



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

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

2017, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Cattedratico de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Guido Raimondi, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo
Giuseppe Tesaro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Luiss di Roma

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Claudia Morviducci, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna
Ennio Triggiani, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"



COMITATO DEI REFEREE

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Casseti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Assistant Professor in European Law, University of Twente
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Pietro Pustorino, Associato di Diritto Internazionale, Università di Siena
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidad do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

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



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017

Indice-Sommario

2017, n. 2

Editoriale

L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia p. 1
Paolo Mengozzi

Saggi e Articoli

Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione 7
Giandonato Caggiano

Lo *status* del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso? 26
Emanuela Pistoia

I residenti provenienti da Paesi terzi: cittadini senza cittadinanza? 52
Ennio Triggiani

Commenti e Note

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia alla prova delle più evolute forme di cooperazione amministrativa 73
Simone Carrea

Jurisdiction in Contractual Matters under the Brussels IA Regulation: Where do Mixed Contracts Stand? 102
Diletta Danieli

The Enforcement of Posted Workers' Rights Across the European Union 114
Cinzia Peraro

Alcune note sulla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di giugno 2017 131
Cosimo Risi



LO STATUS DEL PRINCIPIO DI MUTUA FIDUCIA NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE SECONDO LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA. QUAL È L'INTRUSO?

Emanuela Pistoia*

SOMMARIO: 1. Sillogismi e interrogativi: obiettivo e piano del lavoro. – 2. Mutua fiducia e mutuo riconoscimento. – 3. I termini dell'incompatibilità rispetto ai diritti fondamentali. – 4. La convivenza tra mutua fiducia e verifiche individuali: nella prassi sul MAE... – 5. ... e nella prassi sui “trasferimenti Dublino”. – 6. Dai sillogismi astratti alle conclusioni dell'analisi. – 7. Considerazioni finali sull'“intruso”.

1. Sillogismi e interrogativi: obiettivo e piano del lavoro

L'impossibilità per gli Stati membri dell'Unione di attenersi alla CEDU allorché operino secondo il principio della fiducia reciproca è uno degli elementi che hanno determinato il giudizio negativo della Corte di giustizia sull'accordo di adesione alla CEDU medesima: si tratta, com'è noto, del secondo dei tre profili sotto i quali il Parere 2/2013 censura il mancato rispetto delle specificità e dell'autonomia del diritto dell'Unione ad opera dell'accordo. Il problema specifico è costituito dagli obblighi di protezione *par ricochet* derivanti dalla Convenzione. Tali obblighi impongono di accertare il potenziale rispetto dei diritti della persona in procinto di essere consegnata ad altro Stato in seguito al trasferimento, accertamento che il principio della fiducia reciproca per sua stessa natura impedisce¹.

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Teramo. Indirizzo e-mail: epistoia@unite.it

¹ Corte di giustizia, Parere 2/2013 del 18 dicembre 2014, parr. 192 e 194. Sul “punto di crisi” tra mutua fiducia e tutela dei diritti fondamentali, consistente nel necessario automatismo della collaborazione ispirata alla mutua fiducia, v. già U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, n. 1, p. 24; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford and Portland, 2009, p. 128. V. anche M. PEDRAZZI, *Il mandato d'arresto europeo: profili problematici alla luce della Convenzione europea dei*

L'ontologica incompatibilità tra il principio della mutua fiducia e i diritti della CEDU solleva un problema di status del principio in discussione nell'ordinamento dell'Unione. Infatti, grazie alla clausola di aderenza della Carta alla Convenzione sancita dall'art. 52, par. 3 della stessa Carta, il contenuto dei diritti della prima coincide con quello dei diritti sanciti dalla seconda, salvo che non rappresentino un livello di tutela più elevato, il quale prevale. Cosicché, ammettere che la mutua fiducia ontologicamente contraddica i diritti fondamentali della CEDU senza possibilità di smussamenti capaci di salvaguardarne l'essenza significa ammettere la sua contraddizione con la Carta². A sua volta, negare l'adesione alla CEDU per non compromettere il principio della mutua fiducia comporta sancire che la contraddizione fra questo principio e la Carta vada risolta con la soccombenza della Carta. Avendo questa lo stesso valore giuridico dei Trattati a norma dell'art. 6, par. 1, del TUE, la conclusione stringente è che la mutua fiducia debba appartenere a una sorta di diritto superprimario dell'Unione³, che costituisca un principio costituzionale di natura identitaria collocato al di fuori e/o in cima alla gerarchia delle fonti UE⁴.

diritti dell'uomo, in *Diritti dell'uomo*, 2005, n. 2, p. 53, che ravvisa nella mutua fiducia la ragione dei limitati motivi di rifiuto della persona oggetto di mandato d'arresto europeo. Sia infine consentito il rinvio a E. PISTOIA, *La tortura nella "fortezza Europa". Possibilità e carenze dell'Unione europea*, in L. ZAGATO, S. PINTON (a cura di), *La tortura nel nuovo millennio. La reazione del diritto*, Padova, 2010, p. 260.

² A fronte dell'incongruenza qui sottolineata, incuriosisce che il Parere 2/2013 non nomini l'art. 52, par. 3 della Carta: sul punto N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato d'arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, n. 2, p. 452.

³ Si sottintende ovviamente che la Carta appartenga al diritto primario dell'Unione come anche i Trattati. In dottrina si è argomentato, sulla base di un'interpretazione sistematica, che vi sono differenze tra il rango della Carta e quello dei Trattati: L.S. ROSSI, *"Stesso valore giuridico dei Trattati"? Rango, primato ed effetti diretti della Carta e i diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, n. 2, pp. 332-334. Come emergerà in particolare dai successivi parr. 2 e 6, non sembra però che queste precisazioni abbiano un rilievo determinante ai fini specifici dell'analisi condotta nel presente saggio. Qui importa sottolineare che, come logica conseguenza del Parere 2/2013, il principio di mutua fiducia sarebbe in condizioni di prevalere sulla Carta. Per dubbi "a caldo" sul significato dell'art. 6, par. 1, del TUE, v. F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La Comunità internazionale*, 2009, n. 1, pp. 46-47. V. anche G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, n. 3, p. 687: l'A. fa affidamento sul contenuto dell'art. 6, par. 1, del TUE, per affermare che, allorché la CEDU abbia rilevanza indiretta nell'applicazione della Carta (*ex art. 52, par. 3*), "la tutela dei diritti enunciati nella Convenzione assume anch'essa lo stesso valore dei trattati". Con riferimento a quest'ultima argomentazione, si sottolinea che nel presente studio si intende prendere spunto dal Parere della Corte sull'adesione dell'Unione alla CEDU per riflettere non già su quest'ultima come fonte di diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, ma sulla Carta. Si tralascerà pertanto anche il tema dei rapporti Carta/CEDU all'indomani dell'adesione dell'UE alla Convenzione: cfr. A. GIANELLI, *After the Accession: The Relationship Between the EU Legal System and the ECHR*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, pp. 341-353.

⁴ Talvolta nella letteratura di diritto dell'UE si adopera la terminologia "constitutional" con significato restrittivo rispetto a "primary": si veda ad esempio, proprio con riferimento alle norme che dovrebbero essere salvaguardate dall'accordo di accesso alla CEDU in quanto definiscono l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, T. LOCK, *Walking on a Tightrope: the Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2011, n. 4, p. 1031, dove ci si riferisce a "constitutional principles in primary EU law". Con specifico riferimento al principio di mutua fiducia in esito al rilievo attribuitogli dal Parere 2/2013, si nota che "that principle has been elevated to constitutional status" in S.Ø. JOHANSEN, *EU Law and the ECHR: the Bosphorus Presumption Is Still Alive and Kicking - the Case of Avotiņš v. Latvia*, in <http://eulawanalysis.blogspot.it>, 2016 (corsivo aggiunto).

Ad analoghe esigenze di ricostruzione dello status del principio di mutua fiducia dà luogo l'art. 51, par. 1, della Carta, se letto alla luce del suddetto *dictum* della Corte. Questa disposizione impone agli Stati membri di rispettare la Carta “nell’attuazione del diritto dell’Unione”. Essendo fuor di dubbio che l’attuazione di misure costituenti espressione del principio in questione collochi gli Stati nell’ambito dell’art. 51, par. 1, è evidente che la mutua fiducia sfugge alla regola da questo enunciata⁵. La mutua fiducia sembra così acquistare, tra gli altri principi e norme del diritto dell’UE, uno *status* suo proprio: trovandosi sottratta alla regola valevole per il “diritto dell’Unione” di cui all’art. 51, par. 1, la si potrebbe considerare un principio meta-giuridico che informa l’ordinamento europeo costituendone un presupposto.

Atteso che le considerazioni suddette scaturiscono da meri sillogismi, se ne rende opportuno un approfondimento alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale. Dopo un necessario chiarimento sul contenuto del principio che, secondo i sillogismi prospettati, avrebbe in qualche modo rango superiore rispetto alla Carta, si approfondirà l’assunto della inderogabilità del principio suddetto secondo la normativa e la giurisprudenza dell’Unione, che si esamineranno alla luce del confronto con la giurisprudenza della Corte EDU. In particolare, si cercheranno di comprendere dapprima i termini dell’incompatibilità del principio rispetto ai diritti fondamentali e in un secondo momento le soluzioni di compatibilità individuate nella giurisprudenza. Peraltro, successivamente al Parere 2/2013, quest’ultima ha conosciuto sviluppi in cui i rapporti tra mutua fiducia e diritti fondamentali della Carta sono stati ricostruiti in modo decisamente più conciliante: si tratta delle sentenze *Aranyosi e Căldăraru*⁶ e *C.K., H.F., A.S.*⁷. Vista la sequenza temporale delle pronunce, è giocoforza che uno degli obiettivi dell’analisi sia verificare in quale misura quelle più recenti valgano a completare il quadro su cui la Corte ha fondato il proprio discusso Parere sull’adesione alla CEDU ovvero se esse ne documentino un ripensamento.

2. Mutua fiducia e mutuo riconoscimento

Appare anzitutto meritevole di approfondimento che, nel Parere 2/2013, l’incompatibilità rispetto alla protezione indiretta dei diritti CEDU sia attribuita non già

⁵ Significativa appare in proposito la conclusione di R. PALLADINO, *La ‘derogabilità’ del ‘sistema Dublino’ dell’UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dalle ‘deficienze sistemiche’ ai ‘seri dubbi sulle attuali capacità del sistema’ italiano di accoglienza*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, n. 1, p. 232: secondo l’A., i minori margini di derogabilità del “sistema Dublino”, cioè a dire del principio di mutua fiducia, rispetto ai diritti fondamentali, quali sono delineati nella sentenza *Tarakhel* della Corte EDU (sulla quale v. *infra*, par. 3), non possono essere disattesi dalle istituzioni dell’Unione poiché il diritto di asilo nell’ordinamento di quest’ultima è previsto dalla Carta, cioè a dire ha rango di diritto primario. Di qui il sillogismo delineato nel testo: se la mutua fiducia non può cedere il passo dinanzi ai diritti fondamentali, ne deriva che essa ha rango superprimario.

⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Pal Aranyosi, Robert Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU.

⁷ Corte di giustizia, sentenza del 16 febbraio 2017, *C.K., H.F., A.S.*, causa C- 578/16 PPU.

al principio del mutuo riconoscimento ma a quello della mutua fiducia. Vero è che la mutua fiducia costituisce il presupposto ideologico e pratico del mutuo riconoscimento, la condizione che lo legittima e che lo rende possibile. Resta però il fatto che i riferimenti contenuti nei Trattati riguardano il mutuo riconoscimento, mentre la mutua fiducia non viene mai neppure citata⁸, sicché il riferimento della Corte alla seconda e non al primo non sembra casuale⁹. Nei Trattati rilevano in particolare, ai fini della ricostruzione che qui si tenta, l'art. 81 e soprattutto l'art. 82 del TFUE, che il “principio di riconoscimento reciproco” collocano *a fondamento* della cooperazione giudiziaria nell'UE: rispettivamente riguardo alle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile (art. 81) e alle sentenze e alle decisioni giudiziarie in materia penale (art. 82). Ciò significa che la scelta del mutuo riconoscimento come principio ispiratore dei vari meccanismi e delle varie regole di cooperazione giudiziaria messi a punto nel diritto secondario è revocabile solo previa modifica dei Trattati e che gli atti relativi devono ispirarsi al principio suddetto a pena di invalidità.

Andando indietro al momento dell'introduzione dei principi considerati nell'ordinamento dell'Unione, non nominano neppure la mutua fiducia le Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, note per aver fatto del *mutuo riconoscimento* la pietra angolare della cooperazione giudiziaria nell'Unione, tanto nella materia civile quanto in quella penale, ben prima che questo principio facesse formalmente il suo ingresso nel diritto primario¹⁰. Sempre e solo di mutuo riconoscimento si parla nei primi atti costituenti attuazione delle Conclusioni di Tampere: il Piano d'azione di Amsterdam e la decisione-quadro del 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo¹¹.

Questo primo quadro già rivela con chiarezza la rispettiva funzione dei due principi, che è tale da potersi effettivamente riflettere in una loro diversa veste formale: il mutuo riconoscimento costituisce un modello operativo suscettibile di essere declinato in

⁸ Il TFUE cita il mutuo riconoscimento nell'art. 53 a proposito dei diplomi, certificati ed altri titoli e, in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia, negli artt. 67, 70, 81 e 82. Riguardo alla locuzione “mutua fiducia”, in inglese non c'è neppure omogeneità di terminologia: cfr. I. CANOR, *My Brother's Keeper? Horizontal Solange: “An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe”*, in *Common Market Law Review*, 2013, n. 1, pp. 399-400, dove si sottolinea l'uso da parte della Corte della terminologia “mutual confidence” nella sentenza *N.S.* (citata *infra*, nota n. 19), a fronte del “mutual trust” impiegato in precedenza. Sulla circostanza che la mutua fiducia non compare nei Trattati istitutivi e che costituisce un concetto diverso rispetto al principio di mutuo riconoscimento, K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015, n. 3, p. 528.

⁹ È interessante sottolineare che, prima del Parere, la Corte aveva attribuito la qualità decisiva dell'automatismo al principio del *mutuo riconoscimento*, che nel caso *de quo* si applicava alle decisioni giudiziarie penali: Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 9 ottobre 2009, *Wolzenburg*, causa C-123/08, par. 57. In questa sentenza l'automatismo è ritenuto tanto qualificante per il *mutuo riconoscimento* da legittimare non solo l'interpretazione restrittiva dei casi di rifiuto della consegna della persona oggetto di un mandato d'arresto europeo, ma anche la loro ulteriore limitazione da parte dello Stato di esecuzione: *ibidem*, par. 59.

¹⁰ Siffatto notissimo *endorsement* del mutuo riconoscimento è contenuto nel par. 31 delle Conclusioni.

¹¹ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, del 13 giugno 2002, in GUCE L 190 del 18 luglio 2002.

meccanismi specifici a mezzo del diritto secondario, essendo così giustificato il suo rango primario¹²; la mutua fiducia è un principio immanente e identitario che ispira quel modello operativo, ma con esso non coincide. Questo è in effetti lo schema ricostruttivo emerso nella giurisprudenza della Corte di giustizia sugli istituti e sui sistemi di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze nazionali. Infatti secondo la Corte il mandato d'arresto europeo (MAE) "si fonda" sul principio del mutuo riconoscimento¹³; questi, al pari peraltro di quando opera riguardo alle sentenze civili, a sua volta "si basa ... sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri" in ordine al "fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali siano in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti a livello dell'Unione, in particolare nella Carta dei diritti fondamentali"¹⁴.

Da atti successivi l'autonomia dei due principi appare sempre più nitida. Un primo fattore di chiarezza è rappresentato, nel settore della cooperazione giudiziaria civile e soprattutto penale, dall'esigenza di accrescere la mutua fiducia per migliorare il buon funzionamento del mutuo riconoscimento. Per la prima volta quest'esigenza – in seguito divenuta un *leit motiv* – è stata esplicitata nel Programma de L'Aja, approvato dal Consiglio europeo nel novembre 2004¹⁵, cui per la materia penale ha fatto seguito la Comunicazione della Commissione *on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters and the strengthening of mutual trust between Member States*, del 2005¹⁶. In questa Comunicazione le iniziative da intraprendere nei successivi cinque anni sono presentate secondo due linee parallele: l'ulteriore attuazione del mutuo riconoscimento attraverso la messa a punto di nuovi meccanismi, per un verso, e l'accrescimento della mutua fiducia, per l'altro verso¹⁷. Naturalmente le iniziative ascrivibili a questo secondo filone sono descritte come strumentali al corretto funzionamento degli strumenti pertinenti al primo, per cui l'interdipendenza tra mutuo riconoscimento e mutua fiducia non solo risulta confermata, ma diviene più sofisticata, arricchendosi di nuovi risvolti. Soprattutto, però, l'individuazione di misure preordinate

¹² È noto che, formalmente, al mutuo riconoscimento viene attribuita veste formale di diritto primario solo con il Trattato di Lisbona, che lo ha inserito nel TFUE come ricordato poco prima. La sua qualificazione come "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria nell'Unione fin dalle Conclusioni di Tampere ne ha però fatto da tempo, sul piano sostanziale, un principio "costituzionale" dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

¹³ Si citano le parole utilizzate in Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 77, ma anche in Corte di giustizia, sentenza del 30 maggio 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, C-168/13 PPU, par. 50.

¹⁴ Formula ripetuta nelle sentenze citate nella nota precedente e, in tema di riconoscimento ed esecuzione di una decisione giudiziaria in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, in Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2010, *Aguirre Zarraga*, causa C-491/10, par. 70.

¹⁵ Nel Programma de L'Aja, si afferma per la prima volta che il rafforzamento della mutua fiducia tra gli Stati membri è alla base del potenziamento della cooperazione giudiziaria, sia in materia civile sia in materia penale: "In an enlarged European Union, mutual confidence shall be based on the certainty that all European citizens have access to a judicial system meeting high standards of quality". (par. 3.2).

¹⁶ COM(2005) 195 def, del 19 maggio 2005.

¹⁷ L'autonomia dell'obiettivo di accrescere la mutua fiducia rispetto a quello di proseguire l'attuazione del mutuo riconoscimento è individuabile già nel Programma de L'Aja (par. 3.2); nella Comunicazione del 2005 sono però tracciate più chiaramente due distinte linee di azione in corrispondenza, rispettivamente, dell'accrescimento della mutua fiducia e dell'ulteriore sviluppo del principio di mutuo riconoscimento.

a potenziare la mutua fiducia indipendentemente dal mutuo riconoscimento dimostra l'autonomia dei due principi. Com'è noto, con il Trattato di Lisbona l'esigenza suddetta e l'autonomia tra i principi si sono consolidate dando luogo, in continuità con l'impostazione illustrata nella Comunicazione del 2005, a specifiche basi giuridiche. Queste attengono all'ammissibilità reciproca delle prove tra Stati membri, ai diritti della persona nella procedura penale, ai diritti delle vittime della criminalità e ad altri elementi specifici della procedura penale da individuare secondo una procedura *ad hoc*¹⁸.

Vi sono poi casi in cui la mutua fiducia ispira le regole adottate in un settore senza che queste siano riferibili al mutuo riconoscimento di atti nazionali. Non solo, insomma, i due principi sono autonomi sul piano dogmatico, ma il primo può prescindere dall'altro. È il caso delle regole sulla determinazione degli Stati competenti a esaminare le richieste di protezione internazionale e ad attribuire, se del caso, la protezione suddetta, che costituiscono il cuore del Sistema comune di asilo dell'Unione (CEAS). Come ha messo in evidenza la sentenza *N.S.* della Corte di giustizia, tali regole rispondono al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri in tema di gestione delle domande di asilo e di trattamento dei richiedenti¹⁹. Gli Stati hanno cioè potuto stabilire *ex ante* criteri oggettivi per "spartirsi" le richieste di asilo ed evitare l'*asylum shopping* degli interessati in quanto tutti assicurano ai richiedenti il trattamento imposto dalla Convenzione di Ginevra, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali. Il presupposto della mutua fiducia traspare del resto anche dal regolamento c.d. Dublino II, cioè a dire l'atto normativo che ha "immesso" nel diritto UE la disciplina già sperimentata nel quadro della Convenzione di Dublino del 1990: secondo il preambolo, il CEAS deve garantire l'attuazione della Convenzione di Ginevra, integrata dal protocollo di New York, "in ogni sua componente", sulla premessa che tutti gli Stati membri siano per i richiedenti asilo Paesi sicuri in quanto rispettosi del principio di *non-refoulement*. Ebbene, nel settore dell'asilo la mutua fiducia tuttora non conduce ad altro che alla determinazione dello Stato competente ad esaminare le richieste di asilo senza che gli altri, in particolare quello cui invece la domanda sia stata indirizzata, temano di violare il diritto di Ginevra e i propri obblighi di protezione dei diritti dell'uomo allorché rinviino ad altri il richiedente²⁰. Va anzi notato che mai, nel settore dell'asilo, la mutua fiducia si è legata al mutuo riconoscimento, se non limitatamente alle decisioni negative²¹. Il significato attribuito

¹⁸ Il riferimento è all'art. 82, par. 2 TFUE, il quale esplicita il collegamento funzionale tra le basi giuridiche menzionate e il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni penali.

¹⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S. e M.E., A.M.S.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, par. 79-80. V. in seguito, negli stessi termini, Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 10 dicembre 2013, *Abdullahi*, causa C-394/12, par. 53.

²⁰ Peraltro, siffatta determinazione non è effettuata nell'interesse del richiedente asilo, che vi si può opporre solo se conduca in concreto alla violazione di un proprio diritto fondamentale: Corte di giustizia, Grande Sezione, *Abdullahi*, cit., con commento in E. CANNIZZARO, *Interessi statali e diritti individuali nella politica dell'Unione relativa a visti, asilo e immigrazione*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Torino, 2014, pp. 236-238.

²¹ Comunicazione della Commissione, *Towards a common asylum procedure and a uniform status, valid throughout the Union, for persons granted asylum*, del 22 novembre 2000, COM(2000) 755 def, par. 3.1, p. 11.

dalla Commissione al concetto di “uniform status for those who are granted asylum valid throughout the Union”, indicato dal Consiglio europeo nelle Conclusioni di Tampere (par. 15) quale obiettivo a lungo termine del CEAS, fin dall’inizio è stato tale da prescindere dal mutuo riconoscimento, che invece poteva ben rappresentare un’opzione²². La Comunicazione del 2000 che illustra, su richiesta del Consiglio europeo, tale obiettivo, si riferisce infatti a regole comuni sull’asilo tali da ridurre massimamente (se non eliminare) la discrezionalità degli Stati nella procedura di riconoscimento dello *status*²³.

3. I termini dell’incompatibilità rispetto ai diritti fondamentali

L’incompatibilità tra mutua fiducia e modalità di tutela dei diritti fondamentali nella CEDU si è palesata con la sentenza *N.S.* della Corte di giustizia²⁴, sebbene in modo obliquo poiché la conclusione sul caso specifico è di per sé in linea con la sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *M.S.S.*²⁵, analogo in fatto e in diritto²⁶. L’applicazione del principio di mutua fiducia nelle circostanze del caso *N.S.* è cioè rispettosa dell’art. 3 della CEDU. Essa è però frutto di un’impostazione dei rapporti tra mutua fiducia e Carta che si distacca inequivocabilmente da quello compiuto dalla Corte EDU riguardo ai rapporti tra obblighi derivanti agli Stati UE dalla loro appartenenza alla medesima (segnatamente dalla mutua fiducia) e Convenzione²⁷. La successiva giurisprudenza di Strasburgo ha evidenziato con maggiore chiarezza il disagio sollevato dalla mutua fiducia con riferimento alla Convenzione medesima, il che ha spianato la strada alla posizione assunta dalla Corte di giustizia nel Parere 2/2013²⁸.

²² Cfr. ECRE, *Discussion Paper. Mutual recognition of positive asylum decisions and the transfer of international protection status within the EU*, November 2014. In dottrina, V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition of Positive Asylum Decisions in the European Union*, in <https://free-group.eu>, May 12, 2015; G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2015, n. 2, p. 472; M. DI FILIPPO, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell’UE e condivisione degli oneri*, in *I diritti dell’uomo*, 2015, n. 1, pp. 56-58. Sull’opportunità di applicare il mutuo riconoscimento anche alle decisioni nazionali sul riconoscimento della protezione internazionale, soprattutto con la conseguenza di consentire la circolazione dei beneficiari tra gli Stati membri dell’Unione europea ed eliminare la principale causa di malfunzionamento del “sistema Dublino”, v. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell’Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, n. 3, pp. 728-731.

²³ Comunicazione della Commissione, *Towards a common asylum procedure*, cit., par. 2.1, p. 8.

²⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, *N.S.*, cit.

²⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

²⁶ Nel senso dell’allineamento della Corte di giustizia, con la sentenza *N.S.*, alla sentenza della Corte EDU sul caso *M.S.S.*, R. PALLADINO, *La ‘derogabilità’ del ‘sistema Dublino’ dell’UE nella sentenza Tarakhel*, cit., p. 229.

²⁷ Si ricordi che la Corte di giustizia non ha competenza a verificare il rispetto degli obblighi CEDU da parte degli Stati membri dell’UE, la Convenzione non essendo parte dell’ordinamento giuridico dell’Unione.

²⁸ C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione*, cit., p. 718.

Com'è ampiamente noto, sia in *M.S.S.* che in *N.S.* i ricorrenti erano richiedenti asilo in uno Stato membro dell'Unione – rispettivamente il Belgio e il Regno Unito – diverso da quello che sarebbe stato competente a ricevere la domanda secondo il regolamento di Dublino. Infatti, per ambedue l'ingresso nel territorio dell'Unione era avvenuto attraverso la Grecia. Non risultando applicabile alcuno dei criteri di competenza delineati negli articoli da 6 a 9 del regolamento n. 343/2003, secondo il principio di gerarchia stabilito dall'art. 5 lo Stato deputato a esaminare la domanda di asilo era quello di primo arrivo (art. 10): nei due casi specifici, la Grecia. Tanto le autorità belghe quanto quelle britanniche avevano dunque disposto il trasferimento dei richiedenti in questo Stato, facendo valere l'art. 16 del regolamento. Senonché in Grecia la procedura di asilo e le condizioni di accoglienza versavano in condizioni di “carenze sistemiche”, documentate e denunciate nei rapporti di varie organizzazioni non governative internazionali, rilevate nelle relazioni della Commissione sulla valutazione del sistema di Dublino e fatte persino oggetto di una lettera dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite al Ministro belga per l'immigrazione. Questa situazione di generale conoscenza dell'incompatibilità della prassi greca rispetto all'art. 3 della CEDU ha determinato la violazione indiretta di questa disposizione da parte del Belgio, per aver ciononostante trasferito in Grecia un richiedente asilo: questo il contenuto, per quanto qui interessa, della sentenza *M.S.S.* della Corte di Strasburgo. In perfetta consonanza, nella sentenza *N.S.* la Corte di giustizia ha ritenuto che, in una situazione analoga, l'art. 4 della Carta (di contenuto corrispondente all'art. 3 CEDU) osti ai c.d. “trasferimenti Dublino”, ossia al ricollocamento di un richiedente asilo nello Stato UE competente ad esaminare la richiesta ai sensi del regolamento n. 343/2003.

La consonanza nella ricostruzione dei rapporti fra gli obblighi derivanti agli Stati rispettivamente dal principio di mutua fiducia di ambito UE e dalla CEDU, da un lato, e fra il principio medesimo quale “positivizzato” nel regolamento 343/2003 e la Carta, dall'altro, non si limita in verità alla soluzione data agli specifici casi considerati. Il primo ordine di rapporti, valutato dalla Corte EDU, ammette infatti senz'altro un sistema di presunzioni proprio come richiede il principio di mutua fiducia²⁹. Secondo la Corte di Strasburgo, nonostante la Convenzione non permetta di presumere il suo rispetto dalla mera condizione di Stato parte, e nonostante gli Stati UE non possano applicare automaticamente i “criteri di Dublino”³⁰, la presunzione del rispetto della Convenzione

²⁹ Sul riconoscimento, da parte della Corte EDU, dell'importanza del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione, v. K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition*, cit., pp. 531-532 (con riferimenti ad altre sentenze della Corte EDU, relative alla cooperazione giudiziaria civile nell'UE).

³⁰ Si tratta di un'affermazione di principio antitetica rispetto alla mutua fiducia, contenuta sia in Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 marzo 2000, ricorso n. 43844/98, *T.I. c. Regno Unito* (paragrafo “The responsibility of the United Kingdom” in “The Court's assessment”) sia in Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 dicembre 2008, ricorso n. 32733/08, *K.R.S. c. Regno Unito* (parte iniziale del par. B). Nella sentenza *K.R.S. (ibidem)*, la Corte afferma inoltre che il principio stabilito nella precedente Grande Camera, sentenza del 18 febbraio 1999, ricorso n. 26083/94, *Waite and Kennedy c. Germania*, par. 67, secondo cui la partecipazione a un'organizzazione internazionale non solleva gli Stati parte della CEDU dalla sua osservanza, “must apply with equal force to the Dublin Regulation”. Analogamente, sullo stesso punto in *M.S.S.* si specifica che, nell'applicare il regolamento di Dublino, gli Stati devono sempre assicurarsi che la procedura di asilo nello Stato intermediario presenti garanzie sufficienti sul *non-refoulement* in aderenza con l'art. 3 della CEDU (par. 342).

può invece fondarsi sull'apparente aderenza di una prassi statale alla stessa, specificamente all'art. 3. Si tratta peraltro di una presunzione richiedente una bassa soglia fattuale: "there was no reason ... to believe" che, nel caso specifico, lo Stato dove doveva essere trasferito il richiedente asilo "would have failed to honour its obligations under Article 3 of the Convention"³¹. In altre parole, nell'applicare il regolamento di Dublino la Convenzione si ritiene rispettata "in the absence of proof to the contrary"³². Nel caso *M.S.S.*, la violazione dell'art. 3 ad opera del Belgio si deve all'inapplicabilità, nei confronti della Grecia, della presunzione così configurata: le circostanze erano tali da smentirla in modo ampio³³. In modo del tutto coerente, per la Corte di giustizia la presunzione che i diritti fondamentali del richiedente asilo saranno rispettati nello Stato in cui questi, in applicazione dei criteri di Dublino, sarebbe trasferito non è assoluta: una soluzione diversa, afferma la Corte, è incompatibile con l'obbligo di interpretare e applicare il regolamento 343/2003 in conformità ai diritti fondamentali³⁴.

Ma vi è di più. La Corte EDU ammette che la presunzione del rispetto della Convenzione, ad opera dello Stato cui il richiedente asilo deve essere trasferito, si fonda sulla mera presenza delle direttive che completano il "sistema di Dublino" con l'armonizzazione delle procedure di richiesta di protezione internazionale e dell'accoglienza³⁵. Si tratta, in fin dei conti, di un argomento in linea con l'idea della mutua fiducia.

Quest'approccio in concreto positivo della Corte EDU verso la mutua fiducia operante nel quadro dell'Unione di recente ha ricevuto una conferma tanto esplicita da potersi considerare una vera e propria consacrazione. Il riferimento è alla sentenza sul caso *Avotiņš c. Lettonia*, dove la Corte non solo ha affermato la propria consapevolezza circa

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *M.S.S.*, cit., par. 342, con riferimento al ragionamento seguito nel caso *T.I.* (dove il concetto è espresso con le parole "there is ... no basis on which the Court could assume in this case that Germany would fail to fulfil its obligations under Article 3 of the Convention").

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *M.S.S.*, cit., par. 343.

³³ Cfr. E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia d'asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 350-351, per il quale, nonostante le affermazioni di principio sull'identità, nella sentenza *M.S.S.* e nella precedente *K.R.S.*, della presunzione relativa al rispetto dei diritti fondamentali da parte dello Stato in cui l'interessato deve essere trasferito, nella pronuncia *M.S.S.* la Corte EDU avrebbe effettivamente modificato la presunzione suddetta. Sul confronto tra il ragionamento presuntivo utilizzato in *M.S.S.* e quello dei precedenti *T.I.* e *K.R.S.* v. anche L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo "par ricochet" o protezione "par moitié"? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento "Dublino II"*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, n. 3, pp. 828-830. Nel senso che la sentenza *M.S.S.* mette definitivamente in discussione il principio di mutua fiducia e il carattere automatico dei trasferimenti, M. MARCHEGIANI, *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali: il rilievo della clausola di sovranità nella giurisprudenza europea recente*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, n. 1, pp. 165-166, dove si individua quale importante elemento di divergenza tra l'impostazione della Corte EDU e quella adottata dalla CGUE in *N.S.* "il sostanziale rifiuto di una logica puramente presuntiva da cui muove la Corte di Strasburgo" (p. 169). Nel senso di evidenziare l'autonomia del ragionamento svolto dalla CGUE in *N.S.* rispetto al precedente *M.S.S.* della Corte EDU, G. MELLON, *The Charter of Fundamental Rights and the Dublin Convention: An Analysis of N.S. v. Secretary of State for the Home Department (C-411/10)*, in *European Public Law*, 2012, n. 4, pp. 662-663.

³⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, *N.S.*, cit. par. 99-104.

³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *K.R.S.*, cit., p. 17.

L'importanza del principio nella costruzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE, ma si è spinta fino a dichiarare che siffatta costruzione è pienamente legittima dal punto di vista della Convenzione, e che altrettanto è l'adozione di tutti i mezzi necessari al riguardo: incluso, s'intende, il principio della mutua fiducia³⁶.

Ad ogni modo, la dissonanza tra le impostazioni delle due Corti è in questo: la Corte EDU utilizza la presunzione "relativa", stimata compatibile con la Convenzione, come un'inversione dell'onere della prova concernente l'affidabilità dello Stato in cui il richiedente asilo deve essere trasferito³⁷; la Corte di giustizia, come condizione dell'applicabilità del principio di mutua fiducia. Dalla prima impostazione scaturiscono in punto di logica due conseguenze, ambedue stridenti con la seconda. Una conseguenza è che la presunzione potrebbe cadere anche in assenza di documenti pubblici e affidabili sull'esistenza di violazioni diffuse, ove il ricorrente riuscisse a provare la sussistenza di un serio rischio che violazioni del genere siano presenti: un *obiter dictum* in tal senso emerge dalla frase "[i]n these conditions the Court considers that the general situation was known to the Belgian authorities and that *the applicant should not be expected to bear the entire burden of the proof*"³⁸. La seconda conseguenza è che il rischio serio di una violazione *individuale*, cioè a dire dovuta alla situazione specifica dell'interessato, fermerebbe parimenti il trasferimento anche in assenza di comprovate violazioni diffuse³⁹. Qui è la precedente giurisprudenza *Saadi* a fornire conferme e a trovare applicazione, giurisprudenza con cui la sentenza *M.S.S.* si raccorda in modo esplicito⁴⁰. Infatti, in *Saadi* la valutazione di una violazione dell'art. 3 CEDU per effetto del trasferimento di un individuo in un altro Stato si effettua sulla base tanto della situazione generale di questo Stato, quanto delle circostanze specifiche riguardanti l'interessato⁴¹. Cioché in quel caso la Corte ha concluso nel senso della violazione dell'art. 3 perché da un lato la situazione nello Stato di destinazione, la Tunisia, era oggettivamente preoccupante (sebbene priva dei caratteri di sistematicità della situazione greca in *M.S.S.*), e dall'altro perché le condizioni del ricorrente erano tali per cui il rischio di incorrere in una violazione grave nel caso specifico era serio⁴². La differenza tra *Saadi* e *M.S.S.* sta nel fatto che, nel secondo caso, la gravità della situazione nel Paese di destinazione, rispetto alle violazioni dell'art. 3 della CEDU/art. 4 della Carta, era tale da non richiedere la prova del rischio individuale: prova la cui assenza il governo belga per l'appunto ha lamentato – il rischio non era stato sufficientemente "individualised", è la specifica

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 23 maggio 2016, ricorso n. 17502/07, *Avotiņš c. Lettonia*, par. 113.

³⁷ Va sottolineato come la Corte EDU non abbia reiterato questa impostazione in *Avotiņš*, dove, accettando come si è detto la legittimità del principio della mutua fiducia in termini generali, si è limitata a indicare la condizione in presenza della quale gli organi (nella specie i giudici) nazionali non possono applicare gli automatismi richiesti dal mutuo riconoscimento. Sul punto v. *infra*, in questo stesso paragrafo.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *M.S.S.*, cit., par. 352. Corsivo aggiunto.

³⁹ G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 681; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione*, cit., pp. 712-714.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06, *Saadi c. Italia*, par. 359.

⁴¹ *Ibidem*, par. 130.

⁴² *Ibidem*, parr. 144-146.

obiezione sollevata – ma che la Corte non ha ritenuto necessaria, introducendo al contrario la regola dell’inversione del relativo onere ad opera del governo convenuto⁴³. Invece la sentenza *N.S.* prende una chiara posizione nel senso opposto: non una qualunque violazione dei diritti fondamentali può impedire il trasferimento di un richiedente asilo nello Stato competente⁴⁴. Solo una carenza sistemica può dare luogo alla mancata esecuzione di un “trasferimento Dublino”: è quanto peraltro è stato “codificato” nel regolamento 604/2013⁴⁵ (c.d. “Dublino III”) quale nuovo motivo di non trasferimento di un richiedente asilo nello Stato competente in deroga ai criteri canonici⁴⁶.

Sintetizzando, in questo primo scambio di battute la Corte di giustizia delinea il rapporto tra mutua fiducia e art. 4 della Carta, avente notoriamente natura inderogabile, nel senso di sacrificare al secondo l’automatismo che della prima costituisce l’essenza solo quando la mutua fiducia perde la propria ragion d’essere in modo plateale⁴⁷. La Corte EDU più semplicemente individua una modalità di convivenza tra i due, ma in fin dei conti esclude che il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti possa risultare compromesso dalla piena operatività della mutua fiducia⁴⁸, a meno che al momento del trasferimento il rischio per l’interessato sia valutato al livello della mera possibilità⁴⁹.

Nella successiva sentenza *Tarakhel* della Corte EDU⁵⁰, la discrepanza tra le impostazioni delle due Corti esce dall’ombra delle deduzioni logiche e degli *obiter dicta*. Come nella stessa sentenza si sottolinea ripetutamente, la situazione nello Stato – l’Italia – in cui i richiedenti asilo dovevano essere trasferiti in ottemperanza con i criteri di

⁴³ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *M.S.S.*, cit., par. 359.

⁴⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, *N.S.*, cit., par. 84-85. La Corte fa in effetti riferimento alla “minima violazione delle direttive 2003/09, 2004/83 o 2005/85” (corsivo aggiunto), ma dal tenore del ragionamento è evidente che lo fa in tanto in quanto queste disciplinano i diritti fondamentali del richiedente asilo. L’incompatibilità tra la sentenza *N.S.* e la giurisprudenza della Corte EDU sulla protezione *par ricochet* ex art. 3 è stata indirettamente confermata dalla stessa Corte di giustizia, nella sentenza *C.K.*: sentenza cit., par. 93.

⁴⁵ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, pp. 31-59.

⁴⁶ Art. 3, par. 2, comma 2.

⁴⁷ Cfr. G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, n. 1, p. 156, dove si esprimono perplessità di ordine pratico in ordine all’applicazione del presupposto che impone il superamento della presunzione.

⁴⁸ Una valutazione più “generosa” verso la salvaguardia del principio della mutua fiducia nella sentenza *M.S.S.* ci sembra espressa in E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 351 (in quanto, dopo aver affermato che in *M.S.S.* la Corte EDU “boccia il principio della mutua fiducia fondato sull’adozione di standard condivisi”, l’A. sottolinea che la presunzione di rispetto di certi standard – vale a dire dei diritti CEDU – sottesa da tale principio è superata solo in presenza di un fallimento sistemico). Il contrasto tra la CEDU e la limitazione dell’automatismo richiesto dal principio di mutua fiducia alle sole ipotesi di carenze sistemiche nello Stato di destinazione di un individuo (nel caso di cooperazione giudiziaria penale e di “trasferimenti Dublino”) ovvero nello Stato di provenienza delle decisioni giudiziarie da riconoscere o eseguire (nel quadro della cooperazione giudiziaria civile, ma anche eventualmente della cooperazione giudiziaria penale), è sottolineato dalla Corte EDU nella successiva sentenza sul caso *Avotiņš*, cit., par. 114.

⁴⁹ Quest’impostazione, ribadita nella recente sentenza *Avotiņš* (v. *infra*, in questo stesso paragrafo), è stata adottata dalla Corte EDU fin dalla sentenza Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Saadi*, cit., par. 131.

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, sentenza del 4 novembre 2014, ricorso n. 29217/12, *Tarakhel c. Svizzera*.

Dublino era sensibilmente diversa da quella greca considerata nel caso *M.S.S.* Tale situazione si presentava sì critica a causa del rapporto tra entità dei flussi nell'anno in corso e ricettività dei centri di accoglienza, ma era lontana dall'evidenziare le carenze sistemiche che avevano caratterizzato la Grecia⁵¹. Tanto più che la famiglia *Tarakhel* era stata regolarmente presa in carico dal sistema di accoglienza italiano non appena entrata illegalmente nel Paese, essendosi in seguito allontanata per l'ambizione di sistemarsi altrove⁵². La presunzione del rispetto della CEDU ad opera dello Stato in cui i richiedenti asilo dovevano essere trasferiti avrebbe dunque dovuto operare. Del pari, la presunzione del rispetto della Carta⁵³. Tuttavia, per la Corte EDU il trasferimento dei ricorrenti in Italia ha costituito una violazione della Convenzione: la ragione è la mancata acquisizione, da parte delle autorità svizzere che avevano disposto il trasferimento, di garanzie individuali per cui detti ricorrenti sarebbero stati accolti con modalità confacenti all'età dei bambini della famiglia⁵⁴.

Ebbene, *Tarakhel* sembra materializzare la seconda delle due situazioni dissonanti rispetto alla "dottrina *N.S.*" (e infatti il caso concreto pare corrispondere, nei suoi tratti giuridicamente fondamentali, a quello oggetto della giurisprudenza *Saadi*): nonostante la mancata violazione sistemica dell'art. 3 della CEDU/art. 4 della Carta⁵⁵, l'esistenza di un serio rischio individuale attiva la tutela *par ricochet*⁵⁶. *Tarakhel* appare in effetti coerente rispetto a *M.S.S.*: dal momento che la presenza del rischio serio di violazioni dell'art. 3 nello Stato di destinazione è meramente oggetto di un'inversione dell'onere della prova, i ricorrenti hanno semplicemente provato di trovarsi in una situazione di rischio individualizzato. Vale la pena sottolineare che la valutazione giuridica effettuata in *Tarakhel* è pure coerente rispetto a *Saadi*. In ambedue i casi si è in presenza di una situazione preoccupante nello Stato di destinazione⁵⁷ e la violazione dell'art. 3 sussiste se il ricorrente è trasferito avendo provato di avere caratteristiche tali da esporsi a un rischio grave: è quanto in fin dei conti si riscontra nei due casi in modo simile. Come meglio si vedrà in seguito, in situazioni del genere la presentazione, da parte delle autorità dello Stato di destinazione, di assicurazioni adeguate sul trattamento delle persone in corso di trasferimento avrebbe scongiurato la violazione dell'art. 3: assicurazioni presenti ma inadeguate in *Saadi* e assenti in *Tarakhel*.

Riassumendo: atteso che in termini generali, per la CGUE, l'incompatibilità tra CEDU e mutua fiducia consiste nel fatto che la Convenzione esige da uno Stato membro la

⁵¹ *Ibidem*, parr. 114 e 120.

⁵² *Ibidem*, par. 117. Invece, il ricorrente nel caso *M.S.S.* in Grecia era stato posto in stato di detenzione e lasciato senza mezzi di sussistenza.

⁵³ In *Tarakhel*, lo Stato che ha deciso il trasferimento in applicazione dei criteri di Dublino è la Svizzera, che non è vincolata alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE: il riferimento alla Carta si deve al fatto che la lettura qui proposta avrebbe naturalmente valenza generale.

⁵⁴ *Ibidem*, par. 121.

⁵⁵ V. la precedente nota n. 51.

⁵⁶ G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 681.

⁵⁷ Sul presupposto dell'obbligo di *non-refoulement* nella giurisprudenza internazionale, compresa quella della Corte EDU, A. GIANELLI, *Obbligo di non-refoulement ed assicurazioni diplomatiche*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. I, Napoli, 2008, pp. 371-373.

verifica del rispetto dei diritti individuali da parte dello Stato membro con cui il primo deve cooperare⁵⁸, nel quadro della Convenzione alla mutua fiducia si deve per l'appunto soprassedere⁵⁹, dovendosi invece ottenere garanzie individuali⁶⁰, in situazioni non contemplate nella sentenza *N.S.* Ciò avviene soprattutto, anche in assenza di violazioni sistemiche dei diritti risultanti da documenti pubblici quali sentenze di tribunali internazionali e rapporti di organismi internazionali tanto intergovernativi quanto non governativi, *laddove l'interessato si trovi in una situazione particolare*, tale da esporlo al rischio di violazione in modo particolarmente preoccupante. Sembrerebbe che la verifica sia dovuta anche ove l'interessato producesse prove convincenti circa il carattere sistemico delle violazioni perpetrate nello Stato "di destinazione", ancorché manchino sufficienti documenti pubblici del genere indicato: questa seconda possibilità, che emerge solo implicitamente dalla sentenza *M.S.S.*, sembra tuttavia di difficile realizzazione. Quest'impostazione, elaborata dalla Corte EDU prima del Parere 2/2013, sembra assolutamente riproposta nella sentenza *Avotiņš*, dove il problema della compatibilità tra mutua fiducia e protezione dei diritti della Convenzione è stato sollevato riguardo alla forma più ortodossa di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie nazionali, in quanto caratterizzata dallo stretto automatismo del procedimento⁶¹, e sullo sfondo del Parere 2/2013, così da richiedere prese di posizione particolarmente chiare. Secondo questa pronuncia, infatti, l'autorità giudiziaria richiesta di riconoscere o di eseguire una sentenza pronunciata dai giudici di un altro Stato membro in modo del tutto automatico, *omettendo di verificare* il rispetto dei diritti fondamentali nel quadro del procedimento straniero *non disattende* la CEDU, *a meno che* non le sia posta dinanzi un'obiezione seria e attendibile ("substantiated") sul carattere manifestamente carente della protezione dei diritti CEDU nell'altro Stato⁶². L'ipotesi di carenze sistemiche in questo Stato integra

⁵⁸ Parere, cit., par. 194. Infatti, il contenuto del principio di mutua fiducia è quello di imporre a ciascuno Stato membro di ritenere che tutti gli altri rispettino il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali in questo riconosciuti: Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 78.

⁵⁹ P. MENGOZZI, *L'immigrazione e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, n. 3, pp. 594-595. L'A. sottolinea che la Svizzera, convenuta nel caso *Tarakhel* e nella relativa sentenza riconosciuta responsabile dalla Corte EDU per violazione dell'art. 3 della Convenzione, non è vincolata al principio della mutua fiducia che "accompagna l'applicazione del sistema di Dublino": infatti, l'Accordo di associazione tra tale Stato e la Comunità europea non recepisce tale sistema per intero, in particolare non il principio in considerazione (*ibidem*, p. 595).

⁶⁰ Sulle assicurazioni individuali richieste nel contesto in esame dalla Corte EDU, nonché sulla debolezza dello strumento delle assicurazioni diplomatiche (cui sono accostabili le garanzie individuali) per la tutela dei diritti fondamentali delle persone che devono essere trasferite, S. BOLOGNESE, *Il ricorso a garanzie individuali nell'ambito dei c.d. 'trasferimenti Dublino': ancora sul caso Tarakhel*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, n. 1, rispettivamente p. 234 e 236.

⁶¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Avotiņš*, cit., par. 106-107.

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Avotiņš*, cit., par. 116. Il caso *Avotiņš* riguardava la cooperazione giudiziaria civile nell'Unione, in particolare la conformità all'art. 6 della CEDU del riconoscimento e dell'esecuzione, ad opera di un'autorità giudiziaria della Lettonia, di una sentenza civile cipriota a norma dell'art. 34, par. 2, del regolamento "Bruxelles I" (regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, del 22 dicembre 2000, in GUCE L 12 del 16 gennaio 2001, pp. 1-23). Secondo la Corte EDU, l'art. 34, par. 2, non lasciava alcun margine di discrezionalità ai giudici deputati al riconoscimento e all'esecuzione suddette: *ibidem*, par. 106.

evidentemente il presupposto così delineato. Nulla esclude, però, che il carattere “manifestamente carente” della protezione di un diritto CEDU nello Stato da cui proviene la sentenza da riconoscere o eseguire sia confinato a un caso individuale. A sua volta, la serietà e l’attendibilità dell’obiezione sollevata sul punto potrà essere valutata *in primis* in ragione di qualità particolari degli individui coinvolti e/o di situazioni specifiche in cui questi versino.

La sentenza *Avotiņš*, peraltro, sembra evidenziare un ulteriore profilo di incompatibilità tra obblighi di tutela derivanti dalla CEDU e mutua fiducia, profilo specificamente pertinente al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie civili. In questo settore, infatti, la Corte di giustizia è ferma nell’escludere che violazioni (possibilmente) avvenute nello Stato di origine delle decisioni possano impedirne il riconoscimento e l’esecuzione al di fuori degli esigui motivi previsti nei regolamenti pertinenti, in ragione del fatto che il rimedio a tali violazioni deve essere individuato nel suddetto Stato di origine⁶³. Invece, avendo per giunta piena consapevolezza di ciò, la Corte EDU rifiuta l’applicazione automatica e meccanica (*sic!*) del principio del mutuo riconoscimento in presenza delle condizioni illustrate poc’anzi.

4. La convivenza tra mutua fiducia e verifiche individuali: nella prassi sul MAE...

Per completare il quadro, manca di considerare se, ed eventualmente a quali condizioni, per la CGUE il principio della mutua fiducia possa convivere con la valutazione del rispetto dei diritti fondamentali nello Stato membro di destinazione in vista dell’esecuzione del provvedimento ad esso ispirato. In merito al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali⁶⁴, una risposta precisa arriva dalla

⁶³ Corte di giustizia, *Zarraga*, cit., par. 69-71. Sul punto, I. CANOR, *My Brother’s Keeper? Horizontal Solange*, cit., p. 410.

⁶⁴ Il tema della compatibilità tra diritti fondamentali e MAE è stato estesamente esplorato nella letteratura accademica prima del Parere 2/2013, talvolta in termini appena più generali, cioè in relazione al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali, di cui il MAE ha costituito la prima, e ancora a tutt’oggi la principale, espressione. La soluzione ampiamente preferita, sia pure a seguito di ricostruzioni in parte differenziate, è stata quella di ammettere il rifiuto di eseguire un MAE se ciò comporti la violazione di un diritto fondamentale della CEDU, in particolare l’art. 3: D. FLORE, *Le mandat d’arrêt européen: première mise en oeuvre d’un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, in *Journal des Tribunaux*, 2002, n. 6050, p. 279; E. SELVAGGI, O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato d’arresto europeo*, in *Cassazione penale*, 2002, n. 2, p. 457; M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d’arresto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, n. 1, pp. 42-44; I. VIARENGO, *Mandato d’arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d’arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, pp. 156-158; P. GARLICK, *The European Arrest Warrant and the ECHR*, in R. BLEXTON, W. VAN BALLEGOIJ (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague, 2005, p. 173; M. PEDRAZZI, *Il mandato d’arresto europeo*, cit., pp. 53-57; A. DAMATO, *Il mandato d’arresto europeo: disciplina europea e legge di attuazione italiana a confronto*, in G. CARELLA (a cura di), *Quaderni 2006. Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, p. 103; N. PARISI, *I diritti fondamentali nell’Unione europea fra mutuo riconoscimento in materia penale e principio di legalità*, in U. DRAETTA, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell’Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei*

sentenza *Aranyosi e Căldăraru*⁶⁵, pronunciata nel quadro di due procedimenti riuniti sull'esecuzione di mandati d'arresto europei (MAE) pendenti dinanzi alla Corte di appello di Brema. Il primo procedimento riguardava un cittadino ungherese, fatto oggetto di due mandati d'arresto processuali⁶⁶ spiccati da un giudice del suo Paese; il secondo, un cittadino rumeno oggetto di un mandato d'arresto esecutivo⁶⁷ di un tribunale della Romania⁶⁸. In entrambi i casi il giudice di Brema dubitava di dover eseguire i MAE nonostante non ricorresse alcuno dei motivi di rifiuto previsti dalla decisione-quadro pertinente, i quali hanno carattere esaustivo⁶⁹. Il timore era che, negli Stati emittenti il MAE, a seguito della consegna gli interessati fossero sottoposti a condizioni di detenzione inumani e degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta⁷⁰. Infatti, la Corte EDU aveva "condannato" l'Ungheria per sovraffollamento delle sue carceri con una "sentenza pilota", essendo stata investita di altre centinaia di ricorsi simili⁷¹. Anche la situazione carceraria in Romania era stata più volte valutata come violazione dell'art. 3 della CEDU da parte della Corte di Strasburgo, per motivi di sovraffollamento nonché per il carattere troppo angusto e sudicio delle celle, prive anche di sufficiente riscaldamento e di acqua calda per la doccia⁷². Inoltre, secondo una relazione del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, la situazione delle carceri rumene in generale non soddisfaceva gli standard minimi previsti dal diritto internazionale⁷³.

Il caso evidenzia dunque un conflitto tra principio di mutua fiducia, *sub specie* del principale istituto attuativo del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali qual è il MAE, e tutela dei diritti fondamentali. La soluzione della Corte è in continuità rispetto alla sentenza *N.S.* nella misura in cui consiste nel disattendere la mutua fiducia, cioè a dire di rinunciare al trasferimento automatico della persona

diritti, Napoli, 2007, pp. 19-20; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 129. Sia anche consentito il rinvio a E. PISTOIA, *La tortura nella "fortezza Europa"*, cit., pp. 258-266.

⁶⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit.

⁶⁶ Nel mandato d'arresto processuale, la consegna dell'interessato è richiesta ai fini della celebrazione di un processo penale a suo carico.

⁶⁷ Nel mandato d'arresto esecutivo, la consegna dell'interessato è richiesta ai fini dell'esecuzione di una sentenza di condanna già pronunciata.

⁶⁸ La sentenza *Aranyosi* non è la prima in tema di rapporti tra MAE e diritti fondamentali, essendo stata preceduta da Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 29 gennaio 2013, *Radu*, causa C-396/11 e da Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11. Diversamente che in questi precedenti, però, in *Aranyosi* la questione della compatibilità con i diritti fondamentali si pone precisamente in relazione alla logica della mutua fiducia, cioè a dire al trattamento cui sarà sottoposto, nello Stato di emissione del MAE, l'individuo che ne è oggetto. Invece, in *Radu* il contrasto tra decisione-quadro istitutiva e diritti fondamentali riguardava la procedura di consegna; in *Melloni*, il procedimento penale sfociato nella sentenza di condanna alla cui esecuzione l'emissione del MAE era preordinata.

⁶⁹ Si tratta di un'interpretazione assolutamente consolidata: nella giurisprudenza pregressa v., *ex multis*, Corte di giustizia, sentenza del 1° dicembre 2008, *Leymann and Pustovarov*, causa C-388/08 PPU, par. 51; Corte di giustizia, Grande Sezione, *Wolzenburg*, cit., par. 57.

⁷⁰ In verità, il giudice remittente aveva evocato "l'art. 3 della CEDU e i diritti fondamentali nonché i principi giuridici generali sanciti dall'articolo 6 TUE": Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 42 e 59. È la Corte a ricondurre correttamente la questione giuridica rivolta all'art. 4 della Carta (par. 74).

⁷¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 43.

⁷² *Ibidem*, par. 60.

⁷³ *Ibidem*, par. 61.

interessata, in presenza di “elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati” che attestino “violazioni sistemiche e generalizzate” nello Stato di destinazione degli individui da trasferire (Stato emittente il MAE).

Sotto altri aspetti, la sentenza *Aranyosi* appare invece un ampliamento di *N.S.*, in una direzione autonoma rispetto all’impostazione dogmatica della Corte EDU ma in concreto sempre più coincidente. In *Aranyosi*, l’automatismo del MAE è infatti parimente fermato sulla base di due diverse tipologie di carenze dello Stato emittente: carenze che “colpiscono determinati gruppi di persone” ovvero “determinati centri di detenzione per quanto riguarda le condizioni di detenzione”. Sembra a chi scrive che questi due ulteriori presupposti della sospensione dell’operatività del principio della mutua fiducia siano coerenti con quello, individuato dalla Corte EDU in modo implicito in *M.S.S.* ed esplicito in *Tarakhel*, del grave rischio individuale corso dall’individuo che deve essere trasferito⁷⁴. Lo sforzo della Corte di giustizia dell’Unione sembra tuttavia quello di tipizzare i presupposti in presenza dei quali la consegna automatica della persona richiesta, e con essa la fiducia nei confronti dello Stato di emissione del MAE, non è dovuta. L’idea, cioè, sembra quella di scongiurare l’accertamento *ad hoc*, ad opera del giudice dello Stato di esecuzione del MAE, riguardo alla situazione di rispetto dei diritti fondamentali nello Stato di emissione. Nell’intento di evitare che l’esecuzione del mandato possa condurre a un trattamento inumano e degradante della persona interessata⁷⁵, la Corte individua insomma due ulteriori situazioni in cui l’esecuzione automatica⁷⁶ deve essere rifiutata in modo parimenti automatico. In tal modo, nonostante al MAE non si dia esecuzione, il *vulnus* alla mutua fiducia viene minimizzato.

Il cuore della sentenza *Aranyosi* è però rappresentato dal fatto di imporre al giudice dell’esecuzione precisamente degli accertamenti individuali. Infatti, la sussistenza di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati comprovanti una delle tre situazioni suddette nello Stato di emissione del MAE – carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono determinati gruppi di persone, vuoi che riguardano determinati centri di detenzione per quanto riguarda le condizioni di detenzione nello Stato in questione – non ha l’effetto di bloccare del tutto l’esecuzione del mandato. La loro presenza impone al giudice dell’esecuzione di acquisire, dall’autorità giudiziaria dello Stato emittente, ulteriori elementi per determinare il rischio concreto di trattamento inumano o degradante nella situazione specifica, utilizzando gli strumenti degli artt. 15, par. 2 e 7 della decisione-quadro istitutiva⁷⁷. Così, l’esecuzione di un MAE per rischio

⁷⁴ L’ampliamento alle ipotesi di rischio individuale dei casi di obbligo di accertamento preventivo della situazione esistente nello Stato di emissione del MAE sembra riconosciuta, nella sentenza *Aranyosi*, anche in N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione*, cit., pp. 450-451, peraltro con preoccupazione rispetto al corretto funzionamento del MAE.

⁷⁵ Questo risultato è recisamente escluso in Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 88.

⁷⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Wolzenburg*, cit., par. 57.

⁷⁷ Si tratta della possibilità di chiedere all’autorità giudiziaria dello Stato emittente di “fornire con urgenza qualsiasi informazione complementare necessaria per quanto riguarda le condizioni di detenzione previste nei confronti dell’interessato in tale Stato membro” (Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 95) ovvero relativa alla “esistenza, nello Stato membro emittente, di eventuali procedimenti e meccanismi nazionali o internazionali di controllo delle condizioni di detenzione” (par. 96). L’autorità giudiziaria di

“qualificato ai sensi della Corte EDU” di violazione dei diritti fondamentali può essere bloccata solo in esito ad accertamenti individualizzati. D’altro canto, l’esito positivo degli stessi deve condurre al *rinvio* dell’esecuzione del MAE, *non già al suo rifiuto*⁷⁸. Infatti, se l’esecuzione di un MAE “non può condurre a un trattamento inumano o degradante” di una persona⁷⁹, la sussistenza di un rischio concreto che tale trattamento possa avere luogo “non può condurre al rifiuto di dare esecuzione a un mandato d’arresto europeo”⁸⁰.

Va osservato che la soluzione di *Aranyosi* è coerente non solo con la giurisprudenza *Saadi* e *Tarakhel* della Corte EDU, come sembra piuttosto evidente, ma anche con la sentenza *M.S.S.* Rispetto a *Saadi* e *Tarakhel* hanno rilievo le carenze nello Stato di emissione del MAE relative alla situazione particolare di gruppi di persone e (limitatamente alla potenziale violazione dell’art. 4 della Carta/art. 3 della CEDU) alle condizioni di detenzione. Nelle due cause suddette, in presenza di un rischio individualizzato, quale in fin dei conti quello prefigurato tramite queste due tipizzazioni, la Corte EDU ha ravvisato la violazione dell’art. 3 perché lo Stato convenuto aveva mancato di ottenere assicurazioni individuali (in *Saadi*)⁸¹ ovvero non ne aveva ottenute di sufficienti (in *Tarakhel*)⁸². Così, laddove formulate da un’autorità competente e in modo circostanziato, le stesse assicurazioni avrebbero ben consentito il trasferimento dell’interessato senza violare la Convenzione. Anche nel caso *M.S.S.*, dove la situazione dei diritti fondamentali dello Stato di destinazione era autorevolmente documentata come grave e sistemica, la violazione dell’art. 3 *par ricochet* sarebbe stata scongiurata in presenza di assicurazioni diplomatiche tempestive e calibrate sul caso individuale⁸³. Si può dunque concludere che, per la Corte EDU in qualunque situazione assicurazioni individuali adeguate soddisfano gli standard della tutela *par ricochet*.

Quanto alla diversità della soluzione individuata in *Aranyosi* rispetto al precedente *N.S.*, al di là delle intenzioni della Corte essa può giustificarsi con la diversità del meccanismo di cooperazione tra gli Stati membri cui i due casi sono relativi: rispettivamente, il MAE e la ripartizione delle richieste di asilo. Effettivamente, tra i due

esecuzione del MAE può fissare un termine per la ricezione delle informazioni suddette, mentre per la loro raccolta può avvenire con l’assistenza dell’autorità centrale dello Stato emittente (par. 97). La richiesta delle informazioni supplementari avviene ai sensi dell’art. 15, par. 2 della decisione-quadro, mentre l’assistenza dell’autorità centrale è prevista dall’art. 7 della medesima. *Ex art.* 15, par. 2, le informazioni dovrebbero però riguardare i motivi di non esecuzione del MAE, le garanzie richiedibili ai sensi dell’art. 5 della decisione-quadro e i requisiti fondamentali del mandato ai sensi dell’art. 8.

⁷⁸ *Ibidem*, par. 98.

⁷⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 88.

⁸⁰ *Ibidem*, par. 91.

⁸¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *Saadi*, cit., par. 147.

⁸² In *Tarakhel*, la Corte ha invero riconosciuto che le autorità italiane avevano informato quelle svizzere circa la struttura dove, se trasferita, la famiglia avrebbe trovato accoglienza (par. 121); tuttavia ha basato la sua conclusione sul fatto che le autorità svizzere non avevano ottenuto da quelle italiane “individual guarantees” che i ricorrenti sarebbero stati trattati in maniera adeguata alla loro situazione specifica (par. 122). In senso critico sul punto, cfr. l’opinione parzialmente dissidente dei giudici Casadevall, Berro-Lefèvre e Jäderblom (*in fine*).

⁸³ Invece le assicurazioni erano pervenute dopo che l’“order to leave the country” era stato spiccato, erano formulate in modo stereotipato e non contenevano riferimenti specifici al ricorrente: Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, *M.S.S.*, cit., par. 354.

atti normativi che disciplinano l'uno (la decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002) e l'altra (allora, il regolamento (CE) 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, c.d. "Dublino II"), si rinviene una differenza che pare rilevante. Si tratta della "clausola di compatibilità" contenuta nell'art. 1, par. 3, della decisione-quadro⁸⁴, similmente peraltro a tutti gli altri strumenti normativi relativi al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali. Secondo questa clausola, l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali "quali sanciti segnatamente dalla Carta" *non può essere modificato* dalla decisione-quadro. Tale disposizione sembra consentire solo limitatamente un bilanciamento tra mutua fiducia e disposizioni della Carta, perché impone la soccombenza delle disposizioni della decisione-quadro che alla mutua fiducia danno attuazione, con il solo freno dell'interpretazione restrittiva delle deroghe stabilite a quest'ultimo riguardo.

Concludendo: l'esecuzione di un MAE richiede la previa valutazione individuale del rischio – cioè a dire l'accantonamento del principio della mutua fiducia – sia in presenza di elementi qualificati che attestino violazioni gravi e sistemiche dei diritti fondamentali nello Stato membro cui la fiducia è dovuta, sia in presenza di seri rischi specifici per la persona in procinto di essere consegnata a tale Stato.

5. ... e nella prassi sui "trasferimenti Dublino"

Successivamente al Parere 2/2013, la Corte di giustizia ha avuto occasione di statuire sul comportamento da adottare in presenza di un rischio individualizzato di trattamenti inumani e degradanti nello Stato di destinazione anche in relazione ai c.d. trasferimenti Dublino, cioè a dire al rinvio di un richiedente asilo, da parte dello Stato ricevente la richiesta, nello Stato membro che avrebbe competenza a esaminarla secondo il regolamento pertinente. Nella sentenza *C.K.*, siffatto rischio individualizzato atteneva alla particolare vulnerabilità dei richiedenti sotto il profilo sanitario: la prima ricorrente infatti, incinta con gravidanza a rischio certificata al momento dell'arrivo, aveva quindi partorito e soffriva dal parto di difficoltà psichiatriche, tanto da esserle stata diagnosticata una depressione *post partum* con tendenze suicide periodiche. Secondo la valutazione dei medici, il suo cattivo stato di salute mentale derivava principalmente dall'incertezza della sua situazione e dallo stress che ne derivava. Quanto alla situazione dell'accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato in cui i richiedenti dovevano essere trasferiti, la Croazia, non solo questa non evidenziava carenze sistemiche neppure con specifico riferimento all'accesso alle cure sanitarie, ma disponeva di un centro destinato alle persone vulnerabili. Le autorità croate avevano inoltre rassicurato quelle dello Stato che doveva

⁸⁴ L'art. 1, par. 3, della decisione-quadro sul MAE è richiamato in Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 83, cui sono collegate le considerazioni sul contenuto dell'art. 4 della Carta (parr. 84-87) e sulla sua interpretazione nel caso specifico (parr. 88-90). La quasi totalità delle ricostruzioni dottrinali pubblicate prima della giurisprudenza *N.S.* e del Parere 2/2013 fondavano sull'art. 1, par. 3, la conclusione favorevole alla compatibilità della decisione-quadro sul MAE rispetto ai diritti fondamentali: v. *supra*, nota n. 63.

effettuare il trasferimento (la Slovenia) in ordine al fatto che i ricorrenti avrebbero beneficiato dei trattamenti medici necessari⁸⁵. Ebbene, secondo la Corte di giustizia, il trasferimento avrebbe potuto avere luogo solo dopo che le autorità dello Stato che doveva procedervi avessero “eliminato qualsivoglia dubbio serio relativo all’impatto del trasferimento sullo stato di salute dell’interessato, adottando le precauzioni necessarie” affinché questo si svolgesse in condizioni tali da “tutelare in modo adeguato e sufficiente lo stato di salute” degli interessati⁸⁶.

Non sembra ci sia modo di ricostruire questa soluzione in modo compatibile con la sentenza *N.S.* La Commissione, del resto, facendo affidamento sull’art. 3, par. 2 del regolamento “Dublino III”, modificato proprio a seguito di tale sentenza, ha argomentato nel senso che l’obbligo di trasferimento del richiedente non potesse essere disatteso nel caso di specie, dove lo Stato competente non evidenziava carenze sistemiche nel sistema di accoglienza⁸⁷. La compatibilità con la giurisprudenza precedente è invece rivendicata dalla Corte stessa, sulla base di due considerazioni che tuttavia non convincono pienamente⁸⁸. La principale è relativa al fatto che i casi precedenti⁸⁹ riguardavano la presenza, nello Stato dove il richiedente asilo doveva essere trasferito, di violazioni sistemiche, per cui di necessità la Corte avrebbe individuato solo questo presupposto quale motivo di sospensione dei “trasferimenti Dublino”. Sennonché, come si è visto, *N.S.* contiene un *obiter dictum*, il quale per giunta ha ricevuto esplicita conferma nel Parere 2/2013. Il secondo argomento della Corte riguarda il fatto che il regolamento “Dublino III”, applicabile nel caso *de quo*, differisce per alcuni aspetti essenziali dal regolamento “Dublino II”, applicato in precedenza⁹⁰. Questo argomento non convince in quanto le nuove disposizioni di “Dublino III” vuoi riguardano aspetti per nulla pertinenti alla situazione specifica (è il caso degli artt. 27 e 29), vuoi si limitano a ribadire obblighi già esistenti mancando per giunta di natura precettiva (è il caso dei considerando 32 e 39): pertanto, esse non sembrano decisive al fine di orientare l’interpretazione del regolamento in senso conforme all’art. 4 della Carta⁹¹, fine perseguibile semplicemente in presenza di un margine di flessibilità nelle disposizioni da interpretare e applicare. Questo margine era già presente nel regolamento “Dublino II”, come meglio si vedrà nel prossimo paragrafo.

6. Dai sillogismi astratti alle conclusioni dell’analisi

⁸⁵ Corte di giustizia, *C.K.*, cit., par. 71.

⁸⁶ *Ibidem*, par. 96.

⁸⁷ *Ibidem*, par. 91.

⁸⁸ *Ibidem*, par. 94.

⁸⁹ Sembra peraltro curioso che la Corte tracci un parallelo con la sentenza *Abdullahi* (cit.), la quale fa rinvio a *N.S.*, e non direttamente con *N.S.*, considerato che le circostanze di fatto e di diritto della causa *C.K.* si collegano con quelle di *N.S.* piuttosto che con quelle di *Abdullahi*.

⁹⁰ Corte di giustizia, *C.K.*, cit., par. 94, mentre le disposizioni del regolamento Dublino III che costituirebbero una differenza determinante rispetto a Dublino II sono illustrate nei parr. 62-64.

⁹¹ Sul rilievo di quest’obbligo in *C.K.* v. il paragrafo successivo.

Come risulta dall'analisi precedente, la mutua fiducia è un principio che trova espressione in alcune disposizioni dei Trattati, essendo però presupposto dagli stessi. Sembra così appropriato non attribuirgli rango di diritto primario *tout court*. Come dimostra la collocazione delle osservazioni ad esso relative nel Parere 2/2013, va accostato a quei principi di diritto non scritto che definiscono i tratti fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, cioè a dire l'autonomia di quest'ultimo. Altri principi del medesimo genere sono il primato, l'effettività, l'autonomia del diritto dell'Unione e forse anche il principio di leale cooperazione degli Stati rispetto all'UE. Si ricordi in qual modo il rilievo del principio del primato nell'ordinamento UE è definito in *Melloni*: “una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione”⁹². Per il primato, ciò significa che “il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato”⁹³. Questo risultato è raggiunto escludendo soluzioni interpretative di una norma della Carta (l'art. 53), letteralmente fondate⁹⁴, a favore di un'altra, risultata invece coerente con il contenuto del principio: infatti, nel caso in questione lo Stato membro avrebbe invocato disposizioni nazionali di rango costituzionale sulla base dell'art. 53 suddetto. Il primato è così stato utilizzato come canone interpretativo del diritto primario (la Carta per l'appunto, che è tale per effetto dell'art. 6, par. 1 del TUE)⁹⁵.

Alla stessa metodologia si può in principio fare strada riguardo alla mutua fiducia. Quale “caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione”, cioè, essa può orientare tanto l'interpretazione dell'art. 52, par. 3, quanto quella dell'art. 51, par. 1, della Carta. Sotto il primo profilo, il Parere 2/2013 farebbe assurgere la mutua fiducia sostanzialmente al ruolo di un limite posto dall'ordinamento dell'UE all'assorbimento di contenuti normativi esterni al sistema. L'aderenza della Carta alla CEDU si realizzerebbe cioè fintantoché le caratteristiche essenziali dell'ordinamento dell'Unione siano fatte salve⁹⁶. Sotto il secondo profilo, grazie alla mutua fiducia l'obbligo degli Stati di

⁹² Corte di giustizia, Grande Sezione, *Melloni*, cit., par. 59.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Si tratta dell'interpretazione che legittima i c.d. controlimiti, perlomeno nell'ambito di applicazione esclusiva del diritto nazionale: J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *Common Market Law Review*, 2001, n. 5, pp. 1176 e 1199. Per una critica v. C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013, pp. 58-59.

⁹⁵ Sul punto v. specialmente N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, 2013, n. 4, p. 1093. A favore dell'interpretazione dell'art. 53 della Carta adottata dalla Corte in *Melloni* v. C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo*, cit., pp. 57, 59-61. Per un approfondimento dell'impostazione della Corte, S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, pp. 472-482.

⁹⁶ Questa interpretazione dell'art. 52, par. 3 della Carta avrebbe implicazioni decisive sulla dottrina della protezione equivalente della Corte EDU (elaborata nella sentenza *Bosphorus*), cioè a dire sulla rinuncia di questa Corte a sindacare alla luce della Convenzione i comportamenti degli Stati membri dell'Unione quando questi costituiscano attuazione di norme UE che privino gli Stati stessi di ogni discrezionalità. La sentenza *Avotīņš* ha infatti chiarito che, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la valutazione del carattere equivalente, rispetto alla CEDU, della protezione dei diritti fondamentali assicurata nel quadro

rispettare la Carta nel dare attuazione al diritto dell'Unione non potrebbe giungere al punto che gli stessi debbano disattendere completamente gli obblighi derivanti dalle disposizioni che costituiscono espressione del principio in questione, qualunque rango queste abbiano.

Il secondo profilo è particolarmente delicato perché non potrebbe assolutamente risolversi nella soccombenza *tour court* della Carta dinanzi agli obblighi dovuti alla mutua fiducia. Ciò è vero in particolar modo con riferimento all'inviolabilità della dignità umana e al divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani o degradanti, poiché costituiscono “uno dei valori fondamentali dell'Unione e dei suoi Stati membri”⁹⁷. La considerazione precedente ha però senz'altro una valenza generale. Infatti, un atto di diritto secondario in contrasto con i diritti fondamentali della Carta, è un atto invalido quand'anche costituisca attuazione della mutua fiducia o più specificamente del mutuo riconoscimento⁹⁸, a meno che non lasci agli Stati membri un margine di discrezionalità utilizzabile al fine di scongiurare un'applicazione in contrasto con tali diritti⁹⁹. Tanto in *N.S.* e in *C.K.*, quanto in *Aranyosi*, ha così avuto importanza fondamentale che l'atto costituente espressione del principio consentisse agli Stati interessati di disattendere l'obbligo di consegna. Mentre di *C.K.* si è già detto, in *N.S.* ciò è stato reso possibile dall'esistenza di altri criteri per la determinazione dello Stato competente a valutare la richiesta di asilo, il cui esame lo Stato impossibilitato a trasferire il richiedente sulla base del primo criterio venuto in rilievo doveva proseguire¹⁰⁰; è inoltre stata evocata la regola per cui quando lo Stato competente per l'esame della domanda di asilo non può essere designato sulla base dei criteri suddetti, è competente a tale esame il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata¹⁰¹; infine, la clausola di sovranità, cioè a dire la facoltà in ogni caso di ciascuno Stato membro di esaminare una domanda di asilo anche se tale esame non gli compete¹⁰², ha operato da norma di chiusura autenticamente capace di mettere al riparo lo Stato membro dal conflitto tra obblighi¹⁰³, e contestualmente di

dell'Unione, poggia in modo decisivo sull'art. 53, par. 2: Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Avotiņš*, cit., par. 103.

⁹⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 87; Corte di giustizia, *C.K.*, cit., par. 59.

⁹⁸ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 3 maggio 2007, *Arbitragehof*, causa C-303/05.

⁹⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03, par. 104, peraltro in continuità con la giurisprudenza pregressa sul contrasto tra atti di diritto secondario e principi generali di diritto non scritto in tema di diritti fondamentali. Sugli obblighi interpretativi degli Stati secondo la sentenza citata, F. MACRÌ, *La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, n. 4, pp. 811-813.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, *N.S.*, cit., par. 96 e 107. Il punto è sottolineato da I. CANOR, *My Brother's Keeper? Horizontal Solange*, cit., p. 392.

¹⁰¹ *Ibidem*, par. 97.

¹⁰² *Ibidem*, par. 96 e 107.

¹⁰³ La clausola di sovranità è infatti equiparata a una clausola di compatibilità in M. MARCHEGIANI, *Regolamento “Dublino II” e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n. 2, p. 363. L'A. mette in evidenza come la discrezionalità statale introdotta nel “sistema di Dublino” dalla clausola di sovranità è l'elemento che, nella sentenza *M.M.S.*, ha consentito alla Corte EDU di escludere l'applicazione della dottrina della protezione equivalente e, di conseguenza, di valutare il comportamento statale alla luce della CEDU: *ibidem*, p. 362.

“salvare” il regolamento di Dublino dall’invalidità per contrasto con l’art. 4 della Carta. In *Aranyosi*, l’incompatibilità tra obbligo di consegnare la persona oggetto di MAE e quello di tutela *par ricochet* dai trattamenti e pene inumani e degradanti è stata scongiurata dall’art. 1, par. 3 della decisione-quadro sul MAE, che costituisce una vera e propria clausola di subordinazione facente eco al diritto internazionale dei trattati¹⁰⁴. A questo riguardo, va dato conto dell’orientamento adottato dalla Corte circa i meccanismi di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie civili, i quali non lasciano alcun margine di discrezionalità ai giudici nazionali richiesti di provvedere al riconoscimento o all’esecuzione di tali decisioni.

La considerazione precedente, per cui l’interpretazione dell’art. 51, par. 1 della Carta orientata alla preservazione della mutua fiducia non si risolve assolutamente nella soccombenza *tour court* della Carta medesima dinanzi agli obblighi a essa riconducibili, si fonda anche su un secondo elemento: l’obbligo di interpretare il diritto dell’UE in senso conforme alla Carta¹⁰⁵. A quest’obbligo si deve anzitutto, nella sentenza *N.S.*, che la presunzione sul rispetto dei diritti fondamentali da parte dello Stato di destinazione, connaturata al principio di mutua fiducia, abbia carattere relativo e non assoluto: “un’applicazione del regolamento n. 343/2003 sulla base di una presunzione assoluta che i diritti fondamentali del richiedente asilo saranno rispettati nello Stato membro di regola competente a conoscere della sua domanda è *incompatibile con l’obbligo degli Stati membri di interpretare e di applicare il regolamento n. 343/2003 in conformità ai diritti fondamentali*”¹⁰⁶. L’obbligo di interpretazione conforme ai diritti fondamentali è stato utilizzato anche, in *N.S.*, con riferimento alla clausola di sovranità¹⁰⁷. Nell’economia del regolamento, questa non era infatti preordinata a mettere al riparo i richiedenti protezione internazionale da gravi rischi di violazione dei loro diritti fondamentali negli Stati in cui avrebbero dovuto essere trasferiti. Grazie al fatto che le sue condizioni di applicazione non erano specificate, la Corte ha potuto utilizzarla allo scopo¹⁰⁸. In *C.K.*, l’obbligo di interpretazione conforme alla Carta è stato esteso agli artt. 31 e 32 del regolamento

¹⁰⁴ Cfr. M. GUIDI, *I rapporti tra il diritto dell’UE e alcune convenzioni internazionali alla luce delle disposizioni di “coordinamento” previste negli atti del titolo VI*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2009, n. 3, p. 646. La clausola è infatti stata pensata quando la cooperazione penale era attuata nel quadro del Terzo pilastro, avente carattere (parzialmente) intergovernativo, e si giustificava anche con riferimento alla CEDU, cioè a dire di un trattato internazionale formalmente estraneo all’ordinamento giuridico dell’Unione.

¹⁰⁵ Cfr. ad esempio Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 16 luglio 2015, *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan*, causa PPU, par. 53 e 54. La Corte enuncia quest’obbligo di interpretazione conforme alla Carta anche allo scopo di limitare ai casi di radicale incompatibilità le declaratorie di invalidità degli atti di diritto secondario per contrasto con la stessa Carta.

¹⁰⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, *N.S.*, cit., par. 99.

¹⁰⁷ *Ibidem*, par. 106-108.

¹⁰⁸ Prima della CGUE, la Corte EDU aveva sottoposto la clausola di sovranità dell’art. 3, par. 2 del regolamento “Dublino II” ad analogo sforzo interpretativo: cfr. M. MARCHEGANI, *Regolamento “Dublino II” e Convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 363-364, che proprio in relazione al profilo evidenziato nel testo esprime dubbi sulla sostenibilità dell’interpretazione adottata (la stessa poi utilizzata dalla CGUE in *N.S.*) nel contesto dell’ordinamento dell’Unione. Sulla “neutralità” della clausola di sovranità rispetto alle finalità perseguite dallo Stato chiamato a esaminare la domanda di asilo, M. MARCHEGANI, *Sistema di Dublino*, cit., p. 163.

“Dublino III”, che impongono allo Stato che procede al trasferimento di comunicare allo Stato competente le informazioni relative allo stato di salute del richiedente asilo secondo la modulistica predisposta: per la Corte, questi strumenti vanno utilizzati per informare lo Stato competente del fatto che il richiedente asilo esige cure e assistenza medica all’arrivo, nonché di tutti gli aspetti attinenti alle cure che dovrà ricevere in futuro¹⁰⁹. Infine, come si è visto in *Aranyosi* hanno avuto un rilievo decisivo gli artt. 7 e 15 della decisione-quadro: essi hanno fornito gli strumenti concreti per compiere gli accertamenti necessari a non contravvenire all’obbligo di protezione *par ricochet* nella situazione specifica, pur non essendo stati pensati allo scopo¹¹⁰.

Fatte le due precisazioni suddette sulla possibile valenza del principio di mutua fiducia quale limite interpretativo dell’art. 51, par. 1, della Carta, va ancora osservato che, sempre nell’ottica di affermare questo principio come caratteristica essenziale dell’ordinamento dell’Unione, l’art. 51, par. 1 dovrebbe raccordarsi con l’art. 52, par. 3 come inteso alla luce di tale caratteristica. Si dovrebbe cioè ammettere che gli Stati siano vincolati a rispettare la Carta nei limiti in cui questa può aderire alla CEDU, limiti definiti per l’appunto in funzione della necessità di preservare le caratteristiche essenziali dell’ordinamento dell’Unione.

Ad ogni modo, il diritto secondario deve conformarsi sia al principio di mutua fiducia sia alla Carta. È dunque principalmente ad esso che spetta individuare gli equilibri tra parametri normativi potenzialmente confliggenti.

7. Considerazioni finali sull’“intruso”

Le sentenze *Aranyosi* e *C.K.* dimostrano che, a onta del *dictum* del Parere 2/2013, la mutua fiducia può convivere con la verifica del rispetto dei diritti fondamentali ad opera dello Stato membro cui invece, in linea di principio, gli altri dovrebbero fiduciarla. Non solo: i presupposti in presenza dei quali la verifica è dovuta sono omogenei a quelli richiesti dalla CEDU nel quadro della tutela *par ricochet*. Vi è ancora di più: già in *Aranyosi*, ma soprattutto in *C.K.*, l’omogeneità delle disposizioni della Carta rispetto a quelle corrispondenti della CEDU è assicurata attraverso l’utilizzo, da parte della Corte di giustizia, della giurisprudenza della Corte EDU, sulla base della clausola di aderenza dell’art. 52, par. 3 della Carta. Nell’interpretazione di quest’ultima non sembra aver avuto peso il fatto che la mutua fiducia sia una “caratteristica essenziale dell’ordinamento dell’Unione”.

Davvero, dunque, il principio della mutua fiducia è di impedimento all’adesione dell’Unione alla CEDU? O, come sembra essere emerso dall’analisi precedente, nonostante il *dictum* del Parere 2/2013 potesse trovare un accomodamento nell’interpretazione sistematica delle norme “costituzionali” su cui aveva un impatto

¹⁰⁹ Corte di giustizia, *C.K.*, cit., par. 82 e 83.

¹¹⁰ Si veda la nota n. 76.

diretto (gli artt. 52, par. 3 e 51, par. 1 della Carta), la giurisprudenza successiva ha segnato il suo ripensamento¹¹¹?

In effetti, in modo particolare nella sentenza *C.K.*, in presenza di un rischio attinente alla situazione personale degli interessati la mutua fiducia viene meno in modo automatico e le verifiche cui le autorità statali impegnate al trasferimento divengono obbligate sono puntuali¹¹². Ciò significa che le sentenze successive hanno addirittura capovolto l'impostazione espressa nel Parere, sancendo la rinuncia alla mutua fiducia in modo totale¹¹³?

Giova anzitutto ricordare che le situazioni in cui le verifiche individuali sono dovute, al fine di assicurare la tutela dei diritti fondamentali, costituiscono eccezioni: è con questo argomento, peraltro, che la Corte di giustizia sostiene la piena compatibilità della soluzione del caso *C.K.* con il principio in discussione¹¹⁴. Volendo poi approfondire l'impatto di siffatte eccezioni sul ruolo della mutua fiducia nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sembra di poter concludere che esse non determinino una rinuncia alla mutua fiducia, bensì individuino una nuova frontiera della compatibilità di questo principio con la tutela dei diritti fondamentali nelle situazioni problematiche. Infatti, l'esistenza di un pericolo serio che un individuo, per dare seguito alla mutua fiducia, sia esposto alla violazione di propri diritti fondamentali non determina il blocco definitivo, nel caso specifico, del meccanismo di cooperazione *de quo*: vuoi il MAE, vuoi altri strumenti di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali, vuoi i "trasferimenti Dublino". Il meccanismo in questione viene dilazionato nel tempo, ma l'obbligo di trasferimento permane¹¹⁵. Nella logica del Parere 2/2013, ciò non può far dimenticare il fatto che si sia rinunciato alla mutua fiducia: il trasferimento infatti avrà luogo, se mai lo avrà, in seguito a ripetute verifiche *ad hoc*. Se si pensa però che a tale trasferimento si potrà procedere solo quando sia venuto meno il rischio serio di violazioni nello Stato di destinazione, è evidente che la permanenza dell'obbligo di trasferire in effetti si traduce in una pressione notevole su questo Stato, che dovrà fare ogni sforzo per renderlo possibile. Nella migliore delle ipotesi questa pressione indurrà a miglioramenti

¹¹¹ È significativo al riguardo che la sentenza *C.K.* sottolinei che il contenuto dell'art. 4 della Carta corrisponde a quello dell'art. 3 della CEDU in modo tale che "il suo senso e la sua portata sono, conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, *gli stessi che conferisce detta convenzione*": Corte di giustizia, *C.K.*, cit., par. 67 (corsivo aggiunto).

¹¹² Corte di giustizia, *C.K.*, cit., par. 76. Per rendere l'idea della distanza tra le affermazioni della sentenza *C.K.* e la nozione di mutua fiducia espressa nella sentenza *N.S.*, basti ricordare l'enfasi posta sulla distinzione tra la nozione di carenze sistemiche in presenza delle quali è possibile disattendere l'obbligo di trasferimento secondo *N.S.*, da un lato, e la mera violazione di un diritto fondamentale nello Stato di destinazione, che invece in *N.S.* non fa venire meno tale obbligo, dall'altra: K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition*, cit., p. 546. Secondo l'A., in assenza di tale distinzione (scomparsa in *C.K.*!) "the principle of mutual trust would become *devoid of purpose*" (corsivo aggiunto). In letteratura non sono mancate valutazioni ancora più radicali, che ravvisano già in *N.S.* una trasformazione profonda del meccanismo istituito con il regolamento di Dublino a causa dell'accantonamento dell'automatismo nei trasferimenti: così I. CANOR, *My Brother's Keeper? Horizontal Solange*, cit., pp. 392-393.

¹¹³ Va sottolineato che, in *C.K.*, la Corte tiene a specificare che l'interpretazione fornita "rispetta pienamente il principio della fiducia reciproca": *ibidem*, par. 95.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi*, cit., par. 80.

complessivi della situazione nello Stato interessato, nella peggiore a trattamenti preferenziali a favore delle persone interessate dall'attuazione degli obblighi europei, sulla falsariga della discriminazione alla rovescia, che però a lungo andare, e unitamente ad altri strumenti, potrà condurre a buoni frutti. Così, in casi del genere l'automatismo, possibile grazie alla presunzione del rispetto dei diritti fondamentali ad opera dello Stato di destinazione, si trasforma in un processo, finalizzato ad assicurare il rispetto degli stessi diritti in situazioni critiche. La necessità cioè di affermare i meccanismi di cooperazione legati alla mutua fiducia anche quando questa va sospesa conduce al ripristino dei presupposti della mutua fiducia stessa: è questa la nuova frontiera della sua compatibilità con l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali cui si faceva cenno¹¹⁶.

La dinamica appena illustrata non è principio riproponibile nella cooperazione giudiziaria civile, dove il cortocircuito tra protezione dei diritti fondamentali e mutua fiducia, *sub specie* di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, si verifica riguardo a violazioni già avvenute nello Stato di origine delle decisioni *de quo*. Sarà dunque interessante verificare se e come la Corte di giustizia potrà adeguarsi all'orientamento assunto dalla Corte EDU in *Avotiņš*.

ABSTRACT: Il Parere 2/2013 impone di considerare lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione rispetto alla Carta dei diritti fondamentali poiché la sua incompatibilità con gli obblighi di protezione *par ricochet* derivanti dalla CEDU costituisce uno dei motivi ostativi all'adesione alla Convenzione, mentre d'altro canto tali diritti sono parimenti previsti nella Carta e questa ha "lo stesso valore giuridico dei Trattati". Il saggio persegue questo compito esaminando dapprima la giurisprudenza che evidenzia l'incompatibilità del principio rispetto agli obblighi convenzionali quali ricostruiti dalla Corte EDU, per poi soffermarsi su sentenze più recenti che invece smussano ovvero addirittura ricompongono l'incompatibilità suddetta. Si giunge così a concludere che la Corte UE in effetti non sembra aver attribuito al principio della mutua fiducia uno status superiore rispetto alla Carta. Si cerca infine di individuare il modello di compatibilità tra mutua fiducia e diritti fondamentali che appare prevalente nella giurisprudenza recente.

KEYWORDS: Mutua fiducia – mutuo riconoscimento – diritti fondamentali – tutela *par ricochet* – automatismi nella consegna di persone tra Stati membri.

¹¹⁶ È dunque possibile affrancare i diritti fondamentali dall'angusta prospettiva di *limite* alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, per riconoscere loro il giusto ruolo di elementi costitutivi dello stesso: A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (cooperazione giudiziaria in materia penale)*, in A. SCALFATI (a cura di), *Digesto del processo penale*, Padova, 2012, p. 16.

IDENTIFYING THE *STATUS* OF THE PRINCIPLE OF MUTUAL TRUST IN THE EU LEGAL ORDER ACCORDING TO THE CASE-LAW OF THE EU COURT OF JUSTICE: IS THERE AN ODD ONE OUT?

ABSTRACT: Following Opinion 2/2013, in the Union's legal order the status of the principle of mutual trust versus the Charter of fundamental rights should be reconsidered: the Opinion holds that the principle's incompatibility with the ECHR's obligations to protect fundamental rights *par ricochet* is a major obstacle to the Union's accession to the Convention, whereas fundamental rights are equally laid down in the Charter, which shares the same legal value of the Treaties. The essay deals with the matter by analyzing first the Court's judgement that reveals the incompatibility between mutual trust and fundamental rights as featured in the case-law of the ECtHR. Next, it discusses the growing role of fundamental rights in the later judgments of the Luxembourg Court in mutual trust cases, to conclude that, put to test, mutual trust seems far from ranking higher than the Charter. The terms of the actual compatibility between mutual trust and fundamental rights are ultimately identified.

KEYWORDS: Mutual Trust – Mutual Recognition – Fundamental Rights – Protection *par ricochet* – automatic transfer of individuals between Member States.