

LABORATORIO DIDATTICO

FRANCESCO CAMPLANI

Mandato d'arresto europeo e problemi di ragguglio (tra custodia preventiva all'estero e pena da scontare in Italia)

SOMMARIO: 1. I differenti metodi di recepimento del principio della deducibilità della custodia - 2. Il recepimento del principio in Germania. Il contesto ordinamentale - 2.1. Enunciazioni sostanziali e processuali del principio - 2.2. Il *pendant* esecutivo - 2.3. Le possibili limitazioni degli effetti del principio - 2.4. La deducibilità nel caso di richiesta di consegna per pluralità di reati - 2.5. La determinazione materiale della deduzione - 2.6. La cognizione degli organi giudicanti - 2.7. Qualche notazione sulla procedura e sugli atti - 2.8. Sull'identità del fatto dedotto nel mandato e nell'atto di custodia - 3. Nuovi orientamenti giurisprudenziali sulla determinazione della deduzione - 4. Conclusioni.

1. I differenti metodi di recepimento del principio della deducibilità della custodia

La flessibilità che caratterizza gli strumenti normativi di armonizzazione -quali sono sia le direttive, che (in misura ancor maggiore) le decisioni-quadro- concede ai singoli ordinamenti degli Stati membri un più o meno ampio spazio di libertà per quanto riguarda il recepimento e l'attuazione delle discipline comuni nel contesto del proprio ordinamento.

Da questo punto di vista non fa eccezione la decisione-quadro 2002/584/GAI, la quale è stata recepita dai diversi ordinamenti statali con differenze talora molto evidenti, sia per quanto riguarda aspetti di "tecnica normativa" che per quanto concerne i principi generali della direttiva ed il contenuto delle singole disposizioni¹.

Ciò vale anche per il principio della deducibilità della custodia cautelare sofferta all'estero in esecuzione del mandato d'arresto europeo, previsto dall'art. 26 della direttiva: infatti, in alcuni ordinamenti, analogamente a quanto ha fatto il legislatore italiano con l'art. 33 l. 22 aprile 2005, n. 69, si è preferita l'emanazione di disposizioni *ad hoc*, solitamente contenute in atti legislativi di recepimento dedicati al mandato d'arresto europeo: è il caso, ad esempio, dell'art. 20, co. 5, della legge spagnola (*Ley* 3/2003), nonché dell'art. 33 della legge greca (l. 3251/2004). Tale soluzione, nelle intenzioni dei legislatori nazionali, andava probabilmente a sottolineare un tentativo di individuare il MAE come istituto dotato - almeno in parte - di caratteri di indipendenza logica ed ontologica rispetto all'estradiizione². Orientamento che, essenzial-

¹ Per la ricognizione delle leggi nazionali di recepimento della decisione quadro 2002/584/GAI si fa riferimento a PECORELLA, DE MATTEIS, *Leggi di recepimento del mandato d'arresto europeo da parte dei 27 Paesi UE*, Milano, 2008.

² Sul punto, per quanto riguarda il dibattito in seno alla nostra dottrina, si può far riferimento a quanto riportato da DE AMICIS nel commento all'art. 33 legge n. 69 del 2005 in LATTANZI, LUPO, *Codice di*

mente, si pone nel solco di quanto vigorosamente dichiarato dal quinto considerando della decisione-quadro – il cui primo periodo, senza mezzi termini, afferma che «l'obiettivo dell'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia comporta la soppressione dell'extradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie»³ – ma che, come viene spiegato più diffusamente in uno dei lavori collegati al presente, sembra essere solo in minima parte avallato dalla sent. 143 del 2008 della nostra Corte costituzionale⁴; in ogni caso, non è pacifico in dottrina⁵. Anche per questo, d'altronde, risulta particolarmente interessante il confronto con una soluzione adottata in altri ordinamenti che, da tanti punti di vista, si può considerare opposta: in tali Stati membri si è optato per un recepimento formalmente parziale della decisione quadro – senza regolare, ovvero, l'intera materia del mandato d'arresto europeo nel provvedimento legislativo apposito – facendo, per alcuni principi, riferimento ad istituti già presenti nell'ordinamento nazionale con riguardo ad altri istituti – *in primis*, all'extradizione; se non direttamente ai principi in materia di custodia cautelare – spesso ricorrendo a leggi di recepimento formate da pochi articoli volte ad interpolare atti normativi “di sistema” riguardanti la materia processualpenalistica: in tal maniera, si è voluta sottolineare con maggior vigore la relazione di

Procedura Penale, Rassegna di dottrina e di giurisprudenza, XI, Milano, 2012, 287. Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, si può far riferimento al preambolo della *Ley 3/2003*, la cui traduzione è disponibile in PECORELLA, DE MATTEIS, *Leggi di recepimento*, cit.

³ Si segnala che anche il considerando n. 7 parla di «(...) obiettivo di sostituire il sistema multilaterale di estradizione creato sulla base della convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 (...)». La presenza di tale volontà di sostituzione è ravvisata con chiarezza anche da CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, Parte istituzionale*, Torino-Milano 2009, 773; LOZZI, *Lezioni di Procedura Penale*, Torino, 2012, 857.

⁴ Si fa riferimento ad un passaggio del ritenuto in fatto- «Tale disposizione si configurerebbe, difatti, come norma speciale rispetto all'art. 722 c.p.p., recando una disciplina completa del computo della custodia cautelare all'estero: una disciplina in parte sovrapponibile a quella della citata disposizione codicistica, nel testo anteriore alla sentenza n. 253 del 2004; e in parte più ampia di essa, laddove richiama anche l'art. 657 c.p.p., in tema di computo della custodia cautelare in fase di esecuzione. Si tratterebbe, di conseguenza, di una norma non suscettibile di “integrazioni esogene” ad opera del medesimo art. 722 c.p.p.»- successivamente parzialmente avallato nel secondo capo della motivazione.

⁵ Data la notevole varietà delle sfumature delle opinioni espresse in dottrina, si dà conto in questa nota di quelle che si attestano su posizioni più nette ed antitetiche; alla fine del lavoro (cfr. nota n. 75) si prenderà posizione per quelle che esprimono posizioni di sintesi fra gli opposti. Fra le opinioni contrarie a ravvisare una forma di indipendenza fra i due strumenti, anche ed esplicitamente in relazione al principio della deducibilità della custodia cautelare sofferta all'estero, cfr. SELMI, Sub art. 33, in *Il mandato d'arresto europeo. Commento alla l. 69/2005*, a cura di Chiavario, Torino, 2006. Fra le opinioni favorevoli, CAIANELLO, *La custodia cautelare all'estero, Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di Bargis-Selvaggi, Torino 2005, 212; SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINO, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, a cura di Di Chiara, Patanè, Siracusano, Milano, 2013, 934 s.

discendenza logica ed ontologica dell'istituto del mandato d'arresto europeo rispetto all'extradizione. Tale relazione viene peraltro ulteriormente sottolineata dall'utilizzo della medesima terminologia descrittiva del fenomeno estradizionale.

È il caso della Francia la quale, con la propria legge di recepimento (*Loi* 9 marzo 2004, n. 204, contenente norme sulla “*adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*”), ha interpolato il quarto libro del *code de procédure pénale*, facendo riferimento, per la deducibilità della custodia cautelare sofferta all'estero, alle norme in materia di computo della pena, in particolare agli artt. 721 ss.

Una strada analoga era stata originariamente seguita dalla Repubblica d'Austria: l'ordinamento di tale Stato membro, infatti, pur avendo formalmente recepito il MAE nel contesto di un atto legislativo dedicato alla ricezione di tutti gli istituti di collaborazione giudiziale fra Stati membri dell'Unione Europea - lo *Europäisches Justizellezusammenarbeitgesetz* (abbr. EU-JZG) del 30 aprile 2004 - in merito alla determinazione della pena da scontare (quindi, anche a seguito della deducibilità del periodo di custodia sofferto all'estero in esecuzione del MAE) faceva riferimento, tramite il §41, co. 2, alle prescrizioni del codice di rito riguardanti la custodia cautelare preventiva [*Untersuchungshaft*]. A seguito di una serie di riforme intervenute fra il 2011 ed il 2013, tuttavia, il legislatore austriaco ha preferito inserire la disciplina della materia nel contesto della cornice dello EU-JZG: il principio in esame, pertanto, è attualmente regolato dal combinato disposto dei §§ 40, n. 10 e 42, co. 1,⁶ ai sensi della cui netta previsione «Nella misura in cui nello Stato di esecuzione si sia iniziato con l'esecuzione della pena o con la concessa misura preventiva limitativa della libertà personale, la loro ulteriore prosecuzione nel territorio dello Stato è inammissibile»⁷.

La medesima strada è stata percorsa - seppur con alcune differenze da un punto di vista formale - dall'ordinamento della Germania, il quale sarà oggetto di approfondito esame nel seguito di questo lavoro.

Esistono inoltre casi di ordinamenti che hanno praticato delle soluzioni intermedie, come quello del Regno Unito: in quest'ultimo Stato membro si è emanato un apposito atto di riforma dell'istituto estradizionale (lo *Extradition Act*) che ha semplificato le procedure e rafforzato la collaborazione tra procure per quanto riguarda sia l'insieme degli altri Stati membri dell'Unione Eu-

⁶ Si fa riferimento alla versione di cui al *Bundesgesetzblatt*, n. 175 del 2013.

⁷ Traduzione a cura dello scrivente. Si dà lettura del testo originale della norma: «*Sobald im Vollstreckungsstaat mit der Vollstreckung der Freiheitsstrafe oder der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahme begonnen wurde, ist deren weitere Vollstreckung im Inland unzulässig*».

ropea, sia quello dei membri del *Commonwealth*; soluzione senz'altro legata alla particolarità della situazione geopolitica e del sistema giuridico che connotano tale Stato. La regolazione del principio della deducibilità è ivi contenuta nella parte 3, *sections* da 142 a 149.

Considerando le differenti soluzioni formali nel loro complesso e la differente concezione dello strumento del mandato d'arresto europeo, non risulta certo immediato il prendere posizione per l'una piuttosto che per l'altra in pura linea di principio, specie se si considerano l'ampio spazio che strumenti come le decisioni-quadro lasciano alla discrezionalità del singolo legislatore nonché l'alto grado di soddisfazione ripetutamente espresso dalla Commissione UE in merito al recepimento e al funzionamento del nuovo istituto⁸. Si rende dunque necessario un previo approfondito esame delle conseguenze sostanziali che esse possano aver esplicato nella pratica; a tal fine, il principio della deducibilità della custodia cautelare sofferta all'estero in esecuzione del mandato d'arresto europeo –in considerazione del fatto che influisce direttamente su uno degli aspetti finali del diritto processuale penale, ovvero quello della determinazione della pena- viene ad essere un ambito di confronto particolarmente interessante: e non è un caso che proprio sulla norma che, in attuazione della Decisione quadro in esame, ne regola il funzionamento nel nostro ordinamento si siano addensate opinioni dottrinali e giurisprudenziali contrastanti.

Come si accennava poco prima, l'ordinamento tedesco, che ha optato per una soluzione radicalmente differente rispetto a quella praticata in Italia, anche in considerazione dell'importanza e dell'influenza che esso riveste a livello europeo, offre un interessante termine di paragone sul punto. È avendo ciò ben presente che tale ordinamento sarà oggetto di un più approfondito esame a carattere comparatistico nelle pagine che seguono.

2. Il recepimento del principio in Germania. Il contesto ordinamentale

L'ordinamento della *Bundesrepublik*, sia in occasione del primo provvedimento legislativo di ricezione del mandato d'arresto europeo -lo *Europäisches Haftbefehlgesetz* del 21 luglio 2004, dichiarato incostituzionale e nullo dal *Bundesverfassungsgericht* il 18 luglio del 2005⁹- sia in occasione del se-

⁸ Cfr., a tal proposito, le Relazioni presentate dalla Commissione UE - in conformità con l'art. 34 della Decisione quadro - 1) il 23 febbraio 2005, per analizzare un "primo impatto" del m. a. e. sulle legislazioni nazionali; 2) il 24 gennaio 2006, a seguito dell'avvenuto recepimento anche in Italia; 3) l'11 aprile 2011, per analizzare il funzionamento dell'istituto a sette anni dalla sua emanazione.

⁹ *BVerfG*, Sentenza del 18.07.2005, *BvR* 2236/04, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 2289 ss.

condo, emanato a seguito di tale severa censura e tuttora vigente (*Lo Europäisches Haftbefehlgesetz* del 20 luglio del 2006) ha optato di fatto per una ricezione parziale dei principi e delle norme contenuti nella decisione quadro, ritenendo di poterli correttamente integrare da un punto di vista sia terminologico che sistematico nel contesto dei principi già contenuti nella legge di sistema che entrambe le leggi di recepimento andavano ad interpolare¹⁰: tale legge è il *Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen* (abbr. IRG), emanata per la prima volta nel 1982 e riformata organicamente nel 1994, interpolata e riformata nella sua ottava parte (§§ 78-83i)¹¹. Il che significa, da un punto di vista terminologico, che anche per quanto riguarda il MAE si continuano ad utilizzare i tradizionali termini “*Auslieferung*” (lett. “consegna”, ma nella prassi giuspenalistica ha assunto il significato di “estradizione”) e di “*Auslieferungshaft*” (“custodia cautelare a scopo di estradizione”), in sostanziale discostamento dai principi espressi nei Considerando della decisione quadro¹².

Il IRG contiene un’articolata regolazione dei rapporti con le autorità giudiziarie e amministrative straniere per quanto riguarda il processo passivo di consegna (*Anlieferung an das Ausland*), contenendo principi di deducibilità di limitazioni alla libertà sofferte all’estero solo per quanto riguarda –come da rubrica della quarta parte– l’esecuzione di sentenze straniere (*Rechtshilfe durch Vollstreckung ausländischer Erkenntnisse*) applicative di misure sanzionatorie [*Sanktionen*], con particolare riferimento ai §§ 54 co. 4, 58 e 84. Sul punto, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono espresse chiaramente nel senso che la custodia cautelare non possa considerarsi sussumibile nell’alveo delle suddette previsioni, attenendosi sia alla lettera che alla collocazione sistematica di queste ultime¹³: le misure cautelari, infatti, non si confi-

¹⁰ SATZGER, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, 168.

¹¹ Si segnala, per completezza d’informazione, che all’interpolazione della nona parte della medesima legge si è ricorso per l’attuazione della Decisione quadro 2005/214/GAI avente per oggetto il riconoscimento reciproco delle sanzioni pecuniarie penali ed amministrative; altrettanto si è fatto per la decima parte, con riferimento alla Decisione quadro 2006/960/GAI sullo scambio e la circolazione di informazioni e decisioni fra organi deputati alla persecuzione penale.

¹² Sul punto, si esprimeva criticamente VOGEL in *Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht*, in *Juristenzeitung*, 2005, 802-803.

¹³ Sentenza della III sezione penale dell’*Oberlandesgericht* di Stoccarda dell’11 luglio 2005, giusta la quale «*Im Ausland erlittene Auslieferungshaft ist ebenso wenig wie ausländische Untersuchungshaft eine Sanktion, die gegen den Verurteilten wegen der Tat vollstreckt worden ist. Gemeint sind nur Sanktionen, mit denen ein rechtskräftiges und vollstreckbares ausländisches Straferkenntnis im Ausland vollstreckt worden ist*»; in essa sono richiamate le autorevoli opinioni espresse nei commenti al § 54 IRG contenuti in GRÜTZNER, PÖTZ, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, Heidelberg, 2002; SCHOMBURG, LAGODNY, GLE, HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Monaco di Baviera, 2004.

gurano quali sanzioni o “parte della sanzione” da eseguirsi a seguito di una condanna o che siano suscettibili di “completare la pena”¹⁴.

Per quanto riguarda la deducibilità della custodia cautelare sofferta all'estero in esecuzione di un mandato estradizionale o del MAE bisogna far dunque riferimento ai generali principi processualpenalistici¹⁵ enunciati, innanzitutto, nel VII libro del codice di procedura penale (*Strafprozessordnung*, abbr. StPO) riguardanti l'esecuzione della pena in caso di procedura attiva di consegna: *in primis*, al § 450a, che può essere considerato la disposizione-cardine del microsistema dedicato al principio in esame, e che costituisce a propria volta specificazione del più generale principio di deducibilità enunciato nei primi 3 commi del § 51 del codice penale (*Strafgesetzbuch*, abbr. StGB); nonché il § 458, co. 1, StPO, che nel caso in cui sorgano incertezze sull'interpretazione della sentenza di condanna e sul calcolo della pena - entrambi problemi che nelle prassi legate alle procedure di consegna si pongono con notevole frequenza- attribuisce la cognizione agli organi giudicanti, ed il §462 StPO, che disciplina le procedure e le forme con cui si decide della deducibilità e si determina la deduzione. A completare questo “microcosmo” s'aggiungono il recentemente introdotto § 39a del regolamento-quadro sull'esecuzione penale (*Strafvollstreckungsordnung*, abbr. StVollstrO) ed il § 51, co. 4, StGB, ai cui sensi sono enunciate le regole sostanziali da seguire nel determinare la misura del periodo da dedurre dalla pena.

Giova ribadire che tali norme non costituiscono parte né sono il frutto di un'emanazione legislativa riguardante specificamente il mandato d'arresto europeo, essendo esse state concepite in relazione all'extradizione: ma non si può fare a meno di notare -come si vedrà più avanti- che tale istituto, nel momento in cui richieda una cooperazione rafforzata e “deformalizzata” fra le autorità giudiziarie europee, ha esercitato una notevole influenza riguardo alla loro interpretazione ed alla loro applicazione. Evoluzione che, d'altronde, si iscrive perfettamente nell'idea che dottrina e giurisprudenza pressoché unanimemente si sono formate per quanto riguarda, in generale, l'istituto del mandato d'arresto europeo: ovvero che esso consista essenzialmente in una “extradizione semplificata” (*vereinfachte Auslieferung*)¹⁶ concepita come parte del più ampio disegno della collaborazione europea in materia di giustizia

¹⁴ §. 54, co. 4 IRG: «Auf die festzusetzende Sanktion sind der Teil der Sanktion, der in dem ersuchenden Staat oder in einem dritten Staat gegen den Verurteilten wegen der Tat bereits vollstreckt worden ist, sowie nach § 58 erlittene Haft anzurechnen. Ist die Anrechnung bei der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit unterblieben oder treten danach die Voraussetzungen für die Anrechnung ein, so ist die Entscheidung zu ergänzen».

¹⁵ BÖHM, *Das neue Europäische Haftbefehlsgesetz*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 36/2006, 2594.

¹⁶ HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Berlino-Heidelberg, 2012, 407 ss.

penale e di ravvicinamento fra le legislazioni penali nazionali di cui si fa portatore l'art. 82 TFUE (ex art. 31 delle precedenti versioni del TUE)¹⁷.

2.1. Enunciazioni sostanziali e processuali del principio

Entrando nel merito dell'esame delle due principali norme che regolano, da un punto di vista processualpenalistico, il principio della deducibilità della custodia cautelare sofferta all'estero in esecuzione di un mandato d'arresto emesso dall'autorità giudiziaria tedesca, sia a fini estradizionali che per il MAE, è bene osservare che esse regolano il principio da due differenti punti di vista.

Partendo, quindi, dall'analisi della normativa contenuta nel codice di rito, il § 450a StPo, nel *in primis*, enuncia nel comma 1 la disciplina generale dell'istituto: il primo periodo recita «Dalla pena pecuniaria da eseguire bisogna dedurre la misura privativa della libertà sofferta all'estero, che la persona condannata ha sofferto nel processo di estradizione [quindi, anche del MAE] svoltosi ai fini dell'esecuzione penale»¹⁸, prendendo così in considerazione le ipotesi di estradizione/MAE cd. "esecutivi".

Il secondo periodo estende i medesimi effetti a quanto riguarda l'esecuzione in pendenza di processo, nell'ipotesi -quindi- di estradizione/m.a.e. cd. "cognitivi": «Ciò vale anche nel caso in cui la persona condannata fosse stata estradata ai fini della persecuzione penale»; in virtù di tale dettato normativo si consente che il computo (o, *rectius*, lo scomputo) della pena retroagisca al momento in cui la persona in questione non era ancora stata condannata, ma era stata comunque tratta in arresto per assicurare la custodia cautelare del soggetto accusato durante lo svolgimento del processo, il che viene reso -peraltro- anche tramite l'espedito linguistico di un uso acuto e coerente della *consecutio temporum* nei due periodi (*erlitten hat... ausgeliefert worden ist*). Il principio ex § 450a, co. 1, si iscrive nell'ambito coperto da due più generali previsioni: quello della norma del §450 StPO -il cui comma 1 rappresenta la norma "di apertura" per la disciplina del sistema della deducibilità delle misure cautelari coercitive sofferte precedentemente all'irrogazione della pena- nonché quello della norma a carattere penal-sostanziale del § 51 StGB¹⁹: il cui primo comma, nel primo periodo, definisce in via generalissima

¹⁷ *Ibidem*, 399.

¹⁸ Traduzione a cura dello scrivente. Si dà lettura del testo originale della disposizione: «Auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe ist auch die im Ausland erlittene Freiheitsentziehung anzurechnen, die der Verurteilte in einem Auslieferungsverfahren zum Zwecke der Strafvollstreckung erlitten hat».

¹⁹ Come viene ricordato, d'altronde, dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 14 gennaio 2005 (di cui si dirà di più *infra*): cfr. punto B. II. 2. c della motivazione, che fa peraltro riferimento a più risalenti orientamenti della medesima corte- specie quelli espressi a proposito del precedente codice penale

il principio di deducibilità della custodia cautelare -«Se il condannato ha sofferto custodia cautelare [*Untersuchungshaft*] o altra forma di restrizione della libertà [*Freiheitsentziehung*] a causa di un fatto che è ovvero è stato oggetto del processo, essa verrà dedotta dalla pena detentiva a tempo, nonché dalla pena pecuniaria»²⁰ - e il cui comma 2 prevede lo scomputo della parte di pena già validamente applicata ed eseguita dalla nuova e più alta pena comminata per il medesimo fatto²¹. Procedendo da queste due generalissimi principi, il comma 3 -integrando sia la norma del co. 1 del medesimo articolo, sia quella del §450°, co. 1, dal punto di vista dell'estrazione e del mae "esecutivi"²² - statuisce che «Se il condannato è stato già punito all'estero per lo stesso fatto, dalla nuova pena verrà dedotta quella estera nella misura in cui sia stata eseguita. Per qualsiasi altra forma di restrizione della libertà [di nuovo *Freiheitsentziehung*] sofferta all'estero, si applica il comma 1»²³.

In merito a queste ultime disposizioni, grazie all'acuto accostamento delle formule terminologiche "*Untersuchungshaft*" e "*Freiheitsentziehung*", non si può fare a meno di notare l'ampiezza della formula con cui si prendono in considerazione le eventuali limitazioni della libertà sofferta all'estero per il medesimo fatto: non ci si limita, infatti, a considerare le misure che vadano sotto il *nomen juris* della custodia cautelare, bensì si estende la previsione a qualsiasi misura che abbia un effetto restrittivo della libertà del soggetto successivamente consegnato come esigono, d'altronde, l'ampia previsione sancita a livello costituzionale dall'Art. 104, co. 1 e 2 del *Grundgesetz*²⁴ e gli orientamenti espressi dalla Corte EDU sul punto. D'altro canto, come si vedrà meglio *infra*, nel caso del m.a.e. la non previsione di misure restrittive per il fatto -giusta la norma del § 83h, co. 2, n. 3 IRG- limita l'operatività del principio di

tedesco- nonché della corte federale di legittimità, il *Bundesgerichtshof* (abbr. BGH).

²⁰ Traduzione a cura dello scrivente. Si dà lettura del testo originale della norma: «*Hat der Verurteilte aus Anlaß einer Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist oder gewesen ist, Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung erlitten, so wird sie auf zeitige Freiheitsstrafe und auf Geldstrafe angerechnet*».

²¹ Si riporta il testo della disposizione citata: «*Wird eine rechtskräftig verhängte Strafe in einem späteren Verfahren durch eine andere Strafe ersetzt, so wird auf diese die frühere Strafe angerechnet, soweit sie vollstreckt oder durch Anrechnung erledigt ist*», ovvero «Se una pena validamente applicata fosse sostituita da un'altra pena in un successivo processo, da quest'ultima verrà dedotta la pena precedente, nella misura in cui essa sia stata eseguita ovvero definita con l'imputazione» (traduzione a cura dello scrivente).

²² MEYER, GOßNER, Sub § 450a, in *StPO-Kommentar*, Monaco di Baviera, 2013, 1626.

²³ Traduzione a cura dello scrivente. Il testo originale della norma recita: «*Ist der Verurteilte wegen derselben Tat im Ausland bestraft worden, so wird auf die neue Strafe die ausländische angerechnet, soweit sie vollstreckt ist. Für eine andere im Ausland erlittene Freiheitsentziehung gilt Absatz 1 entsprechend*».

²⁴ Nel porre il principio di legalità e la riserva di giurisdizione per quanto riguarda l'applicazione di misure restrittive, l'art. 104 GG fa riferimento al più ampio concetto di *Freiheitsentziehung*.

specialità²⁵.

Alcune considerazioni che si possono svolgere già *ictu oculi* nel paragonare questa disposizione a quelle che, nell'ordinamento italiano, coprono sostanzialmente il medesimo ambito – vale a dire l'art. 33 legge n. 69 del 2005 per il MAE, l'art. 722 c. p. p. per l'estradizione – riguardano il fatto che tale norma si focalizza con molta più attenzione sulle questioni riguardanti l'esplicazione degli effetti del principio di deducibilità e sui i suoi requisiti sostanziali, mentre non contiene espliciti rimandi alla questione del computo della misura cautelare in relazione al decorso dei termini di fase. Questione su cui del resto la StPO contiene una regolazione molto più semplificata e netta (§§ 112 e ss.): il termine massimo per l'esplicazione di misure cautelari coercitive è di sei mesi, salvo le eccezioni tassativamente previste dal § 121.

2.2. Il *pendant* esecutivo

La peculiare struttura federale di cui si è dotato lo Stato tedesco – che prevede, fra le materie concorrenti, quella dell'amministrazione della Giustizia e del diritto penale (art. 74, co. 1, n.1 GG) – richiede che il microsistema delineato dalle disposizioni del § 51, co. 1 e 3 StGB e del §450a StPO sia completato da norme a carattere regolamentare contenute in un regolamento-quadro da recepire e completare nei singoli *Bundesländern*: tale regolamento consiste nella *Strafvollstreckungsordnung* (abbr. StVollstrO), oggetto di recente riforma (2011) e che si pone a completamento del VII libro della StPO.

Tale atto normativo demanda le decisioni riguardanti l'esecuzione della pena – ai sensi del § 4 – agli uffici di pubblica accusa: in via generale, tale attribuzione spetta alla *Staatsanwaltschaft*²⁶ (ovvero agli uffici superiori nel caso in cui competenti a giudicare in primo grado siano le istanze superiori); più gli organi chiamati a coadiuvarla o a cui la stessa possa delegare funzioni in base

²⁵ *Bundesgerichtshof*, IV sezione penale, decreto del 27 luglio 2011.

²⁶ Al di là del fatto che il *nomen* dell'organo di cui qui si tratta, "*Staatsanwaltschaft*", sia traducibile letteralmente come "Avvocatura dello Stato", è bene specificare che esso, in Germania, ricopre in buona sostanza le stesse funzioni di cui è titolare la Procura della Repubblica in Italia – così come lo *Staatsanwalt*, nel processo, ha un ruolo sostanzialmente corrispondente a quello del nostro Pubblico Ministero: ovvero la conduzione delle attività d'indagine, l'esercizio dell'azione penale, le funzioni di pubblica accusa e la sorveglianza sull'esecuzione penale. Le differenze essenziali consistono: 1) nel fatto che il corpo della *Staatsanwaltschaft* costituisca un ordine separato rispetto a quello giudiziario, 2) nel diverso metodo di ripartizione della competenza per territorio che suddetto ufficio conosce in relazione alla struttura federale dello Stato tedesco: la *Generalstaatsanwaltschaft*, infatti, esercita le proprie prerogative al livello statale, ovvero nell'ambito dei singoli *Ländern* – alla cui amministrazione competono i tribunali di prima e di seconda istanza, vale a dire il *Landgericht* (lett. "tribunale statale", abbr. LG) e l'*Oberlandesgericht* (lett. "tribunale statale superiore", abbr. OLG). Presso il *Bundesgerichtshof* (lett. "Corte Federale di Giustizia", abbr. BGH) l'ufficio di pubblica accusa prende il nome di *Bundesanwaltschaft* (lett. "Avvocatura Federale").

alla disciplina definita dai singoli *Ländern*.

Se il principio generale dello scomputo delle misure restrittive della libertà è contemplato, ai fini del regolamento, dal § 37 - che determina le regole generali per il calcolo *quoad poenam* - e dal § 39, per quanto riguarda la custodia cautelare sofferta all'estero si può fare riferimento al § 39a StVollstrO.

Da un punto di vista contenutistico, il primo comma di tale paragrafo si rivela un mero *pendant* esecutivo delle previsioni del § 450a, co. 1, 2 e 3, secondo periodo StPO che del resto richiama esplicitamente²⁷.

Fatta salva la evidente differenza riguardante la fonte, tale norma si pone sostanzialmente in linea con la previsione degli artt. 655 e 657 c.p.p. (quest'ultimo richiamato dall'art. 33 l. 69/2005, ma non dall'art. 722 c.p.p.): in entrambi i casi, l'organo di pubblica accusa determina infatti il calcolo *quoad poenam* tramite atti aventi un carattere prettamente amministrativo, in altre parole, non giurisdizionale né decisorio. L'unica differenza di rilievo - come si vedrà *infra* - consiste nel fatto che ad emanare il decreto con cui si assume la decisione in merito alla deduzione è l'organo giurisdizionale competente per l'esecuzione.

Alla luce di queste considerazioni è possibile pertanto asserire che anche il § 39a StVollstrO presenti analoghe criticità per quanto riguarda la scarsa coerenza con il sistema accusatorio - cui anche il diritto processuale penale tedesco con la StPO, pressoché coeva (1987) del nostro Codice, aderisce - della scelta di attribuire una materia così delicata, in quanto direttamente incisiva sulla libertà dell'imputato, all'organo dell'accusa²⁸. Scelta che si presenta tanto più critica nel momento in cui venga in considerazione una materia delicata come la deducibilità di misure cautelari adottate all'estero.

2.3. Le possibili limitazioni degli effetti del principio

Il co. 3 del § 450a, nel suo primo periodo, introduce la possibilità di adottare un meccanismo sanzionatorio che vada nel senso di limitare gli effetti della deducibilità, una volta che si sia giunti a condanna definitiva: «Il tribunale può disporre, su istanza dell'ufficio che conduce la pubblica accusa (*Staatsanwaltschaft*), che la deduzione non venga effettuata del tutto o in parte, nel momento in cui essa non risulti giustificata con riguardo alla condotta del condannato a seguito dell'emanazione della sentenza di condanna (*Urteil*), nella

²⁷ Infatti la disposizione recita: «*Im Ausland erlittene Freiheitsetziehung, welche die verurteilte Person in einem Auslieferungsverfahren zum Zwecke der Strafvollstreckung erlitten hat, ist nach §450a Absatz 1, 2 und 3 Satz 2 StPO anzurechnen*».

²⁸ Cfr. DEAN, *L'esecuzione penale*, in DOMINIONI, CORSO, A. GAITO, SPANGHER, DEAN, GARUTI, MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2012, 865.

quale le considerazioni fattuali alla base della stessa possono essere esaminati definitivamente»²⁹.

Anche tale norma fa riferimento, sul versante esecutivo, al § 39aStVollstrO, e in particolare al co. 2: quest'ultima disposizione, nel richiamarsi – anche terminologicamente – al co. 3, primo periodo, del § 450a, attribuisce alle autorità competenti per l'esecuzione penale il compito di vagliare i presupposti per la presentazione dell'istanza per richiedere la limitazione o l'omissione della deduzione della misura cautelare³⁰. Si ribadisce anche sul versante esecutivo, quindi, il ruolo punitivo che la *Staatsanwaltschaft*, quale organo deputato alla sorveglianza, può esplicare nei confronti del condannato che abbia sofferto custodia cautelare all'estero.

Il secondo periodo del co. 3 regola le ulteriori conseguenze che la decisione ai sensi del primo periodo può causare, ad ulteriore aggravio della posizione del condannato: «Se il tribunale provvede in tal senso, la misura restrittiva della libertà sofferta all'estero non sarà dedotta dalla pena neanche in altro processo, nella misura in cui la sua durata non ecceda i termini della pena»³¹.

Anche la norma del § 450a, co. 3, costituisce una specificazione del più ampio principio sostanziale sancito dal secondo periodo del § 51, co. 1, StGB, che riproduce fedelmente nella terminologia e nei contenuti³².

Dal complesso di tali norme vien dunque fuori una disciplina fortemente punitiva di comportamenti criminosi mantenuti dal ricercato/condannato a seguito della emanazione della sentenza di condanna, il quale potrà dunque trovarsi a scontare la pena in via puramente addizionale rispetto alla custodia cautelare- peraltro, a seguito di un procedimento che può svolgersi secondo forme molto sommarie; si fa salva solo l'ipotesi in cui, sommando tali periodi, il periodo di restrizione complessivo vada a superare i termini edittali massimi previsti per la pena.

In considerazione di ciò, la giurisprudenza ha pressoché unanimemente rite-

²⁹ Traduzione a cura dello scrivente. Testo originale: «Das Gericht kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft anordnen, dass die Anrechnung ganz oder zum Teil unterbleibt, wenn sie im Hinblick auf das Verhalten des Verurteilten nach dem Erlass des Urteils, in dem die dem Urteil zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen letztmalig geprüft werden konnten, nicht gerechtfertigt ist».

³⁰ «Erscheint eine Anrechnung ganz oder teilweise im Hinblick auf das Verhalten der verurteilten Person nach dem Erlass des Urteils, in dem die dem Urteil zu Grunde liegenden tatsächlichen Feststellungen letztmalig geprüft werden konnten, nicht gerechtfertigt, so wirkt die Vollstreckungsbehörde auf eine Prüfung hin, ob ein Antrag nach §450a Absatz 3 StPO gestellt werden soll».

³¹ Traduzione a cura dello scrivente. Testo originale: «Trifft das Gericht eine solche Anordnung, so wird die im Ausland erlittene Freiheitsentziehung, soweit ihre Dauer die Strafe nicht überschreitet, auch in einem anderen Verfahren auf die Strafe nicht angerechnet».

³² § 51, co.1, secondo periodo StGB: «Das Gericht kann jedoch anordnen, daß die Anrechnung ganz oder zum Teil unterbleibt, wenn sie im Hinblick auf das Verhalten des Verurteilten nach der Tat nicht gerechtfertigt ist». In tal senso anche MEYER, GÖRNER, Sub § 450a, cit., 1627.

nuto di dover limitare l'applicazione di tale severa sanzione a casi eccezionali: in primis, non potrà rientrare nell'ambito di applicazione della disposizione di esame la fuga dell'imputato a seguito dell'emissione della sentenza di condanna- interpretazione che, peraltro, andrebbe a svuotare di significato la norma del co. 1 del § 450a³³.

Tale previsione, per terminologia, *ratio* e funzionamento, risulta solo in minima parte sovrapponibile a quella dell'art. 304 c.p.p. (richiamato sia dall'art. 33 legge n. 69 del 2005, sia dall'art. 722 c.p.p.) nella misura in cui quest'ultima non si pone, come scopo, quello di sanzionare un condannato che abbia mantenuto particolari condotte a seguito dell'emanazione della sentenza di condanna, bensì sia volta a evitare che su tale computo incidano le dilazioni che il processo subisce in conseguenza a circostanze non riconducibili né al suo svolgimento fisiologico, né a violazioni poste in essere dall'autorità procedente³⁴.

2.4. La deducibilità nel caso di richiesta di consegna per pluralità di reati

La norma del § 450°, co. 2, enuncia una fondamentale previsione riguardo all'ipotesi in cui la consegna -tanto al termine di un processo attivo di estradizione, quanto in esecuzione di un mandato d'arresto europeo- venga richiesta per l'esecuzione di più pene cumulate: in tal caso, «la misura restrittiva della libertà sofferta all'estero si applica alla pena più alta; fra pene di eguale misura, a quella che verrà applicata per prima a seguito del rientro»³⁵.

Autorevole dottrina ricorda che in relazione alla “pena più alta” bisogna fare riferimento alle pene comminate, e non a quella rimanente a seguito di esecuzione parziale; e che, qualora la deduzione non esaurisse suddetta pena, nella parte “trasbordante” verrà applicata “a cascata” alle pene progressivamente più basse.³⁶

³³ Oberlandesgericht di Brema, I sezione penale, decreto 30/97 del 2 aprile 1997: «*Eine Versagung der Anrechnung im Ausland erlittener Auslieferungshaft gem. § 450a Abs. 3 StPO stellt die Ausnahme dar und kann nicht schon darauf gestützt werden, daß der Verurteilte sich durch die Flucht der Strafvollstreckung entzieht (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung). Anderenfalls würde die Vorschrift des § 450a Abs. 1 StPO praktisch leerlaufen, denn die Flucht ins Ausland stellt den Regelfall der Anrechnung dar*». In tal senso va anche il decreto 92/96 della I sezione penale dell'Oberlandesgericht di Zweibrücken, 7 marzo 1996.

³⁴ SPANGHER, Sub art. 304 c.p.p., in *Codice di procedura penale ragionato*, Roma, 2014, 342.

³⁵ Traduzione a cura dello scrivente. Testo originale: «*Bei Auslieferung zum Zwecke der Vollstreckung mehrerer Strafen ist die im Ausland erlittene Freiheitsentziehung auf die höchste Strafe, bei Strafen gleicher Höhe auf die Strafe anzurechnen, die nach der Einlieferung des Verurteilten zuerst vollstreckt wird*».

³⁶ MEYER, GOßNER, Sub § 450a, cit., 1627.

2.5. La determinazione materiale della deduzione

Il co. 4 del § 51 StGB fornisce quindi le regole materiali per determinare la misura della deduzione: ma, mentre nel primo periodo individua un meccanismo ben determinato per quanto riguarda la conversione fra misure cautelari, pene pecuniarie e pene detentive sofferte in Germania -fornendo il giorno come unità di misura di base per operare tale calcolo- il secondo periodo lascia la determinazione dello scomputo delle restrizioni alla libertà personale sofferte all'estero alla piena discrezionalità del tribunale³⁷.

Il testo della disposizione, quindi, con una formula così aperta si limita a prendere atto del fatto che le restrizioni alla libertà personale patite all'estero possono discostarsi dagli *standard* tedeschi -da interpretarsi secondo quanto indicato nella *Strafvollzugsgesetz*, prescindendo dalla situazione di istituti carcerari singolarmente considerati³⁸ - e variare, quanto ad intensità e a contenuto afflittivo, da Paese a Paese³⁹.

La giurisprudenza interviene con notevole frequenza sul problema, e proprio a tal riguardo -come si vedrà più nel dettaglio *infra*- si può notare un importante scatto evolutivo dovuto all'introduzione del mandato d'arresto europeo; risultando dunque tale norma da una serie di punti di vista dotata di maggiore vitalità rispetto alla sua omologa italiana, risultante dal combinato disposto degli artt. 137 e 138 c.p.

2.6. La cognizione degli organi giudicanti

L'ambito operativo della norma del § 450a StPO -e, di conseguenza, anche quello del § 39a StVollstrO- è delimitato dalla previsione del § 458, co. 1 StPO: ai sensi della quale «Qualora sorgessero dubbi sull'interpretazione di una sentenza penale di condanna o sul computo della pena riconosciuta, ovvero qualora venissero sollevate eccezioni concernenti l'ammissibilità dell'esecuzione penale, deve essere richiesta una decisione del tribunale»⁴⁰. Si tratta di problemi che già si pongono in relazione a questioni di diritto interno, e che dunque a maggior ragione si possono verificare in corrispondenza

³⁷ § 51, co. 4 StGB: «Bei der Anrechnung von Geldstrafe oder auf Geldstrafe entspricht ein Tag Freiheitsentziehung einem Tagessatz. Wird eine ausländische Strafe oder Freiheitsentziehung angerechnet, so bestimmt das Gericht den Maßstab nach seinem Ermessen».

³⁸ BOCK, *Zur transnationalen Wirkung ausländischer Strafe oder Freiheitsentziehung*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, 482 ss.

³⁹ In tal senso, cfr. FISCHER, commento al § 51 StGB, in *StGB-Kommentar*, Monaco di Baviera, 2011, 448-449.

⁴⁰ Traduzione a cura dello scrivente. Testo originale: «Wenn über die Auslegung eines Strafurteils oder über die Berechnung der erkannten Strafe Zweifel entstehen oder wenn Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung erhoben werden, so ist die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen».

di casi a carattere transnazionale: in particolare per quanto riguarda, poi, aspetti come quello della deducibilità e -con riguardo alla seconda parte della disposizione- della materiale deduzione delle misure cautelari sofferte all'estero⁴¹. Non possono essere trascurati, infatti, i notevoli problemi legati al grado di convergenza sostanziale fra legislazioni penali di Stati diversi, specie nel momento in cui entrino in considerazione ordinamenti facenti capo a sistemi di diritto differenti da quello eurocontinentale.

In conformità con la previsione dell'art. 104, co. 2, primo periodo del *Grundgesetz*⁴², la norma del § 458, co. 1, sottrae le decisioni sul punto agli organi dell'esecuzione penale, richiedendo che ad intervenire sia il giudice. La medesima garanzia viene accordata al condannato, al suo difensore e ai suoi rappresentanti che vogliano difendersi dalle decisioni a carattere esecutivo prese dagli organi dell'esecuzione penale⁴³ in merito ai quali, è bene ribadire che, così come avviene nel nostro ordinamento, in larga misura coincidono con quelli a cui è demandata la pubblica accusa.

Per quanto riguarda l'individuazione del tribunale competente per materia, nel momento in cui sorgano dubbi sulla deducibilità della custodia cautelare sofferta all'estero -vale a dire, nel caso in cui siano integrati i presupposti del § 450a StPO- la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 14 gennaio 2005 (di cui si dirà *infra*) attribuisce la competenza alla *Strafvollstreckungskammer*, ritenendo che la materia rientri nelle sue specifiche attribuzioni⁴⁴.

2.7. Qualche notazione sulla procedura e sugli atti

Il § 462 StPO regola il rapido ed agile procedimento con cui si decide la misura della deduzione del periodo di custodia cautelare: a norma del comma 1, primo periodo⁴⁵, essa verrà assunta con decreto (*durch Beschluß*)⁴⁶ e senza

⁴¹ MEYER, GOßNER, Sub § 458, cit., 1667.

⁴² La disposizione costituzionale richiamata recita «Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden», vale a dire «Sull'ammissibilità e sul perdurare di una restrizione della libertà solo il giudice può decidere». Riguardata dal perdurare della restrizione della libertà è anche la determinazione del "resto della pena" (*Strafrest*), secondo quanto espresso da DEGENHART nel commento all'art. 104 GG (*op. cit.*).

⁴³ MEYER-GOßNER, *op. cit.*, 1666.

⁴⁴ Cfr. il punto B.II.1 della motivazione.

⁴⁵ Testo della norma: «1) Die nach § 450a Abs. 3 Satz 1 und den §§ 458 bis 461 notwendig werdenden gerichtlichen Entscheidungen trifft das Gericht ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß».

⁴⁶ Nonostante non vi sia una perfetta concordanza fra le opinioni degli esperti in materia di traduttologia giuridica- i quali, talora, risultano anche piuttosto ambigui sul punto (cfr. CONTE-BOSS, *Dizionario giuridico ed economico -Wörterbuch der Rechts und Wirtschaftssprache*, Monaco di Baviera, 2003), considerata anche la non perfetta sovrapposibilità concettuale con gli atti del processo penale italiano- lo scrivente ha ritenuto di poter tradurre il termine *Beschluß* con "decreto" dal momento che per l'assunzione di tali atti non è richiesta trattazione orale- come nel caso in esame- e in via di principio,

trattazione orale, dopo tuttavia che -giusta la previsione del comma 2¹⁷- siano stati sentiti sia la *Staatsanwaltschaft* che l'imputato; l'audizione di quest'ultimo si può omettere nel caso in cui il tribunale abbia dovuto, su istanza della pubblica accusa, prorogare i termini di prescrizione a causa della latitanza del condannato, in base alla previsione del § 79b StGB.

È in occasione di questa audizione che si inserisce la possibilità per le parti di introdurre alcune prove, non escludendosi nemmeno la prova testimoniale⁴⁸.

Contro il decreto può essere presentato un ricorso tempestivo (*sofortige Beschwerde*) presso la *Strafvollstreckungskammer*⁴⁹, a norma del comma 3, primo periodo⁵⁰; abilitati sono sia la *Staatsanwaltschaft*, sia il condannato, sia coloro che risultino direttamente compromessi nei loro diritti dall'esecuzione dello stesso decreto⁵¹.

Nel caso in cui non si osservi il requisito della tempestività, sia il computo da parte dell'organo preposto all'esecuzione sia il successivo esame giudiziale saranno preclusi, e il ricorso verrà respinto⁵².

Come si notava già *supra*, è in tale previsione che si manifesta la più rilevante differenza fra la procedura tedesca e quella italiana (art. 657 c. p. p.), essendo in questo caso il decreto emanato da un organo a carattere giurisdizionale e non dall'organo di pubblica accusa- cui tuttavia è demandato il calcolo della deduzione.

salvo contraria previsione di legge, non è richiesta nemmeno la previa audizione delle parti; inoltre, la motivazione richiesta è estremamente succinta. Concordano con tale traduzione, considerando "decreto" quale prima opzione per la traduzione di *Beschluß* in ambito processualpenalistico, BRANDT- LORI, *Grundwortschatz der Rechtssprache- Dizionario fondamentale della terminologia giuridica*, Neuwied-Kriftel- Berlino, 1997, 150. Non concorda GIULIANI, *Vergleich der italienischen und deutschen Terminologie zum Strafrecht- Comparazione della terminologia italiana e tedesca in diritto e procedura penale*, Bolzano- Innsbruck, 1996, 181.

¹⁷ Testo della norma: «*Vor der Entscheidung sind die Staatsanwaltschaft und der Verurteilte zu hören. Ordnet das Gericht eine mündliche Anhörung an, so kann es bestimmen, dass sich der Verurteilte dabei an einem anderen Ort als das Gericht aufhält und die Anhörung zeitgleich in Bild und Ton an den Ort, an dem sich der Verurteilte aufhält, und in das Sitzungszimmer übertragen wird. Das Gericht kann von der Anhörung des Verurteilten in den Fällen einer Entscheidung nach § 79b des Strafgesetzbuches absehen, wenn infolge bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, daß die Anhörung nicht ausführbar ist*».

⁴⁸ MEYER, GOßNER, Sub § 462 StPO, in *op. cit.*, 1686.

⁴⁹ Letteralmente "Camera per l'esecuzione penale", organo avente competenze sovrapponibili in parte con quelle del nostro Tribunale della libertà, in parte con quelle del magistrato di sorveglianza.

⁵⁰ Testo della norma: «*Der Beschluß ist mit sofortiger Beschwerde anfechtbar*».

⁵¹ MEYER, GOßNER, Sub § 462 StPO, *cit.*, 1687.

⁵² La sussistenza di tale tempestività è stata negata da un decreto dell'*Oberlandesgericht* di Colonia (22 agosto 2012) con il quale si respingeva il ricorso di un cittadino tedesco che aveva subito la custodia cautelare in Grecia, e che aveva presentato il ricorso solo verso la fine del suo periodo di detenzione. In tal senso va anche un decreto dell'*Oberlandesgericht* di Celle (6 gennaio 2009) che respingeva il ricorso presentato da un condannato dopo la scarcerazione.

2.8. Sull'identità del fatto dedotto nel mandato e nell'atto di custodia

Non è un caso che sia proprio la definizione dei casi in cui si sia in presenza del “medesimo fatto” (*derselbe Tat*) e della sua relativa traduzione in termini processuali, riscontrabile nel requisito del collegamento fra misura privativa della libertà ed il fatto di reato addotto nel mandato d'arresto emesso dall'autorità giudiziaria tedesca ex §450a, co.1 secondo periodo, abbia costituito una delle più interessanti questioni che hanno impegnato la giurisprudenza tedesca su cui si può notare l'evoluzione causata dall'introduzione dell'istituto del mandato d'arresto europeo: infatti, solo nel caso in cui tale collegamento sussista⁵³ e sussista, dunque, una identità fattuale fra il fatto che ha dato luogo alla misura restrittiva della libertà e quello per cui si emana la pena detentiva- si ritiene che il periodo di custodia possa essere dedotto dall'esecuzione della pena.

Nel caso del mandato d'arresto europeo, peraltro, il requisito di tale collegamento acquisisce forza ancor maggiore in virtù del dettato del § 83, co. 1 IRG, la cui norma enuncia il principio di specialità: la cui violazione cagionerebbe l'illegittimità dell'intera procedura di consegna⁵⁴.

La giurisprudenza precedente all'entrata in vigore del mandato d'arresto europeo -nonché quella successiva, se si considerano gli Stati non facenti parte dell'Unione Europea- richiedeva a tal fine un attento esame, da parte del tribunale, che andasse nel senso di verificare suddetto collegamento analizzando la normativa e gli atti posti in essere dallo Stato estero in cui si avevano luogo l'arresto e la restrizione⁵⁵; ciò, almeno fino alla censura espressa dal *Bundesverfassungsgericht* con una importante sentenza del 14 gennaio 2005 -la quale riguardava il caso di un cittadino tedesco arrestato negli Stati Uniti- con la quale la “Consulta” di Karlsruhe dichiarava che, avendo riguardo al principio dell'inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 2, co. 2, secondo periodo⁵⁶ del *Grundgesetz*, risultava sufficiente provare una “unità processuale fun-

⁵³ In tal senso, cfr. MEYER, GÖRNER, Sub § 450°, cit., 1626.

⁵⁴ *Bundesgerichtshof*, I sezione penale, decreto del 2 novembre 2010.

⁵⁵ In tal senso, per esempio, andavano le sentenze della *Strafvollstreckungskammer* del *Landgericht* di Erfurt (sent. 54 del 13 giugno 2003) e dell'*Oberlandesgericht* della Turingia (I Sezione penale, sent. 266/03 del 5 settembre 2003) successivamente censurate dal *Bundesverfassungsgericht* il 14 gennaio del 2005.

⁵⁶ La norma citata, sancendo «*Die Freiheit der Person ist unverletzlich*», esprime, nel contesto del generalissimo diritto al libero sviluppo della personalità (*Freie Entfaltung der Persönlichkeit*), il medesimo principio espresso dall'art. 13, co. 1 Cost., definendo poi i contenuti e le formalità minimi per operare le eventualmente necessarie limitazioni della libertà negli artt. 103 e 104 GG.

zionale”⁵⁷, concetto che la dottrina individua nell’identità del fatto oggetto della sentenza così come definito dal § 264, co. 1 StPO, giusta la cui previsione “Oggetto della condanna è il fatto indicato nell’imputazione, così come risulta alla fine del dibattimento”⁵⁸: fatto che deve coincidere in quanto concreto avvenimento risultato del medesimo processo storico⁵⁹, analogamente a quanto previsto dall’art. 103, co. 3, del Grundgesetz in merito al principio del *Ne bis in idem*⁶⁰. In tal senso, d’altronde, già argomentava la dottrina maggioritaria precedente alla sentenza nel commentare il § 450a⁶¹.

Qualsiasi orientamento fondato sul tradizionale assetto dell’extradizione, ad ogni modo, risulta superato in maniera decisamente più agevole nei confronti degli Stati membri dell’Unione nella giurisprudenza seguente al recepimento del MAE: il collegamento in esame e l’identità del fatto può ritenersi presunto⁶² nel momento in cui la descrizione del fatto contenuta nel mandato coincida con i connotati descritti dalla sentenza di condanna⁶³.

3. Nuovi orientamenti giurisprudenziali sulla determinazione della deduzione

Come si diceva poc’anzi, la determinazione della pena da eseguire è uno degli aspetti su cui la giurisprudenza tedesca interviene più di frequente; tant’è che proprio a tal proposito si può avere maggiore evidenza dello scatto evolutivo determinato dall’introduzione del MAE.

Si può notare, infatti, che per le restrizioni sofferte in Paesi non facenti parte dell’Unione Europea la deduzione viene spesso – anche se non sempre –

⁵⁷ Cfr. i §§ 13 e 14 della sentenza BVerfG cit.

⁵⁸ Traduzione a cura dello scrivente. Il testo originale della norma recita: «*Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt*».

⁵⁹ Cfr. MEYER, GÖRNER, Sub § 264 StPO, in *op. cit.*, 1160.

⁶⁰ Cfr. DEGENHART, commento al § 103 GG in *Grundgesetz-Kommentar*, a cura di Sachs, Monaco di Baviera, 2011, 2079; JARASS, commento al § 103 GG in *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland-Kommentar*, a cura di Jarass-Pieroth, Monaco di Baviera, 2011, 1043.

⁶¹ BRINGEWAT, in *Strafvollstreckung*, Baden-Baden 1993; PAULUS, in: *KMR, Kommentar zur StPO*, Berlino, 1997; MEYER-GÖRNER, in *op. cit.*, Monaco di Baviera, 2004.

⁶² *Oberlandesgericht di Amburgo*, terza sezione penale, decreto 167/2012- riguardante il caso di una procedura attiva di consegna avviata dalla *Staatsanwaltschaft* di Detmold in collaborazione col tribunale di Radom (Polonia) : il punto III recita «*Der von der Staatsanwaltschaft übersandte Beschluss des Bezirksgerichtes in Radom/Polen legt die Vermutung nahe, dass die in Polen an dem Verurteilten vollzogene Auslieferungshaft sich (auch) auf das Auslieferungsersuchen der Staatsanwaltschaft Detmold in der vorliegenden Sache bezog*».

⁶³ Tale conclusione si può agevolmente ricavare a contrario dal già citato decreto del *Bundesgerichtshof*: «*Der Begriff der „anderen Tat“ im Sinne des § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG knüpft allein an die Beschreibung der Straftat in der Auslieferungsbewilligung, diese wiederum an den Europäischen Haftbefehl an. Eine „andere Tat“ liegt nicht vor, wenn sich die Angaben im Europäischen Haftbefehl und diejenigen im späteren Urteil hinreichend entsprechen*».

operata secondo misure talora anche fortemente favorevoli al condannato⁶⁴, a seguito di attenta considerazione delle condizioni in cui il condannato versava durante la custodia⁶⁵. Nel momento in cui le stesse siano state eseguite in Stati membri dell'Unione Europea si ha un capovolgimento di prospettiva: essa, infatti, viene operata in via di principio nella misura di 1:1⁶⁶, salvo i casi – eccezionali – in cui l'imputato/condannato riesca a provare di aver subito detenzioni particolarmente dure ovvero misure restrittive particolarmente afflittive e prolungate nel tempo⁶⁷, tali da risultare sostanzialmente “non paragonabili con le condizioni carcerarie nostrane”⁶⁸; richiedendosi comunque in tal caso le verifiche previste in via generale per i Paesi non membri dell'Unione⁶⁹. Due casi che testimoniano in modo lampante tale evoluzione sono quelli legati a due decreti, uno del 1997 e l'altro del 2011, riguardanti la deduzione di misure cautelari che cittadini tedeschi avevano subito in due Paesi entrambi recentemente entrati a far parte dell'Unione Europea, peraltro entrambi provenienti da una storia che li aveva collocati a lungo, da un punto di vista geopolitico, nel blocco europeo orientale: nel caso su cui interveniva il primo dei due, il condannato era stato detenuto in un carcere della Repubblica Ceca, in condizioni descritte dalla difesa e da una relazione operata dai periti dell'Ambasciata tedesca a Praga – in un inciso ripreso dal decreto – come

⁶⁴ In tal senso cfr. MAIER, Sub § 51 StGB, in *Münchener Kommentar*, II, Monaco di Baviera, 2012, 390. Un decreto emesso il 27 gennaio del 2000 dal *Landgericht* di Monaco di Baviera II riconosceva, ad un cittadino tedesco che aveva subito la custodia cautelare in Brasile, uno scomputo di 2,5 giorni per ogni giorno ivi sofferto; il “record” si era avuto in occasione di una più risalente sentenza (*Landgericht* di Colonia, 17 dicembre 1991) che aveva riconosciuto una deduzione in misura 1:3 per una custodia cautelare sofferta in Camerun.

⁶⁵ Cfr. BOCK, *op. cit.*, 486 ss, secondo cui rilevano anche alcuni singoli “capitoli” della vita carceraria, quali l'organizzazione delle celle, i contatti col mondo esterno, la possibilità di ricevere visite, il vestiario fornito, la cura della salute e – per ultimo – le offerte per il tempo libero.

⁶⁶ Nel respingere un ricorso presentato da una cittadina tedesca che era stata detenuta, a fini di esecuzione di m. a. e., nel carcere di Valdemoro, Spagna, la quinta sezione penale dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo, con decreto 46/2008, asseriva che la deduzione 1:1 «corrisponde alla deduzione che la Corte di Giustizia Federale, in via di principio, ritiene appropriata per la Spagna in quanto Stato membro dell'Unione Europea» («*Der Maßstab 1 : 1 entspricht der vom Bundesgerichtshof grundsätzlich für Spanien als einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union für zutreffend erachteten Anrechnung*»).

⁶⁷ In tal senso cfr. MAIER, Sub § 51 StGB, cit., 390 s.

⁶⁸ *Landgericht* di Zweibrücken, decreto del 15 gennaio 2011: «*Eine höhere Anrechnung kommt daher allenfalls in besonderen Ausnahmefällen und nur dann in Betracht, soweit die vorherrschenden Haftbedingungen mit den hiesigen Bedingungen nicht vergleichbar wären*».

⁶⁹ Decreto 598/2007 (16 ottobre 2007) della terza sezione penale dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo – di cui si parla immediatamente di seguito; presente in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, 101 ss. – ai sensi del quale «in via di principio ci si può discostare dalla deduzione in misura 1:1 per le misure restrittive sofferte in Stati membri dell'Unione Europea, nel qual caso, tuttavia, dovrà sempre aver luogo un'analisi del singolo caso» («*Grundsätzlich kann bei Freiheitsentziehungen in EU-Staaten von einem Anrechnungsmaßstab von 1:1 ausgegangen werden, wobei jedoch immer eine Einzelfallprüfung stattzufinden hat*»).

non troppo agevoli, e si era operata una deduzione di 3 giorni di pena ogni 2 sofferti di custodia cautelare⁷⁰. Il secondo riguardava un cittadino tedesco detenuto in Slovenia: sulle modalità di custodia ivi sofferte, infatti, la Camera per l'Esecuzione penale non si soffermava affatto, ricordando la qualità di Stato membro dell'Unione acquisita nel 2004 da suddetta Repubblica ex-jugoslava; la deduzione veniva pertanto operata in termini di perfetta equivalenza (1:1)⁷¹.

4. Conclusioni

Traendo le conclusioni del discorso svolto finora in merito all'ordinamento tedesco, risulta interessante osservare che la differente opzione da esso praticata in merito al recepimento del mandato d'arresto europeo -recepimento che pur non ha vissuto vicende del tutto lineari, come evidenzia la già ricordata severa censura di incostituzionalità di cui è stata oggetto la legge di attuazione nel 2005- pur non "isolando" l'istituto, e anzi ponendolo nel solco di una sostanziale continuità con la risalente disciplina dell'extradizione, non risulta affatto manchevole sotto il profilo dell'innovazione ordinamentale in relazione alla pratica della collaborazione in materia penale fra stati membri dell'Unione Europea: ciò anche dal punto di vista di un principio, come quello della deducibilità della custodia cautelare presofferta, che pure non è stato espressamente regolato dallo *Europäisches Haftbefehlgesetz*. Innovazione ordinamentale che nella prassi giurisprudenziale -nonché nelle considerazioni dottrinali⁷² - risulta anzi evidente, nonché assai poco controversa: il riconoscimento delle misure cautelari che il soggetto passivo della procedura di consegna ha subito in relazione al mandato d'arresto europeo ne risulta, infatti,

⁷⁰ Decreto n. 612 del 1997 della terza sezione penale dell'*Oberlandesgericht* di Amburgo: «Für die mit- hin zu treffende Entscheidung über den hier anzuwendenden Anrechnungsmaßstab ist der Senat als Beschwerdegericht sachentscheidungsbefugt. Wie der Verurteilte in seinem Schreiben vom 16. September 1997 angibt, wurde die Auslieferungshaft im Untersuchungsgefängnis von Brno (Brünn), vollzo- gen. Insoweit liegt ein Bericht der Deutschen Botschaft in Prag vom 28. April 1997 vor, in welchem ausgeführt wird: [segue una descrizione delle condizioni di detenzione]. Hinsichtlich der Bewertung der ausländischen Haftbedingungen macht sich der Senat die zutreffenden Ausführungen der General- staatsanwaltschaft zu eigen und legt sie seiner Entscheidung zugrunde. Dementsprechend war der ange- fochtene Beschluss aufzuheben und die erlittene Auslieferungshaft im Verhältnis 2:3 anzurechnen».

⁷¹ Il già citato decreto del *Landgericht* di Zweibrücken (15 gennaio 2011) afferma infatti che «La presen- te Camera ritiene adeguata la deduzione 1:1 rispetto alla pena complessiva comminata. A tal si prende in considerazione il fatto che, nel caso della Slovenia, si tratta di uno Stato che a partire dal 2004 fa parte dell'Unione Europea» (traduzione a cura dello scrivente; testo originale: «Die Kammer hält eine Anrechnung 1:1 auf die verhängte Gesamtfreiheitsstrafe für angemessen. Hierbei ist berücksichtigt, dass es sich bei dem Staat Slowenien um einen solchen handelt, der bereits seit 2004 der Europäischen Union angehört»).

⁷² SATZGER, *op. cit.*, 167-168; HECKER, *op. cit.*, 421.

semplificato e più “fiducioso”, specie grazie al fatto che il procedimento viene privato della dimensione politica che connota l’estradiizione per acquisire una fisionomia più strettamente processuale⁷³.

Un risultato del genere viene conseguito, dunque, senza addurre né una presunta indipendenza logica ed ontologica del MAE e del principio di deducibilità della custodia cautelare ad esso correlato rispetto al suo archetipo rappresentato dall’estradiizione⁷⁴ né invocare la volontà- espressa dalla direttiva- di sostituire l’estradiizione con il m. a. e.; in linea con la corrente di pensiero che anche nella dottrina italiana presenta l’istituto europeo come un aggiornamento ed una semplificazione della ben più complessa e formalistica procedura di consegna estradizionale⁷⁵.

Si può considerare, d’altronde, che questa sia infine la reale posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana⁷⁶ proprio in relazione alla tematica in esame con il punto 2.2 della motivazione della sentenza n. 143 del 2008: laddove, dopo aver operato esplicito riferimento alla medesima *ratio decidendi* impiegata nella sentenza n. 253 del 2004 nel deliberare, con sentenza additiva, la parziale incostituzionalità dell’art. 722 c.p.p., chiosa asserendo che «Se l’equivalenza tra custodia all’estero e custodia cautelare in Italia è stata affermata con riferimento all’estradiizione, essa, a maggior ragione, deve operare in relazione ad uno strumento – quale il mandato d’arresto europeo – che poggia sul principio dell’immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giurisdizionale. Tale istituto, infatti – a differenza dell’estradiizione – non postula alcun rapporto intergovernativo, ma si fonda su rapporti diretti tra le varie autorità giurisdizionali dei Paesi membri, con l’introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate. Ciò rende ancor meno tollerabile, sul piano costituzionale, uno squilibrio delle garanzie in tema di durata della carcerazione preventiva correlato al luogo – interno o esterno, rispetto ai confini nazionali – nel quale la carcerazione stessa è patita. Posto, infatti, che il titolo dell’arresto e della conseguente custodia, nel caso di specie, è unitario; e che il procedimento di consegna non si articola in funzione di un rapporto tra Stati, ma tra autorità giudiziarie: ne deriva

⁷³ SATZGER, *ibidem*, 167.

⁷⁴ Nel senso di una sostanziale indipendenza fra le previsioni dell’art. 33 l. 69/2005 e dell’art. 722 c. p., cfr. CAIANELLO, *op.cit.*, 207 ss.

⁷⁵ Cfr. A. GAITO, *Mandato d’arresto europeo ed estradiizione*, in *Procedura penale*, cit., Torino 2012, 902 ss; MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Compendio di Procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2008, 1018-1019 ss.; TONINI, *Manuale di Procedura penale*, Milano 2013, 1043 s.

⁷⁶ Cfr. IUZZOLINO, *Il mandato d’arresto europeo, La procedura attiva*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, VI, a cura di Kalb, Torino-Milano 2009, 565 s.; MARCHETTI, voce *Mandato d’Arresto Europeo*, in *Enc. Dir., Annali II, Tomo I*, Milano 2008, 569 s.

che anche la durata della custodia cautelare deve sottostare ad una disciplina del pari unitaria; così da attrarre i “tempi della consegna” all'interno dei “tempi del processo”» e dichiarando per ciò stesso incostituzionale l'art. 33 legge n. 69 del 2005 laddove si ometteva il riferimento ai termini di fase previsti dall'art. 303, co. 1-3, c.p.p., con l'effetto di dar luogo ad una ingiustificata differenziazione fra la disciplina della deducibilità della custodia cautelare sofferta all'estero in relazione a due istituti che si pongono sostanzialmente in una relazione logica di derivazione e di aggiornamento- semplificazione, e non di indipendenza, alternatività o sostituzione.