condizioni di detenzione delle madri di minori in tenera età e di cura di tali minori nello Stato membro di emissione e ove sussistano motivi seri e comprovati di ritenere che, tenuto conto della loro situazione personale, gli interessati corrano detto rischio a causa di quelle condizioni⁵⁶.

Per completezza, si segnala che, con la sentenza *Staatsanwaltschaft Aachen* resa il 9 novembre 2023, la Corte di giustizia ha riconosciuto che il test *LM* è applicabile anche nell'ambito della procedura di trasferimento di detenuti disciplinata dalla decisione quadro 2008/909/GAI⁵⁷. Alla luce di questo, può ritenersi che il test in due fasi sia riproponibile in relazione a ogni atto adottato dall'Unione europea nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale,

⁵⁵ Corte giust. 31 gennaio 2023, C-158/21, *Puig Gordi e a.* Per un commento, A. NATO, *Mandato di arresto europeo e principio di proporzionalità nella sentenza Puig Gordi*, in *SIE*, vol. 18, n. 2, 2023, p. 345 ss. Non si dà conto in questa sede di Corte giust. 18 aprile 2023, C-699/21, *E. D. L.* (Motif de refus fondé sur la maladie) perché la soluzione prospettata da parte della Corte di giustizia non concerne l'applicazione del test in due fasi, bensì dell'art. 23, par. 4, della decisione quadro sul MAE, ai sensi del quale la consegna può, a titolo eccezionale, essere temporaneamente differita per gravi motivi umanitari se, *inter alia*, vi sono valide ragioni di ritenere che essa metterebbe manifestamente in pericolo la vita o la salute del ricercato. Per un commento al riguardo, L. GROSSIO, M. ROSI, *The Ultimate (but not the Only) Remedy for Securing Fundamental Rights in the EAW System? Some Reflections on Puig Gordi and E.D.L.*, in *EP*, vol. 8, n. 2, 2023, p. 547 ss.

⁵⁶ Corte giust. 21 dicembre 2023, C-261/22, *GN* (Motif de refus fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant).

⁵⁷ Corte giust. 9 novembre 2023, C-819/21, *Staatsanwaltschaft Aachen*.

applicativo del principio del reciproco riconoscimento, nel caso in cui esso non individui già espressamente un motivo di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione inerente alla tutela dei diritti fondamentali.

4.1. *Cenni sulla giurisprudenza della Corte EDU quanto a protezione equivalente, fiducia reciproca e reciproco riconoscimento*

Il fatto che gli Stati membri dell'Unione europea siano anche Parti contraenti della CEDU introduce certamente una garanzia ulteriore quanto alla tutela dei diritti fondamentali, derivante dalla funzione di controllo svolta dalla Corte di Strasburgo, ma altresì un elemento di complicazione, da ricollegarsi al fatto che la tutela dei diritti ora menzionati si configura come una delle componenti centrali del processo di integrazione europea, non essendo però l'unica. Dunque, in questo contesto, si rende necessario conciliare tale esigenza con altre, come per esempio quelle derivanti dalla realizzazione della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri.

Il tema del rispetto da parte degli Stati membri dell'Unione degli obblighi discendenti dalla CEDU alla luce degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione è emerso in diverse pronunce della Corte di Strasburgo, la quale è giunta a elaborare il paradigma della protezione equivalente in una serie di sentenze. Per esempio, in *Matthews*, con riferimento alla protezione del diritto a libere elezioni in relazione alle elezioni del Parlamento europeo a Gibilterra, fu affermato che la normativa comunitaria influiva sulla popolazione di quel territorio d'oltremare al pari della legislazione nazionale. Pertanto, non poteva identificarsi alcuna differenza tra disciplina di fonte europea e disciplina di fonte interna in relazione alla tutela dei diritti, che dovevano essere garantiti rispetto sia all'una, sia all'altra⁵⁸.

In seguito, con la ben nota pronuncia *Bosphorus*, la Corte EDU escluse che gli Stati membri dell'Unione potessero essere considerati responsabili per violazioni della CEDU nel caso in cui avessero attuato

⁵⁸ Corte EDU 18 febbraio 1999, ric. n. 24833/94, *Matthews/Regno Unito*, punti 34-35. Per un commento, E. RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *DUE*, vol. 4, n. 3, 1999, p. 527 ss.

un atto comunitario rispetto al quale non godevano di poteri discrezionali, fermo il fatto che ai diritti fondamentali avrebbe dovuto essere assicurata una protezione almeno equivalente – dunque, almeno comparabile, ancorché non identica – a quella discendente dal sistema CEDU. In generale, la natura equivalente della protezione viene ricavata dal ruolo assunto dalla Corte di giustizia, tramite la propria giurisprudenza, nel garantire i diritti fondamentali, e dalla Carta dei diritti fondamentali. Tuttavia, tale presunzione può essere superata se, in ragione dei caratteri del caso concreto, la tutela dei diritti è manifestamente deficitaria⁵⁹.

Successivamente, in *Michaud*, la Corte EDU pose in evidenza che, affinché la presunzione di protezione equivalente possa validamente applicarsi, oltre all'assenza del margine di discrezionalità, è necessario che venga utilizzato tutto il potenziale dei meccanismi di vigilanza e di protezione del sistema dell'Unione⁶⁰.

Per quel che riguarda la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea, la questione emerse con particolare forza nella causa *Avotiņš*, nella quale la Corte EDU si interrogò sulle conseguenze derivanti da un'applicazione automatica e meccanica del principio del reciproco riconoscimento, sulla portata del principio di fiducia reciproca e, in particolare, sul fatto che la presunzione da esso imposta possa essere superata soltanto in presenza di circostanze eccezionali. Secondo la Corte di Strasburgo, tale limitazione potrebbe porsi in contrasto con gli obblighi derivanti dalla CEDU, che impongono che il giudice dello Stato membro di esecuzione deve

⁵⁹ Corte EDU 30 giugno 2005, ric. n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Irlanda*. Tra i molti commenti, si vedano E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *RDI*, vol. 88, n. 3, 2005, p. 762 ss.; A. CIAMPI, *L'Union européenne et le respect des droits de l'homme dans la mise en oeuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue generale de droit international public*, vol. 110, n. 1, 2006, p. 85 ss.; G. GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: "Solange" Yet Again?*, in P.M. DUPUY ET AL (eds.), *Völkerrecht als Wertordnung / Common Values in International Law. Festschrift für Christian Tomuschat / Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, 2006, p. 517 ss.

⁶⁰ Corte EDU 6 dicembre 2012, ric. n. 12323/11, *Michaud/Francia*. Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale (qui necessariamente solo accennata) si rinvia a M. PARODI, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive formali*, Napoli, 2020, p. 164 ss.

almeno essere abilitato a condurre un controllo commisurato alla gravità di ogni contestazione seria quanto alla violazione dei diritti fondamentali nello Stato membro di emissione, così da assicurare che la tutela di tali diritti non sia manifestamente deficitaria⁶¹.

Ricordato che, nel caso concreto, la Corte riconobbe che la protezione non sollevava problemi sotto questo punto di vista, l'aspetto focale della sentenza va identificato nel fatto che, in presenza di una contestazione seria e circostanziata, le autorità giudiziarie di esecuzione non possono sottrarsi all'esame di quella contestazione per il solo motivo che esse applicano il diritto dell'Unione. Ulteriormente, come già sostenuto in altra sede, giova notare che la sentenza *Avotiņš* fu pronunciata un paio di mesi dopo la sentenza *Aranyosi e Căldăraru* e che, dunque, la prima potrebbe essere letta come una critica alla seconda, atteso che la Corte EDU rigettò l'idea che nell'ambito della cooperazione giudiziaria, posto il principio di fiducia reciproca, possa essere garantita tutela ai diritti solo in presenza di circostanze eccezionali, ossia, solo in presenza di carenze sistemiche, generalizzate, relative a determinati istituti di pena o determinati gruppi di individui⁶².

La causa *Avotiņš* riguardò profili di cooperazione giudiziaria in materia civile. Per quel che riguarda la cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolar modo, il MAE, l'impostazione relativa alla protezione equivalente venne confermata da parte della Corte EDU nelle pronunce *Pirozzi*, *Romeo Castaño e Bivolaru e Moldovan*, le quali, pur non contraddistinguendosi per un livello di critica paragonabile a quello raggiunto in *Avotiņš*, presentano comunque rinvii

⁶¹ Corte EDU 23 maggio 2016, ric. n. 17502/07, *Avotiņš/Lettonia*, punti 113-114, 116. Tra i molti commenti, si vedano P. GRAGL, *An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case*. ECtHR 23 May 2016, Case No. 17502/07, *Avotiņš v Latvia*, in *ECLR*, vol. 13, n. 3, 2017, p. 551 ss.; M. MARCHEGANI, *Tendenze evolutive nel ricorso al principio della protezione equivalente da parte della Corte europea per i diritti dell'uomo*, in *RDI*, vol. 100, n. 2, 2017, p. 447 ss.; T. MARGUERY, *Je t'aime moi non plus. The Avotiņš v. Latvia judgment: an answer from the ECtHR to the CJEU*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 10, n. 1, 2017, p. 113 ss.

⁶² A. ROSANÒ, *I trasferimenti interstatali di detenuti nel diritto dell'Unione europea*, Bari, 2022, p. 90.

ai passaggi salienti di tale sentenza⁶³; il che porta a ritenere che ne integrino una sostanziale conferma⁶⁴.

In *Pirozzi e Romeo Castaño*, la Corte EDU esclude che si fosse verificata una violazione della CEDU, a differenza di quanto accaduto in *Bivolaru e Moldovan*, con riferimento al caso di *Moldovan*. Al riguardo, fu ravvisata una violazione dell'art. 3 CEDU in ragione della consegna effettuata dalla Francia alle autorità rumene a causa di un rischio reale di condizioni di detenzione inadeguate da ricollegarsi al tema del sovraffollamento carcerario. In particolar modo, la Corte EDU affermò che la presunzione di protezione equivalente non potesse trovare applicazione in quanto la Corte di Cassazione francese aveva respinto la richiesta del ricorrente di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale sulle conseguenze ai fini dell'esecuzione del MAE del riconoscimento dello status di rifugiato da parte di uno Stato membro a un cittadino di uno Stato terzo divenuto successivamente anch'esso Stato membro. Trattandosi di una questione mai affrontata prima dalla giurisprudenza di Lussemburgo, la consegna del destinatario del MAE era avvenuta in un contesto in cui non erano state sfruttate appieno le potenzialità dei meccanismi di controllo del rispetto dei diritti fondamentali⁶⁵.

4.2. Cenni sulla giurisprudenza della Corte EDU quanto a espulsioni verso Stati terzi, con particolare riferimento al caso delle estradizioni

Come costantemente affermato dalla Corte EDU, gli Stati contraenti hanno il diritto, sulla base di quanto riconosciuto dal diritto internazionale, di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione

⁶³ Corte EDU 17 aprile 2018, ric. n. 21055/11, *Pirozzi/Belgio*, punti 62-64; 9 luglio 2019, ric. 8351/17, *Romeo Castaño/Belgio*, punto 84; 25 marzo 2021, ric. nn. 40324/16 e 12623/17, *Bivolaru e Moldovan/Francia*, punti 81, 101-103.

⁶⁴ Sul rapporto tra giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU quanto al MAE, J. CALLEWAERT, *The European arrest warrant under the European Convention on Human Rights: A matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2021, p. 105 ss. e G. DE AMICIS, *Sulla presunzione di "protezione equivalente" in caso di rischio di trattamento inumano o degradante nell'esecuzione del mandato di arresto europeo. CEDU, Sez. V, 25/3/2021, Bivolaru e Moldovan c. Francia (nn. 40324/16 e 12623/17)*, in *Cassazione penale*, vol. 61, n. 7-8, 2021, p. 2605 ss.

⁶⁵ *Bivolaru e Moldovan*, sopra citata, punto 131.

degli stranieri⁶⁶. Tuttavia, quest'ultimo aspetto può sollevare problemi in relazione all'art. 3 CEDU, portando eventualmente anche a riconoscere la responsabilità statale per violazione di detta previsione, se sussistono ragioni sostanziali per ritenere che il soggetto espulso corra un rischio reale di subire un trattamento contrastante con quell'articolo nello Stato di destinazione. È vero che la CEDU vincola solamente gli Stati che hanno provveduto a ratificarla. Nell'ipotesi ora descritta, però, l'art. 3 comporta l'obbligo di non rimuovere lo straniero dal territorio dello Stato contraente⁶⁷.

La valutazione dell'esistenza di motivi sostanziali per ritenere che il ricorrente corra un rischio reale di vedere violati i diritti garantiti dall'art. 3 a seguito dell'espulsione richiede che la Corte esamini le condizioni nello Stato di destinazione alla luce degli standard derivanti dal medesimo articolo⁶⁸. Quindi, i trattamenti inumani o degradanti che il ricorrente sostiene verrà a subire in caso di espulsione devono raggiungere un livello minimo di gravità, da accertarsi alla luce di tutte le circostanze del caso⁶⁹.

La valutazione dell'esistenza di un rischio reale deve essere necessariamente rigorosa e, in linea di principio, spetta al ricorrente produrre prove in grado di dimostrare che esistono i suddetti motivi sostanziali, per quanto possa essere concesso il beneficio del dubbio nel caso dei richiedenti asilo a causa della situazione peculiare in cui versano. Se però vengono presentate informazioni dalle quali risultano elementi forti che portano a mettere in dubbio la veridicità delle dichiarazioni di un richiedente asilo, questi deve fornire una spiegazione soddisfacente per le presunte discrepanze⁷⁰.

Si rende necessario stabilire le conseguenze prevedibili dell'allontanamento del soggetto verso lo Stato di destinazione alla luce della situazione generale in atto in quello Stato – soprattutto se si tratta

⁶⁶ *Ex multis*, Corte EDU 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri/Italia*, punto 113 e 18 ottobre 2006, ric. n. 46410/99, *Üner/Paesi Bassi*, punto 54.

⁶⁷ Si vedano Corte EDU 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, *Saadi/Italia*, punto 125 e giurisprudenza ivi citata.

⁶⁸ Corte EDU 4 febbraio 2005, ric. nn. 46827/99 e 46951/99, *Mamatkulov e Askarov/Turchia*.

⁶⁹ Corte EDU 6 marzo 2001, ric. n. 45276/99, *Hilal/Regno Unito*, punto 60.

⁷⁰ Corte EDU 23 marzo 2016, ric. n. 43611/11, *F.G./Svezia*, punto 113 e giurisprudenza ivi citata.

di una situazione generale di violenza⁷¹ – e delle condizioni personali dell'individuo considerato⁷².

In generale, non è bastevole dimostrare la sussistenza di situazioni di violenza generalizzata per ritenere verificato un rischio reale di violazione del divieto di tortura o di trattamenti inumani o degradanti e, quindi, la verifica relativa alle condizioni personali del soggetto che verrà espulso è sempre richiesta. Tuttavia, una situazione generale di violenza è di intensità sufficiente a creare tale rischio di per se stessa «in the most extreme cases», quando ossia esiste un rischio reale di violazione per il semplice fatto che un individuo è esposto a tale violenza⁷³.

L'impostazione ora descritta vale anche per il caso delle estradizioni⁷⁴. Prima di illustrare questo aspetto, giova ricordare che, nella sentenza *Soering*, fu chiarito che il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti ha carattere assoluto e che l'extradizione verso uno Stato in cui tale divieto venisse palesemente violato contrasterebbe con la lettera e lo spirito della CEDU. Dunque, l'eventuale consegna comporterebbe la responsabilità dello Stato richiesto alla luce dell'art. 1 CEDU, ai sensi del quale gli Stati contraenti sono tenuti a riconoscere i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione, visto che l'applicazione della Convenzione deve avvenire in modo che le garanzie da essa derivanti siano operative ed effettive, e non teoriche e illusorie, e l'interpretazione delle varie fattispecie di diritti deve essere coerente con lo spirito generale della stessa⁷⁵. Tale approccio è stato in seguito mantenuto e la Corte EDU ha fatto presente che la decisione di uno Stato contraente di estradare pur essendo a conoscenza di ragioni

⁷¹ Corte EDU 28 giugno 2011, ricc. nn. 8319/07 e 11449/07, *Sufi e Elmi/Regno Unito*, punto 216.

⁷² *Ex multis*, Corte EDU 11 gennaio 2007, ric. n. 1948/04, *Salah Sheekh/Paesi Bassi*, punto 136, e 30 ottobre 1991, ricc. nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87, *Vilvarajah e altri/Regno Unito*, punto 108.

⁷³ *Ex multis*, Corte EDU 17 luglio 2008, ric. n. 25904/07, *NA/Regno Unito*, punti 114-115 e 15 ottobre 2015, ricc. nn. 40081/14, 40088/14 e 40127/14, *L.M. e altri/Russia*, punto 119.

⁷⁴ Corte EDU 29 aprile 2022, ric. n. 28492/15 49975/15, *Khasanov e Rakhmanov/Russia*, punti 93-94 e 21 novembre 2019, ric. n. 47287/15, *Ilias e Ahmed/Ungheria*, punti 125-126 e giurisprudenza ivi citata.

⁷⁵ Corte EDU 7 luglio 1989, ric. n. 14038/88, *Soering/Regno Unito*, punti 86-91, 111.

sostanziali che portano a credere che l'estraddando verrebbe sottoposto alla pena di morte⁷⁶, a tortura o a trattamenti inumani o degradanti⁷⁷ o, ancora, a una manifesta violazione del diritto a un processo equo⁷⁸ contrasterebbe con il patrimonio comune di valori espresso dalla CEDU.

Si rende quindi previamente necessario un accertamento delle condizioni praticate nello Stato richiedente a partire dagli standard derivanti dalla CEDU e – in particolare, per quel che qui interessa – dall'art. 3.

Riprendendo quanto riconosciuto con riferimento al tema delle espulsioni, in *Liu* si afferma che tale accertamento ha inizio con un esame del contesto generale nello Stato richiedente, al fine di accertare se sia in atto una situazione generale di violenza. Questa, come detto in precedenza, non comporta di per se stessa una violazione dell'art. 3, richiedendosi poi una valutazione concernente circostanze individuali che spingano a ritenere che il diritto dell'estraddando verrebbe violato. Tuttavia, se il livello di intensità della violenza è tale da portare a concludere che qualsiasi espulsione verso quello Stato violerebbe necessariamente l'art. 3 CEDU, detta valutazione non è necessaria. Dunque, solo *in the most extreme cases*, ossia quando esiste un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti per il solo fatto che l'individuo interessato sia esposto alla suddetta violenza, risulta sufficiente un'analisi di carattere generale, essendo così possibile prescindere da una verifica in concreto⁷⁹.

Nella sua pronuncia, la Corte EDU si è premurata di specificare che non è compito della Corte stessa sostituire la propria valutazione dei fatti a quella dei tribunali nazionali, i quali si trovano nella posizione migliore per procedere al riguardo. Inoltre, spetta al ricorrente presentare i motivi a sostegno della sua domanda e produrre elementi di prova che permettano di dimostrare che vi sono motivi sostanziali per sostenere che l'estraddizione comporterebbe un rischio reale e concreto di esposizione a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU. La Corte

⁷⁶ Corte EDU 19 novembre 2009, ric. n. 41015/04, *Kaboulov/Ucraina*, punto 99.

⁷⁷ *Ex multis*, *Mamatkulov e Askarov*, sopra citata, punto 68.

⁷⁸ *Ibidem*, punto 90 e Corte EDU dec. 26 gennaio 2010, ric. n. 9742/07, *King/Regno Unito*, punto 90.

⁷⁹ Corte EDU 6 ottobre 2022, ric. n. 37610/18, *Liu/Polonia*, punto 66.

EDU, però, è competente a verificare che l'analisi effettuata dalle autorità dello Stato contraente interessato sia adeguata e sufficientemente supportata da materiale proveniente da fonti affidabili e obiettive⁸⁰.

Pertanto, nel caso concreto, relativo a un'extradizione verso la Repubblica popolare cinese, la Corte si è interrogata con riferimento al fatto che la semplice collocazione del ricorrente in un centro di detenzione cinese sarebbe stata tale da esporlo a un rischio reale di trattamento inumano o degradante, cercando di appurare se il ricorso alla tortura e ad altre forme di maltrattamento nel sistema penitenziario cinese sia così diffuso da poter essere equiparato all'esistenza di una situazione generale di violenza. Per procedere in tal senso, la Corte si è concentrata sulle condizioni generali delle strutture detentive e penitenziarie cinesi⁸¹.

Posto che il governo cinese non risulta particolarmente incline a cooperare con gli organismi internazionali di tutela dei diritti umani, il materiale da prendere in considerazione è quello a disposizione a livello nazionale, nel quale rientrano anche rapporti pubblicati da organizzazioni governative e non governative. Nel valutare il peso da attribuire a tutta la documentazione, assumono rilievo la fonte e, in particolare, la sua affidabilità e obiettività, l'autorità e la reputazione dell'autore, la serietà delle indagini condotte, la coerenza delle conclusioni e la loro conferma da parte di altre fonti⁸².

Considerato che la Repubblica popolare cinese ha firmato il Patto internazionale sui diritti civili e politici senza poi procedere alla sua ratifica e che ha ratificato la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti ma non il Protocollo opzionale con il quale è stato introdotto un meccanismo di controllo, non è possibile per coloro i quali sostengono che i loro diritti fondamentali siano stati violati in quello Stato fare affidamento su alcuna forma di protezione internazionale indipendente, così come non

⁸⁰ *Ibidem*, punto 67. Va comunque ricordato che la Corte può ottenere materiale probatorio *motu proprio* (sul punto, per esempio, Corte EDU 23 agosto 2016, ric. n. 59166/12, *J.K. e a./Svezia*, punto 90).

⁸¹ *Liu/Polonia*, sopra citata, punti 71-72.

⁸² *Ibidem*, punto 74.

è possibile per qualsivoglia organismo internazionale indipendente svolgere un'indagine *in loco* senza l'invito delle autorità cinesi⁸³.

Per quanto si siano registrati alcuni miglioramenti nella legislazione cinese in materia di prevenzione e proibizione della tortura, non si può stabilire se da ciò siano derivati effetti concreti, visto che i dati relativi alla tortura e ai trattamenti inumani o degradanti negli istituti di pena cinesi non vengono resi pubblici, perché considerati segreti di Stato. Da documenti predisposti dal Comitato ONU contro la tortura, dallo *Special Rapporteur* sulla tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, dal Dipartimento di Stato americano, da Amnesty International, da Human Rights Watch e da Freedom House, risulta che nelle carceri cinesi si registrano un uso abituale e diffuso della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti e un numero elevato di decessi, probabilmente connessi a quei fenomeni. Il fatto che venga applicato il segreto di Stato a queste situazioni impedisce alle vittime di avere accesso all'assistenza legale. Gli avvocati che pure hanno cercato di portare avanti indagini al riguardo sono stati sottoposti a loro volta a forme di tortura, a scopo di dissuasione⁸⁴.

Per quanto il governo polacco abbia sostenuto che, stando a ciò che avevano comunicato le autorità cinesi, il ricorrente, a seguito della consegna, sarebbe stato detenuto in una struttura in cui sarebbero stati garantiti i suoi diritti fondamentali e che i centri di detenzione sono aperti al pubblico e ai giornalisti, la Corte si è dichiarata non convinta, visto che le autorità cinesi hanno menzionato un solo istituto di pena, a Pechino, nel quale i giornalisti poterono accedere nel 2012, mentre l'estraddando avrebbe scontato la pena in un'altra struttura, circa la quale non erano state rese informazioni. Inoltre, negli ultimi dieci anni, il governo cinese ha ignorato le richieste di visite avanzate da parte di rappresentanti di organizzazioni internazionali⁸⁵.

Posto questo e posto che il governo polacco non ha né richiesto, né tantomeno ricevuto assicurazioni relative alla tutela dei diritti dell'estraddando, la misura in cui la tortura e altre forme di trattamento inumano o degradante sono credibilmente e costantemente segnalate

⁸³ *Ibidem*, punti 75-77.

⁸⁴ *Ibidem*, punti 78 e 79.

⁸⁵ *Ibidem*, punto 81.

come utilizzate nelle strutture detentive cinesi può essere equiparata a una situazione generale di violenza. Di conseguenza, data la gravità della situazione descritta, il ricorrente non è tenuto a dimostrare specifici motivi personali di timore, essendo sufficiente che sia accertato che, al momento dell'extradizione, sarà collocato in un centro di detenzione cinese. Poiché ciò è incontestato, deve ritenersi accertato che il richiedente correrebbe un rischio reale di trattamento inumano o degradante se estradato nella Repubblica popolare cinese e la sua consegna integrerebbe una violazione dell'art. 3 CEDU⁸⁶.

5. Considerazioni critiche

L'introduzione del test in due fasi da parte della Corte di giustizia è stata salutata positivamente nella misura in cui ha rappresentato un passo in avanti rispetto alla situazione precedente e ha comportato un rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali reputato in linea con l'interpretazione data dalla Corte EDU dell'art. 3 CEDU⁸⁷. Non è mancato chi ha parlato di un vero e proprio punto di rottura nella giurisprudenza di Lussemburgo⁸⁸. In particolar modo, è stata posta in evidenza la capacità della Corte di giustizia di ricercare un equilibrio tra fiducia reciproca e protezione dei diritti. Come è stato detto, «la prevalenza di un esame concreto rispetto all'accertamento di indici generali salvaguarda lo stesso principio della mutua fiducia. Infatti, una valutazione sul globale livello di tutela dei diritti fondamentali nello Stato emittente avrebbe un carattere strutturale e comporterebbe un automatico esame incrociato delle reciproche legislazioni nazionali degli Stati membri, situazione nella quale controlli e sospetti di violazione costituirebbero un elemento costante della prassi giudiziaria. L'automaticità della verifica del sistema globale si porrebbe in esatta

⁸⁶ *Ibidem*, punti 82-84. Su alcune prime applicazioni di quest'orientamento da parte della Corte di cassazione italiana, si veda C. DE LUCA, *Estradizione e diritti fondamentali: due recenti pronunce della Cassazione*, in *Sistema penale*, n. 7-8, 2023, p. 155 ss.

⁸⁷ K. BOVEND'EERDT, *The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice?*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 32, n. 83, 2016, p. 118.

⁸⁸ A. ŁAZOWSKI, *The Sky Is Not the Limit: Mutual Trust and Mutual Recognition après Aranyosi and Caldaru*, in *CYELP*, vol. 14, n. 1, 2018, p. 29.

antitesi al principio della mutua fiducia. Invece, l'esame nel caso concreto ha un effetto meno dirompente in questa prospettiva»⁸⁹.

Tuttavia, va considerato che l'applicazione del test alla tutela del diritto a un giudice indipendente a partire dalla sentenza *LM* ha suscitato reazioni contrastanti. Se vi è chi ha sostenuto che la soluzione elaborata dalla Corte di giustizia è un gioco di equilibri fantasioso ma attentamente costruito e, dunque, intelligente⁹⁰, vi è altresì chi ha affermato che dovrebbe essere la Corte di giustizia ad accertare la sussistenza di una carenza sistemica nello Stato membro di emissione, e non l'autorità giudiziaria di esecuzione, visto che solo la Corte è nelle condizioni di adottare una prospettiva abbastanza ampia ed effettuare un esame completo al riguardo⁹¹. Altri hanno identificato un limite significativo nel fatto che ricade sul destinatario del MAE l'onere di dimostrare che le riforme approvate nello Stato membro di emissione quanto al sistema giudiziario abbiano leso l'indipendenza del singolo giudice che sarà chiamato a pronunciarsi sul suo caso, senza sapere di chi si tratta⁹². Proprio per questo, alcuni commentatori hanno avanzato l'idea che, ove sia dimostrata la prima parte del test, l'onere della prova circa la seconda dovrebbe ricadere sullo Stato membro di emissione⁹³.

La seconda parte si configura indubbiamente come un ostacolo importante rispetto alla possibilità di assicurare una tutela effettiva, come testimoniano i rinvii pregiudiziali con cui è stato chiesto alla Corte di giustizia se questa debba essere eseguita sempre e cosa debba essere accertato da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione in relazione a essa.

⁸⁹ S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *DUE*, vol. 23, n. 4, 2018, pp. 653-654.

⁹⁰ D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *MJECL*, vol. 25, n. 4, 2018, p. 385.

⁹¹ I. CANOR, *Suspending Horizontal Solange: A Decentralized Instrument for Protecting Mutual Trust and the European Rule of Law*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 198.

⁹² D. KOCHENOV, P. BÁRD, *The last soldier standing? Courts versus politicians and the rule of law crisis in the new member states of the EU*, in *European Yearbook of Constitutional Law*, 2019, p. 274 e T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *CMLR*, vol. 56, n. 3, 2019, p. 743 ss.

⁹³ W. VAN BALLEGOOIJ, P. BÁRD, *Mutual Recognition and Individual Rights: Did the Court Get It Right*, in *NJECL*, vol. 7, n. 4, 2016, p. 439 ss.

Il ricorso all'impostazione risultante dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento alla violazione dell'art. 3 CEDU in conseguenza di un'extradizione potrebbe permettere di superare tale situazione di *impasse*.

Come si è detto, secondo la Corte EDU, le autorità competenti dello Stato richiesto devono procedere a un esame del contesto generale nello Stato richiedente per stabilire se una situazione generale di violenza sia in atto in quello Stato e poi a una valutazione delle circostanze individuali che portano a ritenere che l'estradando vedrebbe violati i suoi diritti. Tuttavia, è sufficiente l'accertamento di ordine generale *in the most extreme cases*.

Si ritiene che tale percorso interpretativo debba essere fatto proprio dalla Corte di giustizia, intanto per quel che attiene all'interpretazione dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali. La ragione di ciò risiede nella corrispondenza tra art. 4 della Carta e art. 3 CEDU, confermata, oltre che dalla medesima formulazione delle due previsioni, dalle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali. In ragione di ciò, trova applicazione quel trasformatore permanente che permette di assicurare coerenza tra il sistema CEDU e quello dell'Unione che è l'art. 52, par. 3, della Carta medesima, ai sensi del quale – come è noto – laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla CEDU stessa, fermo che il diritto dell'Unione può concedere una protezione più estesa.

Pertanto, l'interpretazione fornita dalla Corte EDU andrebbe adottata anche da parte della Corte di giustizia, tenendo conto peraltro di come essa sia idonea ad assicurare un livello di protezione maggiore rispetto a quello risultante dal diritto dell'Unione. Infatti, mentre la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo richiede che siano sempre svolte le due fasi del test, quella della Corte di Strasburgo ammette la possibilità che la prima sia sufficiente in talune ipotesi (si ripete, *in the most extreme cases*), rendendo più facile per il consegnando dimostrare che i suoi diritti sarebbero violati nello Stato di consegna.

Potrebbe opporsi che il principio di fiducia reciproca integrerebbe un limite all'adozione di tale impostazione da parte della Corte di giustizia, ma deve ricordarsi che, in *Dorobantu*, è stata proprio la Corte a sostenere che, posta la natura assoluta della proibizione di trattamenti

inumani o degradanti, tale diritto non può essere messo in bilanciamento con considerazioni legate all'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale e ai principi di fiducia reciproca e di reciproco riconoscimento⁹⁴. Dunque, l'obiezione pare superabile.

A ulteriore conferma della necessità per la Corte di giustizia di fare propria questa lettura, si consideri che l'art. 19, par. 2, della Carta prevede che nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti e che, nelle Spiegazioni, si riconosce che esso incorpora la giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 3 ed è fatto altresì rinvio a *Soering*.

Quindi, per quel che riguarda il rispetto del divieto di trattamenti inumani o degradanti nell'ambito del MAE, bisognerebbe giungere a concludere che il test, in generale, si articola in due fasi, ma talora la prima è sufficiente e la verifica in concreto non è richiesta.

Ciò permetterebbe di correggere un'apparente stortura riconducibile a *ML*. In questa pronuncia la Corte ha sostenuto che l'obbligo di verifica gravante in capo all'autorità giudiziaria di esecuzione circa le condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione non riguarda ogni istituto di pena in cui il destinatario del MAE potrebbe essere detenuto, ma solamente gli istituti in cui il destinatario del MAE verrà concretamente detenuto, aggiungendo che la conformità delle condizioni di detenzione esistenti negli altri istituti dove il soggetto potrebbe eventualmente essere recluso successivamente rientra nella sola competenza degli organi giurisdizionali dello Stato membro emittente⁹⁵. E in seguito, in *Dorobantu*, la Corte ha confermato questa lettura⁹⁶.

Come è stato detto, la conseguenza derivante da ciò è che uno Stato membro che abbia seri problemi nelle proprie carceri potrà comunque ottenere la consegna del destinatario del MAE semplicemente indicando un istituto in cui le cose funzionano, tenendo il destinatario

⁹⁴ *Dorobantu*, sopra citata, punto 84.

⁹⁵ *ML*, sopra citata, punto 87.

⁹⁶ *Dorobantu*, sopra citata, punto 84.

in quel luogo per qualche tempo e poi spostandolo in un altro in cui i suoi diritti potranno essere violati, senza che ciò si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione⁹⁷. Il fatto che in alcune, gravissime, ipotesi non sia richiesta una verifica in concreto permetterebbe allora all'autorità giudiziaria di esecuzione di rifiutare la consegna rilevando che, nonostante nell'istituto di pena indicato le condizioni di detenzione siano dignitose, in altri – presumibilmente, in molti altri – nei quali il destinatario del MAE potrebbe essere trasferito esse non lo sono.

La questione che si pone ora riguarda la possibilità di ricorrere a tale approccio anche in relazione al diritto a un giudice indipendente. Sotto questo punto di vista, il limite più significativo pare derivare dall'affermazione contenuta nella sentenza *Openbaar Ministerie* (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission), ove si legge che non solo la sussistenza di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, ma anche un aggravamento di queste non può condurre l'autorità giudiziaria di esecuzione ad astenersi dall'applicare la seconda fase del test⁹⁸.

Ciò risulta indubbiamente problematico, dato che implica che, per via del principio di fiducia reciproca, a prescindere da quale sia il livello di erosione dello Stato di diritto verificatosi nello Stato membro di emissione, comunque bisognerà continuare a presumere che esso rispetterà i diritti fondamentali del destinatario del MAE se non si può offrire prova del rischio in concreto corso da questi a seguito della consegna. Il che, oltre a sollevare dubbi quanto all'effettività del meccanismo di tutela elaborato dalla Corte di giustizia, porterebbe a legittimare ulteriori lesioni del valore dello Stato di diritto e a compromettere il principio di tutela giurisdizionale effettiva, che impone a ogni Stato membro di garantire che gli organi facenti parte, in quanto giurisdizioni, del suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori

⁹⁷ A. KLIP, *The European Arrest Warrant, from Mutual Recognition to Mutual Supervision?*, in *European Criminal Law Review*, vol. 12, n. 1, 2022, pp. 85 e 86.

⁹⁸ *Openbaar Ministerie* (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission), sopra citata, punti 60, 61 e 63.

disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfano alcuni requisiti, compreso il carattere dell'indipendenza⁹⁹.

Il punto è che, come è stato sostenuto, può identificarsi una differenza sostanziale tra diritti fondamentali e indipendenza del potere giudiziario. I diritti fondamentali sono diritti degli individui ed è quindi possibile verificare se vengono garantiti nelle singole situazioni, mentre l'indipendenza del potere giudiziario, pur importante nel caso concreto, si configura anche come un elemento chiave del sistema statale, necessario per garantire il giusto equilibrio tra interessi pubblici e privati¹⁰⁰. Non a caso, in dottrina è emersa l'idea che «a distinction should be drawn between systemic deficiency regarding the custodial conditions of prisoners and systemic deficiency regarding the non-independence of the judiciary. For the first case, examinations should be conducted on an individual basis, but, for the second case, such individual examinations should not be required»¹⁰¹ e che «the more the systemic deficit in the home State is about a serious violation of the rule of law, the less need (or even no need) there should be to insist on the additional fulfilment of the individual prong. The individual prong should only be relevant to systemic deficiencies for infringements of fundamental rights, while having almost no bearing (or even being altogether discarded) when the home State's systemic deficiency relates to how the State is organized»¹⁰².

Queste letture possono trovare un'indiretta conferma nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bobek in *WD e a.* e *Getin Noble Bank*. In queste cause, l'Avvocato generale ha ravvisato una differenza

⁹⁹ Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, punto 37, sulla quale A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *DUDI*, vol. 12, n. 2, 2018, p. 421 ss.; L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *CMLR*, vol. 55, n. 6, 2018, p. 1827 ss.; A. TORRES PÉREZ, *From Portugal to Poland: the Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence*, in *MJECL*, vol. 27, n. 1, 2020, p. 105 ss.

¹⁰⁰ A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, *Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *op. cit.*, 2021, p. 448.

¹⁰¹ I. CANOR, *op. cit.*, p. 202.

¹⁰² P. BÁRD, J. MORIJN, *Domestic Courts pushing for a workable test to protect the rule of law in the EU: decoding the Amsterdam and Karlsruhe Courts' post-LM Rulings (Part II)*, in *verfassungsblog.de*, 19 marzo 2020.

tra art. 19 TUE e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali sul piano dell'indipendenza del potere giudiziario. Il primo è una disposizione che si ricollega principalmente agli elementi strutturali e sistemici degli assetti giuridici nazionali e i profili che devono primariamente essere presi in considerazione dalla Corte vanno ravvisati nell'impianto istituzionale e costituzionale di carattere generale del potere giudiziario statale, mentre profili connessi al caso particolare, per quanto possano portare a individuare questioni più ampie, non sono conclusivi¹⁰³. La soglia richiesta per accertare una violazione dell'art. 19 è alquanto alta: si tratta infatti di considerare infrazioni di una certa gravità e/o di natura sistemica, per le quali l'ordinamento giuridico nazionale difficilmente può offrire un rimedio adeguato¹⁰⁴.

Al contrario, l'art. 47 della Carta riconosce un diritto soggettivo e la verifica relativa all'indipendenza di un giudice comporta una valutazione dettagliata delle circostanze del caso di specie, mentre questioni che riguardano talune caratteristiche strutturali o sistemiche del sistema di giustizia nazionale sono rilevanti solo nella misura in cui possono incidere sul singolo procedimento¹⁰⁵.

Dunque, potrebbe arriversi a sostenere che, nel caso in cui l'esecuzione del MAE sollevi problemi rilevanti ai sensi del solo art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, il test andrebbe eseguito nelle sue due fasi. Ove però la specifica situazione considerata ponga questioni sul piano degli elementi strutturali e sistemici dell'ordinamento dello Stato membro di emissione, per esempio in relazione all'assetto istituzionale e costituzionale del potere giudiziario statale, dovrebbe giungersi alla conclusione che la seconda fase, ossia l'accertamento in concreto, è tendenzialmente irrilevante, in quanto la violazione del diritto del singolo nel caso concreto è una mera conseguenza di una compromissione sistemica. E dunque, *in the most extreme cases*, la valutazione di ordine generale dovrebbe risultare sufficiente.

¹⁰³ Conclusioni dell'Avv. gen. Bobek, del 20 maggio 2021, da C-748/19 a C-754/19, *WD e a.*, punto 164 e dell'8 luglio 2021, C-132/20, *Getin Noble Bank*, punto 37.

¹⁰⁴ Conclusioni *WD e a.*, sopra citate, punto 164 e conclusioni *Getin Noble Bank*, sopra citate, punti 38-39.

¹⁰⁵ Conclusioni *WD e a.*, sopra citate, punto 165 e conclusioni *Getin Noble Bank*, sopra citate, punto 40.

Per arrivare a un simile esito, risulterebbe necessario investire nuovamente la Corte di giustizia di una questione interpretativa, domandandole di chiarire la nozione di aggravamento delle carenze sistemiche o generalizzate emersa con la sentenza *Openbaar Ministerie* (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission).

Questo sembra essere nell'interesse della stessa Corte, visto che le permetterebbe di dissipare un dubbio relativo a un possibile problema di coerenza nella sua giurisprudenza. Infatti, come si è detto, con la sentenza *Openbaar Ministerie* (Indépendance de l'autorité judiciaire d'émission), i giudici di Lussemburgo hanno ammesso che un deterioramento ulteriore dello Stato di diritto nello Stato membro di emissione non incide sulla fiducia reciproca. Tuttavia, secondo quanto risultante dalla sentenza *Repubblika*, il rispetto dei valori elencati all'art. 2 TUE si configura come una condizione che gli Stati membri devono rispettare per godere dei diritti derivanti dall'applicazione dei trattati. Ne deriva che uno Stato membro non può modificare la propria normativa in modo da determinare un arretramento circa le garanzie concernenti lo Stato di diritto, dovendo invece provvedere affinché sia evitata ogni regressione in relazione a tale valore¹⁰⁶.

6. Conclusioni

La giurisprudenza della Corte di giustizia ricordata *supra* esprime tutto lo sforzo della Corte di trovare un punto di equilibrio tra fiducia reciproca e diritti fondamentali. In particolar modo, i profili attinenti alla crisi dello Stato di diritto in Polonia e all'indipendenza del potere giudiziario hanno portato, in *LM* e nelle pronunce successive, a una riproposizione della soluzione prospettata in *Aranyosi e Căldăraru*, nonostante l'indipendenza del potere giudiziario assuma rilievo non solo relativamente all'esigenza di garantire il diritto del singolo destinatario di un MAE, ma come dato strutturale che deve essere

¹⁰⁶ Corte giust. 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*, punti 62-65. Si vedano altresì Corte giust. 18 maggio 2021, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*, punto 162; 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione/Polonia*, punto 51; 21 dicembre 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.*, punto 162; 7 settembre 2023, C-216/21, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*, punto 69.

mantenuto nello Stato membro di emissione – e in tutti gli Stati membri dell’Unione – per assicurare il rispetto dello Stato di diritto e, in particolare, del principio di tutela giurisdizionale effettiva.

L’approccio fatto proprio dalla Corte EDU circa i *most extreme cases* può permettere di valorizzare entrambi gli aspetti, introducendo la possibilità che, con riferimento a situazioni estreme, solo la prima parte del test venga svolta. Considerando i profili attinenti al divieto di trattamenti inumani o degradanti, il recepimento di tale orientamento nella giurisprudenza di Lussemburgo è reso possibile – anzi, obbligatorio – dalla corrispondenza tra art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e art. 3 CEDU, visto ciò che dispone l’art. 52, par. 3, della Carta (nonché l’art. 19, par. 2, della medesima). In questo modo, risulterebbe possibile correggere un problema posto dalle sentenze *ML* e *Dorobantu* circa il fatto che l’autorità giudiziaria di esecuzione deve svolgere una valutazione riguardo alle condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione non con riferimento a ogni istituto di pena in cui il destinatario del MAE potrebbe essere detenuto, ma solamente in relazione agli istituti in cui il destinatario del MAE verrà concretamente recluso.

Per quel che riguarda le questioni relative all’indipendenza del potere giudiziario, l’impostazione della Corte EDU potrebbe offrire una soluzione attenta alla circostanza che il tema in questione assume rilievo non solo in relazione alla tutela dei diritti fondamentali, ma anche – e, può ritenersi, soprattutto – all’organizzazione dello Stato e, in particolare, all’esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva.

ABSTRACT (ITA)

Nel contesto del MAE, il test *Aranyosi e Căldăraru*, nella variante *LM* relativa alla tutela del diritto a un giudice indipendente, ha sollevato difficoltà connesse, nell'ambito della crisi dello Stato di diritto in Polonia, all'applicazione della sua seconda parte, quanto all'accertamento in concreto del rischio di violazione. L'impostazione fatta propria dalla Corte di giustizia potrebbe essere contestata in ragione di un orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, in forza del quale, quando si tratta di stabilire se i diritti dell'estradando possano essere lesi nello Stato di consegna, se il livello di intensità delle violazioni in atto in quello Stato è tale da portare a concludere che l'extradizione esporrebbe necessariamente il soggetto alla violazione, la valutazione in concreto non è richiesta «in the most extreme cases» (sentenza *Liu*).

Nell'articolo si dà conto dei due approcci e si sostiene che il secondo possa utilizzarsi nell'ordinamento dell'Unione attraverso l'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali. In tal modo, risulterebbe possibile assicurare una migliore protezione dei diritti fondamentali, compreso il diritto a un giudice indipendente, senza mettere in discussione la fiducia reciproca, visto che la valutazione in concreto verrebbe omessa solo in casi limitati e particolarissimi.

ABSTRACT (ENG)

In the context of the EAW, the *Aranyosi and Căldăraru* test, in the *LM* version related to the protection of the right to an independent tribunal, has raised issues relating, in the context of the rule of law crisis in Poland, to the application of its second part, as regards the assessment *in concreto* of the risk of a violation. The approach adopted by the Court of Justice could be challenged on the grounds of the case law of the European Court of Human Rights, according to which the assessment *in concreto* is not required «in the most extreme cases» when it comes to establishing whether the rights of the extradited person under Article 3 ECHR may be violated in the State of surrender, if the level of intensity of the violations taking place in that State is such as to lead to

the conclusion that extradition would necessarily expose that person to a violation of their rights (*Liu* judgment).

The paper gives an account of the two approaches and argues that the latter can be used in EU law through Article 52(3) of the Charter of Fundamental Rights. This would make it possible to ensure a better protection of fundamental rights, including the right to an independent tribunal, without undermining mutual trust, since the assessment *in concreto* would be omitted only in limited and very peculiar cases.