

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO ED EXTRACOMUNITARIO RESIDENTE O DIMORANTE IN ITALIA: ANCORA NESSUNA TUTELA DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE (NÉ DEL LEGISLATORE)

Nota a [Corte cost., ord. 1° aprile 2021, n. 60, Pres. Coraggio, Red. Viganò](#)

di Chiara Amalfitano e Matteo Aranci (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ambito di applicazione *ratione personae* della normativa sul mandato d'arresto europeo. – 3. (*Segue*): la relativa disciplina italiana attuativa. – 4. L'incidente di costituzionalità. – 5. L'ordinanza della Consulta. – 6. Alcune riflessioni conclusive. – *Post scriptum*: la pronuncia del giudice rimettente a valle dell'ordinanza del giudice delle leggi.

1. Premessa.

Con ordinanza depositata lo scorso 1° aprile 2021¹, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità sollevata dalla VI sezione penale della Corte di cassazione nel febbraio 2020² e relativa all'art. 18-*bis*, lett. c), l. 22 aprile 2005, n. 69³, attuativa della decisione quadro (DQ) 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo (MAE)⁴: disposizione che, a partire dal 20 febbraio 2021 e come meglio si dirà nel prosieguo (par. 3), ha trovato nuova collocazione nel co. 2 del medesimo art. 18-*bis*, per effetto del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10⁵.

La norma censurata dal giudice rimettente, nella formulazione vigente all'epoca della rimessione e frutto, in sostanza, della pronuncia additiva n. 227/2010 del giudice delle leggi (v. *amplius, infra*, par. 3)⁶, abilitava la Corte d'appello a rifiutare la consegna del ricercato qualora il mandato d'arresto europeo fosse stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale nei confronti di un cittadino italiano o di altro Stato membro dell'Unione europea, che

(*) Pur frutto di riflessioni comuni e condivise, Chiara Amalfitano è autrice dei parr. 1, 5, 6 e del *post scriptum*, Matteo Aranci è autore dei parr. 2, 3 e 4.

¹ Corte cost., ord. 1° aprile 2021, n. 60, ECLI:IT:COST:2021:60.

² Cass., sez. VI, ord. 4 febbraio 2020, n. 10371/20, in *DeJure*.

³ La legge – che contiene Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri – è pubblicata in *GURI*, 29 aprile 2005, n. 98. L'inserimento dell'art. 18-*bis* è avvenuto, come meglio si dirà *infra*, par. 3, con l. 4 ottobre 2019, n. 117, in *GURI*, 18 ottobre 2019, n. 245.

⁴ In *GUCE*, 18 luglio 2002, L 190, p. 1.

⁵ In *GURI*, 5 febbraio 2021, n. 30.

⁶ Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, ECLI:IT:COST:2010:227.

legittimamente ed effettivamente avesse residenza o dimora nel territorio italiano, a condizione che venisse contestualmente disposta l'esecuzione in Italia della decisione straniera⁷.

Nel caso in esame la Consulta, diversamente da quanto ci si poteva attendere, non si è pronunciata nel merito, ma ha restituito gli atti al giudice *a quo* e pertanto la sua ordinanza non costituisce la prosecuzione ideale del percorso intrapreso proprio dalla testé menzionata e ben nota sentenza n. 227/2010, con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'allora art. 18, lett. r), l. n. 69/2005, ovvero la previsione in cui era originariamente collocato il motivo di rifiuto in parola, nella misura in cui esso operava con riguardo al solo cittadino italiano (non contemplando anche i cittadini "comunitari").

Anche il più recente intervento normativo, realizzato con il citato d.lgs. n. 10/2021, non ha eliminato una discrasia rispetto alla DQ 2002/584/GAI, ovvero non ha colmato una lacuna di tutela del soggetto ricercato: infatti, l'art. 18-*bis*, co. 2, l. n. 69/2005, come riscritto dal decreto testé richiamato, continua a limitare la possibilità di rifiuto in parola ai soli casi in cui il MAE riguardi un cittadino italiano o di altro Stato membro dell'Unione europea (v. *infra*, par. 3).

Non vi sarà, pertanto, da stupirsi se saranno sottoposte alla Consulta questioni di costituzionalità del "riformulato" motivo ostativo in questione; e l'auspicio è che il futuro intervento del giudice delle leggi si ponga in linea di continuità con la sentenza n. 227/2010, al fine di rendere la disciplina attuativa pienamente coerente con gli obblighi derivanti dalla DQ MAE, in particolare quanto all'ambito applicativo *ratione personae* del motivo di rifiuto legato al radicamento del ricercato nel territorio dello Stato di esecuzione (ma anche, come si dirà, della garanzia di "riconsegna" di cui all'art. 19 l. n. 69/2005).

Prima di esaminare l'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione (par. 4) e quella di restituzione degli atti al giudice *a quo* della Consulta (par. 5) e formulare alcune riflessioni critiche, anche prospettando le ragioni di una possibile diversa soluzione da parte del giudice delle leggi (par. 6), pare opportuno ripercorrere le principali questioni che vi sono sottese, legate primariamente alla delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul MAE, tanto a livello sovranazionale (par. 2), quanto nel contesto interno (par. 3).

⁷ Si noti che tale esecuzione deve poi in concreto essere disposta sulla base del d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161, in *GURI*, 1° ottobre 2010, n. 230, attuativo della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (in *GUUE*, 5 dicembre 2008, L 327, p. 27), in virtù di quanto previsto dall'art. 25 della testé richiamata decisione quadro.

2. L'ambito di applicazione *ratione personae* della normativa sul mandato d'arresto europeo.

Nella DQ MAE si rinviene una sola previsione dedicata al «campo di applicazione del mandato di arresto europeo»: si tratta del suo art. 2, che individua i reati rispetto ai quali lo strumento di cooperazione deve trovare applicazione, sia attraverso l'enunciazione di fattispecie (o classi di delitti), sia mediante il riferimento alla durata della sanzione. Come noto, a questa disposizione si deve anche il superamento, almeno parziale (ovvero per le trentadue ipotesi elencate al par. 2), del tradizionale principio della doppia incriminazione, dovendo rispetto a tali fattispecie lo Stato membro di esecuzione prestare assistenza anche se esse sono previste come reato dalla sola legislazione dello Stato membro di emissione e, dunque, non potendo esso invocare l'assenza di norme incriminatrici come motivo ostativo al riconoscimento/esecuzione di un MAE straniero.

Tuttavia, né l'art. 2 in parola, né altra previsione della DQ, neppure nei considerando, dispongono alcunché con riguardo allo spettro applicativo del MAE sotto il profilo soggettivo, ovvero con riferimento ai soggetti che possono essere “destinatari” di un mandato di arresto e nei cui confronti può quindi operare il meccanismo di cooperazione.

L'assenza di qualsivoglia indicazione sul punto ha sempre lasciato intendere – e ciò trova conferma nella prassi applicativa dello strumento⁸ – che il mandato di arresto può essere spiccato (certamente da uno Stato membro nei rapporti con altro Stato membro) nei confronti di un qualsiasi soggetto rispetto a cui sia esercitabile la giurisdizione penale e, quindi, anche nei confronti di un soggetto avente cittadinanza di uno Stato terzo⁹. Tale impostazione, mai sconfessata dalla Corte di giustizia¹⁰, vale evidentemente anche laddove dovesse operare un motivo ostativo di esecuzione del MAE o debbano assicurarsi garanzie particolari al ricercato in relazione alla sua consegna. A tal riguardo, significativo rilievo assumono, in particolare, il motivo ostativo di cui all'art. 4, n. 6, e la garanzia di cui all'art. 5, n. 3, DQ.

La prima disposizione richiamata contiene un motivo di non esecuzione facoltativa di un MAE e prevede che il ricercato può non essere consegnato qualora, trattandosi di un provvedimento a fini esecutivi, questi dimori nello Stato membro richiesto ovvero ne sia cittadino o vi risieda, a condizione che l'autorità giudiziaria dello

⁸ V., per tutte, Cass., sez. VI, 31 maggio 2007, n. 21669/07, in *DeJure*, ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Genova, 29 marzo 2007 (cittadino algerino); Cass., sez. VI, 25 febbraio 2011, n. 7580/11, in *DeJure*, ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma, 25 gennaio 2011 (cittadino bosniaco).

⁹ Si ricordi che gli apolidi stabilmente residenti nel territorio dello Stato sono equiparati ai cittadini italiani agli effetti della legge penale *ex art. 4, co. 1, c.p.*

¹⁰ E nonostante il riferimento (in alcuni documenti) al fatto che il meccanismo di cooperazione in esame sia fondato sul principio della cittadinanza dell'Unione, che si rinviene – ad esempio – nella relazione di accompagnamento alla proposta di decisione quadro, COM(2001) 522 def., pt. 4.5, numero 5 (in *GUCE*, 27 novembre 2001, C 332 E, p. 305), e che sembra al limite da doversi intendere nel senso che lo strumento opera nei rapporti tra Stati membri e che sarà statisticamente utilizzato in misura maggiore nei confronti di loro cittadini.

Stato di esecuzione provveda a eseguire la pena o la misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno. L'art. 5, n. 3, DQ, dispone – con riguardo ai MAE emessi a fini processuali – che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, qualora richiama la consegna di un proprio cittadino o di un altro soggetto residente nel proprio territorio, possa subordinare il trasferimento alla "riconsegna" dell'interessato una volta che sia stato eventualmente condannato, al fine di consentire l'espiazione della pena nel Paese di origine o di residenza. Questa previsione costituisce il *pendant* dell'art. 4, n. 6, DQ: l'una (art. 5, n. 3) dettata, come visto, per il MAE processuale, l'altra (art. 4, n. 6) relativa al MAE esecutivo, rivelano entrambe il comune obiettivo di garantire, in caso di esecuzione della pena, che essa avvenga nel luogo ove siano garantite le migliori opportunità di reinserimento sociale¹¹.

Tale *ratio* delle due previsioni è stata esplicitata in diverse occasioni dalla Corte di giustizia, chiamata in particolare a pronunciarsi sulle nozioni di "residenza" e di "dimora" e sulla possibilità di subordinare l'operatività del motivo facoltativo di non esecuzione al radicamento territoriale per un certo lasso temporale.

La prima sentenza rilevante è stata pronunciata nel caso *Kozłowski*¹², in cui il giudice del Kirchberg, dopo aver chiarito la necessità di fornire un'interpretazione autonoma e uniforme delle due nozioni di cui all'art. 4, n. 6, al fine di garantire l'uniforme ed efficace applicazione della DQ su tutto il territorio europeo, ha specificato che un soggetto può definirsi «residente» qualora abbia collocato la propria residenza effettiva nello Stato di esecuzione, mentre può rientrare nella categoria dei «dimoranti» chi, non essendo residente in quel Paese, vi abbia soggiornato stabilmente e per un certo tempo, in modo da instaurare legami su quel territorio assimilabili a quelli che si realizzano in caso di residenza. La Corte ha, quindi, fornito alcuni indici ai quali fare ricorso per stabilire, nel caso concreto, quando si debba ritenere un soggetto dimorante ai fini del rifiuto della consegna: a questo fine, l'autorità giudiziaria deve valutare, *inter alia*, la durata, la natura e le modalità del soggiorno, nonché i rapporti familiari ed economici che l'interessato abbia instaurato nel territorio dello Stato di esecuzione. Nell'*iter* argomentativo ha trovato spazio un'interessante precisazione quanto alla finalità di tale disposizione, che, come anticipato, coincide con l'intento di «accordare

¹¹ Come noto, le due disposizioni in esame attestano il definitivo abbandono, almeno a livello di principio, del divieto di estradizione dei cittadini nelle procedure di consegna tra gli Stati membri dell'Unione, superando nei loro reciproci rapporti le previsioni convenzionali che autorizzavano gli Stati a rifiutare, in modo pressoché assoluto, seppur a condizione di reciprocità, la consegna dei propri cittadini.

¹² Corte giust., 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, ECLI:EU:C:2008:437, dove la Polonia aveva emesso un MAE nei confronti di un cittadino polacco che si trovava sul territorio tedesco, Stato membro di esecuzione. Per un commento alla pronuncia v. E. SELVAGGI, *Mandato di arresto europeo: cosa si intende per residente*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4407 ss.; M. FICHERA, *Case C-66/08, Proceedings concerning Szymon Kozłowski*, in *Common Market Law Rev.*, 2009, p. 241 ss.; S. RIONDATO, *Nozione di residenza e di dimora ai fini del mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1179 ss. Questa pronuncia della Corte di giustizia è probabilmente quella che, più delle altre che saranno analizzate nel prosieguo, si concentra non sulla cittadinanza del destinatario del MAE, ma solo sulle nozioni di residenza e dimora senza riferimenti alla nazionalità della persona ricercata. Evidenzia questa specificità della pronuncia rispetto alla sentenza *Wolzenburg* (v. *infra*) G. COLAIACOVO, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4156 ss., spec. p. 4164.

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.

Di poco successiva è la pronuncia resa nel caso *Wolzenburg*¹⁴, sempre relativa all'art. 4, n. 6, DQ, dove la Corte di giustizia ha offerto alcune precisazioni quanto all'esatta interpretazione di tale disposizione e ai rapporti con il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità (attuale art. 18 TFUE, all'epoca art. 12 TCE¹⁵) e con il diritto di circolazione e soggiorno sul territorio dell'Unione europea (odierno art. 21 TFUE, già art. 18 TCE¹⁶). Il giudice lussemburghese ha specificato che agli Stati membri non è radicalmente precluso, nell'attuazione della DQ, limitare le situazioni nelle quali è possibile rifiutare la consegna di un soggetto rientrante nelle categorie di cui all'art. 4, n. 6, DQ e che un siffatto intervento normativo non collide con le menzionate previsioni dei trattati, purché le diversificazioni di trattamento siano proporzionate e ragionevolmente giustificate. A questo proposito, secondo la Corte di giustizia, deve ritenersi legittima una legge nazionale (nel caso, quella olandese) che subordina l'applicazione del motivo di rifiuto, in caso di soggetti non cittadini dello Stato di esecuzione, al soggiorno legale e continuativo per cinque anni sul proprio territorio. Al contrario, l'art. 4, n. 6, DQ esclude che si possa imporre – oltre alla condizione relativa alla durata della permanenza – un requisito ulteriore fondato sul conseguimento di un provvedimento amministrativo, quale una carta di soggiorno di durata indeterminata. Anche in questo caso, la Corte ha richiamato la *ratio* ispiratrice dell'art. 4, n. 6, DQ – e della “parallela” previsione di cui all'art. 5, n. 3, DQ –, ovvero l'incremento delle opportunità di reinserimento sociale del condannato¹⁷, pur precisando che, per quanto importante sia tale finalità, non si può escludere che i legislatori degli Stati membri possano, con modalità ragionevoli, assicurare che il rifiuto della consegna avvenga soltanto in presenza di indici che rivelino un legame stabile e duraturo con il territorio nazionale.

Una terza sentenza sull'art. 4, n. 6, DQ è stata resa dalla Corte di giustizia nel 2012 nel caso *Lopes Da Silva*¹⁸. In questa pronuncia, dopo aver ricordato che gli Stati

¹³ Corte giust., *Kozłowski*, cit., pt. 45.

¹⁴ Corte giust., 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, ECLI:EU:C:2009:616 (Stato di emissione Germania, Stato di esecuzione Paesi Bassi, cittadino tedesco destinatario del MAE), su cui v. C. JANSSENS, *Case C-123/08, Dominic Wolzenburg, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 6 October 2009*, in *Common Market Law Rev.*, 2010, p. 831 ss.; E. HERLIN-KARNELL, *European Arrest Warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship*, in *Modern Law Rev.*, 2010, p. 824 ss.

¹⁵ Per una recente panoramica, v. D. MARTIN, *Article 18 TFEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, p. 413 ss.

¹⁶ V., per un'analisi, D. MARTIN, *Article 21 TFEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *Commentary on the EU Treaties*, cit., p. 441.

¹⁷ Corte giust., *Wolzenburg*, cit., pt. 62.

¹⁸ Corte giust., 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva*, ECLI:EU:C:2012:517 (Portogallo Stato di emissione, Francia Stato di esecuzione, MAE emesso nei confronti di cittadino portoghese) su cui v. C. JANSSENS, *Differentiation on the Basis of Nationality in Surrender Cases: The Court of Justice Clarifies in Case C-42/11 Lopes Da Silva Jorge. The Member States' Margin of Discretion*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2013 p. 553 ss.; S. MONTALDO, *Mandato d'arresto europeo, principio del reciproco riconoscimento e diritti del condannato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 226 ss.

membri dispongono di un potere discrezionale nella trasposizione della norma in parola, ovvero sono liberi di scegliere se attuarla o meno e quindi prevedere o meno il motivo di rifiuto, il giudice lussemburghese ha precisato che, laddove essi decidano di recepirla, devono attenersi al contenuto della previsione e, quindi, conferire alle nozioni di residenza e di dimora un significato compatibile con quello delineato, in termini uniformi per tutta l'Unione europea, dalla Corte di giustizia e sono altresì chiamati a rispettare l'art. 18 TFUE. Lo sviluppo di questi presupposti ha portato il giudice del Kirchberg a ritenere che la legislazione di uno Stato membro (nella specie si trattava della Francia) non può escludere in modo assoluto e automatico dal novero dei soggetti cui l'art. 4, n. 6, DQ può applicarsi i cittadini di altri Stati membri che dimorino o risiedano nel proprio territorio, a prescindere da qualsiasi valutazione dei legami instaurati.

Con la successiva sentenza resa nel caso *Popławski*¹⁹, sempre interpretando l'art. 4, n. 6, DQ, la Corte di giustizia ha precisato che, sebbene tale disposizione consenta di rifiutare l'esecuzione del MAE allo scopo di favorire, in presenza di un radicato legame con il territorio, la risocializzazione del condannato, contestualmente l'autorità giudiziaria deve disporre l'esecuzione della sanzione irrogata, non essendo sufficiente la mera disponibilità affinché vi si provveda in un secondo (ed eventuale) momento. Non potrebbe infatti discendere, dall'applicazione dell'art. 4, n. 6, DQ, alcun effetto tale da produrre l'impunità degli interessati, rischio che potrebbe invece concretizzarsi nel caso in cui lo Stato di esecuzione non provvedesse immediatamente a riconoscere ed eseguire il provvedimento di condanna straniero.

Infine, sempre sull'art. 4, n. 6, DQ si segnala la più recente pronuncia nel caso *Sut*²⁰, dove la Corte di giustizia ha precisato che è possibile rifiutare la consegna del condannato a pena detentiva e residente nello Stato di esecuzione anche qualora la legislazione di quest'ultimo preveda, per il reato per cui il MAE è stato emesso, una sanzione meramente pecuniaria, dunque più favorevole per il ricercato. La preferenza per la conservazione dei legami instaurati dall'interessato nello Stato di esecuzione e per la salvaguardia delle finalità risocializzanti potrebbe infatti condurre l'autorità giudiziaria richiesta a negare comunque la consegna e disporre l'esecuzione della pena sul territorio nazionale. Sarebbe contrario allo spirito della DQ impedire alle autorità giudiziarie, in tali circostanze, il diniego del trasferimento per il solo fatto che il proprio ordinamento prevede una diversa tipologia sanzionatoria per l'illecito commesso dal soggetto condannato.

Con riguardo al menzionato art. 5, n. 3, si segnala la sentenza *SF*²¹, nella quale il giudice del Kirchberg evidenzia l'identità di *ratio* tra tale previsione e l'art. 4, n. 6, DQ, richiamando le proprie pronunce interpretative.

¹⁹ Corte giust., 29 giugno 2017, causa C-579/15, *Popławski*, ECLI:EU:C:2017:503 (Polonia Stato di emissione, Paesi Bassi Stato di esecuzione, MAE emesso nei confronti di cittadino polacco).

²⁰ Corte giust., 13 dicembre 2018, causa C-514/17, *Sut*, ECLI:EU:C:2018:1016 (Romania Stato di emissione, Belgio Stato di esecuzione, MAE emesso nei confronti di cittadino rumeno).

²¹ Corte giust., 11 marzo 2020, causa C-314/18, *SF*, ECLI:EU:C:2020:191 (Regno Unito Stato di emissione, Paesi Bassi Stato di esecuzione, MAE processuale emesso nei confronti di cittadino olandese), su cui v. A.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sin qui richiamata, con cui è stata chiarita l'esatta interpretazione delle due disposizioni della DQ, permette di svolgere due considerazioni.

La prima attiene alla costante valorizzazione della *ratio* sottesa agli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3, DQ, già accennata nelle più risalenti sentenze, come *Kozłowski* e *Wolzenburg*, e poi oggetto di ulteriore approfondimento. Nella più recente delle pronunce (*SF*), il giudice del Kirchberg ha ricordato che in entrambi i casi di MAE – emesso a fini processuali o esecutivi – costituisce obiettivo prioritario quello di consentire sia ai cittadini, sia ai residenti (senza distinzione quanto alla loro provenienza) di essere sottoposti a qualsiasi misura privativa della libertà nel luogo ove sia assicurata l'opportunità del reinserimento sociale. Questa finalità appare anche dalla lettura della originaria proposta della Commissione, poi divenuta DQ²²: gli artt. 33 e 36 del testo prevedevano rispettivamente il motivo di rifiuto del MAE esecutivo e la garanzia di rinvio per il MAE processuale e ne esplicitavano il fondamento, ovvero consentire l'espiazione della sanzione nel luogo ove la persona avesse le migliori possibilità di reinserimento sociale.

La Corte di giustizia ha osservato che la garanzia di esecuzione di una pena *in vinculis* nel luogo di residenza o dimora effettiva rientra tanto nell'interesse prioritario del singolo individuo, quanto in quello dell'ordinamento europeo considerato nel suo insieme. La conservazione dei legami familiari, sociali, lavorativi consolidati non risponde soltanto al bisogno soggettivo del condannato, ma può costituire, in chiave preventiva, uno strumento efficace per il contenimento della criminalità, in particolare evitando forme di recidiva e assicurando migliori presupposti per un proficuo reinserimento sociale²³.

La rilevanza della finalità in esame emerge anche dalla lettura della decisione quadro 2008/909/GAI²⁴, che permette il reciproco riconoscimento, sul territorio europeo, delle decisioni penali che irrogano pene detentive o misure di sicurezza privative della libertà personale. Il suo art. 3, rubricato «Finalità e ambito di applicazione», chiarisce che lo scopo dello strumento di cooperazione è favorire il reinserimento sociale dei condannati attraverso il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in ordinamenti diversi da quelli da cui i provvedimenti promanano. Il suo considerando n. 9 più diffusamente afferma che consentire l'esecuzione in uno Stato membro differente da quello in cui il processo è stato definito significa conservare e favorire il rientro nel tessuto sociale del condannato. Per valutare la possibilità di riconoscere una sentenza straniera, si deve tener conto del grado di «attaccamento» della persona al Paese di esecuzione, così valorizzando i legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici e di ogni altra tipologia.

CAIOLA, *Mandat d'arrêt européen : conditions de remise à l'État d'exécution et correspondance des peines*, in *Revue des affaires européennes*, 2020, p. 231 ss.

²² V. COM(2001) 522 def.

²³ Questo spunto è ben sviluppato dalle conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate l'8 giugno 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, spec. pt. 95.

²⁴ V. *supra*, nota 7. Per un'analisi della decisione quadro e delle sue applicazioni negli Stati membri, v. S. MONTALDO (ed.), *The Transfer of Prisoners in the European Union. Challenges and Prospects in the Implementation of Framework Decision 2008/909/JHA*, Torino, 2020.

Pertanto, sebbene nel diritto primario UE non vi sia alcun riferimento esplicito alle funzioni che l'ordinamento europeo riconosce alla pena²⁵, le due decisioni quadro in questa sede considerate e la giurisprudenza della Corte di giustizia maturata in relazione alla DQ MAE rivelano un significativo grado di valorizzazione della funzione risocializzante della pena e della sua esecuzione. Per quanto questa non sia l'unica finalità ispiratrice degli strumenti adottati in tema di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie – anzi, parte della dottrina tende a sottolineare le sole funzioni securitarie²⁶ –, è in ogni caso innegabile la progressiva emersione e affermazione, nella legislazione UE come nella giurisprudenza della Corte di giustizia, di un richiamo costante alla risocializzazione del condannato come fondamento assiologico della cooperazione tra autorità giudiziarie.

Una seconda – e, in certa misura, correlata – considerazione deriva dalla centralità dei legami fattuali tra condannato e luogo di espiazione della pena. In questo senso, la DQ MAE ha rappresentato un vero e proprio mutamento di paradigma²⁷ nell'esperienza europea: mentre il sistema estradizionale individuava nella (sola) cittadinanza la condizione soggettiva giustificante il rifiuto della consegna, il meccanismo di cooperazione introdotto nel 2002 consente di non trasferire il condannato qualora questi presenti un legame fattuale e concreto (non, quindi, meramente formale) con lo Stato membro richiesto. Per quanto i legislatori nazionali siano stati *ex professo* abilitati dalla Corte di giustizia a prevedere ragionevoli requisiti in presenza dei quali si possa ritenere effettivo l'inserimento nel tessuto sociale del singolo Paese (ad esempio, come visto, un presupposto legato ad una permanenza cronologicamente apprezzabile), è altrettanto evidente che non sono state risparmiate censure a quelle normative – come quella francese nella sentenza *Lopes Da Silva* – che sistematicamente escludevano la possibilità di rifiutare la consegna per i soggetti non cittadini, in quanto del tutto incompatibili con lo scopo e con il dato letterale della DQ.

Ancora di recente, peraltro, la Commissione – nell'ultima e più attuale relazione sull'attuazione della DQ MAE²⁸ – ha evidenziato che non pochi Stati membri hanno recepito l'art. 4, n. 6, DQ in modo parziale, senza ricomprendervi pienamente l'intero novero di soggetti che soggiornano nel territorio nazionale²⁹. Tuttavia, il superamento del regime transitorio rispetto al previgente terzo pilastro, di cui al protocollo n. 36

²⁵ V. A. MARTUFI, *The Paths of Offender Rehabilitation and the European Dimension of Punishment: New Challenges for an Old Ideal?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 672, spec. p. 681 ss.

²⁶ A. MARTUFI, *The Paths of Offender Rehabilitation*, cit., p. 687; per quanto concerne, invece, l'esercizio delle competenze attribuite all'Unione europea in materia penale sostanziale, si suole evidenziare la priorità di finalità quali la deterrenza e la prevenzione. Per tutti, in proposito, v. A. WEYEMBERGH, *The Function of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, p. 149 ss.

²⁷ Z. DEEN-RACSMANY, R. BLEKXTOON, *The Decline of the Nationality Exception in European Extradition*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2005, p. 317 ss; L. MARIN, *A Spectre Is Haunting Europe: European Citizenship in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in *European Public Law*, 2011, p. 705 ss.

²⁸ La Commissione ha regolarmente pubblicato, nel corso degli anni, apposite relazioni sull'attuazione della DQ; la prima di esse è COM(2005) 63 def., 23 febbraio 2005, seguita da COM(2007) 407 def., 12 luglio 2007 e da COM(2011) 175 def., 11 aprile 2011.

²⁹ COM(2020) 270 def., 2 luglio 2020, spec. p. 18.

allegato ai trattati³⁰ e, così, la possibilità da parte della Commissione di avviare la procedura di infrazione per il parziale o non corretto recepimento della DQ potrebbe incentivare i legislatori nazionali all'adeguamento della normativa interna anche sotto questo profilo.

3. (Segue): la relativa disciplina italiana attuativa.

Tra gli ordinamenti degli Stati membri per i quali non poche sono state e tutt'ora sono le criticità relative alla trasposizione degli obblighi discendenti dalla DQ MAE si annovera, senza dubbio, quello italiano.

La già richiamata l. n. 69/2005, attuativa della DQ in parola, ha avuto, come noto, una genesi particolarmente complessa: le perplessità emerse, rispetto a questo strumento di reciproco riconoscimento, tanto nel dibattito politico³¹, quanto nella riflessione della dottrina³² hanno condotto all'adozione di una legislazione che, sotto una pluralità di profili, ha rivelato motivi di frizione con il contenuto e la finalità della DQ stessa³³. Tanto che si è ritenuto che il Parlamento italiano abbia "sovrapposto" il proprio atto normativo a quello europeo, anziché provvedere alla sua coerente e lineare trasposizione³⁴.

Tra le principali ragioni di eterogeneità della legge nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla DQ spiccavano due profili relativi ai motivi di rifiuto della consegna del ricercato: la normativa italiana, infatti, non solo aveva aggiunto cause ostative non previste dalla DQ, ma le aveva qualificate tutte come obbligatorie³⁵, così

³⁰ L'art. 10 protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE ha disposto, in via transitoria, un regime per gli atti di terzo pilastro, in particolare quanto al sistema di tutela giurisdizionale. A partire dal 1° dicembre 2014, anche rispetto alle decisioni quadro, hanno iniziato ad applicarsi le ordinarie disposizioni previste dagli artt. 258 ss. TFUE, rendendo così possibile sia l'apertura di procedure di infrazione per la violazione di obblighi imposti da tali atti, sia l'esperimento del rinvio pregiudiziale anche al di fuori delle più ristrette maglie di cui all'art. 35 TUE pre-Lisbona. Sul regime transitorio in parola e il suo superamento, decorsi cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona, v. C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 1° dicembre 2014.

³¹ Basti ricordare alcuni commenti da parte di note figure politiche e riportati anche sulla stampa nazionale nei giorni in cui la proposta della Commissione fu resa nota: *ex multis*, v. *Mandato d'arresto europeo, «no» dell'Italia*, in *Corriere.it*, 6 dicembre 2001; *«Mandato Ue, inspiegabile la posizione italiana»*, in *Corriere.it*, 7 dicembre 2001; *Castelli: «Non svendo popolo italiano e padano»*, in *Corriere.it*, 8 dicembre 2001.

³² Per l'autorevolezza degli Autori, basti richiamare V. CAIANIELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 462 ss.

³³ V., per tutti, E. BRUTI LIBERATI, *Un mandato di arresto europeo che tradisce i principi comunitari*, in *Guida al diritto*, n. 18/2005, p. 11 ss.; G. DE AMICIS, G. IUZZOLINO, *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano, 2008, p. 61 ss. Ancor di recente, v. le riflessioni critiche di M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, IV ed., Milano, 2019, p. 411 ss.

³⁴ *Ex multis*, D. MANZIONE, *Decisione quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?*, in M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (diretto da), *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, 2006, p. 24 ss.

³⁵ Per una specifica analisi, v. A. PERDUCA, sub *Art. 18*, in M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (diretto da), *Il mandato di arresto europeo*, cit., p. 306; più recentemente, v. anche M. LIPANI, S. MONTALDO, *I motivi ostativi all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la Corte*

precludendo all'autorità giudiziaria competente qualsiasi scrutinio legato alla specificità della vicenda di volta in volta esaminata.

Nel novero delle previsioni particolarmente distoniche rispetto al tenore della DQ rientrava l'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005, che riproduceva (seppur, come detto, non correttamente) il motivo ostativo di cui all'art. 4, n. 6, DQ.

Oltre a prevedere il motivo di non esecuzione in parola come obbligatorio³⁶, la norma nazionale ne restringeva l'ambito applicativo, *ratione personae*, ai soli cittadini italiani, escludendo *tout court* i residenti e i dimoranti sul territorio italiano, di qualsiasi provenienza, sforniti dello *status civitatis*. Questa formulazione è parsa, da subito, foriera di dubbi quanto alla propria compatibilità non solo con il testo, ma anche – *a fortiori* dopo le pronunce della Corte di giustizia del biennio 2008-2009 – con la *ratio* ispiratrice del menzionato art. 4, n. 6, DQ³⁷.

Quanto alla concreta applicazione della norma *de qua*, in un primo momento la giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto che non emergesse alcun contrasto con gli obblighi derivanti dalla DQ, in quanto – secondo il Supremo Collegio – quest'ultima avrebbe «semplicemente facoltizza[to], non obbliga[to], gli Stati membri della U.E. ad estendere le guarentigie eventualmente riconosciute – ai fini della celere consegna connotante il m.a.e. – ai cittadini dei singoli Stati anche agli stranieri che dimorino o risiedono in tali Stati»³⁸.

Solo in un secondo momento, la Corte di cassazione, con quattro ordinanze del 2009³⁹, si era interrogata sulla legittimità della scelta normativa italiana e aveva sollevato un incidente di costituzionalità dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005, per contrasto con gli artt. 3, 27, co. 3, e 117, co. 1, Cost., nella parte in cui stabiliva che la Corte d'appello potesse rifiutare un MAE emesso a fini esecutivi soltanto qualora il ricercato fosse cittadino italiano. In tutti i quattro casi, le autorità giudiziarie italiane erano state chiamate a pronunciarsi sulla consegna di soggetti cittadini di Stati membri dell'Unione europea (in due casi polacchi, in altri due rumeni) attinti, sul territorio nazionale, da un MAE esecutivo. In ciascuno dei procedimenti, la Corte d'appello competente aveva disposto, pur evidenziando l'esistenza di legami significativi degli interessati con l'Italia, la consegna alle autorità richiedenti, nella misura in cui il tenore letterale del citato art. 18, lett. r), impediva di opporre il rifiuto e di disporre la contestuale esecuzione della pena nel territorio nazionale, imponendo quindi il trasferimento dei ricercati.

di Cassazione: uno sguardo di insieme, alla luce dei principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia, in *Leg. pen.*, 5 luglio 2017, nonché V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 73.

³⁶ Ciò emerge dal confronto tra le formulazioni verbali impiegate dalla legge italiana ("rifiuta") e dalla DQ ("può rifiutare").

³⁷ R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed una vecchia obiezione, nota a sentenza n. 227 del 2010*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, p. 4; G. DE AMICIS, G. IUZZOLINO, *Guida al mandato*, cit., p. 84.

³⁸ Così Cass., sez. fer., 4 settembre 2007, n. 34210/07; conf., Cass., sez. VI, 16 aprile 2008, n. 16213/08; Cass., sez. VI, 25 giugno 2008, n. 25879/08, tutte in *DeJure*.

³⁹ Cass., sez. VI, ord. 15 luglio 2009, n. 33511/09; Cass., sez. fer., ord. 1° settembre 2009, n. 34213/09; Cass., sez. VI, ord. 24 settembre 2009, n. 41401/09; Cass., sez. VI, ord. 23 ottobre 2009, n. 42868/09, tutte in *DeJure*.

Quanto agli snodi argomentativi e ai parametri di costituzionalità, le quattro ordinanze presentavano contenuti e struttura analoghi, tanto da consentire la riunione dei giudizi e, così, l'adozione di un'unica pronuncia. In tutti i casi, la Suprema Corte aveva evidenziato l'impossibilità di procedere ad un'interpretazione dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 conforme a quanto richiesto dall'art. 4, n. 6, DQ e che, di conseguenza, soltanto l'intervento della Consulta avrebbe potuto adeguare il tessuto normativo interno ai vincoli europei.

Tre, come visto, i parametri di illegittimità evocati dai rimettenti.

Il primo riguardava l'art. 117, co. 1, Cost. e muoveva dalla considerazione del fatto che il legislatore italiano avrebbe indebitamente limitato la sfera applicativa dell'art. 4, n. 6, DQ e, così, si sarebbe sottratto ai vincoli derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'ordinamento sovranazionale.

Il secondo concerneva l'art. 27, co. 3, Cost.: posto che tale previsione assegna alla pena una specifica funzione, ovvero quella di offrire al condannato – a prescindere dalla sua nazionalità – una possibilità di rieducazione, la l. n. 69/2005 avrebbe finito per precludere le forme di risocializzazione ai condannati stranieri, costringendoli anzi a interrompere i legami instaurati in Italia per il periodo necessario all'esecuzione della pena all'estero.

Infine, il terzo ineriva al difetto di ragionevolezza della l. n. 69/2005, così vulnerando l'art. 3 Cost., perché a fronte di un MAE esecutivo la consegna dello straniero non era impedita dalla condizione di una fattiva residenza sul territorio italiano, mentre la stessa circostanza soggettiva avrebbe consentito, in caso di MAE processuale, ex art. 19, co. 1, lett. c), l. n. 69/2005⁴⁰, di subordinare il trasferimento dell'imputato alla "riconsegna" del condannato per l'esecuzione della pena.

Riunite le questioni, la Corte costituzionale, con la già menzionata sentenza n. 227/2010⁴¹, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005, 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 risiede o abbia dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno. A tale conclusione, il giudice delle leggi è pervenuto sulla base dello scrutinio della norma censurata alla luce dei soli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., ritenute assorbite le questioni con riguardo agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.

La pronuncia in parola – oltre a ricordarsi per aver ribadito che l'art. 11 Cost. (non richiamato tra i parametri di costituzionalità dal giudice *a quo*) costituisce ancora il «sicuro fondamento» dei rapporti tra ordinamento italiano e sovranazionale⁴² – ha riconosciuto la correttezza della premessa da cui muovevano le ordinanze di rimessione,

⁴⁰ In termini allineati a quanto prevede l'art. 5, n. 3, DQ.

⁴¹ Su cui v. R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione*, cit.; B. PIATTOLI, *Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della disciplina italiana dell'art. 18, comma 1, lett. r, l. 22 aprile 2005, n. 69, al cittadino di un altro Paese UE residente nello Stato*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2630 ss.; C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 183 ss.; E. PISTOIA, *Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 79 ss.

⁴² Corte cost., 227/2010, cit., pt. 7.

ovvero l'impossibilità di superare l'antinomia in via esegetica. Infatti, ogni applicazione dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 a cittadini non italiani sarebbe stata *contra legem* e, in quanto tale, non praticabile⁴³. Parimenti, non soddisfacente sarebbe stato il ricorso al meccanismo della non applicazione della norma nazionale per contrasto non tanto con l'art. 4, n. 6, DQ (del resto impossibile trattandosi di norma non dotata di effetto diretto per espressa previsione pattizia)⁴⁴, quanto con l'art. 18 TFUE (già art. 12 TCE). Al di là del fatto che, come correttamente ricordato dalla Corte costituzionale, la portata del principio di non discriminazione sancito da tale previsione non è assoluta, ma può essere ragionevolmente circoscritta⁴⁵, se anche si fosse giunti ad escludere l'operatività dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 in quanto foriero di una discriminazione sulla base della nazionalità, da tale operazione non sarebbe derivato alcun effetto sostitutivo utile: la possibilità di negare la consegna, e di disporre l'esecuzione della pena in Italia, nei casi quali quelli in esame può infatti discendere solo da un intervento additivo della Consulta⁴⁶.

Così, dopo aver richiamato la *ratio* dell'art. 4, n. 6, DQ e la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle nozioni di residenza e dimora, il giudice delle leggi è giunto a dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata e, in via additiva, ha stabilito che il rifiuto di consegna possa dunque applicarsi anche al cittadino di un diverso Stato membro, che legittimamente ed effettivamente risiede o abbia dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno.

Alla sentenza della Corte costituzionale ha dato prontamente seguito la Corte di cassazione, secondo cui la nozione di residenza «presuppone un radicamento reale e non estemporaneo della persona nello Stato, desumibile dalla legalità della sua presenza in Italia, dall'apprezzabile continuità temporale e stabilità della stessa, dalla distanza temporale tra quest'ultima e la commissione del reato e la condanna conseguita all'estero, dalla fissazione in Italia della sede principale (anche se non esclusiva) e consolidata degli interessi lavorativi, familiari ed affettivi, dal pagamento eventuale di oneri contributivi e fiscali», mentre per dimora si deve intendere «un soggiorno nello

⁴³ L'obbligo di interpretazione conforme non costituisce «*a limitless obligation*» (efficace espressione di M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, p. 476 ss., spec. p. 491): proprio l'impossibilità di assegnare alla norma interna un significato che sia antitetico con quel che essa letteralmente asserisce è uno dei limiti essenziali rispetto all'attività ermeneutica. Si tratta di un'affermazione costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia: v., per tutte, Corte giust., 8 maggio 2019, causa C-486/18, *Praxair*, ECLI:EU:C:2019:379, pt. 36. Sull'obbligo del giudice nazionale, in materia penale, di effettuare un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea v., per tutte, Corte giust., 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti, v. V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 6.

⁴⁴ Sull'art. 34, par. 2, lett. b), TUE pre-Lisbona, che escludeva espressamente che le decisioni quadro avessero efficacia diretta, e le caratteristiche ed effetti di questa tipologia di atto, v. M. CONDINANZI, *Articolo 34 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 130 ss.

⁴⁵ Corte cost., 227/2010, cit., pt. 7.1.

⁴⁶ V., sul punto, le più diffuse considerazioni di C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo*, cit., p. 198.

Stato stabile e di una certa durata, idoneo a consentire l'acquisizione di legami con lo Stato pari a quelli che si instaurano in caso di residenza»⁴⁷.

Una precisazione è però necessaria. L'intervento della Consulta si è limitato – in virtù della perimetrazione dei quesiti, formulati in procedimenti relativi a cittadini stranieri, ma “comunitari” – a estendere l'ambito applicativo dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 ai (soli) soggetti legittimamente ed effettivamente residenti e dimoranti nel territorio italiano, purché cittadini di altro Stato membro dell'Unione europea, sebbene già si fosse evidenziata la necessità di estendere la tutela anche ai soggetti extracomunitari⁴⁸. La legislazione italiana è stata così resa solo in parte coerente con gli obblighi derivanti dalla DQ, in quanto i soggetti stranieri non comunitari risultano esclusi – anche a seguito della pronuncia del giudice delle leggi e, ancora oggi, come subito si vedrà, nonostante i successivi interventi normativi – dall'applicazione, *ratione personae*, del motivo di rifiuto.

A tale lacuna non hanno infatti posto rimedio neppure le due novelle che, in tempi recenti, hanno interessato la l. n. 69/2005: pur muovendo dall'esigenza di adeguare la normativa interna alla DQ – a maggior ragione dopo la scadenza del periodo transitorio del quinquennio 2009-2014 – in nessuna delle due occasioni si è registrato un pieno allineamento della disciplina vigente all'art. 4, n. 6, DQ.

E, non può non tacersi, seppur incidentalmente, che si tratta di un intervento complessivo di riforma che lascia perplessi per le modalità con cui è avvenuto. Con un primo provvedimento – la l. n. 117/2019, ovvero la legge di delegazione europea relativa all'anno precedente, il 2018 – il Parlamento è intervenuto direttamente (e impropriamente) sul testo dell'art. 18 l. n. 69/2005, sottraendo alla lista originariamente contenuta in quell'articolo alcuni dei motivi di rifiuto e trasferendoli nel “nuovo” art. 18-*bis*⁴⁹. Questa divaricazione era dettata dalla volontà di conservare nell'art. 18 l. n. 69/2005 i soli motivi di rifiuto obbligatori e di elencare nel successivo art. 18-*bis* le ipotesi aventi carattere facoltativo. In quest'ultima previsione era stato quindi collocato, alla lett. c), il

⁴⁷ *Ex multis*, v. Cass., sez. VI, 23 maggio 2017, n. 26513/17 e le ulteriori sentenze ivi richiamate.

⁴⁸ E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e consegna “esecutiva” del cittadino nell'interpretazione della Corte di giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18 lett. r) della l. n. 69/2005?*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1191 ss., spec. p. 1204, affermavano che le garanzie di cui alla decisione quadro sembravano doversi poter applicare anche al dimorante o al cittadino di un Paese terzo. Analogamente, seppur in commento alla sentenza n. 227/2010, v. C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo*, cit., *passim*. Nel senso che la finalità rieducativa di cui all'art. 4, n. 6, DQ opera anche rispetto ai cittadini dei Paesi terzi, che possono circolare liberamente all'interno dello spazio Schengen, grazie alla soppressione dei controlli alle frontiere interne, e possono altresì circolare e soggiornare liberamente in tutti gli Stati membri dell'Unione in qualità di familiari di un cittadino di uno Stato membro v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, 24 marzo 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, ECLI:EU:C:2009:183, pt. 104.

⁴⁹ Su tale intervento diretto del legislatore (v. l. 4 ottobre 2019, n. 117, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2018, in *GURI*, 18 ottobre 2019, n. 245) tramite uno strumento normativo – la legge di delegazione europea – che (come dice il suo stesso nome) dovrebbe contenere solo deleghe al Governo v. M. LANOTTE, *Luci e ombre della legge di delegazione europea 2018 (e del sistema di trasposizione degli obblighi UE previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234) con particolare riguardo alla materia penale*, in *Eurojus*, 14 novembre 2019. In tema v. anche M. BARGIS, *L'attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo fra scelte positive e lacune strutturali*, in *Sist. pen.*, n. 11/2019, p. 61 ss., spec. p. 80 ss.

“precedente” art. 18, lett. r), con contestuale opera di adeguamento del tenore della norma alla pronuncia della Corte costituzionale n. 227/2010⁵⁰.

Tuttavia, la stessa l. n. 117/2019 – tramite il proprio art. 6 – abilitava il Governo a intervenire ulteriormente sul complessivo impianto della disciplina attuativa del MAE e indicava come espresso criterio direttivo l’armonizzazione della disciplina dei motivi di rifiuto rispetto all’art. 4 DQ. L’esigenza di un significativo intervento normativo diveniva poi ancora più urgente a seguito dell’apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia per il non corretto recepimento della DQ MAE⁵¹.

L’attuazione della delega normativa è avvenuta con il già citato d.lgs. n. 10/2021⁵², che ha provveduto a una significativa riscrittura di numerose disposizioni della l. n. 69/2005, anche in modo da superare le incompatibilità lamentate dalla Commissione europea. In particolare, gli artt. 14-16 d.lgs. n. 10/2021 hanno rimodulato il novero dei motivi di rifiuto della consegna, oggi elencati in tre diverse disposizioni della legge l. n. 69/2005⁵³. Nell’art. 18 restano elencati quelli obbligatori, ricondotti, per numero e ipotesi, ai casi dell’art. 3 della DQ; l’art. 18-*bis* contempla i motivi facoltativi e il nuovo art. 18-*ter* delinea le ulteriori ragioni che impediscono, pur sempre su base facoltativa, la consegna e fondate su di una pronuncia *in absentia*.

Nella duplice evoluzione normativa che, in meno di un biennio, ha interessato la materia, il motivo di rifiuto originariamente previsto dall’art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 è stato quindi dapprima collocato nell’art. 18-*bis*, lett. c), per poi trovare spazio, nella versione odierna della legge, nell’art. 18-*bis*, co. 2. Alla mutazione topografica si è accompagnata una significativa svolta relativa alla natura – oggi facoltativa e non più obbligatoria – del motivo di rifiuto: l’autorità giudiziaria competente è dunque chiamata a una valutazione discrezionale, e non rigidamente automatica, quanto al diniego della consegna, anche qualora si tratti di un cittadino italiano⁵⁴. Tuttavia, il legislatore si è

⁵⁰ Il testo risultava formulato così: «[l]a corte di appello può rifiutare la consegna nei seguenti casi [...] c) se il mandato d’arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, qualora 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 la corte di appello disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno».

⁵¹ Si tratta della procedura n. 2020/2278; allo stato attuale, come si apprende dalla banca dati <http://eurinfra.politichecomunitarie.it/ElencoAreaLibera.aspx>, è stata inviata dalla Commissione la lettera di messa in mora.

⁵² Su cui v. M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 3/2021, p. 63 ss.; G. COLAIACOVO, *La nuova disciplina del mandato d’arresto europeo tra esigenze di semplificazione della procedura e tutela del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 868 ss.; V. PICCIOTTI, *La riforma del mandato di arresto europeo. Note di sintesi a margine del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10*, in *La legislazione penale*, 12 aprile 2021; F. URBINATI, *La riforma del mandato d’arresto europeo*, in *Arch. pen. (web)*, 1/2021.

⁵³ Si noti che anche gli artt. 1, 2 e 8, l. n. 69/2005, quali riformati nel 2021 – pur non formalmente rubricati come riferiti a motivi ostativi alla consegna – contengono previsioni che potrebbero rischiare di assumerne la fisionomia, almeno alla luce del loro tenore letterale. Tale circostanza potrebbe ostare alla chiusura in tempi rapidi della menzionata procedura di infrazione aperta nei confronti dell’Italia.

⁵⁴ Si può comunque ricordare che, secondo un orientamento diffuso in giurisprudenza, la formulazione della subordinata concessiva posta in chiusura dell’art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 avrebbe legittimato una valutazione

limitato, quanto all'ambito applicativo *ratione personae* del motivo di rifiuto, a recepire il *dictum* della Consulta del 2010, senza invece estendere il perimetro soggettivo della disposizione anche ai dimoranti e residenti non europei. Anzi, mentre l'art. 18-bis, lett. c), vigente tra l'ottobre 2019 e il febbraio 2021 richiedeva di verificare soltanto il carattere legittimo ed effettivo del legame (residenza o dimora) con il territorio nazionale, il "successivo" art. 18-bis, co. 2 ha introdotto un ulteriore requisito, ovvero la quinquennalità della permanenza in Italia per consentire l'operatività del motivo di rifiuto della consegna: ed è questa la modifica più "invasiva" realizzata dal legislatore delegato e che – per quanto compatibile con la citata giurisprudenza *Wolzenburg* della Corte di giustizia – ha inciso, come si vedrà (*infra*, par. 5) sulla scelta della Corte costituzionale nel caso qui oggetto di commento⁵⁵.

Merita a tal proposito anche osservare che il legislatore delegato ha modificato altresì l'art. 19, co. 1, lett. c), l. n. 69/2005: mentre in precedenza tale disposizione consentiva di subordinare la consegna, in caso di MAE processuale, al rinvio dell'interessato in Italia per qui eseguire la pena anche in caso di cittadini di Paesi terzi, questa garanzia risulta oggi – per effetto della riscrittura operata dall'art. 17 d.lgs. n. 10/2021 – limitata ai soli cittadini italiani o di un altro Stato membro dell'Unione europea residenti in Italia. Se è vero che tale disposizione ha, di fatto, rimosso un profilo di disparità – così equiparando l'estensione *ratione personae* delle due norme (artt. 18 e 19 l. n. 69/2005) – è pur innegabile che, per risolvere un problema – ovvero la potenziale lesione dell'art. 3 Cost., evocata peraltro anche dall'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione che sarà oggetto di esame nel prossimo paragrafo – ne sia stato generato un secondo, ovvero il potenziale inadempimento dello Stato italiano per la trasposizione, così soltanto parziale, anche dell'art. 5, n. 3, DQ⁵⁶.

almeno in parte discrezionale da parte della Corte d'appello: v. Cass., sez. VI, 6 marzo 2007, n. 10544/07. In dottrina, v. A. PERDUCA, sub *Art. 18*, cit., p. 321.

⁵⁵ Nel senso che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18-bis, co. 2, legge (l.) n. 69/2005, come modificato dall'art. 15 d.lgs. n. 10/2021, in relazione agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., nella parte in cui esclude dal beneficio del rifiuto facoltativo della consegna i cittadini di altro Stato membro dell'Unione europea che non abbiano maturato una permanenza sul territorio italiano di almeno cinque anni, in quanto tale scelta non appare irrazionale, né lesiva del principio di eguaglianza, né contraria alle finalità di reinserimento sociale del condannato, come osservato dalla Corte di giustizia della Unione europea nella sentenza 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, v. Cass., sez. VI, 6 maggio 2021, n. 18124/21, in *DeJure*, su cui il commento di V. PICCIOTTI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sulla riforma del mandato di arresto europeo: manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale sul rifiuto di consegna del cittadino UE residente in Italia (art. 18-bis, co. 2, legge n. 69 del 2005)*, in *Sist. pen.*, 4 giugno 2021. L'infondatezza della questione è stata ribadita, proprio con richiamo alla sentenza di maggio, dalla successiva Cass., sez. fer., 5 agosto 2021, n. 31207/21, in *CED Cassazione*, non massimata.

⁵⁶ Nella relazione illustrativa del d. lgs. n. 10/2021 si legge che la scelta di eliminare la contraddittorietà quanto all'ambito di applicazione *ratione personae* del motivo di rifiuto della consegna e della garanzia di riconsegna, restringendo entrambi ai soli cittadini comunitari, anziché estenderli anche ai cittadini di Paesi terzi, è giustificata dall'esigenza di *evitare un ampliamento dei motivi di rifiuto dell'esecuzione di un MAE, che avrebbe ridotto la sfera di operatività del principio del reciproco riconoscimento*. Tale giustificazione desta qualche perplessità, se si considera la *ratio* sottesa al motivo ostativo, di cui si è dato ampiamente conto nel testo. Più comprensibile, ma comunque anch'essa inidonea ad assicurare la compiuta trasposizione della normativa UE a garanzia della risocializzazione del condannato, la *preoccupazione* – che risulta altresì sottesa alla scelta,

In sintesi, con riguardo al MAE esecutivo, la disciplina italiana ha quindi sempre e sistematicamente escluso la possibilità di rifiutare la consegna di un ricercato, cittadino di uno Stato terzo, che fosse effettivamente e legalmente dimorante o residente in Italia: né la Corte costituzionale – perché le questioni decise con la sentenza n. 227/2010 riguardavano soltanto arrestati “europei” – né il legislatore hanno posto rimedio a questa lacuna. Anzi, nel 2019, il Supremo Collegio aveva espressamente ritenuto, sia rispetto alla formulazione dell’art. 18, lett. r), l. n. 69/2005⁵⁷, sia con riferimento a quella sopravvenuta⁵⁸, che non vi fosse alcun profilo di illegittimità della disciplina italiana⁵⁹: ad avviso della Corte di cassazione, sarebbe del tutto ammissibile dar rilievo alla sola dimensione giuridica europea e ritenere che la tutela del solo cittadino “continentale” sia compatibile con la DQ. Altresì, si è precisato che i concetti di “residenza” e “dimora” andrebbero intesi esclusivamente in relazione al possesso dello *status civitatis* europeo e che la diversificazione sarebbe dunque fondata sull’estraneità dello straniero rispetto all’Unione europea.

In altre (anche più risalenti) circostanze, invece, il collegio giudicante ha ritenuto non sussistente il requisito della residenza o della dimora stabile del ricercato extracomunitario in Italia, così rendendosi impossibile l’incidente di costituzionalità della norma per la irrilevanza della questione alla luce delle specificità dei casi concreti sottoposti all’attenzione dei giudici di merito e di legittimità⁶⁰.

4. L’incidente di costituzionalità.

Nel quadro normativo e giurisprudenziale nazionale delineato si è inserita la questione di legittimità costituzionale promossa dalla Corte di cassazione e qui oggetto di commento: il collegio giudicante ha sollecitato la Consulta a intervenire sull’art. 18-bis, lett. c), l. n. 69/2005 (oggi, come detto, divenuto art. 18-bis, co. 2) e a estenderne l’ambito applicativo *ratione personae* anche agli stranieri, residenti o dimoranti in Italia, sforniti di cittadinanza europea.

La Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi su un ricorso promosso dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte d’appello di Genova avverso una sentenza⁶¹ con la quale il giudice ligure aveva rifiutato la consegna di un soggetto albanese, a seguito di un MAE emesso da un’autorità greca a fini esecutivi, ritenendo

sempre in base alla relazione illustrativa – *della (non) tenuta del sistema penitenziario italiano: l’ampliamento della sfera soggettiva di operatività del motivo di rifiuto inevitabilmente avrebbe ricadute sul numero di soggetti detenuti nelle carceri italiane, il cui problema di sovraffollamento è stato, come noto, anche oggetto di censura da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo.*

⁵⁷ Cass., sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 7214/19, in *DeJure*.

⁵⁸ Cass., sez. VI, 5 novembre 2019, n. 45190/19, in *DeJure*.

⁵⁹ V., sul punto, la ricostruzione operata da G. COLAIACOVO, *Il “microsistema” di consegna differenziato per il cittadino e il residente di nuovo al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3200 ss., spec. p. 3203.

⁶⁰ Cass., sez. VI, 25 giugno 2020, n. 19389/20; Cass., sez. VI, 30 ottobre 2012, 42528/12; Cass., sez. VI, 13 luglio 2010, n. 27326/10, tutte in *DeJure*.

⁶¹ Corte App. Genova, 7 gennaio 2020, inedita.

applicabile al ricercato il motivo ostativo *de quo*. La Corte genovese, rilevata l'esistenza di un radicamento stabile dell'interessato sul territorio nazionale, in virtù di legami familiari e lavorativi, ha ritenuto possibile l'estensione dell'art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 anche all'interessato, attraverso un'esegesi della norma ritenuta conforme alla Costituzione e ai vincoli imposti dalla DQ. Avverso questa decisione – e, nello specifico, contestandone l'operazione ermeneutica – è stato proposto ricorso dalla Procura generale genovese.

La Corte di cassazione, con un'ordinanza articolata e ampiamente motivata⁶², ha deciso – accogliendo la richiesta congiuntamente formulata, nelle proprie conclusioni, dalla difesa e dalla Procura generale – di proporre l'incidente di costituzionalità in riferimento all'art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 «nella 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».

Due sono le premesse dalle quali il Supremo Collegio ha preso le mosse per giustificare la propria determinazione.

La prima attiene all'impossibilità di condividere l'opzione interpretativa promossa dalla Corte d'appello. Il Supremo Collegio, nel dar conto dell'evoluzione normativa (riportata *supra*), ha infatti evidenziato che è chiara la volontà del legislatore italiano di escludere dai soggetti cui può applicarsi il motivo di rifiuto coloro che siano sforniti di cittadinanza europea: una scelta che è stata avallata – nonostante l'auspicio della Corte costituzionale nel 2010⁶³ – dalla l. n. 117/2019 prima e dal d.lgs. n. 10/2021 poi. Ragon per cui, come l'ordinanza sottolinea, la «formulazione letterale pare insuscettibile di ricostruzioni alternative», in ragione dell'esistenza di «una lacuna talmente evidente rispetto alla scelta a suo tempo compiuta dal legislatore [e]uropeo, che un eventuale suo “riempimento” per via interpretativa condurrebbe irrimediabilmente, almeno in tal caso, alla creazione di una norma di diritto “pretorio”:

⁶² Ordinanza sulla quale si soffermano, con diversi accenti, G. COLAIACOVO, *Il “microsistema” di consegna differenziato*, cit., *passim*; C. PINELLI, *La consegna del cittadino di uno Stato terzo (nota a Cass. pen. n. 10371/2020)*, in *Giustiziainsieme.it*, 5 maggio 2020; M. DANIELE, *Mandato di arresto europeo e diritto degli extracomunitari al reinserimento sociale nello Stato di esecuzione. Una questione di legittimità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 6 maggio 2020; C.E. GATTO, *Figli di un dio minore? Per la Cassazione, anche nel mandato d'arresto esecutivo, i residenti in Italia non aventi cittadinanza europea devono essere equiparati ai cittadini europei*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 678 ss.; A.R. SALERNO, *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*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, p. 412 ss.

⁶³ Corte cost., 227/2010, cit., pt. 9, dove si legge che «[r]esta riservata [...] al legislatore la valutazione dell'opportunità di precisare le condizioni di applicabilità al *non cittadino* del rifiuto di consegna ai fini dell'esecuzione della pena in Italia, in conformità alle conferenti norme dell'Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia» (corsivo aggiunto). Vero che l'indicazione può essere intesa in senso ampio, anche con riguardo al cittadino extracomunitario. Non è da escludersi, tuttavia, che essa concernesse i soli cittadini comunitari, vista la “rilevanza” *ratione personae* delle questioni sottoposte all'attenzione della Consulta nel caso in esame e la “portata applicativa” della sentenza *Wolzenburg* della Corte di giustizia, cui sembra che il giudice delle leggi faccia in particolare riferimento.

non si tratterebbe più, allora, di una lettura “adeguatrice”, o “costituzionalmente orientata”, ma di un’interpretazione *contra legem* del testo normativo»⁶⁴.

Se non è praticabile la via interpretativa, il superamento dell’incompatibilità della norma nazionale con i parametri costituzionali e – per mezzo degli artt. 11 e 117 Cost. – europei deve competere, ad avviso della Corte di cassazione, alla sola Consulta.

A questo proposito il collegio giudicante ha svolto la seconda, fondamentale premessa, relativa al profilo della c.d. doppia pregiudizialità⁶⁵, circostanza che ricorre ove lo scrutinio delle norme interne comprende anche parametri sovranazionali dotati di un contenuto *in substantia* costituzionale, in quanto relativi a diritti dell’individuo protetti anche dalla Carta dei diritti fondamentali UE e impone di considerare la duplice e concorrente prospettiva del rinvio pregiudiziale interpretativo, da un lato, e dell’incidente di costituzionalità, dall’altro lato. Richiamati i più recenti approdi della giurisprudenza della Consulta sul punto⁶⁶, la Suprema Corte ha deciso di rivolgersi al giudice delle leggi, il cui intervento è apparso – in forza della capacità additiva di cui è dotato e della rilevanza *erga omnes* delle proprie decisioni (idonee anche ad evitare discriminazioni in fase applicativa) – senz’altro preferibile⁶⁷. Del resto, gli esiti cui la Corte di giustizia è giunta quanto all’interpretazione dell’art. 4, n. 6, DQ e, in generale, agli scopi sottesi alla DQ MAE sono inequivocabili e dunque – secondo il giudice rimettente – poco il giudice del Kirchberg avrebbe potuto aggiungere a quanto già affermato.

Il Supremo Collegio, dopo questi snodi preliminari, ha diffusamente evidenziato i profili di incompatibilità della norma censurata – l’art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 – con il dettato costituzionale, tre dei quali ricalcano, in modo evidente, quelli già proposti con le quattro ordinanze del 2009, poi decise dalla Consulta con la sentenza n. 227/2010. La riproposizione, da parte della Corte di cassazione, di elementi argomentativi e di parametri valutativi discende, come già si è detto, dalla palese continuità tra le due questioni, le quali si differenziano soltanto per la diversa connotazione soggettiva dei ricercati – all’epoca tutti cittadini europei, non così, invece, nella vicenda qui in esame – , circostanza tuttavia dirimente ai fini della perimetrazione della rilevanza della questione.

⁶⁴ Cass., sez. VI, ord. 4 febbraio 2020, n. 10371/20, cit., pt. 2.2. Questa considerazione è espressamente condivisa da M. DANIELE, *Mandato di arresto europeo*, cit., par. 6. In particolare, sui limiti di una interpretazione costituzionalmente orientata e la necessità di una rimessione alla Corte costituzionale v. C. PINELLI, *La consegna del cittadino di uno Stato terzo*, cit.

⁶⁵ Sul tema la bibliografia è assai ampia. Anche per ulteriori riferimenti bibliografici v. 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, p. 1 ss.; EAD., *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 18 febbraio 2020, p. 1 ss.

⁶⁶ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, ECLI:IT:COST:2017:269, in particolare il noto passaggio contenuto nel pt. 5.2 del Considerato in diritto, poi oggetto di successive precisazioni del giudice delle leggi, tra cui Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, ECLI:IT:COST:2019:20; Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, ECLI:IT:COST:2019:63 e Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, ECLI:IT:COST:2019:117.

⁶⁷ In tal senso v. anche C. PINELLI, *La consegna del cittadino di uno Stato terzo*, cit.; M. DANIELE, *Mandato di arresto europeo*, cit., par. 6.

Dapprincipio, la Corte di cassazione ha sottolineato la violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., nella misura in cui la disciplina interna ha recepito soltanto in maniera «ingiustificatamente parziale e limitativa» il contenuto dell'art. 4, n. 6, DQ, così come interpretato dalla Corte di giustizia. Se è vero che la giurisprudenza del Kirchberg ammette che gli ordinamenti possano differenziare il regime giuridico applicabile alle diverse categorie di soggetti, è altrettanto palese che queste differenze non solo debbono essere proporzionate, ma anche disposte tenendo conto della particolare tutela e protezione che l'Unione europea accorda ai cittadini provenienti da Stati terzi. Condizioni che, all'evidenza, la legge italiana non rispetterebbe.

In secondo luogo, l'art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 sarebbe foriero di una disparità di trattamento a livello interno – in contrasto con l'art. 3 Cost. – in quanto, in relazione ai MAE processuali, l'art. 19, co. 1, lett. c), nella versione vigente (come visto) al momento in cui la questione è stata sollevata, prescriveva che, per qualsiasi ricercato residente in Italia (quindi anche extracomunitario), la consegna sarebbe stata subordinata alla condizione del rinvio, in caso di condanna, nel territorio italiano per scontarvi la pena. Da qui deriverebbe la conseguenza paradossale per cui il cittadino di un Paese terzo stabilmente residente in Italia potrebbe godere di questa garanzia in caso di consegna a fini processuali – circostanza in cui necessariamente si stempera il legame con il luogo di dimora, quantomeno per i tempi necessari agli accertamenti (e ciò potrebbe anche affievolire, quindi, la capacità rieducativa della pena) – ma non nel caso di MAE esecutivo. L'asimmetria diviene ancor più sorprendente se si ricorda che la *ratio* sottesa agli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3, DQ è esattamente sovrapponibile e, proprio per questo, il legislatore europeo non ha effettuato alcuna distinzione *intuitu personae* quanto ai soggetti cui si può applicare il motivo ostativo o la garanzia del rinvio.

Ancora, si rileva un contrasto con l'art. 27, co. 3, Cost., ovvero con il principio della finalità rieducativa della pena che ivi è espressamente consacrato. La frizione della norma censurata con il parametro appena indicato deriverebbe dalla preclusione, in sede di esecuzione, della realizzazione di ogni speranza di reintegrazione sociale per il cittadino di uno Stato terzo. Il principio costituzionale evocato postula invece l'esigenza per cui la reintegrazione sociale sia garantita a chiunque, a prescindere dalla nazionalità: la stessa Corte costituzionale, quanto all'applicazione delle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario, ha stabilito che esse devono applicarsi anche ai soggetti extracomunitari che avessero soggiornato in Italia irregolarmente e senza permessi di soggiorno⁶⁸.

⁶⁸ Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, ECLI:IT:COST:2007:78. In quel caso, la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme della legge sull'ordinamento penitenziario l. 26 luglio 1975, n. 354) ove interpretate nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, fosse in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative previste. Secondo il giudice delle leggi, l'ordinamento può declinare diversamente le misure sanzionatorie ed esecutive in base alle condizioni personali degli interessati, ma tenendo conto che «i principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione) non opera[no] alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale».

In conclusione, l'ordinanza pone in evidenza un quarto profilo di illegittimità della disposizione censurata, quest'ultimo innovativo rispetto al quadro argomentativo che aveva contraddistinto gli incidenti di costituzionalità promossi nel 2009. L'omessa estensione del rifiuto della consegna del cittadino extracomunitario si traduce in un potenziale *vulnus* del diritto al rispetto della vita familiare, sancito dall'art. 2 Cost. a livello interno, nonché dagli artt. 8 CEDU, 7 Carta dei diritti fondamentali UE e 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, queste ultime disposizioni opportunamente richiamate per il tramite delle pertinenti disposizioni costituzionali. In relazione a tale specifico profilo, si teme che l'impossibilità di eseguire in Italia la pena irrogata da un altro Stato membro dell'Unione possa recidere irrimediabilmente i legami familiari durante la fase di esecuzione della pena detentiva e precludere al ricercato la permanenza nella propria comunità affettiva di riferimento. La stessa Corte di Strasburgo, del resto, ha evidenziato che il potere punitivo dello Stato deve realizzarsi in modo da non compromettere in modo eccessivo e sproporzionato il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁶⁹.

Questi sono i quattro dubbi di legittimità che il Supremo Collegio ha ritenuto fondati e pertanto meritevoli di un intervento della Consulta.

5. L'ordinanza della Consulta.

Come anticipato (par. 1), diversamente da quello che ci si sarebbe potuti attendere anche forse, tutto considerato, a fronte delle modifiche di cui al più recente d.lgs. n. 10/2021, il giudice delle leggi non ha affrontato nel merito la questione della legittimità costituzionale dell'art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005, ma – con ordinanza n. 60/2021 – ha piuttosto disposto la restituzione degli atti al giudice rimettente.

Dopo aver ripercorso i passaggi salienti dell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione (sintetizzati *supra*, par. 4) e la posizione espressa dalla Presidenza del Consiglio intervenuta in giudizio per il tramite dell'Avvocatura dello Stato sostenendo il difetto di rilevanza delle questioni e, in ogni caso, la loro infondatezza nel merito, la Corte costituzionale ricorda che la camera di consiglio per la decisione della causa in esame è stata rinviata di un mese, proprio per poter tener conto anche delle modifiche introdotte *medio tempore* dal citato d.lgs. n. 10/2021, e in particolare di quella concernente l'art. 19 l. n. 69/2005, invocato, come detto, quale *tertium comparationis* dal giudice rimettente nella questione formulata con riguardo all'art. 3 Cost. Come si ricorderà, a seguito dell'entrata in vigore del decreto, anche la garanzia della riconsegna in caso di MAE a fini processuali concerne ormai soltanto i cittadini italiani e quelli di altri Stati membri residenti in Italia da almeno cinque anni, essendo stata circoscritta la sua sfera di operatività a questi soggetti solamente tramite specificazione del generico e originario riferimento ai "residenti" *tout court* in Italia (comprensivo anche, dunque, dei cittadini di Stati terzi) e superata pertanto – anche a detta dell'Avvocatura dello Stato – la

⁶⁹ Corte EDU, 30 giugno 2015, ric. 41418/04, *Khoroshenko v. Russia*, in *hudoc.echr.coe.int*, pt. 148.

discrasia tra la disciplina concernente il MAE processuale e quello esecutivo lamentata dalla Corte di cassazione.

Proprio in considerazione di siffatta modifica e di quella relativa al motivo ostativo inerente al MAE esecutivo, che circoscrive il *dictum* di cui alla sentenza n. 227/2010 (seppur in qualche modo coerentemente con quanto sancito al suo punto 9 del considerando in diritto, dove si puntualizzava come restasse «riservata al legislatore la valutazione dell’opportunità di precisare le condizioni di applicabilità al *non cittadino* del rifiuto di consegna ai fini dell’esecuzione della pena in Italia, in conformità alle conferenti norme dell’Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia»⁷⁰) e l’ambito di operatività del motivo ostativo in esame, subordinando, come ormai più volte ricordato, il rifiuto della consegna ad un radicamento almeno quinquennale del cittadino di altro Stato membro residente in Italia – in linea peraltro con la giurisprudenza *Wolzenburg* della Corte di giustizia – la Consulta ritiene opportuna la restituzione degli atti al giudice rimettente.

Il giudice delle leggi, a conclusione del proprio *iter* argomentativo, ben evidenzia la circostanza che l’art. 28 d.lgs. n. 10/2021 dispone la perdurante applicazione della previgente disciplina quando la Corte d’appello abbia già ricevuto il MAE o la persona richiesta sia già stata arrestata e quindi la sua possibilità, almeno in linea di principio, di affrontare nel merito la questione sottoposta dal Supremo Collegio⁷¹. Tuttavia, esso ritiene prevalente la differente circostanza consistente nel fatto che le modifiche apportate dal d.lgs. n. 10/2021 alla l. n. 69/2005 «*incidono così profondamente sull’ordito logico che sta alla base delle censure prospettate da rendere necessaria la restituzione degli atti al giudice a quo perché possa procedere alla rivalutazione della non manifesta infondatezza delle questioni prospettate, tenendo conto [per l’appunto] delle intervenute modifiche normative*» (corsivo aggiunto).

6. Alcune considerazioni conclusive.

Mutato, come visto, il *tertium comparationis* e il tenore letterale del motivo ostativo della cui legittimità costituzionale si dubitava, la Consulta non ha seguito l’*iter*

⁷⁰ Corsivo aggiunto.

⁷¹ Ci si è interrogati sulla legittimità costituzionale di siffatta disposizione transitoria, in considerazione (tra l’altro) della riduzione dei motivi ostativi all’esecuzione del MAE e, con riguardo al motivo in esame, al fatto che la nuova disciplina è meno favorevole della previgente per i cittadini comunitari, subordinando l’operatività del motivo di rifiuto al loro radicamento stabile almeno quinquennale nel territorio italiano. La Corte di cassazione (v. sez. VI, 14 aprile 2021, n. 14220/21, in *DeJure*) ha ritenuto manifestamente infondata a questione di legittimità dell’art. 28 d.lgs. n. 10/2021 per l’ipotizzata violazione degli artt. 3 e 25 Cost. e dell’art. 7 CEDU, dichiarando che la scelta di applicare la nuova disciplina ai MAE ricevuti dalla Corte di appello dal 21 febbraio 2021 o a quelli per cui l’arresto è avvenuto a partire da tale data non contrasta con il parametro della ragionevolezza, né con il principio di legalità, il nuovo regime incidendo essenzialmente su aspetti processuali relativi ai presupposti e alle modalità di consegna, secondo il principio generale del *tempus regit actum* (anche se di questo si potrebbe forse discutere, visto che l’applicazione della nuova disciplina può impattare negativamente su alcuni diritti del soggetto da consegnare e, quanto al motivo qui in esame, sul diritto al reinserimento sociale del condannato).

argomentativo della Suprema Corte, la quale aveva evocato l'illegittimità della disposizione censurata nella parte in cui non prevede che il motivo ostativo *de quo* possa estendere il proprio raggio di applicazione anche al cittadino di uno Stato terzo, a condizione che ne sia dimostrato un effettivo radicamento sul territorio nazionale. Al contrario, il giudice delle leggi ha ritenuto che le modifiche normative siano tali da imporre la restituzione degli atti al giudice rimettente, a cui si chiede un nuovo vaglio della non manifesta infondatezza delle questioni, in un certo qual senso anticipandosi siffatta valutazione in considerazione del fatto che, nel caso di specie, il radicamento del consegnando in Italia era inferiore al lasso temporale quinquennale indicato dal nuovo motivo ostativo come riformulato dal d.lgs. n. 10/2021. Quest'ultimo avrebbe consentito l'operatività della normativa previgente, soddisfacendosi nella specie la condizione di cui al menzionato art. 28 del decreto (*supra*, par. 5); tuttavia, il fatto che il radicamento fosse inferiore ai cinque anni deve aver indotto la Consulta alla soluzione di cui in commento.

Una diversa soluzione, ovvero l'accoglimento della questione, avrebbe di fatto fornito indicazioni anche circa la illegittimità *in parte qua* della nuova normativa in vigore da febbraio 2021, non solo, a ben vedere, con riferimento al nuovo art. 18-*bis*, co. 2, ma anche con riguardo al riformulato art. 19, co. 1, lett. c), l. n. 69/2005. Vero che, riducendosi, come visto, la sfera di operatività *ratione personae* di cui alla disposizione da ultimo richiamata, si elimina la discrasia applicativa tra le stesse⁷². Vero, altresì, che l'operatività di entrambe le disposizioni (sul motivo ostativo e sulla garanzia di riconsegna) è oggi subordinata al soddisfacimento del requisito della durata quinquennale della presenza regolare (ovvero legale) in Italia del cittadino UE e che tale requisito è stato considerato legittimo dalla stessa Corte di giustizia nella più volte menzionata sentenza *Wolzenburg*. Tuttavia, la scelta (più recente) del legislatore nazionale – pur allineando l'esecutività del MAE processuale e di quello esecutivo – si pone “al ribasso” (*i.e.*, in senso opposto) rispetto alle indicazioni contenute tanto nell'art. 4, n. 6, quanto nell'art. 5, n. 3, DQ MAE che, come visto (*supra*, par. 2), non contengono alcun riferimento alla nazionalità del soggetto destinatario di un MAE e paiono dunque riferibili anche agli extracomunitari; tale scelta può, quindi, considerarsi incompatibile sia con siffatte disposizioni (e quindi in violazione degli artt. 11 e 117 Cost.), sia, in ogni caso, con l'art. 27, co. 3, e (subito si dirà in quale misura) con gli artt. 2 e 3 Cost.⁷³

Come si ricorderà, la *ratio* delle due previsioni della DQ MAE è la risocializzazione del reo una volta scontata la pena. E se può risultare difficile giustificare sulla base del diritto UE (primario o derivato che sia) una assimilazione a

⁷² Sulle ragioni del superamento della discrasia normativa v. la relazione illustrativa del d. lgs. n. 10/2021, di cui *supra*, nota 56.

⁷³ Ciò benché si sia consapevoli delle problematiche legate alla tenuta del sistema penitenziario, che inevitabilmente aumenterebbero laddove si estendesse la garanzia in parola anche ai cittadini degli Stati terzi, con il rischio di violazione di altre previsioni costituzionali e convenzionali in caso di sovraffollamento carcerario. Indubbiamente, la valutazione delle effettive possibilità di risocializzazione del condannato è operazione assai delicata che l'autorità giudiziaria è chiamata ad effettuare anche tenendo in considerazione il *quantum* di pena da scontare (più lunga è la pena detentiva, maggiore potrebbe essere – almeno in astratto – la difficoltà di reinserimento una volta scontata).

360 gradi di cittadini UE e extracomunitari, *in primis* in considerazione del fatto che il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, oggi codificato nell'art. 18 TFUE e nell'art. 20 Carta diritti fondamentali UE, opera (anche per consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁴) solo con riguardo ai cittadini degli Stati membri⁷⁵, pare invece più difficilmente giustificabile una distinzione tra comunitari ed extracomunitari che godono, sulla base del diritto derivato, di molte garanzie sostanzialmente assimilabili a quelle proprie dei cittadini UE. Il riferimento è (almeno) (i) ai soggiornanti di lungo periodo⁷⁶, che hanno un radicamento legale e ininterrotto con il territorio dell'Unione e, quindi, di (almeno) uno Stato membro per almeno cinque anni (oggi, peraltro, in linea con la menzionata giurisprudenza *Wolzenburg* tale radicamento quinquennale è imposto anche ai cittadini di altri Stati membri); e (ii) ai familiari extracomunitari di cittadini UE o extracomunitari che godano del diritto al ricongiungimento⁷⁷, anche in questo caso, oggi, dopo la novella del febbraio 2021, se residenti in Italia da almeno cinque anni⁷⁸. In termini più generali, il diritto UE ha progressivamente previsto l'estensione, seppur sottoposta a limiti e condizioni, di alcuni diritti riconosciuti ai cittadini europei anche ai cittadini di Paesi terzi stabilmente residenti in uno Stato membro, diritti che concorrono a formare uno *status*, variamente definito dalla dottrina come "cittadinanza di residenza", cittadinanza "civile" o *de facto*⁷⁹, che legittimamente pare applicabile anche rispetto allo strumento di cooperazione in esame e per ridurre al minimo i possibili effetti de-socializzanti della pena⁸⁰.

⁷⁴ V., *ex multis*, Corte giust., 2 settembre 2021, causa C-930/19, X, ECLI:EU:C:2021:657, pt. 51; Corte giust., 4 giugno 2009, cause riunite C-22/08 e C-23/08, *Vatsouras e Koupatantze*, ECLI:EU:C:2009:344, pt. 52.

⁷⁵ Certo ci si potrebbe interrogare se un discorso differente, quanto al profilo della non discriminazione, sia fattibile – oltre che alla luce del diritto costituzionale nazionale (v. *infra*, nel testo) – alla luce del diritto internazionale e, in particolare, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che non sembra consentire disparità di trattamento sulla base della nazionalità quanto al godimento di diritti civili e politici, a cui è riconducibile quello in questione.

⁷⁶ V. la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in *GIUUE*, 23 gennaio 2004, L 16, p. 44.

⁷⁷ V. la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (in *GIUUE* L 158 del 30 aprile 2004, p. 77) e la direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare (in *GIUUE*, 3 ottobre 2003, L 251, p. 12).

⁷⁸ Certo non potrebbe escludersi che il legislatore nazionale che decidesse infine di normare la posizione di tali soggetti – o la stessa Corte di giustizia che fosse chiamata a pronunciarsi sulla possibile limitazione della portata dell'art. 4, n. 6, DQ MAE rispetto agli extracomunitari (v. anche *infra*, *post scriptum*) – ritenesse che rispetto ad essi il motivo di rifiuto (e così la garanzia della riconsegna) potrebbero operare a fronte di un radicamento temporale ancora più esteso. Il riferimento ai cinque anni è dovuto alla situazione normativa (e giurisprudenziale) con cui attualmente ci confrontiamo.

⁷⁹ V., per tutti B. NASCIBENE, *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionales Vers de nouveaux statuts de résidents ?*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 367, Leiden/Boston, 2014, p. 253 ss.

⁸⁰ Nel senso che la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 4, n. 6, DQ MAE opera anche con riguardo ai cittadini extracomunitari residenti nel territorio di uno Stato membro v. le citate conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot del 24 marzo 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, pt. 104. Si noti che, per come riprodotte nelle

Quanto ai parametri interni di costituzionalità, anche qui rileva (e non potrebbe essere altrimenti) la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost., che non tollera distinzioni quanto alla nazionalità del condannato⁸¹; distinzioni che non paiono perciò giustificabili alla luce dell'art. 3 Cost. – non apparendo ragionevole una discriminazione sulla base della sola condizione soggettiva rappresentata dalla nazionalità – previsione che potrebbe dunque contestualmente e in quanto tale (e non più in relazione all'art. 19 e alla disciplina del MAE processuale come *tertium comparationis*) considerarsi violata (sia dal nuovo art. 18-bis, co. 2, sia dal nuovo art. 19, co. 1, lett. c), l. n. 69/2005). Ancora, anche l'art. 2 Cost. e le disposizioni costituzionali che assicurano il rispetto della vita familiare potrebbero considerarsi violate – come ben evidenziato nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione (*supra*, par. 4) – dal momento che l'impossibilità di eseguire in Italia la pena irrogata da un altro Stato membro dell'Unione, precludendo al ricercato la permanenza nella propria comunità affettiva di riferimento, rischia di recidere irrimediabilmente i legami familiari durante la fase di esecuzione della pena detentiva. E proprio con riguardo alla posizione dell'extracomunitario, pare opportuno richiamare ai fini in esame la circostanza che la direttiva 2003/109 sui lungo-soggiornanti già rafforza la posizione di questi soggetti quanto al loro allontanamento dal Paese ospitante: infatti, ai sensi dell'art. 12, par. 1, gli Stati membri possono allontanare il soggiornante di lungo periodo solo se egli costituisce una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza e, in ogni caso, soltanto dopo una attenta valutazione di una serie di circostanze che attengono al grado di integrazione personale e sociale e ai legami familiari (v. art. 12, par. 3), in linea con la giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 8 CEDU. Con riferimento, quindi, agli extracomunitari che si trovano nel territorio dello Stato perché beneficiari del diritto al ricongiungimento in quanto familiari di cittadini

citare sentenze *Kozłowski* e *Wolzenburg*, le leggi di attuazione della decisione quadro di Germania e Paesi Bassi quanto al motivo di rifiuto di cui all'art. 4, n. 6, DQ paiono trasporlo con riguardo tanto ai cittadini UE quanto agli extracomunitari. Anche i Paesi nordici membri dell'Unione (Danimarca, Finlandia e Svezia) sembrano aver incluso nel recepimento dell'art. 4, n. 6, e dell'art. 5, n. 3, anche i cittadini di Paesi terzi, poiché la condizione dell'esecuzione della pena nel proprio territorio è posta a beneficio, oltre che dei cittadini nazionali, di coloro che si debbano considerare "residenti permanenti" in base al diritto interno: per un'analisi delle disposizioni di recepimento delle norme in esame nelle leggi danese, finlandese e svedese, v. A. SUOMINEN, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters. A Study of the Principle in Four Framework Decisions and in the Implementation Legislation in the Nordic Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, p. 131 ss. Espressamente a favore del riconoscimento di una cittadinanza *de facto* ai cittadini di Stati terzi così da poter applicare loro le garanzie di cui agli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3, DQ è M. GUIDI, *La rilevanza della cittadinanza ai fini dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in E. TRIGLIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 179 ss., spec. p. 201.

⁸¹ V. già C. AMALFITANO, *Il mandato di arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, cit., p. 191; G. COLAIACOVO, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, cit., p. 4164; P. SPAGNOLO, *La consegna esecutiva dello «straniero»: mera discrasia rispetto al mandato processuale o lesione del principio di uguaglianza?*, in *Giur. merito*, 2009, p. 449 ss., spec. p. 457, secondo cui «in un Paese che ha costituzionalizzato il principio rieducativo della pena, le istanze di risocializzazione e umanizzazione della sanzione penale, indipendentemente dalla cittadinanza del destinatario, dovrebbero essere poste in primo piano. Ciò che è più contestabile è la rigidità con cui il legislatore ha voluto tradurre le previsioni della decisione quadro che, invece, mantenevano margini di duttilità».

comunitari o extracomunitari (ai sensi della direttiva 2004/38 o della direttiva 2003/86), l'esecuzione della pena all'estero determinerebbe inevitabilmente una rottura di quel legame assicurato dal diritto UE derivato e potrebbe considerarsi intrinsecamente contrastante con la *ratio* delle menzionate direttive.

Perplessità rispetto al tenore letterale della nuova previsione della l. n. 69/2005 attuativa dell'art. 4, n. 6, DQ nella misura in cui non contempla gli extracomunitari tra i soggetti cui può applicarsi il motivo ostativo in esame sembrano rinvenibili anche in una sentenza della Corte di cassazione di maggio 2021 in cui, pur dichiarandosi manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18-*bis*, co. 2, l. n. 69/2005, in relazione agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., nella parte in cui esclude dal beneficio del rifiuto facoltativo della consegna i cittadini di altro Stato membro UE che non abbiano maturato una permanenza sul territorio italiano di almeno cinque anni⁸², evidenzia come tale giudizio non sia assoluto, facendo «salva ogni considerazione relativa al diverso profilo che involge l'omessa previsione della posizione del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea»⁸³.

Si ritiene pertanto molto probabile, per non dire scontato, che, nel primo caso in cui verrà soddisfatto il requisito temporale del radicamento in Italia imposto dal nuovo testo dell'art. 18-*bis*, co. 2, l. n. 69/2005, una questione di legittimità costituzionale *in parte qua* sarà sollevata dinanzi alla Consulta⁸⁴.

In attesa di conoscere la decisione del giudice rimettente a valle dell'ordinanza della Corte costituzionale ivi esaminata, l'auspicio è che, laddove si verifichi la circostanza testé richiamata, il responso del giudice delle leggi sia finalmente in linea con il dettato e la *ratio* delle previsioni rilevanti della DQ MAE e idoneo a pienamente soddisfare (innanzitutto) la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost. Non è peraltro escluso che – per le ragioni sopra esposte – sia altresì portata all'attenzione della Consulta una questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 19 della l. n. 69/2005 nella misura in cui esclude dalla garanzia della riconsegna, nel caso di MAE processuale, gli extracomunitari residenti da almeno cinque anni nel territorio italiano.

⁸² V. *supra*, nota 55.

⁸³ Cass., sez. VI, 6 maggio 2021, n. 18124/21, cit., pt. 5.

⁸⁴ Nel senso che «[c]onsiderate le premesse, e in particolare il [...] *caveat* delimitativo anteposto dalla Cassazione all'odierna dichiarazione di manifesta infondatezza [\[quella di cui alla richiamata pronuncia di maggio 2021, di cui *supra* alla nota 55\]](#), è davvero difficile non pensare che, sulla spinosa questione relativa alla tutela in ambito MAE dei cittadini *extra-UE* “radicati” in Italia, la Consulta sarà – a breve – nuovamente chiamata a pronunciarsi» v. V. PICCIOTTI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sulla riforma del mandato di arresto europeo*, cit. Ad oggi dinanzi al giudice delle leggi risulta pendente una questione di legittimità costituzionale sulla posizione degli extracomunitari, ma sempre in relazione alla vecchia formulazione dell'art. 18-*bis* l. n. 69/2005: v. Corte App. Bologna, ord. 27 ottobre 2020, iscr. reg. ord. n. 41/21, con udienza in Corte costituzionale fissata per il prossimo 20 ottobre 2021. Dal testo dell'ordinanza non è dato comprendere con certezza se il ricercato (un soggetto moldavo) sia legittimamente ed effettivamente radicato in Italia da almeno cinque anni e possa quindi considerarsi soddisfatto il requisito temporale relativo al radicamento nel territorio dello Stato di cui al motivo ostativo quale riformulato dal d.lgs. n. 10/2021. Se così fosse, non è escluso che la Consulta decida di trattenere la questione e risolverla nel merito.

Post scriptum: la pronuncia del giudice rimettente a valle dell'ordinanza del giudice delle leggi.

Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, il 1° ottobre 2021 è stata depositata la sentenza con cui la Corte di cassazione si è pronunciata sul caso in esame a seguito della restituzione degli atti da parte della Consulta⁸⁵. Pare doveroso dare conto di tale pronuncia, anche in considerazione della decisione di merito che il Supremo Collegio ha adottato, anche se le riflessioni che seguono sono necessariamente sintetiche e non possono che essere *a primissima lettura*, un approfondimento dell'analisi riservandosi ad un possibile successivo contributo.

Il giudice di legittimità – dopo aver ripercorso brevemente la vicenda processuale *de qua* e nel dettaglio le tappe, normative e giurisprudenziali, che fanno da premessa alla, e sono contesto di riferimento della, pronuncia in commento (in buona sostanza sintetizzate *supra*, nei parr. 3, 4 e 5) – evidenzia, innanzitutto, come l'attuale quadro normativo presenta ancora «significativi profili di criticità in ordine alla sua compatibilità con i parametri costituzionali posti alla base dell'ordinanza di rimessione» del febbraio 2020⁸⁶: ciò, non per il profilo del requisito temporale quinquennale del radicamento, coerente con la più volte richiamata giurisprudenza *Wolzenburg*, bensì per l'esclusione del cittadino extracomunitario da qualunque forma di tutela, in contrasto con la *ratio legis* e con la formulazione letterale dell'art. 4, n. 6, DQ MAE, che non fa della «cittadinanza l'elemento scriminante ai fini della possibilità di opporre un rifiuto alla consegna», ponendo sullo stesso piano – come più volte ricordato – il cittadino, il residente e il dimorante nello Stato membro di esecuzione, senza alcuna specificazione quanto alla nazionalità delle ultime due categorie di soggetti (al pari di quanto accade, seppur limitatamente ai soli residenti, con riguardo al MAE processuale *ex art. 5, n. 3, DQ*)⁸⁷.

La Corte di cassazione ribadisce, quindi, quanto messo in luce già nell'ordinanza di rimessione, ovvero il fatto che l'esclusione *tout court* dalla sfera di tutela in parola dei residenti e dei dimoranti extracomunitari è espressione di una trasposizione solo parziale della normativa europea e, come tale, si pone in contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, richiamata dalla stessa sentenza n. 227/2010 della Consulta, per cui alla discrezionalità del legislatore nazionale circa la trasposizione o meno di un motivo facoltativo di rifiuto non si accompagna quella di recepirlo solo parzialmente, circoscrivendone la sfera di operatività sul piano soggettivo tramite limitazioni automatiche e assolute che non rispettano il divieto di non discriminazione⁸⁸. Sono dunque ammissibili limitazioni

⁸⁵ [Cass., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35953/21](#), in questa *Rivista*, 4 ottobre 2021.

⁸⁶ *Ibidem*, pt. 6.

⁸⁷ *Ibidem*, pt. 6.1.

⁸⁸ *Ibidem*, pt. 6.1. Tra l'altro, si legge che «[l]a facoltatività può investire [...] la scelta in ordine all'inserimento o meno, nell'ordinamento interno, del motivo di rifiuto così come articolato dal legislatore europeo: una volta introdotta quella specifica possibilità di rifiuto della consegna, la discrezionalità del legislatore

purché ragionevoli e purché non sia frustrata la prospettiva del reinserimento sociale sottesa all'art. 4, n. 6, DQ (nonché all'art. 5, n. 3) e all'art. 27, co. 3, Cost., che pare peraltro delineabile – secondo il Supremo Collegio – quale diritto inviolabile incompressibile nel suo “nucleo irriducibile”, «sicché è difficile ritenere che la sostanza di tale “nucleo” di tutela non rischi una ingiustificata compressione ove all'esecuzione della pena si accompagni lo sradicamento di una persona dal Paese nel quale essa si trovi ormai pienamente inserita sul piano sociale, affettivo e lavorativo»⁸⁹.

Ciò premesso, la Corte di cassazione rileva come i menzionati profili di dubbia compatibilità costituzionale del nuovo assetto normativo non possono comunque considerarsi rilevanti nella specie, in ragione della applicabilità al caso in esame della normativa previgente la riforma intervenuta con d.lgs. n. 10/2021, sulla base della norma transitoria di cui si è detto, contenuta nel citato art. 28 del d.lgs.⁹⁰: il caso sottoposto all'attenzione del giudice di legittimità concerne, infatti, un soggetto arrestato nell'agosto 2019 in esecuzione di un MAE emesso nel gennaio 2018 e ad esso resta applicabile, in virtù del menzionato regime transitorio, il motivo di rifiuto della consegna delineato dalla legge di delegazione europea 2018, che non contemplava il limite quinquennale della permanenza in Italia oggi previsto dall'art. 18-*bis*, co. 2, l. n. 69/2005. Ne discende che, se anche la Consulta fosse investita di questioni di legittimità inerenti al nuovo assetto normativo, la sua pronuncia avrebbe ad oggetto disposizioni che *ratione temporis* non sarebbero rilevanti, e dunque, applicabili, nel giudizio relativo alla richiesta di consegna in esame⁹¹.

Eppure – rileva il Supremo Collegio, in linea con la valutazione già effettuata dalla Corte d'appello di Genova – il destinatario del MAE può considerarsi «effettivamente e legittimamente residente e dimorante nello Stato» italiano (vista la sua residenza anagrafica in Genova dal giugno 2018 per immigrazione registrata nel novembre 2016)⁹².

Alla luce di questa circostanza, in uno con la richiamata applicabilità della normativa pre-riforma introdotta con il d.lgs. n. 10/2021, la Corte di cassazione ritiene che siffatta normativa sia «*plausibilmente* interpreta[bile], in ragione delle connotazioni assunte dal *ius superveniens*, includendovi la [...] posizione soggettiva di cittadino di [...] Stato terzo»⁹³. Secondo il giudice di legittimità, infatti, l'*intentio* della novella quale ben

nazionale non può più esercitarsi in merito all'*an* della tutela, già concessa dallo strumento normativo europeo in favore di determinate figure soggettive, ma può incentrarsi solo, per ragioni apprezzabili e congruamente motivate, sulla individuazione di un più o meno ampio livello di garanzie di volta in volta specificamente modulabili, ossia sul *quomodo* della tutela, che in relazione ad alcune situazioni (ad es., per il dimorante o per il cittadino di un Paese terzo) potrebbe risultare, se del caso, motivatamente attenuata o affievolita».

⁸⁹ Cass., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35953/21, cit., pt. 6.2.

⁹⁰ *Ibidem*, pt. 7. Sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale di tale previsione v. la decisione della Corte di cassazione di aprile 2021, di cui *supra* alla nota 71.

⁹¹ *Ibidem*, pt. 7.2.

⁹² *Ibidem*, pt. 7.2.

⁹³ *Ibidem*, pt. 7.3 (corsivo aggiunto).

delineata nella relazione illustrativa⁹⁴, offre «un valido argomento in favore dell'opzione esegetica volta a ritenere pienamente ricompresa nelle maglie della precedente normativa anche la posizione del cittadino di uno Stato terzo, che solo a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 10 del 2021 ha visto espressamente preclusa la possibilità di scontare la pena in Italia»⁹⁵. Il confronto con le immutate disposizioni “esterne” di cui agli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3, DQ MAE e il raffronto strutturale tra l'assetto della precedente normativa interna e le novità emergenti dal *ius superveniens* consentono al giudice di legittimità di concludere nel senso della «applicabilità alla persona richiesta in consegna delle precedenti – e più favorevoli – disposizioni normative in tema di radicamento ed esecuzione della pena sul territorio italiano: disposizioni che, all'atto della ricezione del [MAE] da parte delle autorità italiane, erano diversamente formulate e solo oggi vengono declinate nel senso di una preclusione soggettiva che il legislatore non aveva prima esplicitato»⁹⁶.

La Corte di cassazione conclude quindi per il rigetto del primo motivo di ricorso proposto dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Genova, accogliendo invece il secondo motivo che si ritiene fondato e rinviando ad altra sezione della Corte d'appello genovese per un nuovo giudizio in ordine alla rideterminazione della pena, giudizio che dovrà uniformarsi ai principi stabiliti dalla Suprema Corte⁹⁷.

La questione “tornata nella disponibilità” del giudice rimettente è certamente delicata e pare evidente che il Supremo Collegio sia stato animato, nella sua decisione, dall'esigenza di assicurare comunque tutela al destinatario del MAE, a fronte di una pronuncia della Consulta che, per le ragioni sopra esposte, non ha vagliato quella che nell'ordinanza di rimessione n. 10371/2020 si delineava come una discriminazione costituzionalmente illegittima a danno dei cittadini di Stati terzi residenti o dimoranti in Italia, discriminazione di cui si chiedeva la “rimozione”. Per quanto, in quest'ottica di garantire giustizia sostanziale, la soluzione ermeneutica per cui ha optato la Suprema Corte sia in una certa misura comprensibile – si è già detto (*supra*, par. 5) che la Corte costituzionale avrebbe comunque potuto pronunciarsi nel merito, pur alla luce del mutato quadro normativo di riferimento –, essa non convince appieno, dal momento che il giudice competente a decidere resta, a nostro avviso, il giudice delle leggi⁹⁸, anche se –

⁹⁴ V. *supra*, nota 56.

⁹⁵ Cass., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35953/21, cit., pt. 7.3 (corsivi aggiunti).

⁹⁶ *Ibidem*, pt. 7.3 (corsivi aggiunti).

⁹⁷ *Ibidem*, pt. 8 e 9, la cui analisi più approfondita non rileva rispetto al *focus* di questo contributo. Si noti, peraltro, che non è del tutto chiaro cosa accadrà al condannato destinatario del MAE. Se, infatti, alla luce della sentenza qui in esame potrebbe esserne rifiutata la consegna ed egli potrebbe, quindi, scontare la pena in Italia (previa rideterminazione della pena), deve notarsi quanto risulta dall'*incipit* della pronuncia in esame, ovvero il fatto che egli ha rinunciato ad opporsi alla consegna allo Stato richiedente per l'esecuzione della sentenza in Italia (revocando la richiesta precedentemente formulata in questo senso). Benché si tratti di rinuncia in corso di procedimento e non sussistano – a quanto consta – precedenti in questo senso, non è escluso che si faccia prevalere la volontà del condannato a scontare la pena nello Stato di emissione del MAE. Resta fermo che la Corte di cassazione ha delineato una soluzione di principio che, se anche non trovasse applicazione nel caso di specie, desta comunque quale perplessità, come si dirà subito nel testo.

⁹⁸ Non fosse altro perché il contrasto è tra una norma interna e una norma UE non dotata di efficacia diretta e per consolidata giurisprudenza costituzionale il conflitto, in casi siffatti, deve essere risolto necessariamente dal giudice delle leggi.

nel caso di specie (e in quelli analoghi cui fosse ancora applicabile la normativa previgente) – il soggetto da consegnare sarebbe rimasto (e resterebbe) privo di tutela⁹⁹, per le ragioni esposte dalla stessa Corte di cassazione, là dove analizza l’art. 28 del d. lgs. e il susseguirsi temporale delle normative applicabili.

La Corte Suprema giustifica in buona sostanza la propria decisione alla luce dello *ius superveniens*, la cui *ratio* è esplicitata nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 10/2021, in uno con l’immutato tenore letterale delle previsioni rilevanti contenute nella DQ MAE¹⁰⁰.

Quanto al primo profilo, il Supremo Collegio pare utilizzare *a contrario* il contenuto della richiamata relazione illustrativa, finendo per “far dire” alla normativa previgente quello che non diceva. La relazione illustrativa spiega le ragioni per cui – anziché estendere la sfera di operatività dell’art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 agli extracomunitari – si è deciso di restringere la sfera di operatività soggettiva del successivo art. 19, escludendo dalla garanzia della riconsegna i cittadini degli Stati terzi. Facendo leva sull’intenzione del legislatore delegato esplicitata in tale relazione, la Corte di cassazione sostiene che deve considerarsi «*pienamente ricompresa nelle maglie*» del citato art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 «*anche la posizione del cittadino di uno Stato terzo, che solo a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 10 del 2021 ha visto espressamente preclusa la possibilità di scontare la pena in Italia*». In realtà, il d.lgs. n. 10/2021 ha innovato (per quanto qui rileva, soltanto) con riguardo alla disciplina della garanzia in caso di riconsegna, in questo caso sì espressamente precludendone l’operatività rispetto a soggetti (gli extracomunitari) che prima della riforma erano invece tutelati. L’art. 18-*bis*, lett. c), invece, già prima della riforma assicurava l’operatività del motivo ostativo in parola (testualmente) solo rispetto ai cittadini italiani e ai cittadini degli altri Stati membri, non contemplando i cittadini degli Stati terzi. E che questa esclusione, *rectius* non inclusione, fosse costituzionalmente illegittima e pertanto da colmare (soltanto) per il tramite di una pronuncia additiva al pari di quella di cui alla sentenza n. 227/2010, pare chiaramente sancito nell’ordinanza di rimessione n. 10371/2020 (v. *supra*, par. 4). Sotto quest’ultimo profilo, le due decisioni del Supremo Collegio sembrano quindi incoerenti, in quella odierna affermandosi – come visto – che la preclusione soggettiva relativa agli extracomunitari non era esplicitata nel previgente art. 18-*bis*, lett. c). Certo – a rigore – non era esplicitata la preclusione, ma neppure era contemplata l’inclusione (come invece accadeva nell’art. 19, per tale motivo impiegato come *tertium comparationis*), ragione per cui – anche in raffronto con il tenore delle previsioni rilevanti della DQ – la Corte di cassazione aveva deciso di rivolgersi alla Consulta.

Quanto poi alla rilevanza delle norme “esterne” di cui alla DQ, il giudice di legittimità la impiega nella decisione odierna per giustificare la propria soluzione giurisprudenziale assolutamente “in sordina”. Il loro immutato tenore letterale è sì richiamato dal Supremo Collegio, che tuttavia non si dilunga sulla loro portata: e ciò è comprensibile nella misura in cui il suo intento pare individuabile nell’evitare di

⁹⁹ Non diversamente, peraltro, da quanto accaduto in casi come quelli richiamati *supra*, alla nota 60.

¹⁰⁰ Cass., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35953/21, cit., pt. 7.3.

contraddire formalmente quanto affermato nell’ordinanza n. 10371/2020, dove si legge (come riportato *supra*, al par. 4) che la «formulazione letterale [dell’art. 18-*bis*, lett. c)] pare insuscettibile di ricostruzioni alternative», in ragione dell’esistenza di «una lacuna talmente evidente rispetto alla scelta a suo tempo compiuta dal legislatore [e]uropeo, 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»¹⁰¹. Eppure – benché la soluzione giurisprudenziale odierna sia appunto fondata in particolare sull’opzione esegetica nata dal raffronto strutturale tra la normativa previgente e quella successiva e sulla *ratio* dello *ius superveniens* – pare difficile negare (nella prospettiva del “comunitarista”) che la soluzione accolta sia il frutto di un’interpretazione “comunitariamente” orientata, che però scaturisce effettivamente in una interpretazione *contra legem*. E allora, a ben vedere, e sempre nella prospettiva “comunitaria”, si potrebbe arrivare a sostenere che il Supremo Collegio, al fine di assicurare tutela anche ai cittadini extracomunitari, sembra aver di fatto riconosciuto effetto diretto ad una previsione (l’art. 4, n. 6, DQ) che per espressa previsione pattizia (art. 34, par. 2, lett. b), TUE pre-Lisbona) è (categoricamente) priva di tale efficacia¹⁰².

A fronte di quanto sopra, ci si chiede se un qualche ausilio interpretativo avrebbe potuto provenire, o potrebbe provenire (ormai) rispetto alla nuova normativa, dalla Corte di giustizia. La scarsa utilità di un rinvio pregiudiziale era stata evidenziata nell’ordinanza di rimessione del febbraio 2020 in considerazione della consolidata giurisprudenza del giudice del Kirchberg sull’art. 4, n. 6, DQ MAE. Vero è, tuttavia, che, come ricordato (*supra*, par. 2), benché la Corte di giustizia (giustamente) non abbia mai escluso l’operatività del motivo di rifiuto in parola rispetto ai cittadini degli Stati terzi, essa non è mai stata chiamata a pronunciarsi espressamente sul punto e sulla possibilità di operare qualche ragionevole distinzione tra la tutela da offrire ai cittadini comunitari e a quelli extracomunitari.

La sentenza qui brevemente commentata, anche sotto quest’ultimo profilo, pare confermare che la parola “fine” rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale in esame sia ancora lontana dall’essere pronunciata.

¹⁰¹ Cass., sez. VI, ord. 4 febbraio 2020, n. 10371/20, cit., pt. 2.2.

¹⁰² V. *supra*, nota 44.