

***Mandato d'arresto europeo e rifiuto della consegna del cittadino di un Paese terzo.
Minime osservazioni in margine a Cass. Pen., Sez. VI, n. 10371/2020****

di Angelo Raffaele Salerno – Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

ABSTRACT: the work analyzes decision no. 10371/2020 of the Italian Court of Cassation through which the judges of Piazza Cavour raised the question of constitutionality of the law on the European Arrest Warrant, in the part in which it does not provide for the optional refusal to hand over the citizen of a third Country that legitimately and effectively has residence or abode in Italian territory.

SOMMARIO: 1. Un'introduzione. – 2. MAE e rifiuto della consegna degli stranieri. – 3. L'ordinanza di rimessione. – 4. Il “confine” dell'interpretazione conforme. – 5. Sul tema della “doppia pregiudiziale”. – 6. Sulle questioni sollevate. – 6.1. Sulla violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. – 6.2. Scelte “irrazionali”, differenziazioni “irragionevoli” e altre considerazioni. – 7. Una conclusione.

1. Un'introduzione

In tema di mandato d'arresto europeo¹, la Corte di Cassazione (ordinanza n. 10371/2020) ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 18 *bis*, comma 1, lett. c, legge n. 69/2005 «nella

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

parte in cui non prevede il rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la Corte di appello disponga che la pena o la misura di sicurezza irrogata nei suoi confronti dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno».

L'ordinanza di rimessione si colloca al crocevia di questioni quali il confine dell'interpretazione conforme a Costituzione e il tema della “doppia pregiudiziale”, sulle quali la Cassazione ha saputo muoversi con equilibrio. Prima di entrare nel merito della *quaestio* è però necessario un passo indietro, stante il peso degli sviluppi legislativi e giurisprudenziali sul sorgere della stessa.

2. MAE e rifiuto della consegna degli stranieri

Tampere, 15 e 16 ottobre 1999. Il Consiglio Europeo, impegnandosi a dar vita all'ambizioso progetto di un «autentico spazio di giustizia europeo», approvava il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, «fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale»², entrato poi a pieno titolo nel diritto primario³. Di tale principio, definito con formula evangelica «pietra angolare»⁴ della cooperazione giudiziaria eurounitaria, l'introduzione del MAE con la decisione-quadro 2002/584/GAI⁵ ha rappresentato il

¹ D'ora in avanti “MAE”.

² *Conclusioni della Presidenza*, n. 33.

³ Art. 82, par. 1, TFUE: «La cooperazione giudiziaria in materia penale dell'Unione è fondata sul principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'art. 83». Non è però un caso che il Trattato non eriga un ponte temporale tra l'obiettivo dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali e quello del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, di cui il primo appare una sorta di presupposto: l'armonizzazione legislativa in materia penale, com'è stato scritto, «è impresa ardua e di lunga lena, e attenderne gli esiti avrebbe inevitabilmente ritardato la realizzazione dell'altro obiettivo» (R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, 560).

⁴ «The European Council therefore endorses the principle of mutual recognition which, in its view, should become the cornerstone of judicial co-operation in both civil and criminal matters within the Union» (*Conclusioni della Presidenza*, n. 33, cit., il corsivo è mio). In tema, si veda J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. KOSTORIS, Milano, 2017, 313 ss.

⁵ I contributi in materia sono innumerevoli. Si veda, *ex plurimis*: C. PINELLI, *Omogeneità costituzionale e identità nazionale nella vicenda del mandato d'arresto europeo*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, II, Napoli, 2010, 1671 ss.; AA.VV., *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, a cura di R. CALVANO, Napoli, 2007; AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS e M. SELVAGGI, Torino, 2005; AA.VV., *Il mandato di arresto europeo e l'extradizione: profili costituzionali, penali, processuali ed*

primo atto della sua estrinsecazione in campo penale⁶: si tratta, com'è noto, di una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro dell'Unione europea, detto "Stato membro emittente", in vista dell'arresto o della consegna da parte di un altro Stato membro, detto "Stato membro di esecuzione", ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà personale⁷. L'istituto si fonda, come si legge nella decisione-quadro, «su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri»⁸: il giudice dell'esecuzione, riconoscendo la decisione del giudice emittente e dando a essa attuazione tramite la consegna, presuppone infatti il rispetto, nello Stato membro di emissione, dei diritti fondamentali del soggetto richiesto; specularmente, è però possibile che al ricorrere di determinate circostanze egli opponga al giudice emittente un rifiuto.

La decisione-quadro dispone, per l'appunto, che in certi casi l'autorità giudiziaria dell'esecuzione debba⁹ o possa¹⁰ rifiutare l'esecuzione del MAE: in particolare, per ciò che qui rileva, l'art. 4, n. 6 prevede la facoltà di negare la consegna, richiesta ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza limitativa della libertà personale, tanto del cittadino dello Stato membro di esecuzione quanto di chi ivi dimori o risieda.

internazionali, a cura di E.R. ACUÑA, Padova, 2004; M. BARGIS, *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione*, in *Politica del diritto*, 1/2004, 49 ss.; A. CASSESE, *Il recepimento da parte italiana della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. e proc.*, 12/2003, 1565 ss.; V. GREVI, *Il "mandato d'arresto europeo" tra ambiguità politiche e attuazione legislativa*, in *il Mulino*, 1/2002, 119 ss.; V. CAIANIELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, 462 ss.; I.J. PATRONE, *La decisione-quadro del Consiglio relativa al mandato di arresto europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2002, 391 ss.

Va ricordato che la decisione-quadro è uno strumento al quale il TUE pre-Lisbona non riconosceva efficacia diretta e che ai sensi dell'art. 9 del Protocollo (n. 36) sulle disposizioni transitorie continuerà ad avere vigore in base agli effetti che le erano propri in forza dei vecchi Trattati. Tale fonte svolgeva una funzione sostanzialmente analoga a quella delle direttive, mirata al «ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art. 34, comma 2, lett. b, TUE pre-Lisbona) non fosse che *nel MAE il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie prevale su qualsivoglia profilo di armonizzazione*: si è non a caso osservato che «l'esitazione a servirsi dell'avvicinamento normativo è dovuta sia alla contingente difficoltà di raggiungere una convergenza politica sulle modalità del trasferimento, a livello sovranazionale, del potere punitivo, ascritto ancora al nucleo della sovranità statale, sia più in profondità, alle radici che riconducono la materia penal-processuale al contesto nazionale» (A. DI MARTINO, *La Corte di Giustizia sul mandato d'arresto europeo: una lettura minimalista sostiene la validità della decisione-quadro*, in *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi studio*, a cura di R. NANIA, Torino, 2012, 221-222).

⁶ Considerando n. 6.

⁷ Art. 1.

⁸ Considerando n. 10.

⁹ Art. 3.

¹⁰ Art. 4.

La Corte di Giustizia, in relazione alla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Oberlandesgericht* di Stoccarda sull'interpretazione dei termini "dimori" e "risieda" contenuti nella disposizione, a mezzo della sentenza *Kozłowsky*¹¹ ha chiarito che una persona risiede nello Stato membro d'esecuzione quando vi «abbia stabilito la propria residenza effettiva» e che invece vi dimora quando «abbia acquisito, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata in questo medesimo Stato, legami con quest'ultimo di intensità simile a quella dei legami che si instaurano in caso di residenza»¹²: dunque, ai fini dell'art. 4, n. 6, le nozioni di residenza e dimora prescindono dal requisito della cittadinanza, risultando invece fondate sull'effettivo radicamento della persona nel territorio dello Stato membro. La *ratio* della norma, come chiarisce la Corte di Giustizia nella medesima pronuncia, consiste infatti nel «permettere all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata»¹³.

In Italia, tuttavia, la legge n. 69/2005 ha dato alla decisione-quadro un'attuazione solo parziale¹⁴. In origine, essa non prevedeva neppure la distinzione tra i motivi di rifiuto facoltativo e i motivi di rifiuto obbligatorio, classificando indistintamente tutte le ipotesi come obbligatorie. L'art. 18, lett. r, legge cit., trasponendo il motivo di diniego facoltativo di cui all'art. 4, n. 6 della decisione-quadro, oltre a tramutare la facoltà del rifiuto in obbligo, ne limitava l'operatività nei confronti dei soli cittadini italiani. Disposizione illegittima per contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., come avrebbe affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 227/2010, «nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, *che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano*, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno»¹⁵.

¹¹ CGCE, Grande Sezione, 17 luglio 2008, C-66/08.

¹² § 46.

¹³ § 45. Nello stesso senso la presa di posizione dell'Avvocato generale presentata il 28 aprile 2008: «... il motivo di non esecuzione di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro mira a favorire il reinserimento della persona condannata. Dal momento che questa persona, se si tratta di un cittadino dell'Unione, ha il diritto di circolare e risiedere in tutti gli Stati membri, l'esito del suo reinserimento riguarda non solamente lo Stato membro di esecuzione, ma allo stesso modo tutti gli altri Stati membri e le persone che vi vivono» (punto 133).

¹⁴ Per una precisa disamina delle discrasie relative all'attuazione (parziale) della decisione quadro a mezzo della legge n. 69/2005 si rinvia a M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Compendio di procedura penale*, ora a cura di M. BARGIS, Padova, 8^a ed., 2016, 1006 ss.

¹⁵ Il corsivo è mio. La Corte di giustizia (CGCE, Grande Sezione, 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08) aveva già chiarito che il cittadino di uno Stato membro che «risieda legittimamente in un altro Stato membro ha diritto di

Con la legge n. 117/2019, il Parlamento interveniva allora sul testo della legge n. 69/2005 tenendo conto della pronuncia della Consulta: scisse le cause di rifiuto obbligatorio (elencate dal riscritto art. 18) dalle cause di rifiuto facoltativo (contenute nel nuovo art. 18 *bis*), la corte d'appello può, in caso di emissione di un MAE esecutivo, rifiutare la consegna ove la persona ricercata «sia cittadino italiano o cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano», sempre che essa «disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno»¹⁶. La lettera della nuova disposizione continua, com'è evidente, ad escludere dall'operatività di tale motivo di rifiuto i cittadini di Paesi terzi, a prescindere dal fatto che essi risiedano o dimorino nello Stato membro dell'esecuzione – sola condizione, per contro, richiesta dalla norma europea ai fini dell'operare della disciplina.

La questione di costituzionalità cade qui.

3. L'ordinanza di rimessione

Un cittadino albanese stabilmente radicato in Italia era stato condannato in Grecia per il reato di traffico di sostanze stupefacenti. La Corte d'appello di Genova, chiamata a dare esecuzione al MAE emesso dall'autorità giudiziaria greca, al fine di evitare una disparità di trattamento in relazione alla diversa disciplina del MAE processuale che, ai fini della consegna, equipara il cittadino italiano al residente¹⁷, negava la consegna del condannato ricorrendo a un'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 18, lett. r, legge cit.¹⁸, estendendo così il motivo di rifiuto anche al cittadino di un Paese terzo residente in Italia. La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso presentato dal Procuratore generale, ha (correttamente) ritenuto tale linea non condivisibile.

La Suprema Corte fa anzitutto presente l'intervento legislativo del 2019: nonostante il legislatore abbia «tenuto conto» della sentenza n. 227/2010, persisterebbe un «profilo di incompatibilità con il diritto dell'Unione europea, ed in particolare con la *ratio* del motivo di rifiuto facoltativo stabilito

avvalersi dell'art. 12, primo comma, CE» (attuale art. 18 TFUE, che sancisce il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità).

¹⁶ Art. 18 bis, lett. c, legge cit.

¹⁷ Art. 19, lett. c, legge cit.

¹⁸ Articolo, si badi, integralmente riscritto dalla novella del 2019 nei termini suesposti.

dall'art. 4, n. 6» della decisione-quadro¹⁹ che mira ad accrescere le opportunità di reinserimento sociale del condannato. Inoltre, richiamando la sentenza n. 227/2010, ove la Consulta affermava l'insanabilità per via interpretativa del contrasto tra decisione-quadro e legge di recepimento²⁰, la Cassazione sottolinea che «analoghe considerazioni devono svolgersi a fronte... della novella legislativa del 2019» in quanto la scelta del legislatore risulterebbe talmente netta da precludere «ricostruzioni alternative»²¹; di più, saremmo di fronte a «una lacuna talmente evidente rispetto alla scelta a suo tempo compiuta dal legislatore europeo, che *un eventuale suo "riempimento" per via interpretativa condurrebbe irrimediabilmente, almeno in tal caso, alla creazione di una norma di diritto "pretorio"*: non si tratterebbe più, allora, di una lettura "adeguatrice", o "costituzionalmente orientata", ma di un'interpretazione *contra legem* del testo normativo... *Neanche l'esigenza di rendere il testo compatibile con i principi costituzionali potrebbe giustificare, dunque, una "torsione" dell'enunciato normativo che ne sospinga il contenuto oltre il suo possibile orizzonte di senso*»²². In definitiva, l'art. 18 bis, lett. c non potrebbe essere interpretato nel senso di garantire l'operatività del diniego della consegna del cittadino di un Paese terzo residente o dimorante in Italia neppure di fronte alla potenziale violazione del dettato costituzionale: l'operatività soggettiva della norma rimane dunque limitata al cittadino italiano e al cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea che abbia legittima ed effettiva residenza o dimora in Italia.

Esclusa dunque la possibilità di operare un'interpretazione conforme a Costituzione, quanto alla non manifesta infondatezza della questione la Cassazione argomenta in quattro punti.

In primo luogo, prospetta la violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 4, n. 6 della decisione-quadro. Sul punto, la Suprema Corte richiama la sentenza *Kozłowsky*, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che i termini "risieda" e "dimora" contenuti nella norma europea avrebbero una specifica autonomia concettuale e dovrebbero essere definite in maniera uniforme²³, per cui «gli Stati membri non sono legittimati a conferire a tali termini una portata più estesa di quella risultante da un'interpretazione uniforme siffatta»²⁴: una volta introdotto uno dei motivi di rifiuto nell'ordinamento interno, «non può irrazionalmente limitarsene l'applicazione ai soli

¹⁹ 2.1 del *considerato in diritto*.

²⁰ Corte cost., n. 227/2010, 7.1 del *considerato in diritto*.

²¹ 2.2 del *considerato in diritto*.

²² 2.1 e 2.2 del *considerato in diritto* (i corsivi sono miei).

²³ «... la definizione di questi due termini non può essere lasciata all'apprezzamento di ciascuno Stato membro» (§ 41).

²⁴ § 43.

cittadini e residenti “comunitari”, escludendola tout court per i residenti o dimoranti “non comunitari”, se non a condizione di trasporre solo una porzione del contenuto, generale ed onnicomprensivo, della norma euro-unitaria, così eludendo l'obbligo di rispettarne fedelmente i vincoli di adeguamento ai sensi degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.»²⁵

In secondo luogo, dal momento che i cittadini di Stati terzi, *pur stabilmente residenti in Italia*, «costituiscono l'unica “categoria” di destinatari di un mandato *in executivis* esclusa dall'applicazione del motivo di rifiuto... poiché siffatta causa ostativa dell'esecuzione, di contro, è utilmente invocabile in favore dei cittadini italiani, dei cittadini di un altro Stato membro dell'Unione residenti nello Stato e finanche degli apolidi stabilmente residenti nel territorio dello Stato...», sarebbe prospettabile la violazione dell'art. 3 Cost. in relazione «al rispetto dei canoni di ragionevolezza e coerenza sistematica».

In terzo luogo, l'art. 18 *bis*, lett. c sarebbe in contrasto col principio del fine rieducativo della pena oltre che affetto da irrazionalità anche alla luce della decisione quadro 2008/909/GAI, attuata in Italia col d.lgs. n. 161/2010 e fortemente improntata al fine del reinserimento sociale, la quale istituendo un sistema di trasferimento dei condannati detenuti nello Stato membro del quale siano cittadini o vi abbiano residenza abituale e significativi legami, s'interseca con la decisione-quadro sul MAE nel caso in cui lo Stato membro s'impegni ad eseguire la pena ai sensi dell'art. 4, n. 6 di quest'ultima.

La Cassazione prospetta infine la lesione del diritto al rispetto della vita familiare richiamando gli artt. 2 e 117, comma 1, Cost.²⁶ in relazione a varie disposizioni, tra cui l'art. 7 CDFUE e l'art. 8 CEDU.

4. Il “confine” dell'interpretazione conforme

«Nel nostro sistema di giustizia costituzionale», ha scritto Franco Modugno, «non si offrono alternative: o il giudice comune riesce nell'opera di interpretazione conforme, e allora la normativa

²⁵ 5.2 del *considerato in diritto*.

²⁶ È curioso osservare come nel dispositivo dell'ordinanza il riferimento all'art. 2 Cost. sia poi stato omissivo.

di legge è immediatamente applicabile; o non riesce, e allora è possibile che solo la Corte la dichiari incostituzionale»²⁷.

L'interpretazione conforme, pur collocandosi al «crocevia tra la teoria delle fonti e la teoria ermeneutica»²⁸, è pur sempre un mezzo ermeneutico, con tutti i limiti che gli son propri²⁹. Guardando all'improbabile tentativo del giudice della Città della Lanterna credo possa allora evidenziarsi un dato che emerge con una certa evidenza: si sarebbe trattato, con buona approssimazione, del debordamento nel campo riservato a istituzioni altre, il proverbiale passo più lungo della gamba. L'operazione avrebbe travolto il limite della lettera e sarebbe risultata insostenibile anche alla luce del criterio sistematico.

In primo luogo, il giudice avrebbe applicato in via analogica una norma alla fattispecie che la stessa, implicitamente, disciplina in negativo. L'art. 18 *bis*, lett. c, legge n. 69/2005 individua infatti i soggetti rispetto ai quali è prevista la facoltà di diniego dell'esecuzione nei cittadini italiani e nei cittadini di un altro Stato membro che legittimamente ed effettivamente abbiano residenza o dimora nel territorio italiano. Sono categorie ben definite e l'indicazione è tassativa. Peraltro, la Corte di Giustizia, a mezzo della già richiamata sentenza *Kozłowsky*, ha chiarito la portata operativa delle nozioni di "residenza" e "dimora" di cui alla decisione-quadro in termini antiformalistici, valorizzando una situazione fattuale che guarda al concreto radicamento della persona nello Stato di esecuzione a prescindere dalla sussistenza dello *status* di cittadinanza e affermando che l'eventuale estensione della portata di tali nozioni da parte degli Stati membri nelle norme nazionali di attuazione dell'art. 4, n. 6 sarebbe senz'altro illegittima³⁰: visto che il legislatore del 2019 era certamente a conoscenza di tale giurisprudenza, l'esclusione dei cittadini di Paesi terzi stabilmente radicati in Italia dall'operatività della disciplina in esame non può che essere stata intenzionale, una precisa scelta legislativa. La disposizione non è dunque passibile di un'interpretazione tale da includere nel suo ambito operativo questa categoria di soggetti, se non al costo di evadere dal suo

²⁷ F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell' "interpretazione conforme a Costituzione"*, in *Sistema e problema: Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, a cura di ID. e F. RIMOLI, Torino, 2^a ed., 2017, 60.

²⁸ A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in www.giurcost.org, 2012, 37.

²⁹ Tali limiti non corrisponderebbero *in toto* col limite testuale, ove esso sia inteso legittimante la sola interpretazione letterale, poiché «... tanto varrebbe negare, in teoria del diritto e dell'interpretazione, ogni interpretazione dissociativa, restrittiva, estensiva o correttiva delle disposizioni legislative. E non si comprende perché mai ciò che non può valere per la normale interpretazione dei testi legislativi debba valere invece per l'interpretazione conforme a Costituzione» (così F. MODUGNO, *op. cit.*, 55).

³⁰ § 43.

«carapace semantico», rendendola altro da ciò che è³¹. Se è vero che l'interpretazione conforme ha una funzione armonizzante³², nessuna armonizzazione può darsi di fronte al travalicamento (meglio: capovolgimento) dell'«orizzonte di senso dell'enunciato»³³. È una corda di violino che si spezza nel tentativo di intonarla. Qui la Cassazione ha preso posizione affermando che «si travalica il confine dell'interpretazione conforme alla Costituzione quando la soluzione ermeneutica cui si addiviene si riveli *del tutto* incompatibile con il testo»³⁴. Lungi dallo scorgervi una difesa del testo in sé, mi sembra piuttosto il tentativo di trovare nel richiamo al “limite della lettera” una sorta di “camera di compensazione” per cercare di ridurre il rischio, da un lato, di esiti ermeneutici improbabili, dall'altro di ordinanze di rimessione carenti in motivazione. Una sorta di spinta razionalizzante incentrata sulla persuasione. Preso atto delle “buone intenzioni”, è comunque bene rammentare, con Goethe, che «uno non ha che da dichiararsi libero per sentirsi immediatamente condizionato. Se ha il coraggio di dichiararsi condizionato, allora si sente libero»³⁵.

In secondo luogo, pur *formalmente* rivendicando di sanare un *vulnus* tutto interno al diritto nazionale a mezzo dell'interpretazione conforme a Costituzione, l'operazione del giudice distrettuale avrebbe *sostanzialmente* operato una specie di (distorta) interpretazione conforme al

³¹ Mi avvalgo, qui, dell'icastica metafora del Prof. Glauco Giostra: «... qualsiasi disposizione, anche la più genericamente formulata, ha un “carapace semantico” da cui non può evadere senza diventare altro da sé; vi è sempre almeno un significato incompatibile con il senso fatto palese dalle parole. Se le si dà questo significato non la si interpreta, ma la si “abroga” e si crea un'altra norma» (G. GIOSTRA, *Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del distretto di Ancona*, consultabile in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 4).

³² M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 2016, 445.

³³ Per citare M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione giustizia*, 2018, il quale, con eco crisafulliani, scrive: «... quel “nuovo” significato, quella soluzione ermeneutica, deve pur reggere alla prova della “lettera”, alla quale si deve tornare per verificare che l'allontanamento dalla stessa (dal “significato iniziale”) non si sia tradotto in un suo travalicamento (come accadrebbe ove il “nuovo significato” non trovi fondamento alcuno nell'enunciato oggetto di interpretazione). Ove ricorra quest'ultima condizione non resta, a mio giudizio, che sollevare questione di costituzionalità, altrimenti si cade in un abuso, inteso come uso distorto dei pur penetranti poteri interpretativi spettanti ai giudici (specie alla Cassazione, nell'esercizio della funzione di nomofilachia)».

³⁴ Il corsivo è mio. Cesare Pinelli osserva che si tratta sì di una «presa di posizione *netta*, ma anche ben *ponderata*, poiché *affermare che nemmeno un'interpretazione conforme a Costituzione può far dire a una legge ciò che la legge non dice significa cose ben diverse a seconda che il giudice si impegni nel dimostrare nella specie l'assunto, come in questo caso fa strenuamente, ovvero si limiti a negare che la lettera del testo normativo resiste a una tale torsione interpretativa*. Solo nel primo caso egli potrà presupporre una eventuale insufficienza del criterio testuale, e quindi una sua priorità in senso meramente cronologico. Nell'altro caso la decisione si rivelerà carente nella motivazione, anche per avere il giudice rinunciato a fare la sua parte nella struttura triadica del giudizio incidentale, e con essa alla sua stessa responsabilità» (C. PINELLI, *La consegna del cittadino di uno Stato terzo (nota a Cass. pen. n. 10371/2010)*, in www.giustiziainsieme.it, 5 maggio 2020, i corsivi sono miei).

³⁵ J.W. GOETHE, *Die Wahlverwandtschaften* (1809), tr. it. di U. Gandini, *Le affinità elettive*, Milano, 2011, 221.

diritto eurounitario³⁶, destando più di qualche perplessità in ordine al criterio sistematico³⁷: un'interpretazione che oltre a essere *contra legem* (limite all'obbligo di conformazione riconosciuto dalla stessa CGUE³⁸) avrebbe dato luogo alla «cripto-disapplicazione» di una norma di diritto nazionale e alla consequenziale applicazione diretta di una norma contenuta in una decisione-quadro, tra le fonti UE che *non* hanno efficacia diretta³⁹. Posizione antipode a quella della Consulta, per la quale a fronte della non corretta applicazione di questo tipo di fonti non sussiste «il potere del giudice comune di “non applicare” la prima, bensì il potere-dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale... laddove... sia impossibile escludere il detto contrasto con gli ordinari strumenti ermeneutici consentiti dall'ordinamento»⁴⁰.

5. Sul tema della “doppia pregiudiziale”

«Né può tralasciarsi di considerare... la peculiarità del sindacato da svolgere sulle norme interne che si pongano in contrasto con parametri sovranazionali che abbiano un contenuto “di impronta tipicamente costituzionale” ed incidano sull'ambito di applicazione dei diritti fondamentali della persona»⁴¹.

³⁶ Fra le due tipologie intercorrono, com'è noto, rilevanti differenze. Se ne è ad esempio posto in evidenza il «differente tasso di pluralismo ermeneutico» (A. LONGO, *Spunti di riflessione*, cit., 35). In riferimento, invece ai punti di comunanza tra le varie forme di “interpretazione conforme a”, si rinvia, per tutti, a M. LUCIANI, *op. cit.*, 447 ss.

³⁷ Parla di interpretazione conforme a Costituzione come applicazione dell'interpretazione sistematica F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 8/2019, 70. In dottrina si è anche parlato della prima come specie riconducibile al genere della seconda (rinvio, sul punto, ad A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in *Rivista AIC*, 2/2014, diffusamente).

³⁸ Cfr., fra le altre: CGCE, Terza Sezione, 23 aprile 2009, C-378/07, *Angelidaki e a.*, § 199; CGCE, Grande Sezione, 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler e a.*, § 110.

³⁹ Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 65 ss. Per vero, già qualche anno fa, a margine della controversa sentenza *Pupino* (CGCE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, C-105/03), si era osservato come «sotto l'apparenza dell'affermazione di un semplice obbligo di interpretazione conforme del diritto interno», si fosse sostanzialmente sancita «l'efficacia diretta delle disposizioni contenute nelle decisioni quadro Ue» (R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2006), efficacia tutt'oggi esclusa (almeno in teoria) in forza dell'art. 9, Protocollo (36) richiamato in precedenza.

⁴⁰ Corte cost. n. 227/2010.

⁴¹ 2.3 del *considerato in diritto*.

La Cassazione mostra di aver ben presente la nuova posizione assunta dalla Consulta in tema di “doppia pregiudiziale” a partire dalla sentenza n. 269/2017 e ulteriormente delineata dalle decisioni n. 20, 63 e 117/2019⁴².

Il presupposto a partire dal quale la Corte ha elaborato la nuova dottrina è rappresentato dal mutamento nell’ordinamento giuridico europeo seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁴³, e in particolare dall’importanza acquisita dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, cui è ora riconosciuto lo «stesso valore giuridico dei trattati»⁴⁴. La Corte rileva infatti che essa ha un’«impronta tipicamente costituzionale»⁴⁵ e che «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana... Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione»: per cui, essendo il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi posto «a fondamento dell’architettura costituzionale», la Consulta afferma, in tali casi, la necessità di un intervento *erga omnes* (sentenza n. 269/2017⁴⁶).

⁴² Fino alla pronuncia del 2017, lo schema dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo era, com’è noto, quello tracciato dalla sentenza n. 170/1984 (caso *Granital*), con cui la Corte, facendo proprie le conclusioni della sentenza *Simmenthal* della Corte di Giustizia (CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77), riconosceva il potere del giudice comune di disapplicare la legge contrastante con il diritto europeo *self-executing*, ritenendo l’eventuale questione di legittimità costituzionale sollevata sulla base di tale presupposto inammissibile.

⁴³ Traccia della necessità di rivedere l’assetto delineato a partire dalla sentenza *Granital* si rinveniva già prima della sentenza del 2017 in alcuni interventi di due autorevoli giudici costituzionali: cfr. M. CARTABIA, *Between Constitutional Law and European Law*, Conferenza di Vienna su La cooperazione tra le Corti costituzionali in Europa. Situazione attuale e prospettive, 12-13 maggio 2014; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, Relazione all’incontro di studio fra i Tribunali e le Corti Costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia, Siviglia, 26-28 ottobre 2017, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2018, 149 ss., che auspicava chiaramente una revisione della vecchia dottrina: «Poiché a queste importanti innovazioni si affiancano, da Lisbona in poi, le già ricordate e possibili antinomie fra regole nazionali e principi della Carta dei diritti può non apparire ingiustificata anche una lettura aggiornata delle sentenze *Simmenthal* e *Granital*» (165).

⁴⁴ Art. 6, par. 1, TUE.

⁴⁵ Stefano Rodotà sottolineava come la stessa collocazione della Carta «al di fuori» del Trattato di Lisbona le avrebbe fatto assumere «un significato che permette di guardare ad essa come a un vero Bill of Rights» (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, 33).

⁴⁶ La Corte ha svolto le considerazioni riportate nel testo tramite un *obiter dictum* contenuto nel punto 5.2. del *considerato in diritto* della sentenza richiamata. Nel dibattito scientifico tale precisazione è stata oggetto, com’era inevitabile, di un gran numero di commenti. Si è scritto, non a caso, che tale *obiter dictum* sarebbe senza margine di errore «il più commentato in 70 anni di giurisprudenza costituzionale» (C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 3).

La nuova dottrina della “doppia pregiudizialità”⁴⁷, autentico riposizionamento della Corte costituzionale nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali, può così essere riassunta nei seguenti termini:

A) in caso di promovimento della questione di legittimità costituzionale, ove una legge presenti contemporaneamente dubbi tanto d’incostituzionalità quanto di compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, la Corte decide ora nel merito, dando la precedenza, a seconda del caso, ai parametri interni o a quelli europei (sentenza n. 269/2017);

B) resta fermo il potere, in capo ai giudici comuni, di far ricorso al rinvio pregiudiziale «sulla medesima disciplina» oggetto del giudizio di costituzionalità, sottoponendo alla Corte di Giustizia «qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» (sentenza n. 20/2019), e ciò *anche* dopo il giudizio di legittimità costituzionale, così come resta fermo il potere, in capo agli stessi, di non applicare la disposizione nazionale in contrasto con la CDFUE (sentenza n. 63/2019);

C) la Corte, in quanto «organo giurisdizionale» nazionale ai sensi dell’art. 267 TFUE, può valutare l’eventuale contemporanea sussistenza di vizi di illegittimità costituzionale e di incompatibilità con la Carta di Nizza ed eventualmente operare un rinvio pregiudiziale al fine di chiedere chiarimenti alla Corte di Giustizia circa la portata di determinate previsioni della Carta; una volta avuta conoscenza dell’interpretazione del giudice del Kirchberg, la Corte potrà poi «dichiarare l’illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall’ordinamento nazionale con effetti erga omnes» (ordinanza n. 117/2019).

⁴⁷ La letteratura sul tema è a dir poco nutrita. Si vedano, *ex multis*: C. AMALFITANO, *op. cit.*; A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn.112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019, 279 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019, 166 ss.; A. RUGGERI, *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 507 ss.; D. TEGA, *Il superamento del “modello Granital”. Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, in *www.giurcost.org*, 27 gennaio 2020; G. MARRA, M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali. Riflessioni in merito all’ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7-8/2019, 143 ss.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019. Peraltro, secondo C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2/2020, anche la recente pronuncia n. 44/2020 sembrerebbe potersi ascrivere agli sviluppi di quest’orientamento.

Nell'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione si legge che non può affermarsi «in tali evenienze, una priorità assoluta del percorso procedurale legato all'incidente di costituzionalità - dal momento che il giudice, a sua discrezione, può, finanche al termine di tale procedimento incidentale, ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea e che sempre a lui, del resto, fa capo il persistente potere-dovere di disapplicare, quando ne ricorrano tutte le necessarie condizioni, le norme interne in contrasto con il diritto euro-unitario»⁴⁸. La Cassazione ricostruisce dunque il quadro della questione relativa alla doppia pregiudizialità ma, nel farlo, in maniera molto sottile finisce per prendere posizione, specificando in che misura si sente condizionata dall'orientamento della Consulta⁴⁹.

In ogni caso, la Suprema Corte decide di sollevare l'incidente di costituzionalità in luogo del rinvio pregiudiziale, e tale decisione non sorprende. Essa è anzi condivisibile: da un lato, non si vede per quale motivo la Cassazione avrebbe dovuto chiedere alla CGUE un parere dall'esito scontato alla luce di quanto statuito da quest'ultima sulle nozioni di "residenza" e "dimora" e dell'evidente violazione della decisione-quadro da parte della norma di cui si sospetta l'illegittimità; d'altro canto, la rimessione della questione alla Consulta potrebbe condurre a un intervento con effetti *erga omnes* che, vista la portata dei diritti sui quali il meccanismo del MAE può incidere, presenta indubbe ragioni di opportunità, anche in termini di "certezza" giuridica⁵⁰.

Il sistema del MAE si colloca infatti al crocevia tra il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e la tutela dei diritti fondamentali⁵¹, profili che vivono un rapporto di perenne tensione⁵²: la cronica attuazione «monca»⁵³ della decisione-quadro espone a non improbabili lesioni i diritti di soggetti che, pur rientrando nell'elenco di cui all'art. 4, n. 6 della stessa, sono stati esclusi dall'operatività di tale motivo di diniego dalla legge n. 69/2005 prima e dalla novella del 2019 poi. Tant'è vero che in passato – pur prima dell'entrata in vigore della legge n. 117/2019 – la stessa

⁴⁸ 2.3 del *considerato in diritto*.

⁴⁹ Che è poi quanto rileva C. PINELLI, *op. cit.*

⁵⁰ Concetto che rimane un «mito», ove inteso in termini assoluti (F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica. Tomo primo. L'oggetto*, Padova, 2015, 162-163), e al quale qui ci si riferisce come «relativa prevedibilità» delle decisioni dei pubblici poteri (il riferimento è a C. PINELLI, *Certeza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 554 ss.).

⁵¹ Di «*symbiotic relationship*» tra principio del mutuo riconoscimento e diritti fondamentali ha parlato V. MITSILEGAL, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 4/2015, 457 ss.

⁵² Sul tema rinvio a M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017.

⁵³ Per ricorrere a un aggettivo utilizzato dalla stessa Cassazione nell'ordinanza in esame.

Cassazione ha ritenuto di non ravvisare «alcuna irragionevolezza» nell'esclusione dei cittadini di Stati terzi dall'operatività della disciplina in questione, persino di fronte al caso di un condannato che lavorava, aveva famiglia e risiedeva regolarmente in Italia da venticinque anni⁵⁴.

6. Sulle questioni sollevate

Come detto, l'opzione per l'incidente di costituzionalità non stupisce. Al di là della palese inattuazione della decisione-quadro⁵⁵, si sospetta la violazione di parametri intimamente legati a valori centrali, assiologicamente ordinanti, dell'architettura costituzionale italiana.

Alla luce del quadro normativo nazionale ed europeo, delle pronunce della Corte di Giustizia che hanno chiarito la portata operativa dell'art. 4, n. 6 della decisione-quadro sul MAE e del precedente rappresentato dalla pronuncia n. 227/2010, sembra potersi ipotizzare un accoglimento della questione di legittimità costituzionale in relazione ai parametri di cui agli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., già posti a fondamento della pronuncia con cui dieci anni fa venne dichiarata l'illegittimità parziale dell'art. 18, lett. r, legge n. 69/2005 e le questioni relative agli artt. 3 e 27, comma 3 rimasero assorbite.

6.1. Sulla violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

La *ratio legis* sottesa all'art. 4, n. 6, decisione-quadro sul MAE, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia richiamata, consiste nell'accrescere le opportunità di

⁵⁴ Cass. Pen., Sez. VI, n. 7214/2019 ove, richiamando la sentenza n. 227/2010 della Corte costituzionale, si argomentava che «*emerge con evidenza come la riconosciuta possibilità di dare rilievo al radicamento sul territorio nazionale del cittadino comunitario si connetta strettamente al fascio di diritti e libertà che sono riconosciuti ai cittadini dell'Unione Europea...* che hanno reso sproporzionata ed ingiustificata la disparità di trattamento fra cittadini italiani e cittadini comunitari. Situazione che non è - di contro - ravvisabile con riguardo al soggetto che, pur stabilmente radicato in Italia, non sia cittadino dell'Unione Europea. *Non può, pertanto, ravvisarsi alcuna irragionevolezza, tale da porsi in contrasto con l'art. 3 Cost., nella disparità di trattamento riservata, ai fini dell'applicabilità della causa di rifiuto de qua, al cittadino italiano e comunitario, da un lato, ed al cittadino extracomunitario, dall'altro lato*» (§ 3.2 e 3.3, i corsivi sono miei).

⁵⁵ Cesare Pinelli ha sottolineato, condivisibilmente, che la sola prospettata lesione «riferita agli obblighi ex artt. 117, primo comma e 11 Cost. per il tramite di una violazione della decisione quadro era rilevabile *ictu oculi*, senza bisogno di scomodare la Corte di giustizia» (*op. cit.*).

reinserimento sociale della persona condannata una volta scontata la pena, tanto che i concetti di *dimora* e *residenza* ivi richiamati non si agganciano alla cittadinanza, ma all'effettivo radicamento nel Paese. Ora, se è ancora vero, per riprendere le parole della Consulta di dieci anni fa, che «utilizzando il criterio esclusivo della cittadinanza, escludendo qualsiasi verifica in ordine alla sussistenza di un legame effettivo e stabile con lo Stato membro dell'esecuzione, la norma impugnata tradisce... non solo la lettera, ma anche e soprattutto la ratio della norma dell'Unione europea»⁵⁶, non può non evidenziarsi come l'esclusione *in toto* dei cittadini di Stati terzi, a prescindere da un loro effettivo e stabile legame con lo Stato, determini un'attuazione della disposizione della decisione-quadro, prima ancora che monca, del tutto distorta. La lesione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. sembra qui abbastanza evidente.

En passant, rilevo che, in caso di sentenza di accoglimento, l'attuazione «monca» dalla decisione-quadro si sarebbe comunque protratta, pur attraverso diverse fasi, per ben quindici anni. Credo che, vista da un lato la *peculiarità* della materia della cooperazione giudiziaria penale e dall'altro la *peculiarità* dei soggetti esclusi, ciò non sia del tutto privo di significato.

6.2. Scelte “irrazionali”, differenziazioni “irragionevoli” e altre considerazioni

La Cassazione, come si è accennato, sostiene che la norma in esame si porrebbe in contrasto anche con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

Nell'ordinanza di rimessione, il richiamo al parametro dell'art. 3 Cost. viene operato tanto in riferimento al rispetto del crisma della congruenza sistemica, quanto in riferimento al rispetto del principio di ragionevolezza e a quello d'uguaglianza.

In relazione al primo profilo, è necessario evidenziare come nel complessivo sistema del MAE l'art. 18 *bis*, lett. c, della legge n. 69/2005 rappresenti una *deviazione* non piccola. Depongono in tal senso vari dati: i) l'art. 4, n. 6 della decisione-quadro, ad esempio, per accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona condannata individua, oltre al cittadino dello Stato membro di esecuzione, una serie di posizioni soggettive (colui che vi risiede o dimora nel senso precisato dalla Corte di Giustizia) rispetto alle quali rileva il radicamento nel territorio, a prescindere dal possesso

⁵⁶ Corte cost. n. 227/2010.

della cittadinanza; *ii*) l'art. 19, lett. c, a differenza dell'art. 18 *bis*, lett. c, fissando le condizioni per la consegna di una persona in relazione alla quale è stato emesso un MAE ai fini di un'azione penale (MAE processuale)⁵⁷, equipara il cittadino italiano al residente⁵⁸; *iii*) l'art. 27 legge n. 69/2005, attuando l'art. 25 della decisione-quadro, disciplina il transito sul territorio di uno Stato da parte di una persona che deve essere consegnata a un altro Stato, parificando anch'essa la posizione del cittadino italiano a quella del residente in Italia; *iv*) alcuni cittadini di Stati terzi possono divenire titolari di peculiari *status*, ai quali il diritto dell'Unione riserva un trattamento di favore e la cui esclusione dall'operatività del diniego facoltativo può comportare rilevanti criticità: si pensi al soggiornante di lungo periodo, a cui la direttiva 2003/109/CE conferisce il diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali in numerosi settori dell'ordinamento⁵⁹ e una tutela contro l'allontanamento che lo consente solo al ricorrere di condizioni eccezionali⁶⁰, il cui *status*, conferito dallo Stato membro dopo un soggiorno legale e ininterrotto di cinque anni nel territorio nazionale⁶¹, potrebbe di per sé essere idoneo a integrare la nozione di residenza di cui all'art. 4, n. 6 della decisione-quadro sul MAE; si pensi, ancora, al familiare di un cittadino dell'Unione europea, al quale la direttiva 2004/38/CE riserva un trattamento di favore in relazione all'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno, la cui esclusione dalla disciplina in esame, come rileva la Cassazione, potrebbe causare una «indebita compressione dei diritti dei cittadini europei»⁶².

⁵⁷ «Se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale è *cittadino o residente dello Stato italiano*, la consegna è subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviaata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà personale eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione».

⁵⁸ Sul punto, è stato evidenziato come il raffronto con la disciplina del MAE processuale conduca a «un evidente paradosso: ad oggi, l'extracomunitario stabilmente residente in Italia fruisce di una tutela più forte laddove potrebbe bastarne una più debole. In caso di MAE processuale, la consegna e il processo in un altro Stato potrebbero allentare i vincoli con il nostro paese e, quindi, giustificare una protezione inferiore del diritto al reinserimento sociale, al più anche permettendo l'esecuzione della condanna nello Stato di emissione» (così M. DANIELE, *Mandato di arresto europeo e diritto degli extracomunitari al reinserimento sociale nello Stato di esecuzione. Una questione di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, 6 maggio 2020).

⁵⁹ V. art. 11 di tale direttiva, il quale prevede, peraltro, la possibilità per gli Stati membri di estendere la parità di trattamento ad ambiti ulteriori rispetto a quelli ivi elencati.

⁶⁰ L'art. 12, comma 1 lo consente «esclusivamente se egli costituisce una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza»; inoltre, contro di esso è ammessa l'impugnazione giurisdizionale (comma 4).

⁶¹ Art. 4.

⁶² «... Basti pensare, ad esempio, all'ipotesi di un cittadino di un altro Stato membro che risieda nello Stato di esecuzione, le cui autorità non possano disporre l'esecuzione della sanzione inflitta nello Stato emittente nei confronti del coniuge, ma anche del figlio o del genitore, che sia cittadino di uno Stato terzo» (6.4 del *considerato in diritto*).

Se è vero che la coerenza tra le parti è un «valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile... valore nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore»⁶³, non sembrerebbe dunque infondato immaginare un'*ipotetica* censura del vizio dell'irrazionalità.

Parimenti, si potrebbe argomentare nel senso dell'irragionevolezza, in quanto la norma finisce per escludere dall'operare del diniego facoltativo non solo stranieri residenti con un legame tenue col Paese, ma anche cittadini di Stati terzi ipoteticamente radicati in Italia da decenni, com'è in concreto avvenuto: l'esclusione è radicale e indiscriminata, anche a fronte di situazioni soggettive (come quelle di cui si è dato conto sopra) che avrebbero richiesto come minimo la ragionevole necessità di una valutazione di merito. È vero che le differenziazioni nei confronti degli stranieri sono, ove ragionevoli, legittime⁶⁴ ma, dal momento che i diritti «inviolabili» sono, per dottrina e giurisprudenza risalenti, incomprimibili nel loro «nucleo irriducibile»⁶⁵, è difficile credere che tale «nucleo» non rischi una compressione ove all'esecuzione della pena si accompagni lo sradicamento di una persona dal Paese nel quale ella è socialmente, affettivamente e lavorativamente inserita. Sembra piuttosto verosimile, per converso, il rischio di punire questa persona due volte, condannandola a una sorta di «morte sociale».

In ogni caso, per quanto la prospettiva di una sentenza fondata *anche* sull'art. 3 (e magari sull'art. 27, comma 3) Cost. sia in una certa misura interessante, per la Corte costituzionale sarebbe senz'altro più agevole limitarsi a un'additiva fondata, come nella pronuncia del 2010, sugli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. in relazione a quanto disposto dalla decisione-quadro, accantonando altre valutazioni. Nei termini della dottrina della «doppia pregiudiziale», l'«ordine maggiormente appropriato»⁶⁶ nel quale i parametri del giudizio di costituzionalità verrebbero considerati sarebbe, in tal caso, caratterizzato dalla precedenza dei parametri europei.

⁶³ Corte cost. n. 204/1982, 11.1 del *considerato in diritto*.

⁶⁴ Citando Carlo Esposito, «se gli stranieri fossero per la legge in generale e per l'ordinamento giuridico eguali ai cittadini, la categoria giuridica dei cittadini cesserebbe di esistere» (*Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 24, nota 19).

⁶⁵ Corte cost. n. 252/2001.

⁶⁶ Corte cost. n. 20/2019.

7. Una conclusione

In conclusione, possono evidenziarsi alcuni profili d'interesse.

i) Nel trattare il tema della doppia pregiudiziale, la Cassazione sembra aver, da un lato, riconosciuto alla Corte costituzionale il ruolo che questa ha cominciato a ritagliarsi nella tutela dei diritti fondamentali a partire dalla sentenza n. 269/2017 e meglio chiarito nelle pronunce successive; d'altro canto, come si è visto, ripercorrendo le tappe di questo filone di giurisprudenza costituzionale la Suprema Corte ha precisato *in quale misura* si sente vincolata a tale orientamento. È una posizione equilibrata, che in una certa misura favorisce la centralizzazione del controllo di legittimità delle leggi, con ricadute positive in termini di tendenziale perseguimento della “certezza” giuridica. E in un quadro dove è comprensibile sentir parlare di un diritto «dissolto in un oceano di normatività indistinte»⁶⁷, sembra che i giudici di Piazza Cavour abbiano cercato di percorrere, opportunamente, la loro “*via media*”.

ii) In caso di sentenza di accoglimento e al netto di eventuali interventi del legislatore, nella materia in esame la Corte costituzionale potrebbe essere inquadrata, in linea con quanto sostenuto da autorevole dottrina⁶⁸, come “organo di chiusura del sistema”.

iii) Sabino Cassese ha scritto⁶⁹: «La moltiplicazione delle istituzioni abilitate a dire l'ultima parola consente di capire che *non è importante chi dica l'ultima parola, ma chi partecipa al dialogo*». Si potrebbe essere spinti a contestare l'apparente contraddizione tra questa citazione e il punto ii). Non fosse che la contraddizione è, appunto, solo apparente: quanto più è vivo il dialogo con i giudici nazionali e le corti europee, tanto più è evidente l'importanza dell'azione della Corte costituzionale che, tenuto conto del punto di vista delle altre curie, può tradursi nel portare in una certa misura stabilità e armonia nel sistema multilivello sancendo la soluzione “conciliativa”. A maggior ragione considerato che i valori sanciti nei vari livelli (e.g.: CDFUE e Costituzione) tendono non di rado a sovrapporsi. Trovo che l'eventuale sotteso a un probabile accoglimento fondato sui soli parametri di cui agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. sarebbe in tal senso paradigmatico: seppur sembrerebbe che il caso possa risolversi rimanendo, per così dire, nel campo

⁶⁷ F. OST, *A quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, 2016, 854 ss.

⁶⁸ Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005.

⁶⁹ S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars interpretandi*, 1/2015, 30 (il corsivo è mio).

delle istanze giuridiche europee, scandagliando in profondità la norma interposta potremmo scoprire che sotto la superficie della facoltà di negare la consegna, parte di un “freddo” sistema di coordinamento tra autorità giudiziarie improntato alla fiducia reciproca e in perenne tensione con le istanze di tutela dei diritti fondamentali, si celano tanto *l’aspirazione a un’ampia valorizzazione della funzione rieducativa della pena*, quanto *una forte spinta egualitaria*. Due valori scolpiti nello *spirito* della Costituzione italiana, di cui la Corte è senz’altro il custode.