

Un rinvio pregiudiziale non decisivo in tema di misure custodiali: il caso *Milev v. Bulgaria*

di Marta Ferrara

Title: A not decisive preliminary ruling about custodial measures: the *Milev v. Bulgaria* case

Keywords: Custodial measures, Standstill duty, Presumption of innocence.

1. – La Corte di Giustizia si è pronunciata il 27 ottobre 2016 in via pregiudiziale sull'obbligo di *standstill* gravante sugli Stati membri in pendenza del termine di recepimento della dir. UE/2016/343 (*Sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, 11-3-2016), adottata dal Parlamento e Consiglio dell'UE per intensificare, tra gli altri, alcuni aspetti del principio di presunzione di innocenza nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale eurolunitaria.

Il caso riguarda Emil Milev, ristretto in custodia cautelare dal novembre 2013 dopo la commissione di vari reati – dalla direzione di banda organizzata ed armata al tentato omicidio – sanzionati dal codice penale bulgaro con pene detentive da tre anni fino all'ergastolo e senza possibilità di commutazione.

Le istanze di revoca della misura custodiale presentate dal legale dell'imputato in fase dibattimentale sono respinte dal Tribunale penale specializzato (*Spetsializiran nakazatelen*), in assenza di un controllo teso a verificare la reale commissione dei fatti addebitati. Si tratta di una procedura legittima, giacché lo stesso art. 270, par. 2 del codice di procedura penale bulgaro (*Nakazatelno protsesualen kodeks*, d'ora in poi *NPK*), relativo alle decisioni sulle misure coercitive nella fase istruttoria, dispensa il giudice dall'accertamento del presupposto oggettivo di effettivo compimento della condotta penalmente rilevante.

Nella fase di applicazione dello stesso art. 270 par. 2 il Tribunale rinviene tuttavia un possibile contrasto con l'art. 5, parr. 1 lett. c) e 4 della Convenzione Edu, che considera legittimi l'arresto o la detenzione solo in presenza di motivi tali da rendere plausibile l'avvenuto compimento del reato addebitato o di ragioni idonee a fondare i pericoli di fuga o di compimento di altro reato da parte del reo (V. Zagrebelsky, *Diritto alla libertà e sicurezza*, in V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 177 ss., spec. 181 e 184-88; D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Article 5: the right to liberty and security of the person*, in *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 286 ss., spec. 314-18).

Investito della questione, l'organo supremo di legittimità dell'ordinamento bulgaro – *Varhoven kasatsionen sad*, equivalente alla Corte di Cassazione –, con parere vincolante reso il 7 aprile 2016 adotta una soluzione mediana: rileva un contrasto tra l'art. 270, par. 2 e l'art. 5 Cedu, anche sulla scorta delle condanne già inflitte dalla Corte di Strasburgo alla Bulgaria (Corte EDU, *Nikolova c. Bulgaria*, 1999); evidenzia come l'eventuale accertamento di commissione del reato da parte dello stesso giudice che abbia disposto la misura potrebbe collidere con il principio di imparzialità ex art. 6, par. 1 CEDU; lascia, infine, alla discrezionalità del Tribunale giudicante l'opzione per una lettura convenzionalmente orientata della disposizione in rilievo.

La vincolatività del parere reso dalla Corte di Cassazione e la pendenza del termine di attuazione della citata dir. 343/2016 che richiama espressamente la giurisprudenza Cedu (*Considerato* nn. 11 e 13), determinano nel Tribunale la scelta di effettuare rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Lussemburgo, unitamente alla richiesta specifica di adozione del procedimento di urgenza riservato ai detenuti ai sensi dell'art. 107 reg. Corte UE. Più esattamente, la questione rimessa ha ad oggetto la conformità del citato parere allo scopo perseguito dagli artt. 3 e 6 della recepita dir. UE/2016/343, rispettivamente inerenti alla presunzione di innocenza e all'onere probatorio gravante sulla pubblica accusa. Secondo il Tribunale rimettente, nell'interpretare la norma processuale rilevante la Corte suprema non avrebbe tenuto in considerazione la necessità della previa verifica dei fatti addebitati al reo, valutata invece dalla direttiva UE (*Considerati* nn.16 e 22) alla stregua di obbligo per il giudice, discendente dalla presunzione di non colpevolezza dell'imputato.

Come oltre si tenterà di dare atto, in esito ad un percorso argomentativo più logico-fattuale che giuridico, la Corte di giustizia ha ritenuto l'interpretazione fornita dalla Corte bulgara sulla revoca delle misure cautelari (art. 270, par. 2 NPK) compatibile le finalità perseguite dalla dir. n. 343/2016, sebbene quest'ultima fosse all'epoca del giudizio ancora in corso di trasposizione.

2. – Dal punto di vista processuale, la decisione in commento si evidenzia per due aspetti peculiari, l'uno attinente al rito prescelto, l'altro al *petitum* formale.

In primo luogo, il giudice *a quo* rinvia la questione unitamente all'istanza di adozione della procedura d'urgenza, che è consentita dagli artt. 276 par. 4 TFUE e 107 reg. ECJ su impulso di parte o, eccezionalmente, *ex officio*, anche per i casi riguardanti la cooperazione giudiziaria in materia penale (capo IV, titolo V, parte III TFUE). Siffatto rito, esperibile dal 2008 e riconfigurato dal Trattato di Lisbona (*Modifiche del regolamento di procedura della Corte di Giustizia*, GUUE L 92 del 13-4-2010) apre ad un giudizio accelerato, affidato alla competenza di una sezione specializzata della Corte, qualora specifiche e comprovate circostanze lo richiedano (art. 107, par. 2).

Secondo giurisprudenza europea consolidata (C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, p.ti 21-23; C-237/15 PPU, *Francis Lanigan*, p.ti 24 e 25; C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*, p.ti 27 e 28) sarebbero due gli indici idonei ad integrare il requisito di urgenza nel settore penale: la sottoposizione perdurante del reo ad uno stato di privazione della libertà personale; quindi la rilevanza della risoluzione della questione interpretativa sottoposta alla Corte di giustizia ai fini della cessazione degli effetti della restrizione. Nel caso in esame, la quinta sezione della Corte ha ritenuto sussistenti entrambi i presupposti richiamati, offrendo in tal modo conferma dell'utilità del rito ex art. 107 sia in termini temporali (la definizione delle cause con rinvio pregiudiziale di urgenza si è attestata nell'arco di tempo medio di 1,9 mese nel 2015, come riporta la *Relazione annuale anno 2015 Corte di giustizia dell'Unione europea*, Lussemburgo, 2016, 9) sia in quelli strumentali, di collaborazione e dialogo con gli organi giudicanti degli Stati membri.

3. – Più delicata appare invece la seconda questione processuale, attinente all'oggetto del rinvio. A differenza di quanto rilevabile nella prassi, il giudice rimettente non ha sottoposto alla ECJ un proprio dubbio interpretativo, ma quello applicativo, derivato dalla lettura aperta fornita dalla Corte di cassazione a proposito dell'armonizzabilità di una norma bulgara, l'art. 270, par. 2 NPK, con il quadro normativo europeo. Rientra nella competenza della Corte di giustizia infatti, anche il sindacato sulla compatibilità delle norme interne con il diritto dell'UE, in quanto strumentale alla tutela dei diritti dei singoli (C-26/62, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos c. Netherlands Inland Revenue Administration*).

Nello specifico, il Tribunale specializzato ha ritenuto di dover rinviare un atto interpretativo emesso da altro organo giudicante, sul presupposto della sua vincolatività. Tale ultima scelta ha prodotto un doppio effetto processuale: di conformazione del *petitum*

formale e di preformazione della decisione della Corte di giustizia. Nulla di distonico da quanto prescritto dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, si potrebbe sostenere, se non fosse che il parere di cui il giudice introduttore dubita la coerenza con il sistema normativo europeo si mostra privo di un reale contenuto decisorio. La circostanza, infatti, per cui il parere *de quo* affida alla discrezionalità dell'organo giudicante la scelta tra la conferma o la revoca della misura cautelare per insussistenza di ragioni giustificative induce a considerare la natura dell'atto come interlocutorio-facoltizzante piuttosto che realmente decisorio. Ciò a meno di non voler giungere ad una contraddizione in termini: quella di ritenere *vincolante* per il giudice *la facoltà* di optare per una interpretazione più o meno garantista delle condizioni di revocabilità di una misura cautelare.

La prospettazione di un *petitum* formale in questi termini ha inevitabilmente un riflesso processuale sulla decisione della Corte, che si limita a statuire in ordine alla non incompatibilità tra l'atto interpretativo adottato dalla Corte di cassazione bulgara e lo scopo della direttiva. Ragioni di logica suggeriscono che difficilmente la ECJ avrebbe potuto decidere in modo diverso, salva l'ipotesi residuale di una sua riqualificazione del quesito, evidentemente da escludere nel caso in esame (L. Fumagalli, *Commento art. 267*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (cur.), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, 1329). Al di là della simmetria processualmente imposta tra rinvio pregiudiziale e *decisum* della Corte, è evidente infatti che il contenuto dell'atto interpretativo impugnato non possa in alcun modo contrastare con il diritto Ue, non escludendo per il giudice la facoltà di adottare una lettura conforme alla dir. n. 343/2016 ed alla giurisprudenza Cedu da questa richiamata all'art.13, relativo al divieto di derogabilità *in peius* del livello di tutela fissato dalla Convenzione.

Tuttavia, questa scarsa vincolatività sostanziale del parere induce a porre in dubbio la concreta rilevanza della questione sottoposta a rinvio ex art. 267 TFUE rispetto al processo in corso, e, per questa via, a minare una decisione che finora appariva come l'unica possibile. Occorre, però, procedere per gradi.

La Corte di giustizia è investita di un dubbio ermeneutico relativo non allo scopo della direttiva UE, ma all'interpretazione data dalla Corte di cassazione all'art. 270 par. 2 NPK con apposito parere, che presenta un contenuto facoltizzante per il giudice che dispone la misura cautelare. Dal punto di vista logico-sostanziale, dunque, appare corretto sostenere che il parere impugnato racchiuda tanto la lettura restrittiva quanto quella convenzionalmente orientata della disposizione di diritto interno, e che la scelta dell'una o dell'altra dipenda dall'opzione ermeneutica effettuata dal Tribunale giudicante.

Il fatto che l'ordinanza di rinvio alla ECJ abbia ad oggetto un atto interpretativo così strutturato determina un'alternatività sostanziale del *petitum*, che collide con il presupposto ex art. 267 TFUE di adozione di un unico percorso interpretativo della norma interna in relazione al diritto europeo da parte del giudice *a quo*. Nella prospettiva eurolunitaria, infatti, l'organo rimettente è tenuto a dimostrare la stretta attinenza tra la questione rinviata e la conclusione del processo pendente (C-166/06, *Eurodomus Srl c. Comune di Bolzano*, p.ti 5-8).

Alla quanto sinora ricostruito, il rinvio in esame sembrerebbe carente di quel rapporto di strumentalità necessaria, univoca ed oggettiva che deve sussistere tra la soluzione del dubbio ermeneutico da parte della Corte di Lussemburgo e la decisione del giudizio cautelare nel frattempo sospeso. A conforto di quanto sostenuto, milita la considerazione che la sentenza emessa dalla ECJ non risulta decisiva ai fini della statuizione sulla modifica della misura detentiva inflitta al reo, ma solo dilatoria di una decisione che il Tribunale specializzato avrebbe potuto adottare anche senza effettuare il rinvio ex art. 267 TFUE.

Nella prospettiva da ultimo fornita, dunque, la sentenza adottata dalla Corte di giustizia non parrebbe una soluzione obbligata, ma solo una delle due soluzioni esperibili. Una lettura del *caso Milev* secondo il filtro del presunto difetto di rilevanza dell'ordinanza di rinvio lascia infatti ipotizzare che la Corte avrebbe potuto adottare una pronuncia di rigetto per irricevibilità. Si sarebbe trattato, in tale ultima ipotesi, di un diniego doppiamente significativo: teso, in primo luogo, ad impedire che una questione inerente nei fatti al rapporto tra corti interne potesse lambire il piano sovranazionale; quindi, finalizzato ad impedire che un'ordinanza di rinvio pregiudiziale apparentemente strumentale potesse imprimere all'art. 267 TFUE una funzione impugnatoria estranea al rimedio (A. Ruggeri, *Il*

rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? Nota minima su una questione controversa, in *Dir. Un. eur.*, 2012, 95-97).

4. – Il quesito interpretativo sottoposto alla Corte di giustizia da parte del Tribunale bulgaro, pur presentando le evidenziate criticità nella formulazione, affronta il problema relativo agli effetti prodotti da una direttiva UE (art. 288, par. 3 TFUE) nel corso della sua fase di trasposizione.

In realtà giudice interno pone un doppio quesito: quello inerente alla effettiva vincolatività processuale degli obblighi di risultato perseguiti dalla dir. n. 343/2016 prima dello spirare del termine per il recepimento dell'atto (fissato dall'art. 14 per il giorno 1-4-2018); ancora, in modo conseguente, quello relativo all'eventuale *grave* compromissione arrecata agli scopi europei di rafforzamento della presunzione di innocenza e dell'onere probatorio dal parere vincolante adottato dalla Corte di cassazione bulgara.

Con riferimento al primo aspetto, è la stessa Corte di giustizia a richiamare il cd. obbligo di *standstill*, che impone agli Stati membri un obbligo negativo di astensione dal porre in essere comportamenti idonei ad impedire in modo serio il raggiungimento degli obiettivi eurounitari, anche qualora questi ultimi siano contenuti in atti ancora inefficaci nei singoli ordinamenti (C-212-04 *Adelener*, p.ti 107-11; C-14/02, *Atral Sa*, p.ti 55-59; C-129/96 *Inter Environnement Wallonie ASBL*, p.ti 44-50). Lungi dall'investire il solo legislatore chiamato a trasporre il contenuto della direttiva, il cd. divieto di vanifica dei risultati si rivolge a tutti gli operatori giuridici, in ossequio al principio di leale collaborazione che governa il rapporto tra le istituzioni sovranazionali e gli Stati.

La Corte di Lussemburgo muove da tali premesse per sciogliere il secondo rilievo, riguardante la presunta non conformità al diritto europeo del parere del 7 aprile 2016. Essa statuisce, in particolare, che l'atto interpretativo impugnato non compromette in modo grave l'attuazione degli obiettivi perseguiti dall'Unione in materia penale, giacché, rimettendo alla discrezionalità del giudice l'eventuale sindacato sull'esistenza di motivazioni che rendano necessario il mantenimento della misura cautelare, è strutturalmente privo di una effettiva ed immediata portata lesiva.

Di qui una riflessione conclusiva. Se è vero che il vincolo di *standstill* ha portata generale e grava pertanto anche sui giudici interni, forse il Tribunale specializzato bulgaro avrebbe dovuto già in prima battuta operare una lettura della disposizione interna non ostativa alla realizzazione dei principi della direttiva in corso di recepimento, e, su questa scorta, arrivare a revocare la misura custodiale qualora il fatto di reato non fosse stato accertato. Del resto, il divieto di vanificare gli effetti di una direttiva Ue va ricompreso nell'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo delle disposizioni nazionali, che si impone all'interprete in modo indipendente dal legame funzionale più o meno intenso che avvince la norma interna alla direttiva da attuare (G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, Napoli, 2012, 221 ss.).

Una simile scelta avrebbe contribuito a mantenere il rinvio pregiudiziale uno strumento effettivo di nomofiliachia, in una prospettiva fisiologica di responsabilità decisionale da parte di tutti gli organi giudicanti degli Stati membri.