

Indipendenza “concreta ma in astratto” dell’ufficio di procura: la separazione tra politica e magistratura quale prerequisito di leale cooperazione nel mandato d’arresto europeo

di Flavio Guella

Title: An independence of the public prosecution’s office “concrete but in abstract”: the separation between politics and judiciary as a prerequisite for fair cooperation in the European Arrest Warrant

Keywords: European Arrest Warrant; Independence of the judge and of the public prosecutor; Notion of «issuing judicial authority».

2237

1. – Con due sentenze d’impostazione analoga la Corte di giustizia, il 27 maggio 2019, è tornata a specificare i requisiti per la procedura attiva di consegna nel mandato di arresto europeo. In particolare, la Corte è intervenuta a precisare le coordinate ermeneutiche sulla base delle quali giudicare la conformità – con le esigenze del MAE – degli ordinamenti giudiziari di due diversi paesi membri dell’Unione, Germania e Lituania; coordinate ermeneutiche sulla base delle quali si giunge, pur muovendo da un comune impianto, a conclusioni applicative opposte.

Il MAE si conferma così un banco di prova particolarmente efficace per l’analisi delle categorie della comparazione tra diverse soluzioni organizzative impiegate nelle magistrature degli Stati europei, fornendo occasioni pratiche non solo per il dialogo tra le procedure penali dei vari ordinamenti nazionali ma – anche – per la circolazione delle normative e delle *best practices* in tema di gestione dell’apparato giurisdizionale (cfr. O. Pollicino, *Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del Mandato di Arresto Europeo come modello di analisi*, in *European journal of legal studies*, fasc. 1, 2008, 220 ss.).

Queste occasioni di “comparazione forzata”, che la cooperazione nel quadro del MAE offre alla giurisprudenza, con le citate sentenze vanno a toccare la questione della natura “concreta” o “astratta” dell’indipendenza dell’ufficio di pubblico ministero. Il rinvio pregiudiziale interpretativo che ha generato le due decisioni – vertendo sull’art. 6, par. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI – ha imposto infatti di focalizzare l’attenzione sulla nozione di «autorità giudiziaria emittente», per quanto rilevante ai fini del MAE emesso dalla procura di uno Stato membro.

La coppia di sentenze è quindi rilevante perché prede posizione sulla natura giurisdizionale o meno dell’ufficio di pubblico ministero, a fronte dell’esistenza di rapporti di subordinazione (seppure meramente eventuali) con il potere esecutivo.

Anche il mero potere del Ministro della Giustizia di impartire istruzioni individuali al pubblico ministero, seppur (per prassi costante) non esercitato in concreto, va infatti a menomare la natura indipendente dell'ufficio, secondo un approdo interpretativo dalle forti ricadute pratiche. Si risolve, infatti, in senso negativo la questione dell'accogliabilità delle richieste di arresto emesse dalle procure tedesche, vista la potenziale esposizione delle stesse a direttive politiche individuali; allo stesso tempo, tuttavia, si lascia però aperta la questione di quale livello di dettaglio distingua le (non ammissibili) istruzioni governative specifiche dalle linee guida generali – tipicamente, sulle priorità d'indagine – provenienti dall'esecutivo (sul tema cfr. M. Tonry, *Prosecutors and Politics in Comparative Perspective*, in *Crime and Justice*, vol. 41, 2012, 1 ss, ma anche J. Fionda, *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*, Oxford University Press, 1995 e *infra* i par. 5 e 7).

La Corte di giustizia – posto che l'indipendenza non può essere definita né in base alla sola normativa nazionale, astratta dalle prassi applicative, né in base all'auto-qualificazione formale da parte dello stesso ordinamento interno – esige (peraltro fin dalla sua precedente giurisprudenza: cfr. sentenze 29 giugno 2016, *Kossowski*, C-486/14, EU:C:2016:483; 10 novembre 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858; 10 novembre 2016, *Özçelik*, C-453/16 PPU, EU:C:2016:860; 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861) un'indagine “in concreto”. Indagine che però – e in ciò risiede la più interessante evoluzione giurisprudenziale – non può trasformarsi (per un'eterogenesi dei fini) in un arretramento delle garanzie di indipendenza.

Per l'idoneità ad essere magistratura ai fini del MAE, infatti, l'ordinamento europeo richiede ora che vi sia sì indipendenza “in concreto” (senza che un'autonomia dall'esecutivo affermata normativamente possa poi presentare occasioni di ingerenza nella prassi), e però – allo stesso tempo – dall'idoneità ad essere magistratura indipendente ai fini del MAE l'ordinamento dell'Unione esclude (mediante queste due sentenze) anche quelle procure che, ai sensi del diritto nazionale, sono soggetta solo “in astratto” a poteri di indirizzo, anche se di fatto (e in concreto) l'esecutivo tali poteri non li va ad esercitare in alcuna situazione.

2. – In altri termini, ad escludere gli ordinamenti nazionali dall'utilizzo del MAE è sufficiente o una concreta ingerenza (anche in violazione dell'ordinamento formale), o un'astratta possibilità di intromissione (anche se non realizzabile sul piano della costituzione materiale, qualora tale potere risulti di fatto inapplicato ed “istituzionalmente” inapplicabile data la presenza di accordi politici in tal senso). Per precludere la cooperazione giudiziaria può quindi essere contestata anche la sola circostanza che l'ufficio richiedente sia – anche solo indirettamente (per astratta ed eventuale sottoposizione, non esercitata) – soggetto alla direzione o alle istruzioni del Ministero della Giustizia, in quanto ciò esclude “potenzialmente” l'indipendenza richiesta per poter essere considerato un'«autorità giudiziaria» ai sensi dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro 2002/584. Indipendenza che è quindi da ritenere sia “in concreto” che “in potenza”.

Autorità giudiziaria emittente ed autorità giudiziaria dell'esecuzione si identificano infatti – per quanto riguarda l'attribuzione della competenza ad emettere od eseguire il MAE – sulla base formale della legge nazionale; e tuttavia – per quanto riguarda invece i crismi della “giurisdizionalità” – la qualificazione deve avvenire sulla base di requisiti sostanziali e non formali. Ciò in quanto dell'ultimo comma dell'art. 6, par. 1 – che afferma come «ciascuno Stato membro comunica al Segretariato generale del Consiglio qual è l'autorità competente in base al proprio diritto interno» – la Corte di giustizia ha escluso un'interpretazione nel senso che sia l'ordinamento nazionale l'arbitro della definizione di cosa è giurisdizione.

Questo esito peraltro non era scontato, posto che il rispetto delle tradizioni costituzionali comuni da un lato, e l’idea del principio di riconoscimento reciproco (con l’attitudine per cui il meccanismo del MAE si baserebbe su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, secondo i considerando 5, 6, 8 e 10 della decisione quadro 2002/584), portavano a ritenere come valore prioritario da salvaguardare – tra l’altro – proprio la pluralità delle concezioni dell’indipendenza presenti negli ordinamenti europei (dove le magistrature sono organizzate secondo modelli che spaziano dalle diverse declinazioni burocratiche continentali fino al sistema c.d. meritocratico anglosassone, cfr. S. Gambino, G. Moschella, *L’ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Politica del diritto*, fasc. 4, 2005, 543 ss. e M. Patrono, *L’indipendenza della magistratura in Europa: un quadro comparato*, in *DPCE*, fasc. 4, 2010, 1613 ss.). Pluralismo di concezioni dell’indipendenza che – nella posizione qui assunta dalla Corte di giustizia – deve però essere comunque uniformato al livello dei più elevati standard di tutela dell’indipendenza, e ciò proprio a tutela della possibilità di una mutua fiducia tra ordinamenti aderenti al MAE (che alle modalità “politiche” tipiche dell’estradizione hanno rinunciato proprio confidando nella “neutralità tecnica”, assicurata dalla credibilità dell’indipendenza della funzione giurisdizionale negli ordinamenti aderenti).

L’opzione per il massimo rigore sullo standard dell’indipendenza poggia quindi, nella *ratio* seguita dalla Corte, sul fatto che per gli Stati membri la cooperazione in materia di MAE è fondata sul – e caratterizzata dal – principio della reciproca fiducia (cfr. L. Marin, *La Corte di Giustizia ed il principio di fiducia reciproca nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 2, 2017, 430 ss.); fiducia che, secondo tale *ratio decidendi*, è perseguita proprio eliminando la politicità che caratterizza i meccanismi di estradizione (per una comparazione dei due strumenti si rinvia a G. Ranaldi, *La cooperazione internazionale in materia penale tra estradizione e mandato d’arresto europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 1, 2004, 228 ss.).

Fondando il MAE su decisioni tecnico-giurisdizionali non mediate dalla politica gli ordinamenti europei hanno costruito uno spazio di collaborazione il più possibile automatica, ancorata sulla quella fiducia che proprio l’assenza di considerazioni politiche può aiutare ad instaurare. In conseguenza di ciò la questione affrontata dalle due sentenze della Corte di giustizia, di quale tipo di indipendenza sia richiesta affinché un’autorità nazionale emittente possa utilizzare il MAE, si conferma come determinante.

3. – Le sentenze annotate precisano quindi come l’ufficio di procura debba essere non solo strutturalmente – ma anche funzionalmente – indipendente dal potere esecutivo, e quali siano i criteri per determinare tale indipendenza. Le differenze che la Corte rileva, comparando le esperienze nazionali di provenienza dei mandati d’arresto posti a base delle questioni pregiudiziali (spiccati in due casi da autorità tedesche e in un caso da autorità emittente lituana, sempre verso il territorio irlandese), consentono quindi di distinguere la collocazione strutturale dell’ufficio di pubblico ministero al di fuori del potere giudiziario (non preclusiva dell’accesso al MAE) dalla collocazione funzionale dello stesso in uno spazio di ingerenza del potere esecutivo (preclusiva dell’accesso al MAE).

L’art. 2, par. 1, dell’*European Arrest Warrant Act 2003* irlandese specifica che «per “autorità giudiziaria” si intende il giudice, il magistrato o qualsiasi altra persona autorizzata ai sensi della legge dello Stato membro interessato a svolgere funzioni identiche o simili a quelle svolte [...] da un organo giurisdizionale», lasciando quindi aperta la problematica della qualificazione come giurisdizione – e quindi come organo indipendente – del soggetto emanate (sull’esperienza irlandese in materia di MAE cfr. E. Fahey, *How to be a third pillar guardian of fundamental rights? The Irish Supreme*

Court and the European arrest warrant, in *European Law Review*, fasc. 4, 2008, 563 ss.). Nel caso della Germania la problematicità di tale accertamento deriva dal fatto che l'art. 146 del *Gerichtsverfassungsgesetz* stabilisce che «i funzionari dell'ufficio della procura devono attenersi alle istruzioni ufficiali dei loro superiori», e l'art. 147 del medesimo *GVG* afferma che il potere di vigilanza e di direzione – nei confronti del Procuratore generale federale e dei procuratori federali – spetta (tra l'altro) al *Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz* (cfr. E. Löwe, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: grosskommentar*, vol. 10, Walter de Gruyter, 2010, 739 ss.).

A fronte di ciò, l'ufficio requirente in Germania non godrebbe delle garanzie di indipendenza ed autonomia proprie invece degli organi giudicanti, venendo collocato direttamente in un rapporto gerarchico con i vertici del potere amministrativo (Ministro della Giustizia). Ciò determina un evidente pericolo di ingerenza politica, fisiologico secondo le logiche dell'extradizione ma non ammesso nello spirito delle procedure di consegna del MAE. Un'interpretazione organica dell'ordinamento tedesco relativizzerebbe però questa problematicità, in quanto – di fatto – il principio di legalità precluderebbe al Ministro la possibilità di interpretare in modo attivo ed invasivo le prerogative di indirizzo e direttiva (anche individuale) connesse alla collocazione funzionale delle procure nell'ambito del potere esecutivo (il PM venendo qualificato come *Beamte*).

Infatti, da una lettura sistematica del sistema costituzionale tedesco deriverebbe che la facoltà di impartire istruzioni individuali sarebbe circoscritta dal *Grundgesetz* che sottopone il procedimento penale a ferree garanzie di legalità, congenite ai principi di Stato di diritto. A fronte di ciò, il Ministro che volesse eventualmente esercitare un'ingerenza dall'esterno mediante istruzioni puntuali all'ufficio di pubblico ministero sarebbe obbligato – per ottemperare agli standard di legalità richiesti – quantomeno ad “informare” il *Landtag*, per procurarsi la copertura del legislativo (questa quantomeno pare la soluzione prospettata in via di “prassi” per lo Schleswig-Holstein; cfr. il punto 16 della sentenza 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/2019 PPU).

Per quanto riguarda invece il MAE emesso dal *Lietuvos Respublikos generalinis prokuroras* (procuratore generale della Repubblica di Lituania), la problematicità del relativo ordinamento giudiziario risiede nel fatto che – sebbene la Costituzione (art. 109) disponga una riserva esclusiva di amministrazione della giustizia a favore degli organi formalmente giurisdizionali – la *Konstitucinis Teismas* (Corte costituzionale) ha precisato che l'ufficio di pubblico ministero a questi fini non è organo di diretta amministrazione della giustizia, non qualificandosi pertanto come soggetto giurisdizionale. Da ciò consegue il rischio che l'incerta natura dell'ufficio di procura esponga lo stesso ad ingerenze politiche; e ciò sebbene l'art. 118 della Costituzione affidi comunque organizzazione e direzione dell'istruzione, oltre che l'esercizio dell'azione penale, in via esclusiva agli uffici del pubblico ministero (su alcune peculiarità dell'ufficio di procura nell'ordinamento lituano cfr. R. Merkevičius, *Lietuvos Respublikos generalinio prokuroro rekomendacijų kaip baudžiamojo proceso teisės šaltinių problematika*, in *Teisė*, vol. 88, 2013, 73 ss.).

4. – La tematica del rapporto tra MAE ed indipendenza della giurisdizione peraltro non è nuova (cfr. ancora le sentenze *Kossowski*, *Poltorak*, *Özçelik* e *Kovalkovas*), ma nelle sentenze annotate la Corte di giustizia approfondisce e precisa cosa si intenda per indipendenza legando esplicitamente le diverse qualificazioni della stessa – e la loro rilevanza ai fini del MAE – al principio della fiducia reciproca all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Principio che impone a ciascuno degli Stati membri di presupporre, salvo circostanze eccezionali e tipizzate, che l'ordinamento richiedente la

consegna rispetti i diritti fondamentali tutelati dall’Unione, tra cui anche l’effettività della tutela giurisdizionale di cui l’indipendenza strutturale e funzionale della magistratura è un corollario (cfr. sentenza 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586).

La decisione quadro 2002/584 istituisce il MAE proprio come concretizzazione del principio di c.d. riconoscimento reciproco (considerando 6), declinandolo all’art. 1, par. 2, in un principio di tendenziale automaticità dell’esecuzione (l’autorità richiesta potendo rifiutare di eseguire un mandato soltanto per i motivi tassativamente elencati agli articoli 3, 4 e 4 *bis*, senza che siano ammesse esecuzioni condizionate al di fuori di quanto previsto dall’art. 5). Il rifiuto di esecuzione è quindi eccezione ai principi fondamentali su cui il MAE è fondato, e gli spazi per tale rifiuto vanno pertanto coerentemente interpretati – secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia – in modo restrittivo (sentenza 29 giugno 2017, *Popławski*, C-579/15, EU:C:2017:503, punto 19).

Questa preferenza per l’interpretazione restrittiva degli elementi che ostacolano l’esecuzione (cfr. F. Gazin, *Motif facultatif de non-exécution d’un mandat d’arrêt européen*, in *Europe*, 2017, Août Comm. n° 303, 21 s.) viene però meno proprio con riguardo al requisito di indipendenza, perché su tale elemento poggia la *ratio* – di fiducia reciproca, strumentale al mutuo riconoscimento (cfr. sentenza 10 agosto 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628) – che sostiene il MAE. Mentre quindi normalmente la Corte di giustizia opta per quelle soluzioni esegetiche che garantiscono la massima eseguibilità del mandato spiccato da un’autorità nazionale, in punto di indipendenza dell’autorità medesima essa opta invece per la più rigorosa delle possibili interpretazioni. Cioè, se vi sono possibili spazi esegetici per sostenere che una maggiore indipendenza poteva essere garantita, si ammette sempre che gli Stati membri possano rifiutare l’esecuzione (negando la consegna ad un’autorità richiedente che si presenta – anche se soltanto secondo le interpretazioni più rigorose – come condizionabile dalla politica); e ciò in quanto la politicità della richiesta è proprio ciò che differenzia l’extradizione dal MAE, un’interpretazione non restrittiva di tale ragione di eccezione alla consegna ponendosi quindi in coerenza con lo spirito sotteso al meccanismo.

Coerenza che peraltro si riscontra anche sul piano letterale, con riferimento all’art. 1, par. 1, della decisione quadro 2002/584, posto che – a mente di tale disposizione – vanno sì seguite le interpretazioni che assicurino la massima applicazione dei mandati, ma solo in quanto tali mandati integrino una «decisione giudiziaria» (che, in quanto tale, già garantisce da spazi di politicità e consente – quindi – di operare in termini di “automaticità” della consegna). Il presupposto che il MAE sia appunto emesso da un’«autorità giudiziaria» esclude che l’accertamento di cosa sia autorità giudiziaria sia assoggettato al principio di interpretazione tassativa delle cause di esclusione della consegna (cfr. ancora *Poltorak*, punto 28, e *Kovalkovas*, punto 29).

Per autorità giudiziaria emittente si intende quindi solo in prima battuta l’autorità giudiziaria dello Stato membro richiedente che, in base alla legge di quello Stato, è competente ad emettere un MAE. Infatti, il principio di autonomia procedurale degli Stati membri è limitato all’autonomia statale nell’individuazione della competenza dell’autorità nazionale, senza che lo stesso principio si possa estendere alla discrezionalità nel definire cosa sia giurisdizionale per “natura”. L’Unione europea – tramite questo strumento di cooperazione – si ritrova quindi nella necessità di uniformare la nozione di organo giurisdizionale, proprio per permettere quella mutua fiducia che sta alla base di un’idea di MAE operativo in assenza di scelta politica (all’opposto di quanto è invece tipico dell’extradizione, cfr. E. Selvaggi, *Dall’extradizione al mandato d’arresto europeo: problemi e prospettive*, in *Questione giustizia*, fasc. 5, 2005, 887 ss.).

Nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia – quindi – un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale si sostanzia innanzitutto nella depoliticizzazione del meccanismo di consegna delle persone sia condannate, sia indagate (con mandati emessi o ai fini dell'esercizio di un'azione penale, oppure ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, cfr. sentenza 21 ottobre 2010, *B.*, C-306/09, EU:C:2010:626, punto 49); ciò perché un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri è riscontrabile solo sulla base di scelte tecniche, idonee ad una ricezione automatica non mediata da valutazioni di merito politiche (sentenza 22 dicembre 2017, *Ardic*, C-571/17 PPU, EU:C:2017:1026, punto 69 e precedenti ivi citati).

Si afferma così un'interpretazione autonoma e uniforme di «organo giurisdizionale», desunta non solo dalle tradizioni costituzionali comuni ma – astraendo dalle stesse – dalle necessità intrinseche al meccanismo del MAE: non ci si accontenta di ciò che è comune agli Stati aderenti, ma si esige ciò che – in termini di caratteristiche intrinseche alla giurisdizionalità – assicura i massimi standard di indipendenza, utili alle finalità della cooperazione (non politica) in materia penale.

5. – Ciò non determina un restringimento arbitrario della portata del MAE, in quanto – per altro profilo – il suo campo di utilizzabilità soggettivo si rivela invece molto flessibile. La Corte di giustizia aveva infatti già ammesso in precedenza che legittimate ad impiegare il mandato sono anche quelle autorità nazionali che, sebbene non giudicanti, partecipano nondimeno all'amministrazione della giustizia penale, purché non si tratti di soggetti – quali gli apparati di polizia – riconducibili alla gerarchia del potere esecutivo (e quindi non indipendenti; cfr. ancora *Poltorak*, punti 33 e 35, e *Kovalkovas*, punti 34 e 36).

2242

Questa impostazione è peraltro coerente con la base giuridica fornita dai Trattati. La cooperazione giudiziaria in materia penale, prevista all'art. 82, par. 1, lettera d), TFUE (che ha sostituito l'art. 31 TUE), ricomprende infatti tanto le autorità giudiziarie quanto le autorità omologhe, coinvolte sia nell'azione penale (nei "procedimenti", da intendere in senso lato e certamente come non limitati alla fase processuale e strettamente preliminare) sia nell'esecuzione delle sanzioni. Su tali basi il MAE riguarda non soltanto le sentenze definitive emesse dagli organi giudicanti penali, ma tutte le decisioni – purché giurisdizionali – adottate in funzione dell'azione penale.

Circa la qualificabilità degli organi coinvolti nell'azione penale come giurisdizionali, certamente l'assenza di competenza giudicante, quindi, non è preclusiva: il potere di iniziativa penale – che tipicamente spetta alle procure – fa sì che i relativi uffici già dispongano a fini di MAE di quella competenza funzionale al procedimento (in particolare al suo avvio) che è condizione sufficiente per porsi come autorità richiedente (ciò purché l'ordinamento interno riconosca a tali uffici la legittimazione ad utilizzare direttamente il mandato d'arresto).

Anche l'assenza di politicità delle procure, di norma, negli ordinamenti giudiziari europei è garantita ad un livello sufficiente a legittimare all'utilizzo del MAE: in forza del principio di legalità, nelle tradizioni costituzionali europee di norma l'ufficio di pubblico ministero è adeguatamente svincolato da scelte politiche individuali e concrete, sebbene non sia comune negli ordinamenti degli Stati membri un chiaro obbligo di esercizio dell'azione penale (quale netta opzione per l'assenza di discrezionalità nelle scelte di incriminazione, salva l'inevitabile graduazione delle priorità a fronte di risorse scarse; cfr. – per una comparazione tra Italia, Francia e Germania – L. Violini, *Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 50 ss.).

Le coordinate ermeneutiche della Corte di giustizia, in particolare, individuano un livello di indipendenza certamente già sufficiente per gli uffici di procura lituani, dove sebbene il pubblico ministero sia totalmente distinto dall’ordinamento giudiziario preposto al giudizio, nondimeno allo stesso è conferita in via esclusiva – e non condizionabile in modo individuale e concreto da poteri esterni – la funzione di porre in essere le condizioni preliminari del procedimento penale. In Germania, invece, la problematicità dell’ordinamento giudiziario riguardo le procure è più marcata, in quanto sussiste un formale potere di iniziativa dell’esecutivo.

La presenza o l’assenza di indipendenza rilevante in ambito di MAE va quindi valutata considerando una variegata serie di soluzioni organizzative (e di modi di normare il ruolo degli uffici di procura, nell’ordinamento giudiziario). Alcune realtà – come l’Italia – presentano uffici di pubblico ministero che partecipano organicamente della giurisdizione (in un unico corpo con l’apparato giudicante), mentre altri ordinamenti operano mediante procure radicalmente separate dalla giurisdizione, ma non influenzabili in alcun modo dall’esecutivo (come in Lituania). Infine, alcuni sistemi nazionali – dove la Procura è separata dall’ordinamento giudiziario dedicato al giudicare, e dove l’iniziativa penale è discrezionale “di diritto” – vedono spazi di influenza sulle scelte delle strutture requirenti positivamente riconosciuti (a livello costituzionale o ordinario) a favore dell’esecutivo: o mediante indicazioni concrete, con indirizzi d’indagine o d’azione individuali, oppure mediante direttive astratte, con ordini generalizzati di priorità circa la repressione di determinate categorie di reati.

6. – Nella giurisprudenza della Corte di giustizia gli ordinamenti che escludono radicalmente ingerenze dell’esecutivo nell’attività inquirente e requirente sono qualificati come certamente conformi allo standard di indipendenza richiesto dal sistema del MAE. In particolare, sia per i mandati esecutivi di decisioni restrittive della libertà provenienti dall’autorità giudicante (rispetto alle quali la richiesta di una procura rappresenta un secondo filtro, successivo), sia per i mandati finalizzati all’avvio dell’azione penale, rispetto ai quali la Corte di giustizia non indica come essenziale il filtro propedeutico di un vaglio dell’autorità propriamente giudicante, la base giuridica dei Trattati dando copertura anche ad una collaborazione tra autorità comunque coinvolte in modo strumentale al processo strettamente inteso.

Si lascia però impregiudicata la possibilità per gli Stati aderenti di optare, a livello interno, per maggiori garanzie. È il caso dell’ordinamento italiano, in cui – anche nella procedura attiva di consegna – la pronuncia del giudice è comunque richiesta: la competenza ad emettere il mandato appartiene infatti o al giudice che ha emesso una misura cautelare, quindi al G.I.P., ovvero al Pubblico Ministero ma solo per procedere all’esecuzione di una precedente sentenza definitiva; scelta che tuttavia non legittima a rifiutare l’esecuzione – nella procedura passiva di consegna – di un mandato proveniente direttamente da un ufficio di procura di altro paese europeo, ove tale ufficio sia indipendente (fermo restando che in tali procedure passive l’ordinamento italiano comunque garantisce – per le verifiche sulla consegnabilità – il controllo giudiziale da parte della Corte di Appello; cfr. l’art. 5 della legge 69/2005).

Requisito non derogabile è quindi che la persona oggetto di MAE abbia beneficiato – in una prima fase del procedimento, nel paese richiedente – delle garanzie procedurali e dei diritti fondamentali (tra i quali, in particolare, il diritto alla libertà personale come sancito all’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea); garanzie la cui effettività trova tutela nelle forme di una protezione giurisdizionale effettiva di fronte alle autorità giudiziarie dello stesso Stato emittente (cfr. sentenza 1o giugno 2016, *Bob-Dogi*, C-241/15, EU:C:2016:385, punto 55). La protezione dei diritti in materia procedurale e dei diritti fondamentali è quindi a due livelli, in quanto alla protezione in sede di adozione di un mandato d’arresto

nazionale si aggiunge un secondo livello di protezione che deve essere garantito in sede di MAE (nuovamente impugnabile nelle forme ammesse dal diritto interno); secondo livello che tipicamente intervenire – in tempi brevi (e tendenzialmente previo controllo obiettivo della sola proporzionalità, cfr. ancora *Kovalkovas*, punto 47) – a seguito dell’adozione della decisione giudiziaria nazionale (cfr. ancora *Bob-Dogi*, punto 56).

A fronte di questa impostazione, il sistema lituano risulta organizzato in uffici di procura cui è certamente conferita una sufficientemente autonoma funzione strumentale all’amministrazione della giustizia penale, in quanto – pur essendo strutturalmente separati dal potere giudiziario – nondimeno risultano anche perfettamente autonomi dal potere esecutivo.

La semplice circostanza che le procure della Lituania siano responsabili in esclusiva dell’istruzione penale e dell’esercizio dell’azione penale (art. 118 della Costituzione e costante giurisprudenza della *Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*; cfr. punto 41 della sentenza 27 maggio 2019, causa C-509/18) non sarebbe stato quindi sufficiente a legittimare le stesse alla richiesta autonoma di un MAE (mentre in Lituania la responsabilità relativa all’emissione del mandato d’arresto europeo ricade proprio, da ultimo, sul procuratore generale di Lituania, che agisce su domanda del procuratore responsabile del procedimento penale in cui è richiesta la consegna della persona interessata). Tuttavia, è proprio l’assenza di nessi funzionali con l’amministrazione della giustizia di responsabilità governativa che completa lo status di tali uffici (la cui indipendenza dall’esecutivo è assicurata anche con norme organizzative di rango primario, contenute nella *Lietuvos Respublikos prokuratūros įstatymas*, legge relativa al pubblico ministero della Repubblica di Lituania).

Gli uffici di procura lituani, ai fini del mandato d’arresto, possono quindi essere considerati «autorità giurisdizionali» anche qualora decidano – come avvenuto nel procedimento principale – di emettere di loro iniziativa un MAE ai fini dell’esercizio di un’azione penale (anziché ai fini dell’esecuzione di una decisione giudiziale limitativa della libertà); in tale caso, però, resta fermo che le scelte di impiegare il MAE proprie del solo pubblico ministero devono poter essere oggetto di un ricorso interno (eventuale, ma davanti ad un giudice) che soddisfi i requisiti propri della tutela giurisdizionale effettiva.

7. – Per quanto invece riguarda l’ordinamento tedesco, la Corte di giustizia rileva come gli uffici di procura nei diversi *Länder* rientrino nella struttura gerarchica dipendente dal Ministro della Giustizia interessato, il quale dispone di un potere di vigilanza e di direzione esteso alla possibilità di impartire istruzioni individuali.

Al fine di stemperare la criticità di tale profilo organizzativo, peraltro, va rilevato da un lato lo scarso impiego di tali strumenti di direzione nella prassi (tanto che nel Land Sassonia il contratto di coalizione del governo del Land prevede che tale potere del Ministro della Giustizia non sia più esercitato in un certo numero di casi), d’altro lato la difficoltà di esercitare un ruolo di direzione pervasivo a fronte delle generali garanzie che gli standard dello Stato di diritto impongono all’esercizio dell’azione penale. Infatti, il pubblico ministero in Germania è comunque tenuto – per generale principio di legalità – all’obiettività nell’azione penale, indagando sugli elementi a carico e a discarico (non potendo arbitrariamente – cioè senza adeguata motivazione – ignorare né fatti ed elementi di prova, né percorsi investigativi sostenuti dai medesimi fatti ed elementi).

Il potere “esterno” del Ministro di influire sulle indagini mediante istruzioni, come previsto dagli articoli 146 e 147 del *GVG*, sarebbe quindi arginato dall’impostazione culturale dell’ordinamento nel senso del *Rechtsstaat* (cfr. D. Schefold, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in S. Gambino (cur.), *La*

Magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto, Milano, Giuffrè, 2004, 260). Se ciò rappresenta senz’altro una garanzia d’indipendenza, va comunque rilevato che tale potere esterno presenta però inevitabilmente margini di manovra ampi anche entro la cornice del principio della legalità; ciò in particolare tutte le volte in cui una decisione conserva margini di discrezionalità, come – nel caso del MAE – accade senza dubbio in punto di verifica della proporzionalità della richiesta. E questa disponibilità di spazi discrezionali rappresenta una prima criticità, che non permette di stemperare i problemi di indipendenza che caratterizzano l’ordinamento delle procure tedesche.

Quale corollario della natura discrezionale dell’azione penale in Germania, il principio di legalità garantisce quindi solamente che le eventuali istruzioni ministeriali non eccedano i limiti della legge e che un’eventuale inottemperanza alle istruzioni viziato non conduca alla rimozione del procuratore (posto che i pubblici ministeri – in quanto pubblici dipendenti – godono di un’inamovibilità estesa anche al mancato rispetto delle direttive affette da vizi di legittimità). La generica legalità dell’azione penale non è quindi sufficiente ad assicurare un livello di indipendenza adeguato, specie perché il potere di istruzione ministeriale risulta non ben tipizzato da *GVG*, senza specificazione di condizioni e finalità.

Connesso a ciò, neppure è risolutivo (dei problemi di indipendenza) che vi sia – se l’indirizzo ministeriale è stato dato in concreto – la possibilità di un ricorso giurisdizionale avverso lo stesso, per annullare l’atto in cui si sostanzia l’ingerenza della politica. Infatti, non solo tale controllo è successivo (e *medio termine* si possono verificare indebite compressioni della libertà personale, o gravi omissioni nella repressione e prevenzione dei reati), ma – più radicalmente – tale strumento consente soltanto di disinnescare le direttive politiche viziato sul piano della legalità, non di svincolare le procure da indirizzi inopportuni sul piano del merito delle scelte (tecniche) investigative.

Infine, seconda criticità (ed altro profilo che porta ad escludere che l’ingerenza ministeriale possa essere stemperata dal solo principio di legalità), persino nell’ipotesi in cui – nel caso specifico – non fosse stato concretamente utilizzato il potere di indirizzo, il semplice fatto che in astratto lo stesso potere risultasse utilizzabile dal Ministro finisce per inficiare la credibilità dell’apparato giurisdizionale (cfr. punti 73 e 89 della sentenza): la mera possibilità di un indirizzo politico, infatti, rischia di indurre il magistrato a condotte conformiste, fondate su tale aspettativa. E con ciò viene meno in via generale l’indipendenza necessaria perché le procure tedesche possano essere considerate – ai fini del MAE – come «autorità giudiziarie emittenti».

Infatti, il pericolo che l’esecutivo eserciti su casi individuali – direttamente o indirettamente, in concreto o in potenza – un’influenza politica rivolta all’ufficio di procura, impedisce di garantire uno svolgimento delle funzioni compatibile con i diritti fondamentali necessari alla mutua fiducia nel sistema del MAE. Anche una indiretta ed eventuale sottoponibilità ad ingerenza condiziona l’attività giurisdizionale mentre, per l’emissione di un mandato, la Corte di giustizia esige invece che gli ordinamenti giudiziari degli Stati membri siano armonizzati verso gli standard più elevati di indipendenza, con radicale esclusione dell’influenza politica nell’attività del pubblico ministero.

Nella giurisprudenza annotata resta del tutto aperta, tuttavia, la questione di come distinguere le situazioni in cui gli indirizzi politici – eventualmente ammessi dall’ordinamento nazionale – assumono carattere generale (sostanzandosi in direttive d’indagine limitate a priorità per macro-categorie di reato) anziché portata individuale. Una questione che rimane ancora aperta nella giurisprudenza della Corte di giustizia è infatti quella del se possa legittimare un rifiuto di esecuzione del MAE anche l’assenza di rimedi effettivi in caso di indicazioni operative di portata fintamente generale, specie in ordinamenti in cui – per tradizione – vi è uno stretto legame

operativo tra procure e Ministero (come nel caso francese, dove oltre all'assenza dell'obbligatorietà dell'azione penale – comune anche alla Germania – è molto più diffusa, rispetto all'ordinamento tedesco, una prassi di attiva direzione da parte dell'esecutivo; cfr. – sull'ordinamento giudiziario francese – G. Lacoste, *La legge costituzionale del 27 luglio 2008 e la riforma del Consiglio superiore della magistratura in Francia*, in A. Cervati, M. Volpi (cur.), *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, Giappichelli, 2010, 105 ss. e L. Montanari, T. S. Renoux, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura in Francia alla luce della riforma costituzionale del 2008*, in *DPCE*, fasc. 4, 2010, 1624 ss.).