

ZONE D'OMBRA DEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO. RIFLESSIONI ATTORNO ALL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI RADICAMENTO TERRI- TORIALE PER IL RIFIUTO.

Francesca LAI
Università degli Studi di Cagliari (IT)

Resumen: El presente artículo aborda el tema de la noción de “residencia” y “estancia” a efectos del rechazo de la entrega de un ciudadano de otro país miembro de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia que confirma lo prescrito en el artículo 18. r) de la ley de 22 de abril de 2005 de la República Italiana, en virtud de la interpretación con arreglo al pronunciamiento de la Corte constitucional, que deja no pocas zonas de oscuridad para el intérprete. Tales nociones, de acuerdo con jurisprudencia reiterada, presuponen, con relación a la residencia, un “arraigo real y no extemporáneo de la persona en el Estado” deducible de criterios cuyos límites no aparecen aún perfectamente delimitados. Tales criterios hacen referencia a: la legalidad de su residencia en Italia; del tiempo transcurrido entre la presencia en Italia y la comisión de un delito en el extranjero, así como entre esta presencia y la correspondiente condena; la fijación en Italia de la sede principal (aunque no exclusiva) y consolidada de los intereses laborales, familiares y afectivos y el eventual pago de cargas tributarias y fiscales. Con relación a la estancia, por su parte, estos requisitos hacen referencia a una estancia en el Estado que se considere estable (además de una cierta duración) y adecuada para permitir la adquisición de vínculos con el Estado equivalentes a aquellos que se establecen en el caso de la residencia.

Palabras clave: Orden de detención europea – rechazo - residencia - estancia

Summary: This paper addresses the notions of “residence” and “stay” for the purposes of refusing to surrender an EU Member State citizen according to Italy’s Article 18. r) of the 22nd of April 2005 Act as interpreted by tribunals following a decision of the Constitutional Court that leaves a wide margin of ambiguity. According to consistent case law, the notion of residence implies a “real and non extemporaneous settlement of the person in the State” which may be deduced from a set of criteria not perfectly defined yet. These criteria refer to: the legal character of the residence in Italy; the lapse of time between the presence in Italy and the commission of a crime abroad, as well as between that presence and the corresponding condemn; the location in Italy of the main and consolidated (though not necessarily exclusive) centre of labour, family and affective interests; and the eventual payment of taxes and fiscal charges. Regarding the notion of “stay”, it requires a stay in the country that may be considered stable (besides having an appropriate length) and adequate to allow the acquisition of links with the State equivalent to those established in the case of residence.

Keywords: European arrest warrant- refusing - residence - stay

1. Premessa. Mandato d’arresto europeo: evoluzione dell’istituto e questioni connesse.

L’art. 18, lett. r) della legge n. 69 del 2005, che ha dato attuazione alla decisione-quadro in materia di mandato di arresto europeo e procedure di consegna fra gli Stati membri¹, contempla, fra i motivi di rifiuto alla consegna, l’ipotesi che il mandato sia stato emesso ai fini dell’esecuzione di una pena, nei confronti di un cittadino italiano; ovvero, dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 227 del 2010², di un cittadino dell’Unione europea che, legittimamente ed effettivamente, abbia residenza o dimora nel territorio italiano e sempre che la Corte d’appello disponga che tale pena sia eseguita in Italia conformemente al proprio diritto interno.

Le riflessioni che seguono affondano le proprie radici in quel filone giurisprudenziale successivo alla decisione della Corte costituzionale n. 227/2010 con cui la giurisprudenza di legittimità è intenta a chiarire sia i confini del concetto di “residenza” e “dimora” “rilevante” dello straniero all’interno dello Stato italiano ai fini del rifiuto del provvedimento di consegna, che, quale diretta conseguenza, la portata dell’art. 18 lett. r) della legge di attuazione della decisione-quadro di cui sopra. La tradizionale considerazione dell’intervento sanzionatorio in materia penale quale espressione tipica della sovranità statale ha comportato, per lungo tempo, una produzione normativa sostanziale e processuale a carattere prettamente nazionale³.

La necessità di adottare una strategia comune di cooperazione e collaborazione tra autorità giudiziarie, amministrative e di polizia, da tempo avvertita in campo internazionale, in ragione di una

¹ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, pubblicata in G.U.C.E. n. L 190 del 18 luglio 2002 ed attuata in Italia con l. 22 aprile 2005 n. 69 pubblicata in G.U. n. 98 del 29 aprile 2005.

² Corte Costituzionale, 21 giugno 2010 (ud. 12 maggio 2010) n. 227, Pres. Amirante, red. Tesaurò, in *cortecostituzionale.it*.

³ Kalb L. (2012), << Spazio europeo di giustizia >> e procedimento penale italiano. *Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino, p.4.



lettura globale dello spazio giuridico europeo⁴, è resa ormai ineludibile dall'espansione e dalla dimensione transnazionale delle nuove forme di criminalità. Tale esigenza ha imposto l'avvio di un processo evolutivo consistente nella trasformazione della cooperazione tra Stati in cooperazione tra giurisdizioni, in una direzione che può, ormai, definirsi di "integrazione tra le giurisdizioni"⁵. Ciò a maggior ragione in ambito europeo, dove i principi generali che si vanno affermando sono quelli della territorialità e della cittadinanza europea all'interno di uno spazio giuridico e giudiziario comune, in cui figurano nuovi attori di una cooperazione, non più solo "orizzontale" ma, più propriamente, "verticale"⁶. In esso trova la sua più opportuna collocazione il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, quale fondamento stesso della cooperazione giudiziaria in materia penale (oltre che civile), secondo le generali indicazioni di principio inizialmente tracciate nell'art. 31 del Trattato sull'Unione europea e, successivamente, declinate nella conclusione n. 33 del Vertice di Tampere e nel Programma globale di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali adottato dal Consiglio dell'UE il 30 novembre 2000⁷.

L'inadeguatezza dei metodi classici di funzionamento della cooperazione giudiziaria in un tale spazio penale europeo, avendo determinato l'accumulo di ritardi gravi nell'esecuzione delle richieste di assistenza, unitamente alla dispersione di elementi probatori e a ingiustificabili situazioni di impunità, hanno indotto gli Stati membri alla ricerca di nuove forme di cooperazione giudiziaria⁸. E' proprio in tale filone che si inserisce l'introduzione dell'istituto del mandato d'arresto europeo adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 13 giugno 2002⁹, attuata in Italia con la L. 22 aprile 2005 n. 69¹⁰.

Tale istituto trova il suo fondamento sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie¹¹ ed è legittimato dall'ormai elevato livello di fiducia riposto nella capacità dei sistemi giuridici nazionali di assicurare un adeguato compendio di garanzie alla persona sottoposta a procedimento penale. Ciò, chiaramente, nel rispetto dei principi sanciti a livello europeo e, in particolare, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

4 Cfr. Cassese S. (2003), *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari. e Cassese S. (2009), *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino.

5 Pisani M. (1998), "Criminalità organizzata e cooperazione internazionale", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 41(3) p. 705.

6 Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'istituzione di Eurojust o, prima ancora, dell'Olaf.

7 De Amicis G. (2003), "Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo", in *Giur. merito*, (12), p. 2654. Pare evidente una ridefinizione dello stesso concetto di spazio giudiziario, coniugato dall'intersezione della tutela dei diritti dell'uomo, a seguito della quale la cooperazione giudiziaria in materia penale si è tradotta in una parziale opera di destatalizzazione volta al perseguimento di una gestione unitaria dell'attività giurisdizionale. Le linee direttrici attraverso cui è possibile incanalare la progressiva costruzione di un effettivo spazio giudiziario europeo sono indicate nel § 2 dell'art. 29 del Trattato sull'Unione europea: a) una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e le altre autorità competenti degli Stati membri; b) il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, così legando, in un rapporto di reciproca interconnessione, i due aspetti della cooperazione intergovernativa e del ravvicinamento delle legislazioni. I punti di riferimento decisivi sul lungo cammino intrapreso verso la realizzazione di uno spazio giudiziario europeo allargato, nella prospettiva di un sempre più ampio riconoscimento dell'ultrattività del diritto degli Stati membri e delle possibilità di intervento diretto delle autorità giudiziarie, si possono certamente rinvenire nella stipula della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 in materia di assistenza giudiziaria penale, e del II Protocollo addizionale alla Convenzione europea di Strasburgo del 1959.

8 Come affermato da autorevole dottrina, infatti, la cooperazione giudiziaria "non può più essere soltanto quella della tradizionale «assistenza» giudiziaria - quasi come una gentile concessione che uno Stato opera nell'interesse dell'altro Stato - ma quella, realmente innovativa ed efficace, che si fonda su una sapiente combinazione di «moduli» quali, ad es., il reciproco riconoscimento dei provvedimenti emessi dalle autorità giudiziarie degli altri Stati, «senza mediazioni governative e senza particolari filtri e verifiche di legittimità», lo scambio reciproco delle informazioni inerenti a fattispecie criminose connesse o collegate sul piano internazionale, il dialogo rapido e diretto tra le autorità giudiziarie degli Stati interessati da un'indagine a valenza transnazionale e, soprattutto, il ricorso ad una cooperazione di carattere «operativo», essenzialmente connotata da un'attività di coordinamento spontaneo delle attività investigative da compiere su aree territoriali ormai sempre più «delocalizzate». Cfr. De Amicis G., "Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo" cit.

9 Pubblicata in G.U.C.E. n. L 190 del 18 luglio 2002.

10 Pubblicata in G.U. n. 98 del 29 aprile 2005. La piena consapevolezza del limite di fondo della vecchia procedura di estradizione, che affidava all'autorità politica il potere di determinarne l'esito, ha fatto emergere l'evidente incompatibilità con la crescente esigenza di potenziare gli strumenti di cooperazione in materia penale. Non a caso, infatti, la decisione-quadro sul mandato d'arresto ha fortemente ridimensionato il ruolo dell'esecutivo svincolando la consegna della persona ricercata dall'assenso dei rappresentanti del governo e delineando una nuova procedura incentrata sui contatti diretti tra autorità giudiziarie. In questo modo ha epurato l'extradizione da qualsivoglia forma di discrezionalità politica. Cfr. Calvanese E., De Amicis G. (2002), "Dalla Convenzione di Parigi al Vertice di Laeken: la lunga strada del mandato d'arresto europeo", in *Guida dir.*, (5), pp. 106 ss.

11 *Ex multis*. Salazar L. (2002), "Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle sentenze penali", in *Dir. pen. proc.*, (8), pp. 1041 ss. Come noto, l'affermazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie ha reso ineludibile l'esigenza di sostituire l'extradizione con procedure di consegna più duttili ed efficienti proprio al fine di rafforzare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati dell'Unione¹¹. Cfr. Bernardi A. (2007), *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale in AA.VV., L'area di Libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di Rafaraci T., Milano, pp. 193 ss.

La decisione-quadro del 13 giugno 2002 è stata immediatamente percepita dagli operatori del diritto (nonché dal mondo della politica e da taluni settori della scienza giuridica) come una svolta significativa - se non addirittura epocale - dei paradigmi classici della cooperazione penale¹². Tuttavia, non sempre l'enfasi del dibattito ha giovato alla reale comprensione delle problematiche sostanziali e processuali sottese al provvedimento.

Certamente uno degli aspetti ancora oggi discussi concerne i motivi del rifiuto di consegna. Ci si riferisce all'art. 4 n. 6, della decisione-quadro e, in particolare, a quel che attiene ai profili di "compatibilità" comunitaria della normativa nazionale che prevedeva un trattamento differenziato del regime di consegna per i cittadini italiani rispetto a quello previsto per i cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea, in ordine all'opponibilità dei motivi di rifiuto dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo. Oggi, proprio in ragione di una maggiore aderenza a quanto sancito nella legislazione comunitaria, tale disciplina viene estesa ai non cittadini al ricorrere di alcuni requisiti che, tuttavia, risultano per alcuni versi ancora poco chiari.

I motivi di rifiuto della consegna sono previsti essenzialmente dall'art. 18 della legge di attuazione nel quale ritroviamo l'elencazione di venti ipotesi, riconducibili ad una varietà di istituti e principi, al ricorrere delle quali la Corte d'appello è tenuta a respingere la richiesta dell'autorità giudiziaria dello Stato di emissione.

Ad una prima lettura della norma richiamata, il raffronto con la decisione-quadro induce due osservazioni¹³. La prima è che il legislatore nazionale ha operato una scelta ben diversa da quella contenuta nella decisione nella quale risultano distinti i casi di rifiuto obbligatori da quelli che determinano una mera facoltà a non dare esecuzione al mandato d'arresto. In secondo luogo le ipotesi di rifiuto elencate nell'art. 18 l. att. sono di gran lunga superiori rispetto alle cause ipotizzate dal legislatore sovranazionale. Ma, soprattutto, merita una particolare attenzione l'originaria scelta del legislatore di predisporre, come si anticipava, un regime differenziato di consegna a favore del cittadino italiano¹⁴.

Inizialmente la giurisprudenza¹⁵ aveva superato il rilievo, escludendo la possibilità di ipotizzare un contrasto tra la disposizione interna e la decisione-quadro, sull'assunto che la fonte sovranazionale facoltizzi e, quindi, non ponga un obbligo in capo agli Stati membri di estendere le garanzie, eventualmente poste a tutela dei cittadini, anche agli stranieri che dimorino, o risiedano, nel proprio territorio. Successivamente, tuttavia, la stessa giurisprudenza di legittimità ha sottoposto la questione al vaglio della Corte Costituzionale¹⁶, censurando l'articolo in questione nella parte in cui riserva al solo cittadino italiano la possibilità di ottenere il rifiuto della consegna, determinando così un *discrimen* e un evidente contrasto della disciplina con gli artt. 3, 27, comma 3 e 117, comma 1 Cost.

¹²Uno spunto interessante in proposito è offerto dal dibattito aperto dal Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo reso da Vassalli-Caianello (2002), reperibile in Cass. pen., pp. 462 ss.

¹³Cfr. Kalb L., << Spazio europeo di giustizia >> e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali cit., pp. 762 ss.

¹⁴Al riguardo occorre anticipare che, come meglio si preciserà, sussiste anche a livello interno una discrasia tra il mandato d'arresto finalizzato all'esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna e quello emesso, invece, in pendenza di un procedimento penale, sulla scorta di un procedimento cautelare. Nel primo caso, infatti, opera l'art. 18 lett. r) l. att., a detta del quale (prima della dichiarazione di incostituzionalità operata dalla sent. 227 del 2010) la Corte d'appello rigetta la richiesta dello Stato di emissione qualora la persona ricercata sia un cittadino italiano e sempre che venga disposto che tale pena, o misura di sicurezza, sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno. Nel secondo caso, invece, trova applicazione quanto sancito dall'art. 19 lett. c) l. att. che estende la tutela anche al residente e subordina la consegna alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza. Peraltro, si badi che la traduzione italiana "dopo essere stata ascoltata" della terminologia inglese "afterhavingbeingheard" con il non corretto utilizzo del termine "ascoltata" - sia nella versione italiana del testo della decisione quadro che nella legge di attuazione - è stata oggetto di una divergente lettura da parte della giurisprudenza, secondo cui la legge ha inteso riferirsi con quella espressione all'esaurimento del giudizio a carico della persona richiesta, e non alla sua semplice "audizione" (*ex multis* Cass. Sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 7108, Bejan, in C.E.D. Cass., n. 243077, che fa espresso riferimento all'avvenuta definizione dell'intero processo) ove si consideri il tenore del dato testuale dell'originale inglese, che probabilmente intendeva dire "dopo il processo" in quanto il termine *hearing* sta ad indicare l'udienza (da ultimo, la Corte ha precisato che il rinvio allo Stato di esecuzione presuppone una decisione esecutiva ed implica, perciò, l'esaurimento del processo penale sino all'esecutività della sentenza, ovviamente secondo la specifica disciplina prevista dall'ordinamento dello Stato richiedente, cfr. Cass. Sez. VI, 30 settembre 2009-5 ottobre 2009, n. 38640, Duro Ajet, in www.cortedicassazione.it). Vedi Calvanese E. (2010), "Mandato d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della corte di giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18 l. att., lett. r), della l. n. 69/2005?" in Cass. pen., (3), p. 1191. Pare evidente il diverso raggio d'azione delle due previsioni: l'una posta a tutela del solo cittadino italiano, l'altra applicabile anche a chi non sia cittadino ma risieda (stabilmente) in Italia. Come se non bastasse, peraltro, tale discrasia si inserisce in un quadro di ulteriore incompatibilità con il dettato sovranazionale in quanto nella decisione-quadro, con riferimento alla persona condannata, viene accordata la stessa tutela a chi "dimori nello stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda" (art. 4 n. 6 decisione-quadro del Consiglio dell'Unione Europea 13 giugno 2002).

¹⁵Cass. Sez. VI., n. 25879 del 25 giugno 2008 reperibile in Arch. nuova proc. pen., 2008, p. 721; Cass. sez. VI., n. 16213 del 16 aprile 2008 reperibile in CED Cass., 239721.

¹⁶Cass. Sez. VI, 15 luglio-27 agosto 2009, n. 33511, Papierz; Cass. Sez. VI, 23 ottobre-11 novembre 2009, n. 42868, Sorin; Cass. Sez. Fer., 1-4 settembre 2009, n. 34213, Musca.



Alla luce di tale dichiarazione spetta oggi alla Corte d'appello accertare la sussistenza del requisito della residenza o della dimora, all'esito di una valutazione complessiva degli elementi che caratterizzano le condizioni di vita della persona ricercata tenendo conto, in particolare, della durata, della natura e delle modalità della sua presenza nel territorio italiano, nonché dei legami familiari ed economici che intrattiene nel nostro Paese.

In sostanza, la prassi applicativa dell'euromandato ha alimentato (e continua ad alimentare) un intenso dibattito giurisprudenziale che vede impegnati sia i vertici delle giurisdizioni degli Stati membri, che la Corte di Giustizia dell'Unione europea in una delicata attività il cui obiettivo è, in attuazione della decisione-quadro 2002/584/GAI, l'armonizzazione delle tensioni che scaturiscono dalle innovazioni procedurali introdotte dal nuovo strumento di cooperazione giudiziaria.

La soluzione delle problematiche connesse al mandato d'arresto europeo che, come più volte evidenziato, costituisce il primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, assume certamente un valore simbolico per il futuro sviluppo dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia dell'Unione Europea. In tale prospettiva, il raggiungimento di posizioni giurisprudenziali condivise, seppur ancora esposte a contestazioni dettate dal permanere di zone d'ombra testimonia l'effettivo approdo ad un elevato livello di fiducia che, secondo il decimo considerando della decisione-quadro, è da ritenersi proprio uno dei cardini del meccanismo di consegna¹⁷.

2. L'evoluzione giurisprudenziale in campo comunitario e le relative ripercussioni sul piano interno.

Il raggiungimento di posizioni giurisprudenziali condivise è il risultato di una lunga evoluzione delle pronunce delle Corti che nel corso degli anni si sono dovute esprimere in materia di mandato d'arresto europeo per tentare di ovviare agli errori commessi dai vari legislatori nazionali.

L'evidente contrasto dell'art. 18 lett. r) 1. att. al dettato costituzionale ha proiettato i suoi effetti ben oltre i confini dell'ordinamento, assumendo un rilievo di dimensioni comunitarie¹⁸. Già prima della citata pronuncia della Corte Costituzionale, infatti, la Corte di Giustizia aveva fatto chiarezza sulla portata e sugli effetti della decisione-quadro¹⁹. E' stata la sentenza del 17 luglio 2008, a stabilire che l'art. 4, punto 6, della decisione-quadro 2002/584/GAI, dovesse essere interpretato nel senso che una persona ricercata "risiede" nello Stato membro di esecuzione qualora vi abbia stabilito la propria residenza effettiva e che, invece, "dimora" in tale Stato qualora, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata nel medesimo, abbia acquisito con lo Stato legami di intensità simile a quella dei legami che si instaurano in caso di residenza²⁰. Ancora, la Corte di Giustizia aveva chiarito un ulteriore punto, particolarmente importante, sancendo che, stabilire se tra la persona ricercata e lo Stato membro di esecuzione esistano legami riconducibili alla condizione di chi dimora, spetti all'autorità giudiziaria dell'esecuzione la quale ha il compito di effettuare una valutazione complessiva di una serie di elementi oggettivi caratterizzanti la situazione della persona, tra cui si debbono considerare, segnatamente, la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici che essa intrattiene con lo Stato membro di esecuzione²¹.

17 Colaiacovo G. (2010), "Il "microsistema" di consegna differenziato per il cittadino e il residente al vaglio della corte costituzionale", in Cass. pen., (2), p. 671.

18 L'irragionevole preclusione per il residente della possibilità di scontare la pena in Italia, peraltro, assumeva l'ulteriore profilo di illegittimità relativo all'ipotesi in cui si tratti di un cittadino di uno Stato membro che, come tale, goda della più ampia tutela accordata dallo *status* di cittadino europeo, prevista dall'art. 17 TCE (ora in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona art. 20 TFUE). Vedi Cartabia M. (1995), "Cittadinanza europea", in Enc. giur. Treccani, (4), pp. 1 ss.

19 *Ex multis* cfr. sent. C. Giust. CE (Grande Sezione) 16 giugno 2005, C-105/03 Pupino. In tale prospettiva la Corte offerse la sua interpretazione della norma sul rifiuto di consegna e si era soffermata sul significato delle nozioni di residenza e dimora affermando, peraltro, che i soggetti esclusi dal beneficio del rifiuto della consegna ai fini dell'esecuzione della pena fossero legittimati a far valere la lesione derivante dal contrasto della norma nazionale con quanto sancito dalla decisione. Ci si riferisce, in particolare alle sentenze C. Giust. CE (Grande Sezione) 17 luglio 2008, C-66/08, Kozłowsky e C. Giust. CE (Grande Sezione) 6 ottobre 2009, C-123/08, Wolzenburg.

20 Punti 43, 46 e 54 sentenza 17 luglio 2008, C-66/08, Kozłowsky cit. Peraltro, in seguito, con la pronuncia del 1 dicembre 2008 (C. Giust. CE, 1 dicembre 2008, C-388/08, Leymann e Pustovarov) sia pure con riferimento alla diversa questione problematica inerente ai limiti del principio di specialità nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo, la Corte di Giustizia aveva, poi, chiarito, su un piano più generale, che il principio del riconoscimento reciproco, cui è improntata l'economia complessiva della decisione-quadro, implica, a norma dell'art. 1, n. 2 della predetta decisione, che gli Stati membri sono *in linea di principio tenuti a dar corso ad un mandato di arresto europeo, e che tali Stati debbono ovvero possono rifiutare l'esecuzione di un mandato* siffatto soltanto nei casi elencati agli artt. 3 e 4 della decisione. Cfr. punto n. 51 della motivazione di C. Giust. CE, 1 dicembre 2008. Vedi nota di Selvaggi cit., pp. 1296 ss.

21 Punti 48 e 54 ancora sentenza 17 luglio 2008, C-66/08, Kozłowsky cit. In particolare i giudici della Corte di Giustizia affermano che "*una persona ricercata risiede nello Stato membro di esecuzione quando vi abbia fissato la propria residenza effettiva, e vi dimora qualora, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata, abbia acquisito con tale Stato legami di intensità simile a quelle dei legami che instaurano in caso di residenza, secondo quanto accertato dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione in esito ad una valutazione complessiva degli elementi obiettivi che*

Pare, quindi, evidente la volontà di tracciare un modello definitorio comune di elementi lessicali cui il legislatore europeo ha attribuito valenza centrale nella costruzione del nuovo regime di consegna delle persone ricercate. Modello ancorato al principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e applicabile su una base comune di regole generalmente condivise dai diversi Stati membri²².

I termini “dimori” e “risieda”, che ancora oggi delimitano la sfera di applicazione dell'art. 4, punto 6 della decisione-quadro, hanno costituito in tal modo l'oggetto di una definizione scolpita sulla base di criteri necessariamente uniformi²³, proprio in quanto riferiti a nozioni autonome del diritto dell'Unione europea²⁴. Criteri certamente omogenei, ma non privi di trappole interpretative. Poco tempo dopo, investita della domanda di pronuncia pregiudiziale²⁵ del *Rechtbank* Amsterdam sulla legittimità di una normativa che, nel regolamentare i motivi di rifiuto della consegna, preveda, appunto, un differente trattamento del cittadino rispetto al residente, che sia comunque cittadino comunitario, la Corte aveva enunciato ancora una volta i criteri alla stregua dei quali gli Stati membri si devono attenere nel disciplinare tale particolare posizione.

Un approfondimento sull'evoluzione giurisprudenziale in materia, che non sia cieco dell'approdo cui oggi questa è pervenuta, evidenzia il fatto che unico dato certo e pacifico pare essere che il trasferimento di un soggetto per l'esecuzione può svolgere efficacemente la sua funzione rieducativa soltanto in presenza di un effettivo radicamento del condannato nello Stato ospite, sola circostanza che lascia presupporre una reale prospettiva di recupero sociale. Pertanto nella prospettiva di un'equiparazione del residente al cittadino, non pare irragionevole, ma, anzi, proporzionata agli obiettivi perseguiti, una disposizione che preveda diversi parametri attraverso i quali sia concretamente dimostrata l'assimilazione tra le due posizioni e che, solo a tal fine, le disciplini in maniera differente²⁶. In coerenza con quanto sancito nelle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa sulle regole penitenziarie, la detenzione, infatti, deve favorire il reinserimento; nel senso che deve essere organizzata, nella massima misura possibile, in modo da permettere al detenuto di mantenere e rafforzare i legami con la propria famiglia e fargli avere la percezione di essere escluso dalla società, facilitare l'ottenimento, o la ripresa, di un lavoro al termine della pena grazie ad un programma di preparazione alla dimissione elaborato nell'istituto penitenziario o ad una liberazione condizionale sotto controllo²⁷.

Il principio, enunciato a suo tempo dalla Corte europea, sembra, quindi, ispirarsi, nella ricerca dei parametri che oggettivamente dimostrino l'opportunità di parificare le due posizioni, a criteri di natura qualitativa del soggiorno; sganciati da requisiti eccessivamente formalistici, qual è, ad esempio, il possesso di un permesso di soggiorno, ma che siano, pur sempre, connessi ad un'interpretazione stringata del concetto di residenza. Parametri che, però, forse avrebbero bisogno, ancora oggi, di essere individuati alla stregua di requisiti oggettivi e univoci.

Ad ogni modo, prescindendo dall'evidente carenza di precisione dei requisiti che permettono alla residenza o dimora di rilevare ai fini del rifiuto, si può certamente affermare che, inquadrato nella dimensione della cooperazione giudiziaria in materia penale, il diritto del cittadino comunitario di circolare liberamente e stabilirsi nel territorio di qualsiasi Stato membro, possa intendersi anche come il diritto a non dover subire un allontanamento per l'esecuzione di un provvedimento di

caratterizzano la situazione dell'interessato, tra i quali la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici che egli intrattiene con lo Stato membro di esecuzione”.

22 Selvaggi N. (2008), “Aporie nel m.a.e.: quale la base giuridica per il trasferimento dell'esecuzione della pena nel caso del cittadino?” nota a C. Giust. CE (Grande Sezione), 17 luglio 2008 cit., Cass. Pen., 48 (11), pp. 4399 ss.

23 Pertanto, nelle legislazioni nazionali di attuazione dell'art. 4, punto 6 della decisione-quadro, gli Stati membri non sono legittimati a conferire a quei termini una portata diversa rispetto a quella risultante dalle linee generali dell'interpretazione uniforme fatta propria dalla Corte comunitaria.

24 Calvanese E., “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?” cit.

25C. Giust. CE (Grande Sezione) 6 ottobre 2009, C-123/08, Wolzenburg. Nel caso di specie, la legge olandese sul m.a.e. prevedeva che, mentre per il cittadino il rifiuto fosse automaticamente opposto in ragione di tale status, (esattamente alla pari di quanto sancito dall'art. 18 l. att.) per il residente, invece, fosse subordinato alla condizione che il soggetto destinatario del provvedimento restrittivo avesse soggiornato legalmente e in via continuativa nello Stato per cinque anni (Certamente in coerenza con quanto disposto dall'art. 16, n. 1, della direttiva 2004/38/CE che recita: “il cittadino dell'Unione che abbia soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante ha diritto al soggiorno permanente in detto Stato”). Tuttavia, tale disposizione parve destare qualche sospetto di incompatibilità con quanto sancito dall'allora art. 12 TCE ed oggi art. 18 l. att. TFUE, che pone un rigido divieto a qualsiasi tipo di discriminazione basata sul criterio della nazionalità.

26Colaiacovo G., “Il “microsistema” di consegna differenziato per il cittadino e il residente al vaglio della corte costituzionale” cit; per utilizzare le parole dell'autore, infatti, *la sola cittadinanza comunitaria, pur concedendo la facoltà di circolare e stabilirsi nel territorio dell'UE., non è sinonimo di integrazione.*

27Vedi Pisani M. (2008), “Reinserimento del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, (2), pp. 513 ss.



condanna e beneficiare, parallelamente, della possibilità di scontare la pena nello Stato prescelto come sede dei propri interessi affettivi, lavorativi o economici.

In parziale condivisione con quanto affermato in precedenza dalla richiamata giurisprudenza, non sembra eccessivo far discendere dal mero *status* di cittadino la prova dell'esistenza di un collegamento con lo Stato membro di origine, tale da garantire il reinserimento sociale in esito all'esecuzione della pena e richiedere, invece, per i cittadini di altri Stati membri, una presenza duratura che dimostri l'avvenuto completamento dell'*iter* di inserimento nello Stato membro di esecuzione. Ciò, come già anticipato, pare essere coerente con quanto disposto dall'art. 16 della direttiva 2004/38, che fissa proprio in cinque anni la durata oltre la quale i cittadini dell'Unione acquistano un diritto di soggiorno permanente nello Stato membro ospitante; ma anche dall'art. 4, n. 7, lett. a) della decisione-quadro 2008/909²⁸, che facilita la comunicazione di una sentenza quando la persona condannata vive e risiede, legalmente e ininterrottamente da almeno cinque anni, nello Stato membro di esecuzione e vi conserverà un diritto di residenza permanente.

Non può non rilevarsi, tuttavia, che la Corte abbia inteso espressamente riaffermare il diritto degli Stati membri di trasporre il motivo di rifiuto sulla base della sola cittadinanza e, allo stesso tempo, abbia loro riconosciuto la possibilità di cautelarsi contro i rischi connessi al principio del reinserimento sociale introducendo dei regimi sostanzialmente presuntivi²⁹. Rilevo che appare di particolare interesse, soprattutto se riferito al modo con cui l'art. 4, punto 6, della decisione-quadro, ha trovato attuazione in Italia.

Ebbene, nonostante le conclusioni della Corte di Giustizia, la Corte di Cassazione italiana³⁰, sulla scorta degli argomenti sviluppati dall'Avvocato Generale nel procedimento *Wolzenburg*, ha nel tempo mutato indirizzo e dedotto, in una serie di ordinanze (dal contenuto pressoché analogo), che l'art. 4, punto 6, pur assegnando al legislatore nazionale un margine di discrezionalità, non gli consentirebbe di differenziare la posizione del cittadino da quella del residente non cittadino "dato che l'esecuzione della pena nello Stato richiesto della consegna, anziché in quello della condanna, è prevista non per il riconoscimento di un privilegio in favore del cittadino, solo eventualmente estensibile al residente, ma per consentire alla pena di svolgere nel migliore dei modi la funzione di risocializzazione del condannato, rendendo possibile il mantenimento dei suoi legami familiari e sociali per favorire un corretto reinserimento al termine dell'esecuzione; funzione questa che non tollera distinzioni tra cittadino e residente". Statuizioni che sembrano indubbiamente collegarsi agli approdi ermeneutici della giurisprudenza di legittimità³¹ in tema di euromandato.

Dunque, può assumersi ormai come pacifico che l'unico aspetto che possa differenziare il cittadino dal residente sia il criterio attraverso il quale viene accertata l'effettiva capacità rieducativa della pena. Mentre, infatti, questa può essere presunta per il cittadino, in considerazione del legame con lo Stato di appartenenza; per il residente deve, invece, essere dimostrata attraverso la prova della sua reale assimilazione.

Non può non sottolinearsi che, alla luce dell'attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione, non appare ancora risolta la questione dell'individuazione degli specifici parametri che possano condurre ad un giudizio obiettivo sulla rilevanza o meno dello *status* di residente o dimorante dello straniero. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ancora oggi, sembra fare altro se non limitarsi a riprodurre espressioni del tutto generiche e di principio, proprie di quelle precedenti pronunce che avevano tentato di delimitare il contenuto dei requisiti necessari ai fini di un giudizio di rilevanza.

Ci si riferisce ai primi passi mossi dalla giurisprudenza di legittimità nel suo cammino di chiarificazione interpretativa della nozione di residenza rilevante, durante i quali è stata ritenuta necessaria non solo la dimostrazione che l'interessato abbia in Italia la sua dimora abituale, ma anche che egli intenda stabilmente permanere nel territorio italiano per un apprezzabile periodo di tempo³². In tal senso occorre, pertanto, quel radicamento, di cui ancora oggi parliamo, reale e non estemporaneo, dello straniero nel territorio italiano, ove egli deve aver istituito, con sufficiente

²⁸Relativa 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.

²⁹Come ad esempio ha fatto il legislatore olandese (secondo la Corte legittimamente) prevedendo che lo straniero abbia diritto ad avvalersi del motivo di non esecuzione facoltativa solo dopo aver vissuto per almeno cinque anni nello Stato di esecuzione. Cfr. Cappuccio D. (2009), "La non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo nei confronti del cittadino di Stato membro diverso da quello di esecuzione: un nuovo intervento della Corte di Giustizia" (Grande Sezione, sentenza del 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*) in *giurcost.it.*, (1971-9892) pp. 5 ss.

³⁰Ancora Cass. Sez. VI, 15 luglio-27 agosto 2009, n. 33511, *Papierz*; Cass. Sez. VI, 23 ottobre - 11 novembre 2009, n. 42868, *Sorin*; Cass. Sez. Fer., 1-4 settembre 2009, n. 34213, *Musca* cit.

³¹Cass. Sez. VI, 19 marzo 2008, n. 12665, *Chaloppe*; Cass. Sez. VI, 28 aprile 2008, n. 17643, *Vaicekauskaitė*, in *Cass. Pen.*, 2008, pp. 3746 ss.

³²Ancora Cass. Sez. VI, 19 marzo 2008, n. 12665, *Chaloppe*; Cass. Sez. VI, 28 aprile 2008, n. 17643, *Vaicekauskaitė*, cit.

continuità temporale, la sede principale, anche se non esclusiva, dei propri interessi affettivi, professionali od economici³³.

3. La pronuncia della Corte Costituzionale n. 227/2010

La posizione assunta dalla Corte di Giustizia aveva certamente indotto a riesaminare la congruità della scelta operata dal legislatore italiano³⁴ riguardo al regime della consegna esecutiva del cittadino straniero, anche alla luce degli approdi interpretativi cui era pervenuta la Corte di Cassazione.

Nell'escludere la possibilità di una lettura alternativa della norma in base al principio di interpretazione conforme alla decisione-quadro sul mandato d'arresto, la Corte di Cassazione aveva osservato che, nella prospettiva comunitaria, non potesse ritenersi giustificata (a maggior ragione quando la richiesta di consegna riguardi il cittadino di uno Stato membro dell'U.E.) una disparità di trattamento tra cittadini e residenti, avuto riguardo al principio di individualizzazione del regime di (futura) esecuzione della pena³⁵. La possibilità di un'interpretazione conforme al contenuto della decisione-quadro era esclusa proprio dalla radicalità della scelta compiuta dal legislatore italiano, la cui formulazione letterale pare insuscettibile di ricostruzioni alternative, essendo connotata da una lacuna talmente estesa, che un (eventuale) suo riempimento per via interpretativa avrebbe condotto "irrimediabilmente, almeno in tal caso, alla creazione di una norma di diritto pretorio"³⁶.

Ebbene, la Corte Costituzionale, investita della questione, ha ritenuto fondato nel merito il motivo in punto di violazione dell'art. 117, primo comma, Cost³⁷. I rimettenti a detta della Corte, avevano, infatti, correttamente valutato l'esistenza del contrasto tra la norma impugnata e la decisione-quadro, nonché il contrasto con l'art. 12 del TCE (oggi art. 18 l. att. del TFUE), che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità nel campo di applicazione del Trattato³⁸. Al legislatore dello Stato membro, infatti, è consentito di "prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il proprio cittadino e il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata, come, ad esempio, in una fattispecie quale quella che ci occupa, la previsione di un ragionevole limite temporale al requisito della residenza del cittadino di uno Stato membro diverso da quello di esecuzione"³⁹.

Come sopra accennato, il motivo di rifiuto stabilito all'art. 4, punto 6, della decisione (al pari dell'art. 5, punto 3 della stessa) persegue il fondamentale obiettivo di permettere di accordare una particolare importanza all'accrescimento delle opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata⁴⁰ e, proprio in ragione di questo preciso intento, lo Stato membro sarebbe legittimato a limitare il rifiuto alle persone che abbiano

33Quella elaborata dalla S.C., dunque, appare una nozione di residenza che, se per un verso, risulta funzionale all'assimilazione, operata dalla normativa interna, della categoria dello straniero residente allo status del cittadino, per altro verso non sembra discostarsi dall'interpretazione che la Corte di Giustizia ha offerto riguardo l'ambito di applicazione del motivo di non esecuzione facoltativa indicato nell'art. 4, punto 6, della decisione-quadro. Come già accennato in precedenza, infatti, secondo il giudice comunitario, i termini "risieda" e "dimori", cui fa riferimento la disposizione ora citata, contengono, rispettivamente, la situazione in cui la persona destinataria di un m.a.e. abbia stabilito la propria residenza effettiva nello Stato membro di esecuzione e quella in cui tale persona abbia acquisito, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata in questo stesso Stato, "legami di collegamento" con quest'ultimo d'intensità simile a quella dei legami di collegamento che si instaurano in caso di residenza (C. Giust. CE (Grande Sezione), 17 luglio 2008, C-66/08, Kozłowski, cit.). Se, quindi, da un lato si può rilevare una perfetta armonia tra i criteri enunciati dalla Corte di Giustizia e quelli seguiti a suo tempo dalla Corte di Cassazione nell'elaborazione della nozione di residente, per altro verso, è chiara l'incompatibilità dell'art. 18 l. att., lett. r) con il sistema delineato in ambito europeo, con evidenti e note ricadute sul piano della legittimità costituzionale di tale disposizione.

34In tal senso, Castellana M. (2009), "L'esclusione per i cittadini di altri Paesi membri è una disparità di trattamento" in Guida dir., (44), pp. 88 ss. Le discrasie emergenti dall'analisi del regime normativo introdotto dagli artt. 18, lett. r) e 19, lett. c), della l. n. 69 del 2005 non riguardavano solo il rapporto interno tra le due, involgendo, più in generale, il rapporto tra le disposizioni della decisione-quadro e l'attuazione che le stesse hanno ricevuto nel nostro ordinamento, dando luogo, per un verso, ad una lesione dei principi costituzionali di eguaglianza (art. 3 Cost.) e di rieducazione del condannato (art. 27 Cost.), e, per altro verso, ad un'evidente inottemperanza ad obblighi comunitari di tutela nel settore della cooperazione giudiziaria penale (artt. 11 e 117 Cost.).

35Questo, al contrario, non può che essere indistintamente preordinato ad accrescere le opportunità di reinserimento sociale del condannato, anche alla luce del principio della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost.

36Ancora Calvanese E., "Mandato d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della corte di giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18 l. att., lett. r), della l. n. 69/2005?" cit.

37 La censura principale svolta nelle quattro ordinanze, infatti, denuncia un contrasto, insanabile in via interpretativa, tra una norma interna e la disposizione di un atto dell'Unione europea alla quale la prima ha dato attuazione ossia la decisione-quadro n. 584 del 2002.

38 Anche sotto tale profilo, infatti, è stato ritenuto corretto il ricorso al giudice delle leggi, dal momento che il contrasto della norma con il principio di non discriminazione di cui all'art. 12 del Trattato CE, non è sempre di per sé sufficiente a consentire la "non applicazione" della confliggente norma interna da parte del giudice comune. Cfr. Corte. Cost. 227/2010 cit.

39Corte Cost. 227/2010 cit.

40Punti 62 e 67 sent. Wolzenburg cit.

dimostrato un sicuro grado di inserimento nella società di detto Stato membro⁴¹. Pertanto, la Corte Costituzionale ha affermato che *“il criterio per individuare il contesto sociale, familiare, lavorativo e altro, nel quale si rivela più facile e naturale la risocializzazione del condannato, durante e dopo la detenzione, non è tanto e solo la cittadinanza, ma la residenza stabile, il luogo principale degli interessi, dei legami familiari, della formazione dei figli e di quant’altro sia idoneo a rivelare la sussistenza di quel radicamento reale e non estemporaneo dello straniero in Italia che costituisce la premessa in fatto delle ordinanze di rimessione”*⁴².

Il criterio esclusivo della cittadinanza, che non tenga conto di ulteriori verifiche in ordine alla sussistenza di un legame effettivo e stabile con lo Stato dell’esecuzione, mal si concilia, con la *ratio* della norma sovranazionale.

La Corte di Giustizia, nella sentenza Kozłowski, ha sostenuto, infatti, che la nozione di “residenza”, infatti, deve coincidere con una residenza effettiva nello Stato dell’esecuzione mentre la nozione di “dimora” con un soggiorno stabile di una certa durata in quello Stato, che consenta di acquisire con tale Stato *“legami d’intensità pari a quelli che si instaurano in caso di residenza”*⁴³. E’, a tal fine, indispensabile che il giudice nazionale proceda ad una valutazione complessiva di elementi oggettivi che caratterizzano la situazione del ricercato, come la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici che ha stabilito nello Stato dell’esecuzione e l’esistenza di un interesse legittimo del condannato a che la pena sia scontata in quello Stato⁴⁴.

Pur in assenza di una connotazione innovativa rispetto alla giurisprudenza precedente, può sostenersi che proprio tale pronuncia abbia il merito di aver posto le basi più solide – sorrette da qualche passo anticipato dalla Corte di Giustizia - per il dispiegarsi della successiva, e attuale giurisprudenza di legittimità, che, per quanto in linea con le interpretazioni fornite sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Giustizia, ancora oggi cerca di trovare un comune e chiaro indirizzo su quali siano gli elementi che attribuiscono alla residenza e alla dimora il carattere della legittimità ed effettività.

Ulteriore elemento di resistenza all’acquisizione di tale chiarezza è offerto dalla circostanza che sia richiesto all’autorità giudiziaria competente e, quindi, alla Corte d’appello, l’arduo compito di accertare la sussistenza del presupposto della residenza o della dimora, legittime ed effettive, all’esito *“di una valutazione complessiva degli elementi caratterizzanti la situazione della persona, quali, tra gli altri, la durata, la natura e le modalità della sua presenza in territorio italiano, nonché i legami familiari ed economici che intrattiene nel e con il nostro Paese, in armonia con l’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell’Unione europea”*⁴⁵.

4. La giurisprudenza attuale e la persistenza delle zone d’ombra. Riflessioni conclusive.

Come si evince dal dispiegarsi delle riflessioni finora compiute, ancora oggi il tema è dibattuto in ragione di una continua ricerca di parametri più oggettivi (e nell’auspicio del raggiungimento di tale obiettivo).

Non da ultimo, si può portare ad esemplificazione della situazione attuale una recente sentenza⁴⁶ dello scorso aprile in cui la Corte si è pronunciata sull’impugnazione di un provvedimento della Corte di appello di Salerno con cui il giudice investito dell’attuazione del provvedimento restrittivo aveva disposto che l’estraddo venisse consegnato all’Autorità giudiziaria della Repubblica di Romania in virtù di un mandato di arresto europeo emesso dal Tribunale di Pucioasa per l’esecuzione della sentenza emessa dal medesimo Tribunale nei confronti del predetto, condannato per furto aggravato.

L’incertezza dei confini della nozione di residenza e dimora rilevante, nonostante gli evidenti passi avanti, continua pertanto a generare dubbi sulla sussistenza o meno dei requisiti ai fini del rifiuto. In particolare, nella rappresentativa vicenda portata ad esempio, si eccepiva la violazione dell’art. 18 lett. r) l. n. 69 del 2005, così come interpretata dalla Corte Costituzionale nel 2010, in ragione della asserita omessa valorizzazione degli elementi probatori offerti dalla difesa, volti a dimostrare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per il rifiuto alla consegna, nonché

⁴¹Peraltro non si può dimenticare che questo sia anche uno degli obiettivi principali del sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale, fondato sul reciproco riconoscimento enunciato dal Consiglio europeo di Tampere nel 1999, com’è ribadito anche dall’art. 3 della successiva decisione-quadro n. 909 del 2008.

⁴²Corte Cost. 227/2010 cit.

⁴³Punto 46 sentenza Kozłowski cit.

⁴⁴Punti 44, 48 e 54 sentenza Kozłowski cit.

⁴⁵Ancora Corte Cost. 227/2010 cit.

⁴⁶Cass.Pen., Sez. VI, 15 aprile 2016 (ud. 14 aprile 2016) n. 15887.

dell'omesso esercizio dei poteri officiosi da parte della Corte di merito su circostanze a tal fine rilevanti.

Ancora una volta il provvedimento, infatti, criticava l'indebita estensione del concetto di radicamento territoriale al consolidamento della sfera affettiva e professionale, anche in ragione della circostanza che, seguire tale impostazione, equivarrebbe ad introdurre la pretesa di una *probatio diabolica* in capo al consegnando⁴⁷. Al contrario, la difesa riconosceva la fondatezza di tutti gli elementi necessari per poter pervenire ad una decisione di rifiuto di consegna. Ciò in ragione della sussistenza dei requisiti per il riconoscimento di un radicamento reale ed effettivo dell'estraddando all'interno del territorio italiano dato dalla legalità della sua presenza in Italia dal 2013; dall'apprezzabile continuità temporale e stabilità di detta presenza; dalla distanza temporale tra l'ingresso in Italia e la commissione del reato nel proprio paese d'origine; nonché, da ultimo, dalla fissazione in Italia della sede principale (per quanto non esclusiva) e consolidata dei suoi interessi lavorativi, familiari ed affettivi⁴⁸. Con riferimento, poi, alla stabilità degli interessi familiari ed affettivi, la difesa aveva sottolineato la sussistenza di "più che un principio di prova" in ordine alla sua convivenza di fatto in Italia, rispetto alla quale, sempre a parere della difesa, incombeva alla Corte approfondire l'indagine non potendosi pretendere una diversa documentazione in ordine alla stessa.

La Suprema Corte ha, tuttavia, ritenuto che i giudici di merito si siano posti nell'alveo dell'orientamento di legittimità sopra accennato, escludendo correttamente la causa di rifiuto invocata dal ricorrente sul rilievo dell'inidoneità, al riguardo, degli indici rappresentati dalla difesa, valutando unico elemento rilevante alla luce delle risultanze probatorie la presenza dell'imputato all'interno del territorio italiano per un apprezzabile lasso temporale e ritenendo, invece, inidonei i prerequisites del prospettato radicamento, tanto da escludere anche la sussistenza di alcun obbligo di approfondimento.

La pronuncia appena portata ad esempio, non ultima del filone giurisprudenziale *post* Corte Costituzionale 227/2010, costituisce indubbia espressione della difficoltà degli operatori del diritto nel comprendere, fino in fondo, quali siano quegli elementi idonei a far ritenere che la residenza di un soggetto sia effettiva e, quindi, rilevante ai fini di un possibile rifiuto alla consegna da parte della Corte d'appello.

La sentenza, affrontando in parte tale aspetto, incoraggia certamente - a prescindere dal merito della decisione - una riflessione che si concentri anche sul significato di "documento idoneo" e sui limiti del potere integrativo della Corte di merito.

L'art. 16 della legge di attuazione, infatti, permette alla Corte d'appello di richiedere allo Stato di emissione informazioni integrative allorché non ritenga sufficienti, ai fini della decisione, le informazioni e i documenti trasmessi dallo Stato membro richiedente. A questo proposito si è, da tempo, stabilito⁴⁹ che le informazioni integrative di cui all'art. 16, legge 69 del 2005 sono quelle informazioni e quella documentazione già in possesso dello Stato richiedente. Da ciò discende che non può essere richiesta all'autorità straniera l'assunzione di una nuova prova, non acquisita o non ancora acquisita, essendo ciò incompatibile con il principio di sovranità dei singoli Stati ed anche con i tempi occorrenti per l'assunzione di una prova.

Ciò che offre maggiori spunti di riflessione è il secondo comma dell'art. 16 che prevede che la Corte di merito possa, d'ufficio o su richiesta delle parti, "*disporre ogni ulteriore accertamento che ritiene necessario ai fini della decisione*". È evidente la rilevanza della portata della norma, alla luce di tale ampia discrezionalità del giudice nel poter disporre, o meno, ulteriori accertamenti, soprattutto se analizzata ponendo attenzione alla stretta connessione tra tali accertamenti e la sussistenza delle ipotesi di rifiuto.

È noto, infatti, che gli oneri di allegazione previsti dalla decisione-quadro risultano attenuati alla stregua dell'interpretazione giurisprudenziale⁵⁰ la quale è volta a garantire la celerità e l'efficienza dell'euromandato ed eliminare tutte quelle formalità che non siano essenziali ai fini della decisione. Tuttavia, oggi, soprattutto in considerazione dell'evoluzione giurisprudenziale che offre una tale interpretazione in materia dei requisiti rilevanti per il rifiuto della consegna del soggetto destinatario del provvedimento, sarebbe opportuna, al fine di una decisione maggiormente ragionata, una

47In particolare, con riferimento alla sentenza in commento, la *probatio diabolica* sarebbe derivata dall'evidente difficoltà dello stesso a regolarizzare la propria condizione lavorativa ed abitativa.

48A dimostrazione di tale ultimo indice, invero, il ricorrente della pronuncia portata ad esempio aveva peraltro segnalato il suo luogo di lavoro e depositato - proprio in virtù del riconoscimento del prospettato radicamento - una dichiarazione di disponibilità alla sua assunzione, a tempo indeterminato, presso lo stabilimento balneare.

49Cass. Sez. Fer. 13 settembre 2005, n. 33642, Rv. 232119180.

50Cass. S.U. 5 febbraio 2007 Ramoci, ne Il Foro italiano, 130, 1.



maggior chiarezza anche nella delimitazione dei poteri in capo alla Corte d'appello ad una decisione maggiormente ragionata.

La Corte di legittimità, ha ancorato i poteri d'ufficio della Corte di merito solo ai casi di "specifiche allegazioni" idonee a provare lo stabile radicamento in Italia ai fini del rifiuto di consegna. Vero è, d'altro canto, che a ciò si potrebbe obiettare che se sussistessero tali "specifiche allegazioni", forse non nascerebbe una tale necessità del potere integrativo, e di accertamento, da parte del giudice di merito, così come pensato e delineato dall'art. 16 di cui sopra.

Alla luce della scarsa chiarezza di tali profili sotto l'aspetto normativo, sarebbe auspicabile, sempre nel rispetto della necessaria celerità (e conseguente effettività) di un così prezioso strumento di cooperazione giudiziaria, quantomeno una coerente e limpida interpretazione, maggiormente esaustiva, che fornisca all'interprete i parametri che devono essere seguiti non solo per giudicare l'idoneità degli elementi atti a documentare il radicamento reale e non estemporaneo dello straniero nello Stato, ma, soprattutto, la funzione effettiva di tali elementi, anche per qualificare "necessario" ai fini della decisione l'accertamento integrativo delineato dall'art. 16 della legge di attuazione.

Ebbene, un'elaborazione interpretativa come quella imposta dalla Corte Costituzionale e seguita dalla Corte di Cassazione, peraltro significativamente rafforzata da un analogo orientamento assunto dalla Corte di Giustizia, secondo cui, pur dovendosi ritenere riservato agli Stati contraenti un certo potere discrezionale per stabilire se, ed in quale misura, siano giustificabili disparità di trattamento fra situazioni per altri aspetti analoghe, una distinzione riveste carattere discriminatorio se manca di giustificazione oggettiva e ragionevole. Vale a dire, se non persegue un fine legittimo e, quindi, non si fonda su un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, non può prescindere da un assetto normativo ed interpretativo che coadiuvi gli operatori del diritto a comprendere fino in fondo diritti, poteri e limiti dell'istituto.

Ciò, a maggior ragione, nell'ambito delle prospettive di tutela rafforzata che emergono dal complesso delle disposizioni di cui agli artt. 20, 21 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,⁵¹ le quali ribadiscono con forza, rispettivamente, i fondamentali principi di uguaglianza e non discriminazione, accanto alla libertà di circolazione e di soggiorno che deve riconoscersi ad ogni cittadino dell'Unione nel territorio degli Stati membri.

Notas bibliográficas

- Balbo P. (2005), Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana, Giappichelli, Torino.
- Bartone N. (2015), Il diritto penale vivente Italia-Europa-Mondo l'UE e la giustizia internazionale - La società, il reo, la vittima, la triade di tutela tuttora insoddisfatta, Cedam, Padova.
- Bernardi A. (2007), Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale in AA.VV., L'area di Libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia, a cura di Rafaraci T., Milano.
- Calvanese E. (2010), "Mandato d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della corte di giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18 l. att., lett. r), della l. n. 69/2005?" in Cass. pen., (3).
- Calvanese E., De Amicis G. (2002), "Dalla Convenzione di Parigi al Vertice di Laeken: la lunga strada del mandato d'arresto europeo", in Guida dir., (5).
- Cappuccio D. (2009), "La non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo nei confronti del cittadino di Stato membro diverso da quello di esecuzione: un nuovo intervento della Corte di Giustizia", in giurcost.it., (1971-9892).
- Cartabia M. (1995), "Cittadinanza europea", in Enc. giur. Treccani, (4).
- Cassese S. (2003), Lo spazio giuridico globale, Laterza, Roma-Bari.
- Cassese S. (2009), Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato, Einaudi, Torino.
- Castellaneta M. (2009), "L'esclusione per i cittadini di altri Paesi membri è una disparità di trattamento" in Guida dir., (44).
- Colaiacono G. (2010), "Il "microsistema" di consegna differenziato per il cittadino e il residente al vaglio della corte costituzionale", in Cass. pen., (2).
- De Amicis G. (2003), "Cooperazione giudiziaria e criminalità transnazionale: l'esigenza del coordinamento investigativo", Giur. merito, (12).
- Kalb L. (2005), Mandato di arresto europeo e procedure di consegna, in Le nuove leggi penali, Giuffrè, Milano.
- Kalb L. (2012), < < Spazio europeo di giustizia > > e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali, Giappichelli, Torino.
- Pecorella G., De Matteis F. (2008), Leggi di recepimento del mandato d'arresto europeo da parte dei 27 paesi UE, Giuffrè, Milano.
- Pisani M. (1998), "Criminalità organizzata e cooperazione internazionale", in Riv. it. dir. proc. pen. 41 (3).
- Pisani M. (2008), "Reinserimento del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale", in Riv. it. dir. proc. pen., (2).

⁵¹ Formalmente richiamata, come è noto, nel nuovo art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona, che le assegna lo stesso valore giuridico dei Trattati.

F. Lai: Zone d'ombra del mandato d'arresto europeo. Riflessioni attorno all'evoluzione giurisprudenziale in materia di radicamento territoriale per il rifiuto.

Salazar L. (2002), "Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle sentenze penali", in *Dir. pen. proc.*, (8).

Selvaggi N. (2008), "Aporie nel m.a.e.: quale la base giuridica per il trasferimento dell'esecuzione della pena nel caso del cittadino?" nota a *C. Giust. CE (Grande Sezione)*, 17 luglio 2008, in *Cass. pen.*, 48 (11).

Tiberi M. (2006), "Il mandato d'arresto europeo", in *Foro Europa*, (1) *Ist. Poligrafico dello Stato*, Roma.