

Mandato di arresto europeo: verifica del principio di proporzionalità da parte dello Stato richiesto e individualizzazione del rischio di lesione del diritto fondamentale ad un processo equo.

di **Nicola Canestrini** e **Irene Iannelli**

Sommario. **1.** I fatti del procedimento, in breve. – **2.** La mancanza di indipendenza del Potere Giudiziario polacco e risposte dell'UE. – **2.1** La legislazione polacca in materia di ordinamento giudiziario (cenni) – **2.2** Le iniziative sanzionatorie dell'UE avverso la Polonia. – **3.** Il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti in caso di consegna: le condizioni di detenzione e gli abusi delle forze di polizia in Polonia. – **4.** La violazione del principio di proporzionalità nell'emissione di un MAE per esigenze investigative. – **5.** La sentenza n.14937/22 della Corte di Cassazione. – **6.** Luci ed ombre.

1. I fatti del procedimento, in breve.

Il signor M., cittadino polacco, veniva arrestato in Italia, all'aeroporto di Malpensa, in quanto colpito da mandato di arresto europeo¹ processuale² ("MAE") emesso da un giudice polacco, in quanto indagato per il reato di cui

¹ Il Mandato di Arresto Europeo (MAE) costituisce, come noto, il principale mezzo di cooperazione giudiziaria in materia penale nell'ambito dell'Unione Europea, ed è disciplinato dalla Decisione Quadro 2002/584/GAI ("Decisione Quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri"), la quale è stata attuata dall'Italia con la legge 22 aprile 2005, n. 69 ("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"), recentemente modificata dal decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 10.

² La nozione di "MAE processuale" si contrappone a quella di "MAE esecutivo", ossia emesso (non per l'esercizio dell'azione penale, ma) per l'esecuzione di una sentenza irrevocabile emessa nei confronti del soggetto ricercato, secondo la definizione fornita dall'art. 1 comma 2 della legge 69/2005: "Il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro dell'Unione europea, di seguito denominato "Stato membro di emissione", in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro, di seguito denominato "Stato membro di esecuzione", di una persona, al fine dell'esercizio di azioni giudiziarie in materia penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale".

all'art. 291(1) del codice penale polacco, reato paragonabile al delitto italiano di ricettazione. L'ordinanza nazionale applicativa della misura carceraria era stata in origine emessa in quanto l'accusa nel procedimento nazionale aveva necessità di "*compiere atti istruttori che richiedevano la partecipazione dell'indagato*": non riuscendo tuttavia a rintracciarlo sul territorio nazionale, la Procura polacca richiedeva e otteneva l'applicazione della misura carceraria.

La Corte di appello di Milano ordinava la consegna dell'arrestato alla Polonia; avverso la sentenza veniva proposto ricorso per Cassazione che con la decisione in commento offre l'occasione per approfondire, in particolare, 3 profili riguardanti specificatamente i MAE polacchi:

1. la violazione del diritto ad un "processo equo"³, così come tutelato dall'art. 111 della Costituzione, dall'art. 6 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), dall'art. 19 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), e dall'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), in ragione delle gravi problematiche del sistema giudiziario polacco. Si evidenziava, in particolare che la Giudice che aveva emesso il MAE a carico del signor M. si trovava in distacco su decisione del Ministro della Giustizia polacco, decisione che – secondo la legge polacca – viene presa con modalità comunque non sindacabili. Come si vedrà meglio *infra*, la Corte di Giustizia UE ha già avuto modo di chiarire, con plurime pronunce⁴, che tale disciplina del distacco dei magistrati

³ La violazione del diritto ad un processo equo, al pari della violazione di ogni altro diritto fondamentale tutelato a livello costituzionale o sovranazionale, impedisce la consegna ai sensi dell'art. 2 della legge n. 69/2005, il quale, nella sua attuale formulazione, stabilisce che "L'esecuzione del mandato di arresto europeo 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'articolo 6 del trattato sull'Unione europea o dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, e dai Protocolli addizionali alla stessa". La formulazione dell'articolo 2 riprende quanto statuito dall'art. 1 comma 3 della Decisione Quadro 584/2002/GAI, il quale stabilisce che "L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro".

⁴ Pronuncia WB, XA e YZ, DT, ZY, AX, BV e CU (cause riunite C-748/19, C-749/19, C-750/19, C-751/19, C-752/19, C-753/19 e C-754/19) dd. 16.11.2021, Grande Sezione, disponibile al link: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=249321&pageId=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1007937>;

- viola il diritto ad un "processo equo" inteso come diritto ad essere giudicati da un Tribunale indipendente e precostituito per legge;
2. la sussistenza di un concreto rischio di trattamenti inumani e degradanti in caso di consegna, in violazione degli artt. 2-3 della CEDU e dell'art. 4 della CDFUE in ragione degli abusi perpetrati dalla Polizia polacca sulle persone in custodia, nonché in ragione delle condizioni di detenzione nello Stato richiedente;
 3. la violazione del principio di proporzionalità, tutelato dagli artt. 6-7-52 della "Carta di Nizza" nonché dagli artt. 5-8 della CEDU, per aver lo Stato richiedente applicato la custodia in carcere – e conseguentemente emesso il MAE – a carico del signor M. per il mero compimento di attività di indagine per le quali è necessaria la partecipazione dell'indagato⁵.

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, accoglieva il ricorso limitatamente al motivo afferente al mancato rispetto del principio di proporzionalità, e conseguentemente annullava la decisione della Corte di Appello di Milano con rinvio ad altra sezione per nuovo giudizio.

Di seguito, in sintesi⁶, un approfondimento delle problematiche sottese ai MAE polacchi e alla pronuncia della Corte di legittimità in commento.

Si anticipa che la sentenza si pone in continuità con la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea riguardo la tutela dei diritti fondamentali nel procedimento MAE, affermatasi a partire dalla

pronuncia X e Y (cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU) dd. 22.02.2022, Grande Sezione, disponibile al link: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=832DEDA29142EC0DA11C7CE4CF1BBCE1?text=&docid=254385&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3692636>.

⁵ In aggiunta a tali tre motivi, veniva altresì trattata un'ulteriore questione relativa all'insussistenza nel caso concreto del requisito della "doppia incriminabilità" previsto dall'art. 7 della l. 69/2005, secondo cui lo Stato richiesto può autorizzare la consegna allo Stato emittente soltanto se il fatto contestato nel MAE sia sussumibile in un'ipotesi di reato prevista dalla legge italiana. Nella censura si evidenziava che non tutti gli oggetti la cui detenzione veniva contestata al signor M. avessero provenienza di furto un'ipotesi di reato secondo la legge italiana. Ciò in ragione della non perfetta sovrapposibilità del reato di cui all'art. 291(1) del codice penale polacco – il quale punisce chiunque acquisisca beni ottenuti mediante un atto illecito – al delitto di ricettazione ex art. 648 c.p. – il quale, come noto, punisce chiunque acquisisca beni derivanti da reato. La questione, in ragione della sua alta specificità, non verrà approfondita in questa sede: basti evidenziare che la Corte di Cassazione non ha accolto tale doglianza difensiva, ritenendo la fattispecie polacca del tutto sovrapposibile al delitto di ricettazione.

⁶ Gli autori del commento sono tra i difensori della persona richiesta nel procedimento MAE.



pronuncia *Aranyosi – Căldăraru* dd. 05.04.2016⁷ sulle condizioni di detenzione; in base a tale giurisprudenza, la verifica di una causa ostativa alla consegna del soggetto richiesto in ragione della violazione di un diritto fondamentale deve svolgersi mediante una doppia valutazione (c.d. *"two steps approach"*):

- in via generale (prima fase), è necessario valutare la reale esistenza di un rischio di violazione di un diritto fondamentale in caso di consegna, facendo riferimento a dati *"obiettivi, affidabili, specifici e adeguatamente aggiornati"* relativi allo Stato membro emittente (par. 88 - 89 della sentenza). Questi dati possono essere ottenuti, come dichiarato dalla Corte, *"tra l'altro, dalle sentenze di Corti internazionali, come le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dalle sentenze dei Tribunali dello Stato membro emittente, e anche dalle decisioni, dai rapporti e da altri documenti prodotti da organismi del Consiglio d'Europa o sotto l'egida delle Nazioni Unite"* (par. 89 sentenza);
- in particolare (secondo passo), è necessario verificare se nel caso specifico la persona ricercata potrebbe essere sottoposta a violazioni dei propri diritti fondamentali in caso di consegna. A tal fine, l'Autorità Giudiziaria dello Stato di esecuzione è chiamata a richiedere all'Autorità dello Stato emittente ogni specifica informazione utile per valutare la situazione in cui la persona si troverà in caso di consegna⁸.

2. La mancanza di indipendenza del Potere Giudiziario polacco e le reazioni dell'Unione Europea

Anche a seguito di recenti riforme⁹, la legislazione polacca in materia di ordinamento giudiziario delinea un sistema nel quale – come peraltro già

⁷ Cause C-404/15 and C-659/15. La pronuncia aveva ad oggetto un rischio di subire trattamenti inumani e degradanti a causa delle condizioni di detenzione nello Stato di consegna.

⁸ Si evidenzia peraltro che risulta pendente presso la CGUE una questione pregiudiziale, afferente alla mancanza di indipendenza del Potere Giudiziario in Polonia e la conseguente sussistenza di una causa ostativa alla consegna a tale Stato dei soggetti richiesti nell'ambito della procedura MAE, nella quale ancora una volta l'Alta Corte di Irlanda richiede esplicitamente di poter superare la necessità del "doppio controllo" finora richiesto dalla Corte di Lussemburgo: cfr. <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=246343&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3726645>.

⁹ Tra tali recenti riforme spicca la c.d. "legge bavaglio", ossia la legge sulla magistratura del 20 dicembre 2019, la quale ha stabilito una serie di forti limitazioni per i magistrati, sia dal punto di vista dei loro poteri nell'esercizio della funzione (ad esempio, è stata preclusa la possibilità di sollevare questioni di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE), sia dal punto di vista della loro libertà di pensiero ed



riconosciuto dalle istituzioni dell'Unione Europea nonché dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – non può (più) dirsi assicurata l'indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri dello Stato, e in particolar modo rispetto al potere esecutivo.

2.1 La legislazione polacca in materia di ordinamento giudiziario (cenni).

I giudici polacchi sono nominati dal Presidente della Repubblica (seppure su proposta del "Consiglio nazionale della magistratura", organo che tuttavia non può definirsi indipendente, come si dirà subito *infra*), i membri del Tribunale Costituzionale polacco sono tutti "di nomina politica", in quanto vengono nominati dai membri di una delle due Camere che costituiscono il Parlamento polacco (*Sejm*), e il Ministro della Giustizia svolge anche la funzione di Procuratore Generale, il quale è al vertice, secondo una scala gerarchica, di tutte le Procure della Repubblica polacche.

Inoltre, il Consiglio nazionale della magistratura polacco (in inglese *National Council of the Judiciary*, o NCJ, in polacco *Krajowa Rada Sądownictwa* o KRS), ossia l'organo che dovrebbe assicurare l'indipendenza del Potere Giudiziario in Polonia, svolgendo le funzioni che in Italia sono attribuite al Consiglio Superiore della Magistratura, è a sua volta totalmente carente di autonomia e indipendenza dal Potere Esecutivo. Ciò in quanto tale organo, composto da 25 membri, è di nomina preminentemente politica, in quanto 21 membri su 25 sono eletti dal Parlamento; inoltre, uno dei membri del Consiglio è il Ministro della Giustizia, a ulteriore conferma della grave influenza che il Potere Esecutivo ha su tale organo. La totale carenza di indipendenza di tale organo è stata riconosciuta e stigmatizzata dalle istituzioni eurounitarie a più livelli: dalla Commissione dell'Unione Europea nel documento "*Relazione sullo Stato di diritto 2021 – Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Polonia*" dd. 20.07.2021¹⁰, dalla Corte di Giustizia UE nella Sentenza *AB* del 2 marzo 2021 (causa C-824/18, Grande Sezione); anche il Consiglio d'Europa ha mosso critiche analoghe, sia attraverso la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella pronuncia *Reczkowicz c. Polonia* dd. 22.07.2021 (Ricorso n.

espressione (ad esempio, è stata preclusa la possibilità di criticare le riforme giudiziarie polacche, nonché è stato stabilito l'obbligo di rendere note informazioni personali, quali l'appartenenza ad associazioni, l'esercizio di funzioni in organizzazioni senza scopo di lucro o la loro adesione e il loro ruolo in partiti politici prima del 29 dicembre 1989; la violazione di tale divieto e di tale obbligo è sanzionata disciplinarmente). Sul punto cfr. *infra*.

¹⁰ Disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0722&from=EN>

43447/19, Prima Sezione), ma anche attraverso il *Group of States against Corruption* (GRECO)¹¹.

Peraltro, la mancanza di indipendenza del Potere Giudiziario polacco coinvolge anche quello che è "l'organo supremo" di tale Potere in Polonia, in quanto legittimato a giudicare della costituzionalità delle leggi (analogamente alla Corte Costituzionale italiana), ossia il Tribunale costituzionale polacco (*Trybunał Konstytucyjny*). Ciò in quanto, al pari degli altri Giudici, anche membri del Tribunale costituzionale sono tutti di nomina politica, in quanto nominati dal Sejm (ossia, come detto, una delle due Camere del Parlamento).

Ancora, il Tribunale Costituzionale polacco è stato di recente oggetto di una sentenza della Corte EDU¹² con cui i Giudici di Strasburgo hanno condannato la Polonia per violazione dell'art. 6 della Convenzione CEDU in ragione della nomina di tre membri del Tribunale Costituzionale, ritenuta illegittima in quanto operata al di fuori delle procedure previste dalla stessa Costituzione polacca.

In particolare, si trattava di tre membri del Tribunale nominati dal *Sejm* in data 02.12.2015, a seguito delle elezioni presidenziali avvenute lo stesso anno che avevano modificato la maggioranza parlamentare, in sostituzione di tre membri nominati dalla Camera nella precedente legislatura, senza che il mandato di questi ultimi fosse scaduto o vi fossero altre cause che determinassero la cessazione prematura dei loro incarichi). In ragione di tali nomine illegittimamente effettuate, il Tribunale Costituzionale non può (più) considerarsi – a parere della Corte di Strasburgo – un "*Tribunale costituito per legge*", ai sensi dell'art 6 della Convenzione, con conseguente mancanza di imparzialità e indipendenza del Tribunale medesimo. Infine, come pure riportato dalla Commissione UE nella *Relazione* citata (pag. 6, nota n. 26), il Tribunale Costituzionale polacco ha apertamente dichiarato di non

¹¹ Vedasi il recente rapporto "Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors – INTERIM COMPLIANCE REPORT POLAND", dd. 22.09.2021. In tale rapporto, il GRECO evidenzia che "A seguito delle modifiche del 2017 alla legge sul NJC (che ha comportato che effettivamente 21 dei 25 membri della NJC sono ora eletti dal Parlamento), l'elezione dei rappresentanti della magistratura non è più conforme alle norme del Consiglio d'Europa Consiglio d'Europa, né alla prassi consolidata del GRECO, che richiede che almeno la metà dei membri di un dei membri di un consiglio giudiziario dovrebbe essere composta da giudici eletti dai loro pari. In questo proposito, il GRECO ha anche preso nota della sentenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo (CEDU) nel caso *Reczkowicz c. Polonia* del 22 luglio 2021, che si riferisce alla Corte nazionale di giustizia come a un organo privo di "sufficienti garanzie di indipendenza dal legislatore e dall'esecutivo" (pag. 10).

¹² Sentenza *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* dd. 07.05.2021, ricorso n. 4907/18, Prima Sezione.



riconoscere alcun valore giuridico alla pronuncia della Corte EDU, alla quale dunque non è stata (e non sarà) data alcuna applicazione.

Il Potere Esecutivo polacco esercita un controllo sui magistrati in Polonia anche attraverso l'utilizzo del potere disciplinare nei confronti dei Giudici stessi.

Ciò in quanto Tale potere è esercitato da una specifica Sezione disciplinare, operante in seno alla Corte Suprema polacca, i cui membri – come detto – vengono nominati, al pari di tutti i giudici, dal Consiglio nazionale della magistratura (NJC), sulla cui mancanza di indipendenza e imparzialità si è già detto ampiamente *supra* (si ricorda che la Corte EDU, nella citata sentenza *Reczkowicz c. Polonia*, ha condannato la Polonia per violazione dell'art. 6 CEDU proprio in ragione della mancanza di imparzialità e indipendenza dei giudici che compongono la Sezione disciplinare della Corte Suprema).

Tale meccanismo determina, anche sotto tale punto di vista, una indebita ingerenza del potere esecutivo e legislativo su quello giudiziario, in quanto l'esercizio del potere disciplinare sui giudici è effettuato non da un organo terzo ed indipendente, bensì da una Sezione disciplinare i cui membri sono, di fatto, di nomina politica, e dunque filogovernativa.

A tale proposito, si evidenzia che, con due decisioni molto recenti, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha adottato nei confronti della Polonia per due volte¹³ una misura provvisoria e urgente ai sensi dell'art. 39 del Regolamento della Corte, con la quale ha ordinato al Governo polacco di sospendere il procedimento disciplinare pendente nei confronti di un Giudice e di assicurare che tale procedimento abbia luogo dinnanzi ad un organo che possa definirsi "un Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge" ai sensi dell'art. 6 CEDU - caratteristiche che, come detto, secondo quanto statuito dalla Corte EDU, la Sezione disciplinare della Corte Suprema polacca non possiede.

Inoltre, come riportato dalla Commissione nella più volte citata *Relazione* dd. 20.07.2021, i giudici polacchi sono poi soggetti a numerose restrizioni dei loro diritti e libertà.

Nello specifico, a seguito della nuova legge sulla magistratura del 20 dicembre 2019 (anche chiamata "legge bavaglio", a sua volta oggetto di una procedura di infrazione) i giudici subiscono forti limitazioni alla loro libertà di espressione in quanto sono soggetti al divieto di contestare la legittimità dei procedimenti di nomina dei giudici e, in generale, di contestare la legittimità delle riforme sull'ordinamento giudiziario effettuate dalla Polonia, essendo

¹³ Caso *Wróbel c. Polonia* (ricorso n. 6904/22), misura adottata in data 08.02.2022 (cfr. il relativo comunicato stampa disponibile al link: <https://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=003-7254445-9876409>); caso *Stępka c. Polonia* (ricorso n. 18001/22), misura adottata in data 14.04.2022 (cfr. il relativo comunicato stampa disponibile al link: <https://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=003-7310815-9972372>).

loro ad esempio precluso di sollevare questioni pregiudiziali presso la Corte di giustizia dell'UE (cfr. comunicato stampa specifico¹⁴). Ancora, i giudici polacchi sono soggetti altresì a forti limitazioni alla loro libertà di pensiero e associazione, con particolare riferimento alle idee politiche, obbliga tutti i giudici polacchi a rendere note informazioni personali, quali l'appartenenza ad associazioni, l'esercizio di funzioni in organizzazioni senza scopo di lucro o la loro adesione e il loro ruolo in partiti politici prima del 29 dicembre 1989: la mancata ottemperanza a tali obblighi è sanzionata disciplinarmente. L'illegittimità di tale utilizzo del potere disciplinare sui Giudici – il quale “nasconde”, come detto, ancora una volta un controllo del Potere Esecutivo su quello Giudiziario – è stata più volte evidenziata sia dalla Corte di Giustizia UE¹⁵, sia dal GRECO¹⁶.

¹⁴ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/EN/IP_21_1524

¹⁵ In particolare, con l'ordinanza dd. 08.04.2020 (causa C-791/19 R) la Corte – nell'ambito di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione nei confronti della Polonia – ha ordinato in via di urgenza alla Polonia di sospendere immediatamente l'applicazione delle disposizioni nazionali relative ai poteri della sezione disciplinare della Corte Suprema sui procedimenti riguardanti i giudici. Tale statuizione provvisoria è stata confermata con la sentenza dd. 15.07.2021 (causa C-791/19), nella quale la Corte, definitivamente pronunciando, ha constatato che il regime disciplinare applicabile ai giudici secondo la normativa polacca non è compatibile con il diritto dell'Unione. Si noti che la Polonia non ha in alcun modo adeguato la propria normativa in merito alle sanzioni disciplinari ai giudici ai principi stabiliti dalla Corte di Giustizia, tanto che la Commissione ha intrapreso una nuova procedura di infrazione contro la Polonia, adendo anche in questo caso la Corte di Giustizia, la quale con ordinanza dd. 27.10.2021 (causa C-204/21) ha condannato la Polonia al pagamento di una penalità di mora di importo pari a 1.000.000 euro per ogni giorno di ritardo nell'attuare quanto stabilito dalla Corte nella citata sentenza dd. 15.07.2021 (sanzione, finora, tuttavia ancora inefficace).

¹⁶ Il GRECO, nel medesimo Rapporto già citato supra, definisce il regime disciplinare nei confronti dei giudici polacchi non compatibile con la CEDU. In particolare, con la raccomandazione vi), il Comitato aveva raccomandato che “le procedure disciplinari applicabili ai giudici ordinari fossero modificate, al fine di escludere qualsiasi potenziale influenza indebita da parte del potere esecutivo a questo riguardo, in particolare escludendo la possibilità per l'esecutivo di intervenire in questi procedimenti” (pag. 15). Ebbene, il GRECO rileva che nulla è stato fatto dalla Polonia anche con riferimento a tale raccomandazione, in quanto l'esercizio del potere disciplinare sui giudici è ancora sotto la potente influenza del potere esecutivo. Il GRECO evidenzia altresì come le ultime riforme in materia di ordinamento giudiziario operate dalla Polonia abbiano ulteriormente indebolito le garanzie di indipendenza e imparzialità nell'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei giudici.

2.2 Le iniziative sanzionatorie dell'UE avverso la Polonia

La mancanza di indipendenza del potere giudiziario polacco, che si manifesta anche nel più "alto grado" di tale potere (e cioè nel Tribunale costituzionale), è stata più volte rilevata dalle istituzioni dell'Unione Europea, le quali hanno – ciascuna in base ai propri poteri e con i propri strumenti – in più occasioni stigmatizzato le violazioni dello Stato di diritto perpetrate dallo Stato polacco.

In particolare, la Corte di Giustizia UE si è più volte pronunciata con riferimento alla carenza di indipendenza del Potere Giudiziario polacco.

Oltre alla già citata pronuncia AB del 2 marzo 2021 (avente ad oggetto, come si è detto, il Consiglio nazionale della magistratura polacco), grande importanza riveste la pronuncia LM (causa C-216/18, sentenza dd. 25.07.2018), avente ad oggetto una richiesta di rinvio pregiudiziale avanzata dalla Alta Corte di Irlanda nell'ambito di una procedura MAE passiva in cui lo Stato richiedente era la Polonia. Difatti, in tale sentenza, la Corte ribadisce l'importanza del rispetto dei principi dello Stato di diritto da parte degli Stati membri, tra i quali riveste un ruolo fondamentale la garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità del potere giudiziario, indicando che il mancato rispetto di tali principi può fondare il venir meno della fiducia reciproca tra gli Stati (fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale alla base del MAE)¹⁷.

I medesimi principi sono stati ribaditi dalla Corte nella successiva pronuncia L e P (cause riunite C-354/20 e C-412/20, sentenza dd. 17.12.2020), e ancora nella recentissima pronuncia X e Y (cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, sentenza dd. 22.02.2022).

Numerose poi sono state le iniziative sanzionatorie attuate nei confronti della Polonia da parte della Commissione UE, la quale ha avviato ripetutamente nei confronti della Polonia la procedura prevista dall'art. 7 paragrafo 1 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), ossia una procedura che ha lo scopo di constatare la sussistenza di un "evidente rischio di violazione grave" da parte di uno degli Stati Membri dei valori sanciti dall'art. 2 del medesimo TUE, tra cui figura il rispetto dello "Stato di diritto", valore che le istituzioni UE hanno ritenuto non salvaguardato dalla normativa polacca in materia di ordinamento giudiziario, nonché una procedura di infrazione, ai sensi degli

¹⁷ Nelle parole della Corte di Giustizia: "L'alto grado di fiducia tra gli Stati membri su cui poggia il meccanismo del mandato d'arresto europeo si fonda, dunque, sulla premessa secondo cui i giudici penali degli altri Stati membri, che, a seguito dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, dovranno esercitare l'azione penale o condurre il procedimento di esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, nonché il procedimento penale di merito, soddisfano i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva, tra cui figurano, segnatamente, l'indipendenza e l'imparzialità di detti giudici" (par. 58).

artt. 258-259 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE): una prima procedura è stata avviata nel luglio / dicembre 2017, ed altre ne sono seguite¹⁸, tra l'altro anche in ragione di due pronunce del Tribunale

¹⁸ La Commissione ha infatti fatto spesso uso dei suoi strumenti come custode dei trattati per affrontare le questioni relative allo stato di diritto in Polonia: il 29 luglio 2017, la Commissione ha avviato una prima procedura d'infrazione sulla legge polacca sui tribunali ordinari, a causa delle sue disposizioni che richiedono il pensionamento anticipato e del loro impatto sull'indipendenza della magistratura. La Commissione ha deferito il caso alla Corte il 20 dicembre 2017 (sentenza 5 novembre 2019). Inoltre, il 2 luglio 2018, la Commissione ha avviato una ulteriore procedura di infrazione sulla legge polacca sulla Corte suprema, a causa delle sue disposizioni che richiedono il pensionamento anticipato e del loro impatto sull'indipendenza della Corte suprema. Il 24 settembre 2018 la Commissione ha deferito il caso alla CGUE. Il 17 dicembre 2018, la CGUE ha emesso un'ordinanza definitiva che impone misure provvisorie per fermare l'attuazione della legge polacca sulla Corte suprema e reintegrare i giudici costretti al pensionamento (sentenza CGUE 24 giugno 2019). Entrambe le procedure di infrazione hanno portato le autorità polacche a rimuovere le disposizioni contestate. Il 3 aprile 2019, la Commissione ha avviato una terza procedura d'infrazione con la motivazione che il regime disciplinare mina l'indipendenza giudiziaria dei giudici polacchi e non assicura le garanzie necessarie per proteggere i giudici dal controllo politico, come richiesto dalla CGUE. Il 10 ottobre 2019, la Commissione ha deferito il caso alla CGUE. Il 14 gennaio 2020, la Commissione ha deciso di chiedere alla CGUE di imporre misure provvisorie alla Polonia, ordinandole di sospendere il funzionamento della Camera disciplinare della Corte suprema. Il 29 aprile 2020, la Commissione ha inviato una lettera di costituzione in mora alla Polonia in relazione alla nuova legge del 20 dicembre 2019 che modifica le disposizioni che disciplinano il funzionamento del sistema giudiziario in Polonia (legge entrata in vigore il 14 febbraio 2020 e definita dai commentatori "legge bavaglio"). Nell'ambito di questa procedura d'infrazione avviata il 29 aprile 2020, la Commissione ha inviato alla Polonia un'ulteriore lettera di messa in mora adottata il 3 dicembre 2020, contestando la prosecuzione del funzionamento della Camera disciplinare della Corte suprema per quanto riguarda altri casi riguardanti i giudici. Il 31 marzo 2021 la Commissione ha anche deferito la Polonia alla CGUE per proteggere l'indipendenza dei giudici polacchi e chiede misure provvisorie riguardante proprio la legge sulla magistratura del 20 dicembre 2019, dato che la Commissione ritiene che la legge polacca sulla magistratura comprometta l'indipendenza dei giudici polacchi e sia incompatibile con il primato del diritto dell'UE. Inoltre, la legge impedisce ai tribunali polacchi, anche attraverso il ricorso a procedimenti disciplinari, di applicare direttamente alcune disposizioni del diritto dell'UE che proteggono l'indipendenza giudiziaria e di sottoporre alla CGUE questioni pregiudiziali su tali questioni (!).

Il 22 dicembre 2021 è stata avviata l'ultima (sinora) procedura d'infrazione contro la Polonia per violazione del diritto dell'UE da parte del suo tribunale costituzionale: si riferisce alle sentenze di luglio e ottobre 2021 in cui le disposizioni dei trattati UE sono state considerate incompatibili con la Costituzione polacca.



costituzionale polacco, del 14 luglio e del 7 ottobre 2021¹⁹, nelle quali detto Tribunale ha affermato che alcune disposizioni dei trattati dell'UE, tra cui l'art. 19(1) TUE sul diritto ad un processo equo, sono "incompatibili" con la Costituzione polacca, e pertanto devono essere disapplicate, contestando quindi espressamente il primato del diritto dell'UE sul diritto interno.

Ancora, si evidenzia la recente approvazione del Regolamento (UE, EURATOM) 2020/2092 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, il quale conferisce all'Unione Europea la possibilità di adottare misure sanzionatorie di carattere economico-finanziario nei confronti degli Stati che commettano "violazioni dei principi dello Stato di diritto [...] che compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione" (art. 4): ebbene, in data 21.10.2021 il Parlamento Europeo ha approvato la Risoluzione 2021/2935(RSP), nella quale – dopo aver effettuato decise e pesanti considerazioni circa l'assenza di indipendenza del potere giudiziario in Polonia, con particolare (ma non esclusivo) riferimento al Tribunale Costituzionale – ha espressamente invitato la Commissione ad attuare le procedure sanzionatorie di cui al citato Regolamento 2020/2092 con riferimento ai finanziamenti UE del piano "Next Generation EU" (comunemente noto con il nome di "Recovery Fund"), i quali non sono ancora stati conferiti allo Stato polacco proprio in ragione dell'avvenuto accertamento da parte delle istituzioni UE di gravi violazioni dei principi dello Stato di diritto da parte della Polonia.

Si segnala, per completezza, che il 7 settembre 2021 la Commissione ha chiesto alla CGUE sanzioni finanziarie contro la Polonia sull'attività della Camera disciplinare. La Commissione ha anche chiesto alla CGUE di imporre sanzioni finanziarie alla Polonia per garantire il rispetto dell'ordine di misure provvisorie della Corte richiesto ai sensi dell'articolo 279 TFUE (del 14 luglio 2021). L'ordine riguardava il funzionamento della Camera disciplinare della Corte suprema polacca e la sospensione di ulteriori disposizioni della legge polacca che incidono sull'indipendenza giudiziaria. Infine, la Commissione ha anche deciso di inviare una lettera di costituzione in mora ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 2, del TFUE alla Polonia, per non aver adottato le misure necessarie per conformarsi pienamente alla sentenza della CGUE (del 15 luglio 2021) che ha stabilito che la legge polacca sul regime disciplinare contro i giudici non è compatibile con il diritto dell'UE.

Cfr. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/da/ip_21_1524 e comunicati stampa sulle singole iniziative.

¹⁹ Pronuncia K 3/21 dd. 07.10.2021, disponibile al seguente link:

<https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>

Nelle more, la Polonia ha presentato ricorso alla Corte di Giustizia richiedendo l'annullamento del Regolamento, ai sensi degli artt. 263-264-265 TFUE, ricorso che tuttavia la Corte, in seduta plenaria, ha respinto con la recentissima sentenza dd. 16.02.2022 (causa C-157/21).

A seguito di tale pronuncia, la Commissione UE – la quale aveva dichiarato di voler attendere la decisione della Corte – ha ora la possibilità di proseguire con il meccanismo sanzionatorio di cui al citato Regolamento, conformemente alle richieste del Parlamento Europeo.

3. Il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti in caso di consegna: le condizioni di detenzione e gli abusi delle forze di polizia in Polonia

Ulteriore questione eventualmente rilevante nei procedimenti promossi dalla Polonia come Stato richiedente attiene al rischio per il consegnando di subire trattamenti inumani e degradanti (in violazione degli artt. 3 CEDU / 4 CDFUE), in ragione delle condizioni di detenzione in Polonia nonché in ragione della sussistenza, in tale Stato, di una comprovata e generale problematica relativa agli abusi perpetrati dalle forze di polizia sulle persone sottoposte alla custodia degli agenti.

Difatti, il Comitato per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti Inumani e Degradanti (CPT), costituito in seno al Consiglio d'Europa, ha documentato in due distinti Rapporti (rispettivamente, del 2020²⁰ e del 2017²¹) gli abusi dell'autorità di Polizia della Polonia sulle persone sottoposte alla custodia delle forze dell'ordine e le condizioni di sovraffollamento carcerario in tale Stato.

Il CPT, con riguardo alle violenze perpetrate dalle forze di polizia polacche sulle persone sottoposte alla loro custodia, ha evidenziato che *"L'assenza assoluta di progressi per quanto riguarda le garanzie fondamentali contro i maltrattamenti riscontrati dal CPT, vale a dire il diritto di accesso a un avvocato e a un medico, il diritto di informare una terza persona del proprio stato di detenzione e il diritto di essere informato dei suddetti diritti, è fonte della più profonda preoccupazione del Comitato dopo la visita ad hoc del 2019 in Polonia. Il CPT ritiene che le gravi carenze osservate ancora una volta dalla sua delegazione hanno un carattere persistente e sistematico, che appaiono in una luce ancora più negativa se messe a confronto con il fenomeno continuo del maltrattamento delle persone in custodia della polizia"* (pag. 3 Rapporto);

²⁰ Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 9 to 16 September 2020.

²¹ Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 11 to 22 May 2017.

per quanto concerne invece le condizioni di detenzione, il CPT rileva che nei penitenziari visitati non è garantito uno spazio di 4 metri quadri per ciascun detenuto, le celle presentano spesso dimensioni eccessivamente ridotte (*"La delegazione ha riscontrato alcune celle con larghezza molto ristretta (1,7 – 1,8 metri tra le pareti)"*, pag. 33 Rapporto) e non garantiscono un adeguato accesso a luce e aria naturali, e infine che i detenuti sono costretti a rimanere chiusi nelle celle anche per 23 ore al giorno.

Ancora, con specifico riferimento alle condizioni di detenzione in Polonia, si evidenzia altresì che la Corte EDU ha riscontrato, nella pronuncia *Orchowski c. Polonia* del 2009²², l'esistenza di una endemica e strutturale condizione di sovraffollamento delle carceri polacche, condannando per tale ragione lo Stato per violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Ancora, nella pronuncia *Kauczor c. Polonia*, sempre del 2009²³, la Corte di Strasburgo ha stigmatizzato l'eccessiva lunghezza dei periodi di custodia cautelare in Polonia, la quale determina una violazione dell'art. 5 par. 3 CEDU (il quale stabilisce il diritto della persona detenuta di "essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie" e "di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria").

Con specifico riferimento alle condizioni di detenzione in Polonia, un dato merita tuttavia di essere preso in considerazione: i dati disponibili appaiono eccessivamente risalenti nel tempo - le valutazioni del CTP risalgono a cinque anni fa, le sentenze della Corte EDU addirittura a tredici anni fa - per poter costituire quei dati "*obiettivi, affidabili, specifici e adeguatamente aggiornati*" (*cf.* sentenza *Aranyosi – Căldăraru* citata) necessari, nella seconda fase del *two steps approach*, per constatare la sussistenza di un rischio di violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti in caso di consegna della persona oggetto di Mandato di Arresto Europeo.

I più recenti arresti della Corte di Cassazione²⁴ hanno rilevato che, allo stato attuale, le condizioni di detenzione in Polonia non siano tali da determinare un generale rischio di trattamenti inumani o degradanti per i soggetti richiesti nell'ambito di procedura MAE, basandosi principalmente proprio sui dati risultanti dal citato Rapporto del CPT del 2017; ci si chiede se, disponendo di dati più aggiornati sulle condizioni di detenzione in Polonia, le decisioni sarebbero state differenti. Nondimeno, si tratta di una problematica che troverà ragionevolmente soluzione nel prossimo futuro, in quanto il CPT ha effettuato la sua visita periodica nelle carceri della Polonia nei giorni tra il 21

²² Ricorso n. 17885/04, sentenza dd. 22.10.2009.

²³ Ricorso n. 45219/06, sentenza dd. 03.02.2009.

²⁴ Si vedano: Cass. pen., Sez. VI, sent. 23.04.2022, n. 10726; Cass. pen., Sez. VI, sent. 21.05.2020, n. 15924; Cass. pen., Sez. VI, sent. 25.2.2021, n. 8081.

marzo e il 1 aprile del 2022²⁵, ragion per cui, con ogni probabilità, nel 2023 verrà pubblicato il Rapporto aggiornato sulle condizioni di detenzione nello Stato polacco.

4. La violazione del principio di proporzionalità nell'emissione di un MAE per esigenze investigative.

Un'altra problematica meritevole di approfondimento è quella relativa al controllo di proporzionalità da parte dello Stato richiesto, in ragione dell'avvenuta emissione di un MAE unicamente per far fronte a esigenze istruttorie.

La questione è dunque se l'utilizzo dello strumento MAE - il quale come noto comporta una notevole compressione dei diritti dell'interessato, tra cui spicca la compressione del diritto alla libertà personale - possa ritenersi proporzionato all'esigenza per cui tale MAE è stato emesso, ossia, come detto, una mera esigenza investigativa dell'Autorità inquirente. In particolare, è necessario verificare se il medesimo scopo potesse essere perseguito con altri strumenti messi a disposizione dal diritto comunitario, meno lesivi dei diritti dell'interessato, tra cui spicca l'Ordine Europeo di Indagine Penale (OEI), disciplinato dalla Direttiva 2014/41/UE²⁶ (attuata dall'Italia con il d. lgs. 108/2017²⁷).

Se è vero che il cd. *proportionality check* nel procedimento MAE rimane riservato allo Stato richiedente, va sottolineato come il principio di proporzionalità costituisca principio fondante delle politiche dell'Unione Europea, secondo cui – in via generale – tutte le politiche dell'Unione devono essere attuate secondo la modalità meno lesiva possibile dei diritti dei cittadini UE.

Tale principio è sancito dall'art. 5/4 del TUE (*Trattato sull'Unione Europea*), il quale stabilisce che *"in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati"*, nonché dall'art. 52 co. 1 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, il quale riporta che *"Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano*

²⁵ <https://www.coe.int/en/web/cpt/-/council-of-europe-anti-torture-committee-visits-pola-2>

²⁶ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale.

²⁷ Decreto legislativo 21 giugno 2017, n. 108, "Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale"

effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

Tra tali diritti rientrano, naturalmente, anche il diritto alla libertà e il diritto al rispetto della vita privata e personale, tutelati dagli artt. 6 e 7 della CDFUE, nonché dagli artt. 5 e 8 della *Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali* (CEDU)²⁸. In particolare, l'art. 8 CEDU contiene esso stesso una precisa clausola di proporzionalità, nella parte in cui stabilisce che *"Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui"*.

Pertanto, tutte le azioni dell'Unione, e dunque anche le azioni in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale, devono essere improntate al rispetto del principio di proporzionalità, nel senso che lo scopo sotteso a ciascuna azione deve essere perseguito nella modalità che comprime nella minor misura possibile i diritti fondamentali dell'interessato (compreso dunque il suo diritto alla salvaguardia della vita privata e personale).

Peraltro, è la stessa Decisione Quadro 2002/584/GAI a richiamare l'applicazione del principio di proporzionalità, e più in generale della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*: l'art. 1 co. 3 della Decisione Quadro infatti stabilisce che *"L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro"*.

Nella prassi applicativa, tuttavia, non sempre l'emissione di MAE è stata caratterizzata dal rispetto del principio di proporzionalità, nel senso appena *supra* delineato, in ragione dell'emissione da parte degli Stati Membri di MAE ed in particolare la Polonia (!) anche per reati meramente *"bagatellari"*²⁹; con

²⁸ Come noto, ai sensi dell'art. 52 co. 3 della CDFUE, lo standard di tutela minimo dei diritti che trovino tutela sia in tale Carta sia nella CEDU sarà sempre e comunque quello assicurato dalla CEDU: *"Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa"*.

²⁹ Esempio emblematico di tale prassi è la pronuncia *"Zak vs Regional Court of Bydgoszcz Poland"* della High Court of Justice o England and Wales High Court (27 Febbraio 2008). Il caso aveva ad oggetto un MAE emesso dalla Polonia nei confronti dell'Inghilterra, a carico di un soggetto, arrestato in territorio inglese, il quale doveva essere processato nello Stato emittente per il reato di ricettazione, a lui contestato

la conseguenza che le Istituzioni UE si sono interrogate sulla possibilità di elaborare strumenti alternativi, che consentissero sì di perseguire gli scopi sottesi alla normativa MAE, ma determinassero conseguenze meno afflittive per gli interessati, evidenziando a più riprese³⁰ come sia necessario che anche in materia di cooperazione penale internazionale venga rispettato il principio di proporzionalità.

Anche in seguito alla riflessione condotta dalle istituzioni UE in merito alla problematica derivante da un uso sproporzionato del MAE, nel 2014 è stata emanata la citata Direttiva 2014/41/UE, che disciplina lo strumento dell'Ordine Europeo di Indagine Penale.

Secondo la definizione fornita dalla stessa Direttiva, l'ordine di indagine europeo (OEI) *“è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo «Stato di emissione») per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo «Stato di esecuzione») ai fini di acquisire prove conformemente alla presente direttiva. L'OEI può anche essere emesso per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione”* (art. 1).

in ragione dell'acquisto di un telefono cellulare dal valore di 100 PLN, ossia circa 22 euro.

Per altri esempi analoghi si veda poi quanto evidenziato dal Consiglio UE nel documento *“Proposed subject for discussion at the experts' meeting on the application of the Framework Decision on the European arrest warrant on 17 July 2007 - the proportionality principle”*, di cui subito infra.

³⁰ Si veda, a tal proposito, il documento *“Proposed subject for discussion at the experts' meeting on the application of the Framework Decision on the European arrest warrant on 17 July 2007 - the proportionality principle”*, elaborato dal Consiglio UE ed avente appunto ad oggetto il rispetto del principio di proporzionalità nell'azione degli Stati dell'Unione in materia di Mandato di Arresto Europeo. Ancora, sullo stesso tema si veda il *Final Report on the fourth round of mutual evaluations, The practical application of the European Arrest Warrant and corresponding surrender procedures between Member States*, redatto sempre dal Consiglio dell'Unione Europea in data 28.05.2009 (doc. 8302/4/09, REV. 4), nel quale è presente una apposita sezione dedicata al rispetto del principio di proporzionalità nella politica MAE attuata dagli Stati Membri (par. 3.9, denominato, appunto, *“Proportionality check”*). Tali valutazioni sono poi sfociate, da ultimo, nella Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo³⁰, nella quale il Parlamento afferma chiaramente che *“Sussistono preoccupazioni riguardanti, tra l'altro: [...] l'uso sproporzionato del mandato d'arresto europeo per reati minori o in circostanze in cui potrebbero essere utilizzate alternative meno invasive, il che porta ad arresti ingiustificati e a inutili attese, ingiustificate e spesso eccessive, in custodia cautelare, e pertanto a un'ingerenza sproporzionata con i diritti fondamentali dei sospetti e degli imputati e a oneri per le risorse degli Stati membri”*.

È la stessa Direttiva a chiarire che l'istituto dell'OEI è stato elaborato proprio per far fronte all'uso eccessivo e sproporzionato del MAE: *"Per garantire un uso proporzionato del MAE, l'autorità di emissione dovrebbe esaminare se un OEI costituisca un mezzo efficace e proporzionato per svolgere i procedimenti penali. L'autorità di emissione dovrebbe esaminare, in particolare, se l'emissione di un OEI ai fini dell'audizione di una persona sottoposta a indagini o di un imputato mediante videoconferenza possa costituire una valida alternativa"* (considerando n. 26).

Non è da ritenersi casuale che, nell'indicare l'OEI quale alternativa maggiormente proporzionata rispetto all'emissione di un MAE, la normativa faccia riferimento al caso in cui lo Stato di emissione debba procedere alla audizione dell'indagato/imputato: appare evidente, infatti, che costringere una persona – magari stabilmente radicata nello Stato di esecuzione – a recarsi, in forza di un MAE, nello Stato di emissione per il solo scopo di essere *ivi* ascoltato, appare del tutto sproporzionato ed eccessivamente oppressivo dei diritti dell'interessato, il quale – attraverso lo strumento dell'OEI – può invece essere ascoltato mediante audizione in videoconferenza, senza muoversi dallo Stato in cui si trova. Alla audizione in videoconferenza sono dedicati gli artt. 24 – 25 della Direttiva e, per la normativa italiana, l'art. 18 del d. lgs. 108/2017 (per la procedura di richiesta dall'estero).

5. La sentenza 14937/22 della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 14937 dd. 15.04.2022 della VI Sezione Penale, ha rilevato la possibile violazione del principio di proporzionalità.

Il Collegio ha, infatti, evidenziato come debba ritenersi inammissibile l'emissione di un MAE fondata su mere esigenze investigative, poiché, in base al citato art. 1 co. 2 della legge n. 69/2005 (*cf. supra* nota n. 2), il MAE può essere emesso soltanto *"al fine dell'esercizio di azioni giudiziarie in materia penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale"*: non è contemplato, dunque, un MAE di natura "investigativa", dovendosi pur sempre trattare - in caso di MAE processuale - di un provvedimento finalizzato "all'esercizio dell'azione penale". Nel giungere a tale conclusione, la Corte evidenzia anche il ruolo rivestito dall'OEI, riconoscendo che le esigenze di natura investigativa che coinvolgono più Stati dell'Unione vadano perseguite tramite tale meno invasivo strumento, richiamando a tale scopo anche il *considerando* n. 26 della Direttiva 2014/41/UE, il quale evidenzia proprio che la necessità di vagliare, prima di emettere un MAE, se il medesimo scopo possa essere perseguito con un OEI, è funzionale ad assicurare "un uso proporzionato del MAE".

Con riguardo invece al rischio di trattamenti inumani o degradanti in caso di consegna in ragione delle condizioni di detenzione in Polonia, la pronuncia in commento non presenta particolari sorprese, collocandosi nel solco dei già citati recenti arresti della Corte di legittimità, i quali hanno ritenuto, in base agli ultimi dati disponibili non sussistente una generale carenza sistemica nelle carceri polacche tale da giustificare la verifica nel caso concreto di una causa ostativa alla consegna³¹.

Maggiore attenzione meritano invece i passaggi della sentenza relativi alla ritenuta insussistenza di un rischio di violazione del diritto ad un "processo equo" in caso di consegna a causa della mancanza di indipendenza del Potere Giudiziario polacco, manifestatasi nel caso concreto - come detto - nella circostanza per cui proprio il Giudice che aveva emesso il MAE a carico del signor M. aveva operato in regime di distacco disposto dal Ministro della Giustizia della Polonia con modalità che, secondo la stessa legge polacca, sono ignote e insindacabili.

La Corte di Cassazione riconosce le *"carenze sistemiche e generalizzate del sistema polacco"* (pag. 7 sentenza), non ritenendo però integrato il rischio individualizzato, cioè il rischio di pregiudizio nel caso concreto di tali "carenze sistemiche", evidenziando che *"non vi è prova che la mancanza di autonomia dell'autorità giudiziaria polacca abbia cagionato un pregiudizio in concreto per lo svolgimento del processo nei confronti del M."*, e osservando lapidariamente che *"le ripercussioni individuali non possono essere inferite dal potere del Ministro della giustizia polacco di disporre il distacco dei giudici"* (pp. 7-8 sentenza).

Sottolinea, infatti, la Corte di Cassazione che *"il considerando 10 della decisione quadro 2002/584 sancisce, infatti, che l'attuazione del meccanismo del mandato d'arresto europeo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 2 TUE, tra cui quello dello Stato di diritto, constatata dal Consiglio europeo in applicazione dell'articolo 7, paragrafo 2, TUE, e con le conseguenze previste al paragrafo 3 dello stesso articolo. Soltanto in presenza di una decisione del Consiglio europeo, seguita dalla sospensione da parte del Consiglio dell'applicazione della decisione quadro 2002/584 nei confronti dello Stato membro interessato, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione sarebbe tenuta a rifiutare automaticamente l'esecuzione di ogni mandato d'arresto europeo emesso da detto Stato membro, senza dover svolgere alcuna valutazione concreta del rischio reale, corso dall'interessato, di lesione del contenuto"*

³¹ La pronuncia si presenta peraltro scarna con riguardo al differente argomento relativo agli abusi perpetrati dalle Forze di Polizia polacche sulle persone sottoposte alla loro custodia, aspetto affrontato nel ricorso (peraltro con la presentazione di dati maggiormente aggiornati rispetto a quelli relativi alle condizioni di detenzione) e tuttavia completamente pretermesso dalla Corte nella sentenza.

essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo (Corte giustizia, Corte Giustizia, 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, LM. S, § 7)".

In relazione alla problematica del distacco dei magistrati polacchi, va considerato che secondo l'art. 77 della *Legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari (Prawo o ustroju sądów powszechnych)* dd. 27.07.2001, il Ministro della Giustizia polacco - vertice gerarchico di tutte le Procure della Polonia - ha il potere di inviare i Giudici in distacco, per un periodo limitato o anche illimitato, in un Tribunale diverso rispetto a quello in cui esercitano la loro funzione. Siffatto potere del Ministro viene peraltro esercitato senza che siano noti criteri e/o le ragioni con cui vengono decisi i distaccamenti, con decisione non sindacabile; per contro, lo stesso Ministro della Giustizia può, in qualsiasi momento e con decisione non motivata, revocare tale distacco, indipendentemente dalla durata determinata o indeterminata del medesimo.

Come anticipato *supra*, proprio tale disciplina è stata di recente dichiarata illegittima dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale ha evidenziato che la circostanza per cui il Ministro della Giustizia possa in ogni tempo distaccare / revocare il distaccamento un Giudice presso un Tribunale differente rispetto a quello in cui è in servizio, secondo criteri non noti a priori e comunque insindacabili, determina una violazione del diritto ad un processo equo così come tutelato dall'art. 19 TUE, con riguardo al diritto a comparire dinnanzi ad un giudice imparziale ed indipendente, e precostituito per legge.

Si tratta della pronuncia WB, XA e YZ, DT, ZY, AX, BV e CU (cause riunite C-748/19, C-749/19, C-750/19, C-751/19, C-752/19, C-753/19 e C-754/19) dd. 16.11.2021, Grande Sezione³², nella quale la Corte ha evidenziato che *"il Ministro della Giustizia, che è anche procuratore generale, dispone, sulla base di criteri che non sono ufficialmente noti, del potere di distaccare giudici presso organi giurisdizionali di grado superiore e di porre fine al loro distacco, in qualsiasi momento e senza dover motivare tale decisione, con la conseguenza che, durante il periodo in cui tali giudici sono distaccati, essi non godono delle garanzie e dell'indipendenza di cui qualsiasi giudice dovrebbe generalmente godere in uno Stato di diritto. Un potere del genere non può essere considerato compatibile con l'obbligo di rispettare il requisito dell'indipendenza"* (paragrafo 87).

Quanto statuito nella sentenza dd. 16.11.2021 è stato peraltro di recente confermato dalla Corte di Giustizia nella pronuncia dd. 22.02.2022 (cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, sentenza X e Y, Grande Sezione): in tale ultima pronuncia, la Corte di Giustizia da un lato ha ribadito la necessità

³² La sentenza completa è disponibile al link: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=249321&pageId=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1007937>.

di procedere mediante il consolidato *two steps approach* nell'accertamento della sussistenza di una causa ostativa alla consegna in una procedura MAE; dall'altro lato, la Corte ha affermato che deve ritenersi sufficiente, per ritenere sussistente nel caso concreto il rischio di violazione del diritto ad un "giudice indipendente ed imparziale precostituito per legge", anche il cd. distacco di uno dei magistrati interessati.

Testualmente: *"Così, ad esempio, informazioni di cui disponesse l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e che menzionassero un distacco di un determinato giudice all'interno del collegio giudicante che ha conosciuto della causa penale riguardante la persona di cui è chiesta la consegna, distacco deciso dal Ministro della Giustizia sulla base di criteri non conosciuti in anticipo e revocabile in qualsiasi momento da una decisione non motivata dal medesimo ministro, possono fondare motivi seri e comprovati per concludere nel senso dell'esistenza di un rischio reale di violazione, nel caso concreto della persona interessata, di tale diritto fondamentale [del diritto ad un "processo equo", ndr]"* (§89 sentenza in commento).

La Suprema Corte, ritenendo che il distacco di uno dei Giudici coinvolti nell'emissione del MAE da parte del Ministro della Giustizia polacco non costituisca indice della ripercussione nel caso concreto della generale mancanza di indipendenza del Potere Giudiziario in Polonia, si pone quindi in consapevole contrasto con quanto statuito da ultimo dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella già citata sentenza dd. 22.02.2022, nella quale la Corte ha statuito proprio che la circostanza per cui uno dei Giudici che abbia *"conosciuto della causa"* abbia operato in regime di distacco ministeriale costituisce un motivo serio e comprovato ritenere sussistente un rischio reale di violazione nel caso concreto della persona interessata del diritto ad un processo equo.

La Suprema Corte, invece, evidenzia come che tale "pregiudizio concreto" dovrebbe ripercuotersi nello "svolgimento del processo" nei confronti dello stesso consegnando, e pare così richiedere la prova che la generale mancanza di indipendenza del potere giudiziario polacco incida sul giudice "persona fisica" che si occuperà del procedimento a carico del consegnando, prova che tuttavia potrebbe raggiungersi soltanto qualora venisse dimostrato che tale Giudice abbia esplicitamente manifestato la propria volontà di decidere in maniera non indipendente sulla causa.

Si tratta, tuttavia, evidentemente, di una prova del tutto impossibile da raggiungere nella pratica, non soltanto poiché è raro (se non impossibile) che un Giudice si esprima in tali termini sulla propria causa, ma soprattutto poiché, in caso di MAE processuale, il "Giudice persona fisica" che sarà chiamato a decidere nel processo a carico del consegnando è, di regola, ignoto, dovendosi il processo ancora celebrare.

Peraltro, nella pronuncia in commento, la Corte di Cassazione pare richiedere, al fine di ritenere sussistente una causa ostativa alla consegna, che le circostanze del caso concreto siano idonee a provare una lesione del diritto del consegnando ad un processo equo che si sia *già verificata* (il Collegio parla, infatti, di un "pregiudizio per lo svolgimento del processo" che sia già stato "cagionato"): tuttavia, ciò non pare essere richiesto dalla normativa UE affinché possa ritenersi sussistente una causa ostativa alla consegna, in quanto, a tale fine, è sufficiente la prova di un *rischio* di violazione di un diritto fondamentale del consegnando (è in termini di "rischio" e non di "certezza", infatti, che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si esprime, interpretando la normativa MAE, nella propria giurisprudenza inaugurata dalla già citata pronuncia *Aranyosi – Căldăraru*). La valutazione circa la sussistenza di una causa ostativa alla consegna, insomma, costituisce una tutela anticipata dei diritti del consegnando, che non richiede che tali diritti siano *già* stati lesi, ma soltanto che sussista un *rischio futuro* della lesione di tali diritti: tale forma anticipata di tutela, peraltro, è l'unica compatibile con la natura stessa del MAE processuale, il quale - come detto - si inserisce in una fase in cui il procedimento a carico del soggetto richiesto deve ancora avere luogo.

6. Luci ed ombre

La pronuncia in esame pone certamente le basi per una maggiore valorizzazione del principio di proporzionalità da parte dell'autorità giudiziaria dello stato richiesto nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea in materia penale.

D'altra parte, la decisione, che fa proprio l'approccio tradizionale del cd. *two steps approach* nella valutazione del rischio di lesione dei diritti fondamentali in caso di consegna, pare richiedere un livello troppo specifico di individualizzazione, che rischia di trasformarsi per l'interessato in una *probatio diabolica*, con inevitabili riflessi sulla tutela concreta dei diritti fondamentali nella cooperazione penale internazionale.

La tutela dei diritti fondamentali degli individui costituisce però principio fondante dell'Unione Europea e la base della fiducia reciproca tra gli Stati Membri. Il rischio che venga disposta la consegna di un cittadino ad uno Stato che non garantisce il rispetto dei suoi diritti fondamentali è quindi rischio che l'UE non può correre, pena il venir meno del principio fondante della fiducia reciproca tra gli Stati Membri - e dunque il senso stesso dell'Unione Europea.