
**RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA
COSTITUZIONALE**

Estratto

A) DIRITTO PENALE (*)

Alessandro Lauro

LIBERAZIONE CONDIZIONALE, LIBERTÀ VIGILATA E “CACCIA AGLI AUTOMATISMI”: LA SCELTA DEL LEGISLATORE È FATTA SALVA

1195

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le questioni di costituzionalità sollevate. — 3. Il pregio penalistico di una sentenza “didattica”: la spiegazione di un automatismo solo apparente. — 4. Il pregio costituzionalistico di una sentenza in parziale “controtendenza”: il complesso rapporto tra trattamento sanzionatorio, prevenzione della criminalità e discrezionalità legislativa.

1. *Premessa.* — Per analizzare compiutamente il portato e l’interesse della sentenza n. 66 del 2023 è necessario tratteggiare il quadro legislativo all’interno del quale si muoveva il Tribunale di sorveglianza di Firenze, giudice *a quo*, che ha ritenuto di dover sollevare la questione di costituzionalità relativa agli artt. 177, secondo comma, e 230, primo comma, numero 2), del codice penale.

Il dubbio di costituzionalità nasce dall’intersezione di due istituti del diritto penale (e quindi di due ambiti dello stesso, quello premiale e quello preventivo): la liberazione condizionale e la libertà vigilata.

La prima, disciplinata agli artt. 176 e ss. c.p., consiste nella scarcerazione anzitempo di chi è sottoposto a pena detentiva, scarcerazione che l’ordinamento ritiene ammissibile al concorrere di condizioni oggettive e soggettive. Le condizioni oggettive riguardano il *quantum* di pena già scontato: in base alla pena inflitta, deve essere trascorso un congruo lasso di tempo nel

(*) A cura di M. D’AMICO e B. LIBERALI. *N.d.r.: i contributi pubblicati nella presente Rassegna non sono stati sottoposti alla procedura di peer review, in conformità alle linee operative per il sistema di revisione pubblicate in calce al fascicolo. La qualità dei contributi stessi è assicurata dalla supervisione scientifica dei curatori della Rassegna.*

ALESSANDRO LAURO

quale essa è stata parzialmente espiata. Dal punto di vista soggettivo, il condannato deve aver mantenuto durante l'esecuzione penale « un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento », oltretutto aver adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo sia per lui impossibile.

La libertà vigilata, regolata agli artt. 228 e ss. c.p., è invece una misura di sicurezza personale non detentiva. Essa consiste nell'imposizione di prescrizioni volte ad evitare occasioni di nuovi reati e nell'applicazione di un regime di sorveglianza da parte dell'autorità di pubblica sicurezza affinché tali prescrizioni risultino efficaci. La finalità della misura è quindi duplice: da un lato, mira a prevenire la commissione di nuovi reati e a favorire la rieducazione del vigilato; dall'altro, permane tramite la sorveglianza una componente limitativa della libertà personale che si sostituisce all'integrale esecuzione della pena, soprattutto allorché essa sia prevista come obbligatoria *ex lege* ⁽¹⁾. Dal punto di vista temporale, essa non può avere durata inferiore ad un anno (art. 228, comma 5).

L'incrocio fra questi due istituti è da individuare innanzitutto nell'art. 230, comma 1, n. 2: la libertà vigilata è sempre applicata allorché il condannato sia ammesso alla liberazione condizionale. In questo caso, però, non è prevista una durata minima: la misura di sicurezza copre il tempo residuo della pena (art. 177, comma secondo) e, nel caso di condannati all'ergastolo, tale periodo è determinato nella misura di cinque anni.

Si arriva dunque al combinato disposto che il giudice rimettente sospetta di incostituzionalità ⁽²⁾.

2. *Le questioni di costituzionalità sollevate.* — Il Tribunale di sorveglianza di Firenze dubita del combinato disposto degli articoli sopra citati, in relazione agli artt. 3 e 27 della Costituzione, con riferimento al particolare caso degli ergastolani. In sintesi, il legislatore avrebbe creato una concatenazione di automatismi che impediscono al giudice di verificare in concreto la proporzionalità e l'adeguatezza del tempo di applicazione della libertà vigilata che, per i condannati all'ergastolo, è anzitutto obbligatoria se sono ammessi alla liberazione condizionale. Non solo: per costoro il legislatore individua in maniera fissa il tempo di durata della misura in cinque anni. È così esclusa qualunque valutazione del magistrato di sorveglianza sulla necessità di mantenimento della libertà vigilata e, di conseguenza, è negato alla stessa autorità giurisdizionale il potere di revoca della misura.

Questi automatismi violerebbero, da un lato, il principio di eguaglianza: all'ergastolano è precluso l'accesso al regime generale della misura di sicurezza; eppure, una volta ammesso alla liberazione condizionale, non dovrebbero esistere ragioni di trattamenti differenziati. In effetti, se il presupposto della liberazione anticipata è « il sicuro ravvedimento », perché mantenere sull'ergastolano uno stigma che il suo comportamento avrebbe dovuto superare ⁽³⁾?

In questa prospettiva, il giudice rimettente considera la libertà vigilata come una nuova ed ulteriore sanzione che grava sul liberato condizionalmente.

Dall'altro lato, tutto ciò, e in particolare l'assenza di interventi giurisdizionali che possano modulare la durata di questa nuova presunta sanzione, frusterebbe il principio della tendenziale finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, poiché non è possibile individualizzare la sanzione e quindi verificare concretamente se il liberato sotto condizione possa essere riammesso, in totale libertà, al consorzio sociale.

¹ Rispetto alla fattispecie dell'ordinanza cfr. C. PELUSO, voce *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penali*, UTET, Torino, 1994, p. 163: « la libertà vigilata consegue alla liberazione condizionale, assumendo il carattere di misura sostitutiva della pena al punto che la durata della misura di sicurezza è pari a quella della pena residua ».

² Si tratta, invero, di una combinazione già sospettata di incostituzionalità dalla dottrina: v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., Giuffrè, Milano, 2021, p. 911, dove si dubita della compatibilità di queste norme con il principio di uguaglianza-ragionevolezza rispetto al caso dell'ergastolano liberato.

³ Cfr. *ibidem*.

LIBERAZIONE CONDIZIONALE E LIBERTÀ VIGILATA

Si tratta, però, di una ricostruzione che viene nettamente smentita dal giudice costituzionale.

3. *Il pregio penalistico di una sentenza “didattica”: la spiegazione di un automatismo solo apparente.* — La prospettiva del giudice rimettente sposa due assiomi: il primo è che l'applicazione fissa e non revocabile della libertà vigilata costituirebbe una sanzione penale che, come tale, dovrebbe sottostare a tutto lo statuto costituzionale della pena per come la Corte costituzionale è venuta ad elaborarlo nel tempo. Il secondo è che si sarebbe dinanzi ad un automatismo sanzionatorio in materia penale, particolarmente invisivo alla giurisprudenza costituzionale⁽⁴⁾, soprattutto più recente.

Con una argomentazione molto articolata, la Corte spiega che entrambe queste premesse sono errate, pervenendo così alla dichiarazione di infondatezza della questione. Va peraltro rilevato — come fa lo stesso giudice costituzionale — che la ricostruzione del giudice non solo è contestata dall'Avvocatura dello Stato, ma non è nemmeno interamente condivisa dalla parte privata interveniente, che ne offre in effetti una alternativa.

In primo luogo la Corte ricorda — citando anche i propri precedenti sulla materia della liberazione condizionata⁽⁵⁾ — che la libertà vigilata applicata a chi è rimesso in libertà prima del tempo mutua il *nomen* dell'omonima misura di sicurezza, ma esibisce una *ratio* in parte diversa, soprattutto allorché si ragiona di condannati all'ergastolo.

In questo caso, infatti, la libertà vigilata non è solo una misura di sicurezza preventiva, ma diventa, in abbinamento alla liberazione condizionale, una sorta di modalità alternativa ed affievolita di esecuzione del residuo di pena⁽⁶⁾ rispetto ad una detenzione che viene meno sul presupposto che il condannato si sia ravveduto. Di questo ravvedimento, però, non si può avere reale certezza sino a quando il liberato non viene riammesso in società: dunque, la libertà personale di questi non è più oggetto di privazione, ma è mantenuta una forma alleggerita di restrizione che consente di verificare *en plein air* il ravvedimento registrato *à huis clos*⁽⁷⁾.

Questa precisazione offerta dalla Corte, peraltro corroborata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁽⁸⁾, si rivela fondamentale per scardinare il secondo assioma dell'ordinanza di rimessione.

1197

⁴ Sugli automatismi in materia penale v. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Il libro del diritto 2014*, Treccani, Roma, 2015. Più in generale sull'approccio del giudice costituzionale agli automatismi v. S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Gruppo di Pisa*, n. 1/2018, nonché ampiamente il lavoro monografico di L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

⁵ I precedenti citati sono le sent.n. 11 del 1970, n. 78 del 1977 (che concerneva proprio l'assenza di una possibilità di revoca della libertà vigilata) sentenza n. 183 del 1986 (in cui si fece salva la previsione dell'interdizione legale a seguito della liberazione condizionale); n. 282 del 1989 (sulla potestà del tribunale di sorveglianza di determinare la pena residua in caso di revoca della liberazione condizionale).

⁶ Cfr. ancora C. PELUSO, *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, cit., p. 163 ss.

⁷ In dottrina si è sottolineato, rispetto al “sicuro ravvedimento”, che la decisione della liberazione condizionale è « assunta sulla base di lunghi periodi di osservazione penitenziaria, come tale espressione di una diagnosi, piuttosto che di una prognosi » (A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 217). La Corte costituzionale non sposa questa opinione, poiché ricorda che il ravvedimento non può che concretamente misurarsi *extra moenia*, quando il liberato si ritrova nella possibilità di reinserirsi nella società, ma anche di tornare a delinquere.

⁸ Oltre al precedente costituito da Cass., sent. n. 343 del 1991, sottoposto a critica dall'ordinanza di rimessione poiché in esso si sottolineava la diversa natura della libertà vigilata applicata a seguito di liberazione condizionale, la Corte costituzionale tiene a citare altre più recenti sentenze della Cassazione in cui il precedente è stato implicitamente

ALESSANDRO LAURO

Non si verte, infatti, in un caso di automatismo illegittimo: la pena è già stata commisurata dal giudice al momento della condanna e non vi è alcun bisogno di rivenire su quella decisione, ormai irrevocabile. Il legislatore, semmai, ha operato un giudizio discrezionale individuando un lasso di tempo ritenuto congruo per l'ergastolano liberato condizionalmente.

C'è da aggiungere che in questo caso il periodo fisso di cinque anni — portato recentemente a dieci anni per coloro che sono soggetti al regime dell'ergastolo ostativo⁽⁹⁾ — giova all'ergastolano liberato: nel caso dei condannati alla sola detenzione la libertà vigilata dovrebbe coprire il periodo di pena residua⁽¹⁰⁾. Il legislatore — dopo aver imposto comunque una prigionia di ventisei anni — stabilisce che possa bastare un ulteriore quinquennio, portando così il tempo della limitazione di libertà (dato dalla pena detentiva cui si somma la misura di sicurezza) ad un totale di anni trentuno. Tale termine supera di un anno i trent'anni che l'art. 442 c.p.p. fino al 2019 prevedeva al posto dell'ergastolo a seguito di ricorso al rito abbreviato, oltretché l'antico termine previsto dall'art. 65 c.p. in caso di reati puniti con la pena di morte in presenza di circostanze attenuanti. I trent'anni restano comunque — ai sensi dell'art. 66 c.p. — il limite invalicabile della reclusione, irrogabile ove concorrano più circostanze aggravanti.

Dunque, semmai, il dubbio che poteva sorgere al giudice rimettente avrebbe dovuto concernere non l'automatismo — di per sé assente — ma la proporzionalità del *quantum* totale di pena, superiore a tutte le pene “scontate”: anche qui, però, si sarebbero stagliate ragioni contrarie. La condanna a trent'anni, infatti, deriva dalla prima commisurazione della pena ad opera del giudice. Nel caso della liberazione condizionale, invece, il termine di trentuno anni deriva da una decisione premiale della magistratura di sorveglianza per la condotta penitenziaria tenuta post condanna: una valutazione dunque che non incide sul disvalore e sulla valutazione di gravità del reato originariamente emersa all'esito del processo penale e corrispondente all'ergastolo. Appare allora ragionevole che il condannato all'ergastolo per un reato più grave subisca comunque, in definitiva, un periodo di restrizione della libertà superiore a quello della pena massima diversa dall'ergastolo che l'ordinamento attualmente prevede⁽¹¹⁾.

4. *Il pregio costituzionalistico di una sentenza in parziale “controtendenza”: il complesso rapporto tra trattamento sanzionatorio, prevenzione della criminalità e discrezionalità legislativa.* — La sentenza in commento si segnala altresì per un approccio che potrebbe essere definito in parziale controtendenza con i più recenti orientamenti della Corte costituzionale per quanto riguarda la discrezionalità legislativa nella materia penale e, in specie, sanziona-

confermato: Cass. Pen., sez. I sentenza 19 luglio-9 ottobre 2012, n. 39854; sentenza 7-23 aprile 2009, n. 17343; 29 novembre 2016-22 marzo 2017, n. 13934.

⁹ Lo sottolinea la stessa sentenza della Corte, ricordando come la modifica apportata dal decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 non intervenga sul processo *a quo*, dove non si verteva nel regime ostativo (punto 2 *Cons. Dir.*).

¹⁰ Tale elemento sembra poco valorizzato nella critica finale alla sentenza che si rinviene in M.R. DONNARUMMA, *Il binomio liberazione condizionale e libertà vigilata. Automatismo irragionevole?*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2022, p. 6.

¹¹ Forse diversa sarebbe stata la situazione se non fosse intervenuta l'abrogazione del termine trentennale dell'art. 442 c.p.p., che avrebbe potuto fungere da utile *tertium comparationis*. In effetti, lo “sconto” processuale previsto per il rito non incide sulla valutazione della condotta, per la quale il condannato sarebbe incorso nell'ergastolo. Dunque, qualche argomento sul trattamento peggiore di una situazione in cui il condannato si è “meritato” la liberazione condizionale rispetto alla semplice scelta strategica processuale avrebbe potuto spendersi.

LIBERAZIONE CONDIZIONALE E LIBERTÀ VIGILATA

toria. Tale “parzialità” sta nel fatto che, senza smentire alcuno dei consolidati principi nella materia, la pronuncia prova a mettere in luce alcune esigenze talvolta meno valorizzate¹².

Il fulcro del discorso sta nel rapporto tra il principio della tendenziale finalità rieducativa della pena e la necessità di “difesa sociale” insita non solo nelle pene in senso proprio¹³, ma anche (forse soprattutto) nelle misure di sicurezza. Tale rapporto — sembra oggi dire il giudice delle leggi — è affidato alle cure del legislatore, il quale deve poter godere di un certo margine per dosare l’uno e l’altro. Si noti che nell’argomentazione della Corte questi due elementi non sono affatto antitetici fra loro: la tensione rieducativa e risocializzante consacrata all’art. 27, comma terzo, Cost. non elide e non snatura il dovere pubblico di proteggere la collettività, cioè tutti gli altri individui, dai pericoli che derivano dalla commissione dei reati¹⁴. Si rieduca per accogliere nuovamente nel consorzio civile ed è dunque legittimo che il legislatore (anche ai sensi della riserva di legge contenuta all’art. 25, ultimo comma) moduli l’applicazione di misure di sicurezza¹⁵ volte a verificare il successo della rieducazione e dunque il raggiungimento dell’alto fine ideale predicato dalla Costituzione¹⁶.

Dunque, diversamente dagli orientamenti giurisprudenziali che diffidano della discrezionalità legislativa in nome della personalizzazione della pena (e dunque a vantaggio della discrezionalità giudiziaria), la sent. n. 66 prova ad offrire un quadro più ampio e, se vogliamo, più “socializzato” degli istituti preventivi in questione: si mostra dunque la preoccupazione del giudice costituzionale di non isolare, in senso marcatamente individualistico, le norme rilevanti, ma di leggerle in maniera tale da includervi tutte le esigenze, individuali e sociali, sottese. D’altra parte, non va dimenticato che la questione sollevata dinanzi alla Corte verteva sul caso peculiare dei condannati all’ergastolo: si tratta dunque di condanne per reati gravissimi, che destano allarme e preoccupazione e per i quali non è in discussione la primaria esigenza di verificare la respicenza del condannato¹⁷. Certo è che, a conferma della parziale controtendenza rispetto a orientamenti più ricorrenti, la sent. n. 94 del 2023 (sul c.d. “caso Cospito”)

1199

¹² Espressiva di quelle che sono invece le tendenze della riflessione penalistica e della giurisprudenza costituzionale più recente è l’opinione dell’Associazione Italiana Professori di diritto penale (AIPDP), ammessa come *amica curiae*, che propugnava invece l’illegittimità costituzionale secondo la prospettazione del rimettente. Tale opinione è disponibile sul sito internet dell’Associazione (https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/218_AIPDP_Amicus_curiae_ord_n_78_2022_Reg_Ord.pdf) ed è firmata dal presidente, prof. Marco Pelissero.

¹³ È noto che la funzione della pena anche in chiave di “difesa sociale” è stata critica dalla dottrina penalistica: cfr. per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, Zanichelli, Roma-Bologna, 2019, p. 742 ss. La giurisprudenza costituzionale, anche più recente, continua comunque a ribadire la necessaria presa in considerazione delle esigenze di protezione e di difesa sociale, a fondamento sia dell’esecuzione della pena (sent. n. 105 del 2023) che dell’applicazione di misure di sicurezza o preventive (sent. n. 2 del 2023).

¹⁴ Non va mai dimenticata la complessa ricezione nel nostro ordinamento del principio rieducativo che si è prestato per lungo tempo « alle più diverse e contraddittorie interpretazioni sia da parte della dottrina che da parte dei giudici » (M. D’AMICO, *Art. 27*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, UTET, Torino, 2005, p. 572).

¹⁵ Va peraltro ricordato che giurisprudenza costituzionale sulle misure di sicurezza è approdata solo più recentemente a riconoscere la piena appartenenza di queste alla “materia penale”, con la conseguente applicazione del pertinente statuto costituzionale: cfr. S. BISSARO, *Corte costituzionale e “materia penale”. I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, Milano, Franco Angeli, 2022, p. 197 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Milano, Giappichelli, 2018, p. 193 ss.

¹⁶ Fu a partire dalle sentenze n. 161/1972 e n. 204/1974 (relativa alla liberazione condizionale) che la Corte iniziò ad estendere l’ambito applicativo del principio di rieducazione anche alle misure di sicurezza (M. D’AMICO, *Art. 27*, cit., p. 573).

¹⁷ A margine, sia consentito aggiungere che la stessa previsione della libertà vigilata, pur costituendo una restrizione alla libertà personale, può essere percepita (forse anche dalla

ALESSANDRO LAURO

è, a distanza di poco tempo, intervenuta per eliminare un automatismo legislativo — il divieto di prevalenza delle attenuanti generiche sulla circostanza aggravante della *recidiva reiterata* — proprio riguardo a delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo¹⁸).

Insomma, il problema di stampo più propriamente costituzionalistico che sembra emergere al fondo riguarda il complicato rapporto che il giudice costituzionale intrattiene con la discrezionalità legislativa in materia di politica criminale. Discrezionalità che — occorre sempre ricordarlo — nasce dal principio altamente democratico insito nelle varie riserve di legge che circondano la potestà sanzionatoria dello Stato¹⁹), in base al quale spetta alla comunità stessa — tramite i suoi rappresentanti²⁰) — stabilire quali atti siano da considerare crimini e per quali di questi sia necessario estromettere i rei dalla comunità stessa, al fine di poterli un giorno reinserire.

Corte costituzionale) come una limitazione piuttosto lieve, proprio per la modulazione delle prescrizioni che può adottare il magistrato di vigilanza. D'altra parte, essa resta lo "scotto da pagare" per l'ergastolano rimesso in libertà.

¹⁸ Non sfugge a chi scrive la differenza delle questioni sottese alle due pronunce ed è pur vero che, come è stato ricordato più sopra, l'automatismo "è negli occhi di chi guarda" e nel caso in commento la Corte ritiene che il combinato disposto delle norme indubbiamente costituisca un automatismo solo apparente, in un modulo che garantisce una ponderazione almeno nel *quomodo*. Tuttavia, pare di poter rilevare nella sent. n. 66 (diversamente dalla successiva n. 94) un'adesione del giudice costituzionale al disegno legislativo, complessivamente letto ed interpretato in maniera da preservare le scelte fatte dal legislatore. Diversamente, nella sent. n. 94 si è ritenuto che l'automatismo previsto non potesse essere interpretato con un *favor legis*, benché si menzionassero pronunce in cui è stato astrattamente riconosciuto che in circostanze gravi e particolari (come, a ben vedere, era il caso deciso dalla sentenza n. 94) il legislatore « può sospendere l'applicazione dell'art. 69 cod. pen., togliendo al giudice il potere discrezionale di operare il bilanciamento a compensazione delle aggravanti o a favore delle attenuanti in un'ottica di inasprimento sanzionatorio. Si tratta di una "grave limitazione" che in sé non è illegittima, ma non può accompagnarsi anche alla irrilevanza *ex lege* delle circostanze attenuanti. Con questa limitazione, si è quindi riconosciuto che appartiene alla discrezionalità del legislatore introdurre speciali ipotesi di circostanze aggravanti privilegiate che sono sottratte al bilanciamento di cui all'art. 69 cod. pen. » (sent. n. 38 del 1985, ripresa dalla sent. n. 88 del 2019).

¹⁹ La prima riserva di legge è identificata nell'art. 13 riguardante la limitazione della libertà personale e la durata della carcerazione preventiva, che fa *pendant* con l'art. 25, dove alla legge si riserva l'individuazione dei delitti e delle pene (secondo comma), nonché dei casi in cui si possono applicare misure di sicurezza (terzo comma). A queste va aggiunto il principio generale della soggezione alla legge da parte del potere giurisdizionale (art. 101, secondo comma, Cost.).

²⁰ Vi è da sottolineare come, nella materia penale, non vi siano limitazioni allo strumento referendario, se non nel caso dell'amnistia e dell'indulto (art. 75, comma secondo). La Costituzione dunque non esclude nemmeno il corpo elettorale dalla possibilità di incidere sulla configurazione dei crimini e sull'irrogazione delle pene, salvo appunto il caso citato, in cui l'esclusione vale per preservare la certezza giuridica: sarebbe in effetti assurdo che lo Stato ritirasse la libertà a coloro che hanno beneficiato di un atto di clemenza (per questa argomentazione, sia consentito rinviare a A. LAURO, *Rapporti etico-sociali, sovranità popolare e democrazia rappresentativa: le lezioni del referendum sul divorzio a quarant'anni di distanza*, in C. CAMARDI (a cura di), *Divorzio e famiglia. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, CEDAM, Padova, 2022, p. 159 ss.). Per alcune ulteriori considerazioni sul punto v. S. B. TAVERRITI, *Ragioni e spazi del favor per la democrazia diretta in materia penale. Note a margine del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Giurisprudenza penale Web*. n. 1-bis/2022, p. 14 ss.

LIBERAZIONE CONDIZIONALE E LIBERTÀ VIGILATA

Come è stato ben messo in luce in dottrina⁽²¹⁾, la portata democratica della riserva di legge in materia penale è venuta sbiadendosi, soprattutto nell'epoca più recente. Ciò è dovuto a fattori esogeni (come la giurisprudenza delle Corti sovranazionali), ma anche a fattori endogeni, a partire dall'uso congiunturale che il legislatore fa del diritto penale, spesso scadendo in testi mal confezionati con procedure poco ponderate sull'onda emotiva di fatti di cronaca⁽²²⁾. Il contraltare è lo spostamento del baricentro dal potere legislativo verso il potere giudiziario: la discrezionalità del primo diviene recessiva, a fronte della necessità di salvaguardare l'autodeterminazione del secondo, pur nella generale previsione di stampo illuministico che il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.). Insieme alla riserva di legge scolora il principio dell'uguaglianza formale, ormai fagocitato da una certa interpretazione dell'uguaglianza sostanziale che, in realtà, sconfina nella casistica⁽²³⁾ in nome della tutela dei diritti fondamentali commisurata in concreto alle infinite vicissitudini della realtà.

Col che — sia consentito precisare — non si sta affatto negando la sacrosanta presenza del principio di proporzionalità e individualizzazione della pena e la tutela costituzionale di un certo margine di discrezionalità del giudice nella commisurazione della stessa, che deriva dalla valutazione dei fatti di reato sottoposti alla sua cognizione. Il punto, semmai, è discutere quanto debba essere estesa questa tutela di rango costituzionale, cioè in che termini sia necessario per la Corte sanzionare un legislatore che ritenga di comprimere, in determinate situazioni, lo spazio decisionale del giudice. Il limite individuato dalla giurisprudenza costituzionale dovrebbe essere identificato nella “manifesta irragionevolezza” e nell'arbitrio (da ultimo, sent. n. 88 del 2019): concetti che, per loro stessa natura appaiono sfuggenti, come sembra ricavarsi dalla sent. n. 94 del 2023.

La sentenza in commento ha invece il merito di riportare a galla, garbatamente, alcune questioni che sembrano essere tramontate in un clima culturale dove è ampia e diffusa (forse non del tutto a torto) la diffidenza verso il decisore politico, democraticamente legittimato⁽²⁴⁾,

1201

²¹ V. in tema I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, Franco Angeli, 2015, in particolare p. 18 ss., ove si sottolineano le differenti *rationes* sottese alla riserva di legge in materia penale, cui *adde* S. BISSARO, *Corte costituzionale e “materia penale”*, cit., in particolare p. 51 ss.

²² Cfr. ancora I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali*, cit., p. 25, che sottolinea le distorsioni apportate al significato della riserva di legge dall'abuso dei decreti d'urgenza del Governo e degli strumenti procedurali di accelerazione all'interno del procedimento legislativo, come maxi-emendamenti abbinati alle questioni di fiducia.

²³ Cfr., in termini generali, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 135: « il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) impone che situazioni diverse siano trattate in modo diverso: ma ciò non significa affatto dissolvere il principio dell'eguale soggezione di tutti alla regola generale, perché non tutte le specificità di questa o quella situazione, così come non tutte le caratteristiche di un singolo individuo, sono meritevoli di un trattamento *ad hoc* ». In senso contrario va la dottrina del diritto mite, espressa in particolare da Gustavo Zagrebelsky (cfr. *ex multis* G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 185: « i tutti (ai quali normalmente si rivolge la legge), nell'epoca della personalizzazione del diritto, quando l'uguaglianza assume il valore della differenziazione di ciò che è diverso, non esistono più, dovendo essere sostituiti con “i tanti”, indefinitamente diversi, fino al punto che ciascuno di essi, nei casi della vita in cui si trova inserito, merita, per ragioni costituzionali, un trattamento *ad hoc* »).

²⁴ Sul complesso rapporto fra potere legislativo e potere giudiziario rispetto all'identificazione del soggetto cui spetta la decisione, bisogna ricordare quanto affermato da N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015, p. 363 « quando si sostiene che il silenzio o l'inerzia del legislatore democratico-rappresentativo nell'accogliere il nuovo diritto o il nuovo valore legittimerebbero l'innovazione giurisprudenziale, si dimentica (o si finge di ignorare) la banale verità che la discrezio-

ALESSANDRO LAURO

e si preferisce affidare il potere decisionale ad un'autorità terza e "tecnica", quale è la giurisdizione ⁽²⁵⁾.

È in effetti il legislatore — non il giudice — che può avere un quadro completo delle esigenze da contemperare: la rieducazione, ovviamente, ma anche la protezione della vita in società e l'ordine democratico, sulla base anche di un'interpretazione della coscienza sociale e dei momenti storici in cui si legifera ⁽²⁶⁾.

Quel che emerge dalla sentenza n. 66 è dunque una sana preoccupazione di ordine democratico, intessuta in una trama complessa di norme processuali e sostanziali, che nell'epoca della "giurisdizionalizzazione della vita politica" ⁽²⁷⁾ sembra di tanto in tanto sfuggire anche alla Corte costituzionale.

1202

nalità legislativa si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento (purché, certo, esse non siano "diventate" incostituzionali...). Inoltre, quel che non si decide in sede politico-rappresentativa, non per ciò solo va deciso in altre sedi, giacché, com'è ovvio, bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare ».

²⁵ Cfr. N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 316: « ormai anche in materia penale si insegna che la soggezione alla legge non fa del giudice un mero applicatore, e che egli non è potere "neutro" ». Espressivi di questa tendenza appaiono i primi commenti alla sentenza n. 66, che criticano il mancato ampliamento delle facoltà del giudice: cfr. M. R. DONNARUMMA, *Il binomio liberazione condizionale e libertà vigilata*, cit., p. 6; C. GIGANTE, *La Corte costituzionale in materia di libertà vigilata conseguente a liberazione condizionale. Nota a Corte cost., sent. n. 66 del 2023*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5/2023, p. 12 ss.

²⁶ Non può dimenticarsi che il nostro Paese ha conosciuto l'epoca del terrorismo politico, nella quale vennero adottate legislazioni di carattere penale, preventivo e repressivo, di rara intensità nelle democrazie occidentali. Tali misure furono fatte salve, anche a posteriori, dalla Corte costituzionale, che le ritenne indispensabili per la sopravvivenza dell'ordine democratico. In proposito è d'uopo ricordare la sent. n. 15 del 1982 e il passaggio contenuto al punto 5 del *Considerato in diritto*: « Di fronte ad una situazione d'emergenza, quale risulta quella in argomento, quando la questione venga collocata in un quadro più ampio di quello offerto dall'ordinanza che l'ha sollevata, Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza ». Certo fu una sentenza che fece discutere, come dimostrano le note a commento di L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sentenza n. 15?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, p. 98 ss., e A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, nella stessa sede, p. 108 ss.

²⁷ R. HIRSCHL, *The Judicialization of Politics*, in R. E. GOODIN (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011.

B) DIRITTO PROCESSUALE PENALE (*)

Alessandro Valenti (**)

GIUDIZIO DI RINVIO IN MATERIA CAUTELARE REALE E (IN)COMPATIBILITÀ DEL GIUDICE

1203

SOMMARIO: 1. Le questioni. — 2. Le prospettive interpretative. — 3. Riflessioni a margine.

1. *Le questioni.* — Il rapporto tra l'istituto dell'incompatibilità "endoprocessuale" e il principio di imparzialità del giudice è alquanto complicato. Lo testimonia la mole di questioni esaminate nel tempo dalla Consulta, che non di rado le ha accolte. Il tema posto al Giudice delle leggi, stavolta, è il seguente: colui che, in qualità di componente del collegio del riesame in materia cautelare reale, abbia concorso ad adottare l'ordinanza poi annullata dalla Corte di cassazione, può pronunciarsi nel successivo giudizio di rinvio?

La giurisprudenza di legittimità risponde in senso affermativo, rilevando che l'art. 623 comma 1 c.p.p., nell'individuare il giudice del rinvio, distingue l'annullamento di un'ordinanza (lett. a) dall'annullamento di una sentenza (lett. d): soltanto nel secondo caso è previsto che il giudice debba essere « diverso da quello che ha pronunciato » il provvedimento annullato. Tale previsione si salda con l'art. 34 comma 1 c.p.p., ossia la norma generale sulle cc.dd. "incompatibilità verticali" ⁽¹⁾, la quale prevede il caso del giudice del rinvio che abbia pronunciato la « sentenza » annullata ⁽²⁾.

(*) A cura di G. GIOSTRA e C. GABRIELLI. *N.d.r.: i contributi pubblicati nella presente Rassegna non sono stati sottoposti alla procedura di peer review, in conformità alle linee operative per il sistema di revisione pubblicate in calce al fascicolo. La qualità dei contributi stessi è assicurata dalla supervisione scientifica dei curatori della Rassegna.*

(**) L'Autore è Addetto all'Ufficio per il Processo presso la Corte di cassazione. Quanto scritto rispecchia le idee dell'Autore e non impegna l'Istituto di appartenenza.

¹ La sentenza in commento definisce le incompatibilità "verticali" come il « divieto di esercitare le funzioni di giudice in altro grado per il magistrato che ha già preso parte allo stesso procedimento giudicando nel merito ». La formula è vaga ma al contempo idonea a restituire la complessità della disciplina di cui all'art. 34 comma 1 c.p.p., che non è più

ALESSIO VALENTI

La Consulta è sollecitata a verificare se il “diritto vivente” in materia sia o meno compatibile con la Carta costituzionale. L’interrogativo non le era mai stato posto, non essendo riusciti i vari tentativi di rimessione a superare il filtro della manifesta infondatezza⁽³⁾.

L’occasione viene da due ordinanze del Tribunale di Ravenna, che, in funzione di giudice del riesame, doveva (ri)valutare, in sede di rinvio, la legittimità di due decreti di sequestro (in un caso conservativo, nell’altro preventivo)⁽⁴⁾. La Suprema Corte, infatti, aveva annullato le ordinanze adottate sui rispettivi gravami, accertandone il difetto di motivazione.

In entrambi i procedimenti, due dei tre giudici designati per la nuova decisione, avendo fatto parte del collegio che aveva adottato la pronuncia annullata, avanzavano istanze di astensione per “gravi ragioni di convenienza”. Il Presidente del Tribunale, tuttavia, le rigettava, fondando la propria decisione sull’elaborazione giurisprudenziale in tema di incompatibilità.

Pertanto, i giudici *a quibus* proponevano l’incidente di costituzionalità, censurando gli artt. 34 comma 1 e 623 comma 1 lett. a c.p.p. — in relazione agli artt. 3 e 111 comma 2 Cost. — nella parte in cui non prevedono l’incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice che abbia concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di riesame, ai sensi dell’art. 324 c.p.p., annullata dalla Corte di cassazione.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 91 del 2023, ha dichiarato l’infondatezza delle questioni sollevate dai rimettenti, muovendo da una prospettiva interpretativa evidentemente diversa dalla loro.

2. *Le prospettive interpretative.* — Nella prospettiva dei rimettenti, l’incompatibilità rappresenta l’effetto processuale prodotto dall’aver assunto una decisione sul merito della *res iudicanda*.

Gli stessi ritengono, infatti, che il giudice che ha già adottato una decisione di merito in sede cautelare abbia perduto la « capacità critica che è il presupposto di ogni retto giudizio ». Invero, ammettendo che il giudice della pronuncia annullata possa concorrere alla decisione da assumere in sede di rinvio, quest’ultima risulterebbe condizionata dalla c.d. “forza della prevenzione”, ossia dalla « naturale propensione a confermare una decisione già presa o a

riferibile, come in origine, alla sola « progressione “in verticale” » del « processo » (G. SPANGHER, *Soggetti, in Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Cedam, 1996, p. 24). È noto, infatti, che due recenti pronunce di incostituzionalità hanno introdotto altrettanti casi di incompatibilità del giudice dell’esecuzione che debba giudicare in sede di rinvio (Corte cost., 9 luglio 2013, n. 183, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2647 ss., con nota di G. SPANGHER, *Incompatibilità, in sede di rinvio, del giudice dell’esecuzione*; Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 7, *ivi*, 2022, p. 80 ss., con nota di D. VICOLI, *Fisionomia della fase esecutiva e giusto processo: la Corte sancisce l’incompatibilità in sede di rinvio del giudice la cui ordinanza sulla rideterminazione della pena illegale sia stata annullata*).

² Tra le molte pronunce, tutte non massimate sul punto, si vedano: Cass., Sez. IV, 21 giugno 2022, n. 28351; Cass., Sez. IV, 15 gennaio 2021, n. 4121; Cass., Sez. III, 3 dicembre 2019, n. 15585; Cass., Sez. II, 6 febbraio 2015, n. 17673; Cass., Sez. III, 29 gennaio 2014, n. 3952; Cass., Sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 11132. Il principio è altrettanto pacifico in tema di riesame, in sede di rinvio, dei provvedimenti cautelari *de libertate*, rispetto ai quali risulta massimato in questi termini: nella fattispecie in esame, va esclusa la sussistenza di una causa di incompatibilità, poiché l’art. 623 lett. a c.p.p. « non richiede che i componenti siano diversi e il procedimento incidentale *de libertate* non comporta, per sua natura, un accertamento sul merito della contestazione » (Cass., Sez. IV, 14 aprile 2021, n. 16717 in *C.e.d. Cass.*, n. 281039; conforme, tra le tante, Cass., Sez. V, 16 novembre 2005, n. 43, *ivi*, 233060).

³ Si veda Cass., Sez. II, 6 febbraio 2015, n. 17673, *cit.*, che, sulla scorta dei principi della giurisprudenza costituzionale, articola il ragionamento che figura, in termini maggiormente sviluppati, nella sentenza in commento.

⁴ Trib. Ravenna, ordinanze 23 maggio 2022, in *Gazz. Uff.*, 1^a Serie Speciale, n. 28 del 2022, p. 54 ss.

GIUDIZIO DI RINVIO IN MATERIA CAUTELARE

mantenere un atteggiamento già assunto, derivante da valutazioni che il giudice abbia precedentemente svolto » sul medesimo oggetto. Peraltro, l'assenza della « distanza mentale » da quest'ultimo mina « il sistema delle impugnazioni ».

L'additiva richiesta alla Corte costituzionale sanerebbe la frizione con l'art. 111 comma 2 Cost., e, allo stesso tempo, la violazione dell'art. 3 Cost., conseguente alla disparità di trattamento tra la fase di cognizione e la fase cautelare prevista dall'art. 623 comma 1 c.p.p., discendente dal fatto che, a fronte dell'adozione in entrambi i casi di una decisione di merito, solo nel primo caso è prevista l'incompatibilità processuale in sede di rinvio del giudice che l'abbia adottata.

Nel dichiarare le questioni infondate, la Consulta ha fatto leva, più che su solidi fondamenti costituzionali, sui propri precedenti.

La premessa di metodo è la seguente: l'imparzialità è « connotato essenziale e necessario dell'esercizio di ogni giurisdizione », ma la sua tutela richiede « una razionale ed esaustiva utilizzazione degli istituti » processuali deputati a tale scopo (incompatibilità, astensione e ricusazione).

Ciò posto, il Giudice delle leggi ha ritenuto decisivi tre profili.

In primo luogo, la « capacità pregiudicante » sorge in presenza di un « “giudizio” contentutisticamente inteso, ossia di un giudizio volto ad adottare una valutazione sul merito dell'accusa ». Tale situazione, tuttavia, non connota la fattispecie scrutinata dalla Corte, essendo il giudice chiamato a pronunciarsi « sulla richiesta di tutela cautelare » reale, che di certo non postula un giudizio sulla colpevolezza.

In secondo luogo, « è la decisione sul merito del giudizio che non può essere o apparire condizionata dalla forza della prevenzione ». Non è dirimente il fatto che il giudizio di rinvio di cui si discute non abbia sede nel “processo”. La Consulta, del resto, ha introdotto due casi di incompatibilità del giudice dell'esecuzione al quale, in sede di rinvio, è devoluto un « frammento di cognizione » (5). Ciò che esclude la rilevanza della “forza della prevenzione” nel caso di specie è il fatto che il “*fumus commissi delicti*” e il “*periculum in mora*” non implicano una « valutazione di colpevolezza » (6).

In terzo luogo, la “sede pregiudicata” e la “sede pregiudicante” devono collocarsi in fasi diverse del procedimento (7). Risulterebbe infatti « ragionevole » che all'interno di ciascuna di esse resti « preservata l'esigenza di continuità e di globalità, venendosi altrimenti a determinare una assurda frammentazione del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici quanti sono gli atti da compiere ». E nel caso di specie le due sedi si collocano « nella medesima fase cautelare, in senso verticale », ove le decisioni valgono « *rebus sic stantibus* ».

In breve, l'incompatibilità, al metro del principio di imparzialità, è « costituzionalmente necessaria » (8) nei limiti in cui serve a garantire la corretta formazione del giudizio inerente alle statuizioni sulla responsabilità penale.

Non ha sorte migliore la censura incentrata sull'art. 3 Cost. Esaminando tale questione, tuttavia, la sentenza sembra fornire l'*assist* per nuove ordinanze di rimessione per la materia cautelare personale.

Invero, dopo aver rimarcato le differenze tra il giudizio di cognizione e il giudizio cautelare, la Corte ha introdotto un *discrimen* tra la materia reale e quella personale: solo per la seconda sarebbe possibile affermare che « il giusto processo cautelare è l'epilogo di un

⁵ Corte cost., 9 luglio 2013, n. 183, cit.; così anche Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 7, cit.

⁶ Lo evidenzia la stessa sentenza che si annota: è « nell'assenza di valutazioni sul merito dell'ipotesi di accusa la determinante differenza » rispetto alle fattispecie che sono state esaminate nelle pronunce di incostituzionalità — *supra* citate — degli artt. 34 comma 1 e 623 comma 1 lett. a c.p.p.

⁷ Per “fasi” la Corte intende « sequenze ordinate di atti che possono implicare apprezzamenti incidentali, anche di merito, su quanto in esse risulti, prodromici alla decisione conclusiva ».

⁸ Corte cost., 10 marzo 2022, n. 64, con nota di C. GABRIELLI, *Sull'incompatibilità a celebrare il dibattimento del giudice che ha rigettato la richiesta di messa alla prova, una pronuncia nel solco della tradizione che lascia aperti i problemi*, in questa *Rivista*, 2022, p. 883 ss.

ALESSIO VALENTI

cammino » che « ha visto progressivamente sfumare le tradizionali differenze evidenziate tra decisione cautelare e giudizio di merito »⁹). Il giudice *de libertate*, infatti, si pronuncia sui « gravi indizi di colpevolezza », effettuando una valutazione che, non a caso, produce « un pregiudizio sul merito dell'accusa ».

3. *Riflessioni a margine.* — Non si coglie il senso di un giudizio celebrato da un giudice al quale si chieda di tornare sul proprio (pre)giudizio¹⁰). Egli tenderà a ricercare, selezionare e sovrastimare le informazioni che confermino la sua prima decisione di merito e ad ignorare e sottostimare quelle che la smentiscano¹¹). Quale che sia l'oggetto di valutazione e la fase di riferimento, la "forza della prevenzione" rende il giudice, almeno, *suspectus*.

Ma la sentenza n. 91 del 2023 esclude che tale scenario vada evitato con l'innesto di un nuovo caso di incompatibilità.

Vero, il giudice ha il rimedio dell'astensione per "gravi ragioni di convenienza". E tuttavia il capo dell'ufficio ha ampi margini per disporre il rigetto dell'istanza del giudice. Lo dimostrano i giudizi *a quibus*. La parte interessata, comunque, resta priva di tutela, non vertendosi in un caso di ricusazione.

Se è oscura la matrice costituzionale della soluzione, è chiara l'esigenza sentita dalla Corte costituzionale di « dosare ragionevolmente lo strumento dell'incompatibilità per ridurre le pesanti ripercussioni pratiche di una intransigente protezione dell'imparzialità del giudice »¹²).

Certo, in questa materia è impensabile non fare i conti con la questione organizzativa: quantomeno in assenza di un serio intervento sulla geografia giudiziaria¹³), pronuncia dopo pronuncia si rischia la paralisi della giurisdizione¹⁴). Tale questione andrebbe tuttavia "rimessa" alle istituzioni politiche, se si crede che le innegabili difficoltà di formazione degli organi giudicanti conseguenti alle decisioni di incostituzionalità non esimono la Corte dalla propria « essenziale funzione di garanzia »¹⁵).

1206

⁹ Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 36267, in *Cass. pen.*, 2007, p. 46 ss.

¹⁰ Il sistema impugnatorio, infatti, postula l'alterità dei soggetti chiamati a giudicare sul medesimo oggetto. Per questa impostazione, con riguardo al giudizio *de libertate*, P. SPAGNOLO, *Il Tribunale delle libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Giuffrè, 2008, p. 112 ss. In generale, sul tema, F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Edizioni dell'Ateneo, 1946, p. 264 s.; G. GIANZI, voce *Incompatibilità del giudice*, *Enc. Giur.*, vol. XVI, 2000, p. 3.

¹¹ È la distorsione cognitiva che prende il nome di "confirmation bias". Sul tema, in generale, v. B. M. BARRY, *How judges judge: empirical insights into judicial decision-making*, *Informa Law from Routledge*, 2020, online, § 2.1.1; G. GULOTTA, *Psicologia dell'errore nell'investigazione e nel giudizio, in "L'operazione decisoria" da emanazione divina alla prova scientifica. Passando per Rabelais*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Cedam, 2014, p. 131 ss.

¹² C. GABRIELLI, *Sull'incompatibilità a celebrare il dibattimento*, cit., p. 886.

¹³ Sull'esigenza di questo intervento, rispetto al tema in esame, v. D. CARCANO, *Alcune note in tema di incompatibilità del giudice che ha emesso il provvedimento restrittivo o che ha composto il collegio del riesame*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 676.

¹⁴ P. P. RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Giuffrè, 1996, p. 19, evidenzia il rischio della « paralisi giudiziaria » conseguente all'estensione delle cause di incompatibilità e rileva come non sia « possibile privilegiare soluzioni che si rivelino a priori impraticabili ».

¹⁵ Corte cost., 24 aprile 1996 n. 131, con nota di G. SPANGHER, *Decisioni sulla libertà personale ed incompatibilità del giudice*, in *Corr. giur.*, 1996, p. 622. Vedi, in senso critico, C. SANTORIELLO, *Le nuove dichiarazioni di incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p.: giudici senza pregiudizi, ma anche giudizi senza giudici*, *Giur. it.*, 1996, p. 1032; P. GAETA-G. TEL, *I pregiudizi sul pregiudizio ovvero il falso mito della verginità del « giudice di merito »*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 411. In senso analogo, invece, Corte cost., 26 ottobre 1990, n. 496, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 1, con nota di M. VESSICHELLI, *Ancora una discutibile pronuncia di illegittimità costituzionale*. In quell'arresto la Consulta affermava che la mancata riforma delle circoscrizioni giudiziarie non potesse giustificare deviazioni dal corretto svolgersi del processo.

 Veronica Manca-Silvia Bulighin

IL DIFFICILE EQUILIBRIO NEL GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO TRA CONTRAPPOSTE ESIGENZE DI RANGO COSTITUZIONALE: LA DISCIPLINA DEI COLLOQUI VISIVI PER I DETENUTI IN REGIME DI “CARCERE DURO”

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le questioni sollevate dal giudice *a quo*. — 3. La decisione della Corte costituzionale. — 4. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*. — Con la sentenza n. 105 del 2023, la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della disciplina dei colloqui visivi per i detenuti ristretti al regime di *41-bis* ord. penit. ⁽¹⁾. In particolar modo, con la decisione in esame, la Corte si è espressa sulla compatibilità delle limitazioni imposte dalla legge per lo svolgimento dei colloqui con i minori: il *focus* del giudizio di costituzionalità ha riguardato la restrizione prevista dall’art. 16 della Circolare dell’Amministrazione penitenziaria ⁽²⁾ che impone l’utilizzo del vetro divisorio a tutta altezza per separare il detenuto dai familiari.

Pur dichiarando infondate le questioni di legittimità sottoposte alla sua attenzione, la Corte fornisce all’interprete una lettura costituzionalmente orientata sia della norma primaria censurata, sia della correlata disciplina amministrativa, applicando la tecnica argomentativa dell’interpretazione conforme a Costituzione e il principio di proporzionalità ⁽³⁾.

Tale pronuncia può quindi ritenersi innovativa e degna di interesse perché, oltre a decidere della singola questione, elabora una visione costituzionale complessiva della disci-

1207

¹ Cfr. Trib. Min. Reggio Calabria, 9 giugno 2020, P.M., pubblicata in *Arch. pen.*, 2021, con nota di V. MANCA, *Sulla dimensione “bilaterale” della pena nel regime differenziato del 41-bis ord. penit: ibernazione totale degli affetti e negazione della genitorialità*, in *Arch. pen.*, 3, 2020.

² Cfr. art. 16 Circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6121 recante “*Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall’art. 41-bis O.P. che disciplina la vita all’interno delle sezioni 41 bis*”. Per un commento approfondito della Circolare, cfr. per tutti, V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017. Per uno studio monografico della materia cfr. A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41-bis o.p.*, Giuffrè, 2016.

³ Cfr. Corte cost., 28 maggio 2010, n. 190; Corte cost., 17 giugno 2013, n. 143; Corte cost., 7 giugno 2013 n. 135; Corte cost., 26 settembre 2018, n. 186; Corte cost., 5 maggio 2020, n. 97; Corte cost., 2 dicembre 2022, n. 18.

VERONICA MANCA-SILVIA BULINGHIN

plina dei colloqui in materia di 41-*bis* ord. penit., indicando un metodo operativo che dovrebbe guidare *ex ante* l'azione amministrativa e, *ex post*, il sindacato giurisdizionale (4).

2. *Le questioni sollevate dal giudice a quo.* — Il magistrato di Sorveglianza di Spoleto ha investito — con due ordinanze analoghe (5) — la Corte costituzionale del giudizio di legittimità dell'art. 41-*bis* comma 2-*quater*, lett. *b* ord. penit. « nella parte in cui dispone che il colloquio visivo mensile del detenuto in regime differenziato avvenga in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, anche quando si svolga con figli e nipoti in linea retta minori di anni quattordici », in relazione agli artt. 3, 27 comma 3, 31 e 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo e all'art. 8 C.e.d.u.

Il giudice rimettente ha adito la Corte dopo essere stato investito da due reclami — proposti da due detenuti in regime di 41-*bis* ord. pen. — che contestavano entrambi il divieto imposto dall'Amministrazione penitenziaria di svolgere colloqui visivi con figli e nipoti di età compresa tra i dodici e i quattordici anni in locali privi del vetro divisorio.

Come brevemente riporta l'ordinanza di rimessione, l'utilizzo del vetro divisorio per i colloqui con i minori ultradodicesenni trova fondamento nella Circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del 2 ottobre 2017 n. 3676/6126 che, all'art. 16, dispone che i colloqui per i detenuti in regime di “carcere duro” debbano avvenire in locali muniti di vetro a tutta altezza in modo da evitare il passaggio di qualsiasi oggetto. Nel caso di colloqui con figli o nipoti in linea retta minori di anni dodici, il detenuto può chiedere all'Amministrazione che si svolgano senza vetro divisorio, consentendo così la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto (6). Proprio tale atto amministrativo è stato di recente sottoposto anche

1208

⁴ Sul punto, G.M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Giuffrè, 2012, 204 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativo autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 35.

⁵ Ordinanze 5 agosto 2022, nn. 104 e 105. Le due ordinanze di rimessione sono decise con un'unica sentenza in quanto i relativi giudizi sono stati riuniti tenuto conto dell'unicità della questione sollevata.

⁶ Cfr. art. 16 Circolare DAP 2 ottobre 2017, n. 3676/6121: « I colloqui con i familiari si svolgono secondo le esigenze organizzative nei giorni stabiliti dalla Direzione, anche tramite il sistema della preventiva prenotazione. Il detenuto/internato può, ai sensi della normativa vigente in materia, fruire di colloqui visivi della durata massima di un'ora, nella misura inderogabile di uno al mese da effettuarsi ad intervalli di tempo regolari. Nel rispetto della calendarizzazione delle giornate dei colloqui da parte della Direzione, gli stessi saranno autorizzati e fruiti a distanza di circa 30 giorni. Lo svolgimento dei colloqui visivi avviene presso locali all'uopo adibiti, muniti di vetro a tutta altezza, tale da non consentire il passaggio di oggetti di qualsiasi specie, tipo o dimensione. Il chiaro ascolto reciproco da parte dei colloquanti sarà garantito con le attuali strumentazioni all'uopo predisposte. In una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra tutela del diritto del detenuto/internato di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall'altra parte del vetro. Detto colloquio è sottoposto a videoregistrazione ed ascolto, previo provvedimento motivato dell'A.G. Il posizionamento del minore nello spazio destinato al detenuto/internato dovrà avvenire evitando forme di contatto diretto con ogni familiare adulto. In ogni caso il predetto posizionamento e la successiva riconsegna del minore ai familiari, dovrà avvenire sotto stretto controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza, con le cautele e gli accorgimenti del caso, al fine di contemperare le esigenze di sicurezza con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venirsi a trovare ».

EQUILIBRIO NEL GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO

al vaglio della Cassazione (7) che lo ha ritenuto legittimo e non irragionevole, considerato il margine di discrezionalità di cui gode l'Amministrazione nell'ambito delle proprie scelte organizzative.

Secondo la Cassazione, il predetto art. 16 è frutto di un prudente temperamento di interessi. Partendo, infatti, dal presupposto che i colloqui visivi costituiscono un diritto fondamentale del detenuto, riconosciuto non solo a livello interno ma anche sovranazionale (8), questi devono essere garantiti anche ai ristretti in regime differenziato. In questo caso, però, sono ammesse delle limitazioni, in ragione delle diverse esigenze di rango costituzionale in potenziale conflitto. Da un lato, appunto, il diritto alla vita familiare e al mantenimento di relazioni con i più stretti congiunti; dall'altro, le esigenze di controllo e sicurezza sociale inevitabilmente correlate ai detenuti sottoposti al 41 *bis* ord. penit.

Premesso ciò, il remittente evidenzia come sia proprio la disposizione normativa censurata a sollevare dubbi di legittimità costituzionale poiché « decisamente tranciante in senso negativo » e perché « sembra interdire sempre e con chiunque i colloqui visivi senza vetro divisorio ». A valle della norma non residuerebbe, infatti, nemmeno un margine discrezionale in capo all'Amministrazione, dovendo essere necessariamente interpretata nel senso che per « locali attrezzati » si intendono solo « i locali dotati di un vetro di sicurezza a tutta altezza ». Ragionando in tal modo, dunque, anche la Circolare dell'Amministrazione penitenziaria si porrebbe in contrasto con la normativa primaria, che non ammetterebbe margini di discrezionalità, neppure quando diretti a mitigare gli effetti potenzialmente incostituzionali della legge.

In conclusione, il giudice *a quo* dubita della legittimità della norma censurata nella parte in cui non esclude i minori — figli e nipoti in linea retta — dai soggetti destinatari della restrizione del vetro divisorio: la norma primaria dovrebbe, infatti, esplicitare che le modalità di svolgimento dei colloqui con i familiari in termini più restrittivi non si applicano ai minori. La mancata operatività di tale distinzione finisce, *in primis*, per violare il rispetto del superiore interesse del minore; in secondo luogo, per avallare la presunzione che i soggetti in “tenera età” possano « ritenersi strumentalizzabili quali veicoli di informazioni da e per l'esterno ». Quanto alla posizione del soggetto minore, il giudice rimettente ritiene possibile una rideterminazione del limite di età da dodici a quattordici anni, età già considerata dal legislatore quale linea di demarcazione, ad esempio per la soglia dell'imputabilità oppure all'interno dello stesso ordinamento penitenziario ai sensi del comma 3 dell'art. 18.

1209

3. *La decisione della Corte costituzionale.* — La Corte conclude per la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sottoposte dal magistrato di sorveglianza di Spoleto.

Risulta, infatti, erroneo il presupposto da cui muovono entrambe le ordinanze di rimessione: la disposizione censurata non deve considerarsi « inequivoca nel senso di imporre l'utilizzo del vetro divisorio in ogni circostanza, e dunque anche in occasione dei colloqui visivi con i figli e i nipoti in linea retta minori di (qualunque) età » (9). La Corte sottolinea come il remittente — pur avendo ampiamente prospettato l'intero quadro giurisprudenziale e normativo rilevante — non sia giunto alle conclusioni corrette quanto all'interpretazione della norma censurata. La lettera della legge, infatti, indica volutamente solo il risultato vietato — il passaggio di oggetti durante i colloqui visivi — senza precisare quali soluzioni tecniche adottare nello specifico e limitandosi a richiedere solamente che i locali siano in questo senso attrezzati. Di talché deve concludersi che l'utilizzo del vetro divisorio — sebbene rappresenti

⁷ La Corte di Cassazione, tra le ultime, con sentenza n. 34388 del 2022 ha dichiarato legittima — e quindi conforme al dato normativo primario (art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. *b* ord. penit.) — la Circolare del DAP che ammette il colloquio senza vetro per i minori di anni dodici.

⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 3 novembre 2021, n. 46719.

⁹ Corte cost., 6 aprile 2023, n. 105, in *Motivi della decisione*, § 2.

VERONICA MANCA-SILVIA BULINGHIN

un mezzo altamente idoneo allo scopo — non è imposto dalla disposizione censurata in modo espresso ed univoco. Ed anzi, considerati i diversi interessi di rango costituzionale coinvolti, la conclusione a cui giunge il giudice *a quo* non potrebbe che apparire enormemente sproporzionata.

Da un'analisi più attenta della norma, ad avviso della Corte, deve giungersi ad un esito diverso da quello prospettato dal Magistrato di Sorveglianza e compatibile con i parametri, nazionali e sovranazionali, evocati.

Di fronte ad una disposizione che indica chiaramente solo l'obiettivo da raggiungere, non può che ritenersi — in un'ottica costituzionalmente orientata — che le soluzioni debbano essere concretamente individuate in ragione delle diverse situazioni che l'Amministrazione si vede chiamata ad affrontare. In questa prospettiva, l'art. 16 della Circolare deve intendersi come atto compatibile con la normativa primaria ed idoneo ad orientare l'Amministrazione penitenziaria « fornendole un riferimento che la solleva dall'obbligo di motivare puntualmente le ragioni della propria scelta su ogni richiesta di colloquio senza vetro divisorio con i familiari minorenni, sia infra, sia ultradodicenni »⁽¹⁰⁾. Tale atto, inoltre, non è espressione di un'insuperabile rigidità: l'Amministrazione, o l'Autorità giudiziaria in sede di reclamo, ben potranno adeguare la scelta circa le modalità del colloquio qualora sussistano valide ragioni giustificative e ne sia fornita adeguata motivazione.

4. *Osservazioni conclusive.* — L'approdo cui è giunta la Corte costituzionale, in relazione all'interpretazione tanto della norma primaria quanto di quella secondaria, risulta pienamente condivisibile. Il delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco non può che fondarsi su di un giudizio del caso concreto. Un'interpretazione costituzionalmente orientata consente, infatti, di affermare che la legge non obbliga a che i colloqui si svolgano necessariamente in presenza di vetro divisorio a tutta altezza, ma che i locali siano attrezzati in modo da non lasciar passare oggetti. Nella prassi quello del vetro divisorio si è rivelato essere un metodo efficace ma non per questo deve concludersi che sia l'unico possibile, talvolta risultando sufficiente il solo « impiego di telecamere di sorveglianza puntate costantemente sulle mani, la dislocazione del personale di vigilanza in posizioni strategiche, eccetera »⁽¹¹⁾.

In conclusione, quello prescritto dall'art. 16 della Circolare è un indirizzo a cui l'interprete deve attenersi in via generale, ferma restando la possibilità di discostarsene nel caso concreto. Ciò significa che, in presenza di valide ragioni giustificative, potrà essere ammesso al colloquio senza vetro divisorio anche il minore ultradodicenne; allo stesso modo, la singola amministrazione potrà rifiutare la richiesta di colloquio non schermato con il minore infradodicenne, qualora ciò sia oggettivamente necessario per contenere il rischio di contatti con l'esterno del detenuto in regime di "carcere duro".

¹⁰ *Ibidem*, § 11.

¹¹ *Ibidem*, § 10.

Gaia Caneschi

DIRITTO AL SILENZIO: LA CORTE COSTITUZIONALE RIMODULA LA SEQUENZA DELL'INTERROGATORIO RISCRIVENDO I CONFINI DELL'AUTODIFESA

SOMMARIO: 1. Le questioni di costituzionalità e il quadro normativo di riferimento. — 2. La decisione della Corte costituzionale. — 3. Una discutibile limitazione all'autodifesa dell'imputato.

1. *Le questioni di costituzionalità e il quadro normativo di riferimento.* — Dispone l'art. 66 comma 1 c.p.p., che nel primo atto procedimentale in cui è presente l'indagato, l'autorità giudiziaria lo invita formalmente a dichiarare le proprie generalità « e quant'altro può valere ad identificarlo », ammonendolo sulle conseguenze che derivano dal rifiuto o dal mendacio ⁽¹⁾. Il codice di rito sembra quindi chiaro nel prevedere che la collaborazione con l'autorità, in fase di identificazione, sia un obbligo e non una facoltà rientrante nelle scelte difensive: a conferma di ciò si è soliti richiamare l'art. 64 comma 3 c.p.p., che riconosce all'interrogato la facoltà di non rispondere « salvo quanto previsto dall'art. 66 comma 1 c.p.p. » ⁽²⁾.

Peraltro, nel procedere all'identificazione la persona può essere invitata, secondo quanto disposto dall'art. 21 disp. att. c.p.p. ⁽³⁾, a dichiarare se ha un soprannome o uno pseudonimo, se possiede beni patrimoniali e quali sono le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale; è invitato altresì a dichiarare se è sottoposto ad altri processi penali, se ha riportato

1211

¹ Si riscontrano, infatti, disseminate in più settori dell'ordinamento, le conseguenze sanzionatorie della condotta di chi rifiuta di fornire informazioni circa la propria identità o rilascia dichiarazioni false al riguardo. Il tema è diffusamente trattato da E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Giappichelli, 2022, *passim*.

² O. DOMINIONI, *Commento agli artt. 66-68 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O. Dominioni, I, Giuffrè, 1989, p. 411. Il punto è controverso: si è infatti sostenuto che, in relazione a talune fattispecie incriminatrici, la scelta del silenzio potrebbe rappresentare l'attuazione di una strategia difensiva "vincolata"; si pensi all'art. 494 c.p. (sostituzione di persona), nel qual caso rispondere secondo verità alla domanda sulle generalità potrebbe comportare una ammissione di colpevolezza, mentre il silenzio o la menzogna potrebbero rientrare in una strategia difensiva che renderebbe operativa la scriminante di cui all'art. 51 c.p. Su questo argomento v. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004, p. 111 ss.; nonché F. CORBI, *Falsa dichiarazione di conseguita patente di guida e art. 495 codice penale*, in *Giur. it.*, 1969, II, c. 100.

³ La disposizione è commentata da R.E. KOSTORIS, sub art. 21, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, *La normativa complementare*, I, *Norme di attuazione*, Giappichelli, 1992, p. 73 ss.

GAIA CANESCHI

condanne in Italia o all'estero, se ha esercitato o esercita uffici o servizi pubblici, servizi di pubblica necessità o se ha ricoperto o ricopre cariche pubbliche. In questo modo, si esigono dall'imputato informazioni che non hanno a che vedere con l'identificazione in senso stretto e che, pur non attenendo (generalmente, ma non sempre) al merito dell'accusa, possono essere utilizzate nell'ambito del processo penale *contra reum*, aggravandone la posizione (es. ai fini della commisurazione della pena o dell'applicazione di misure cautelari).

La problematica è al centro delle questioni di legittimità costituzionale di recente rimesse alla valutazione dei giudici di Palazzo della Consulta. Nell'ambito di un processo penale celebrato, tra l'altro, per il reato di cui all'art. 374-bis c.p. (false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità), per avere l'imputato dichiarato in fase di identificazione di non avere riportato condanne penali, pur avendone riportate due divenute definitive, il giudice rimettente riteneva il fatto più propriamente sussumibile nella fattispecie più grave di cui all'art. 495 c.p. (falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sull'identità o su qualità personali proprie o di altri), dubitando comunque della legittimità costituzionale della previsione.

Più precisamente, la norma in questione, applicandosi alle false dichiarazioni rese nell'ambito di un procedimento penale dalla persona sottoposta ad indagini o imputata in relazione ai propri precedenti penali e in generale in relazione alle circostanze di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p., contrasterebbe con gli artt. 3 e 24 Cost. Secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, infatti, non ci sarebbe alcun obbligo di far precedere alle domande sulle condizioni personali gli avvertimenti di cui all'art. 64 comma 3 c.p.p.⁽⁴⁾; cionondimeno, le risposte fornite potrebbero essere utilizzate, in ambito cautelare o di merito, nei confronti dell'accusato. Sarebbe, pertanto, « eccessivamente formalistico e quindi irragionevole », prosegue il rimettente, « distinguere tra domande preliminari, che non sarebbero coperte dal diritto di mentire, e domande rientranti nell'interrogatorio/esame vero e proprio, alle quali l'imputato può rispondere liberamente, senza timore di incorrere in ulteriori responsabilità penali ».

In via subordinata, il giudice rimettente prospetta due ulteriori questioni di legittimità costituzionale, queste esclusivamente riferite all'art. 24 Cost.: la prima relativa all'art. 64 comma 3 c.p.p., nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti debbano precedere qualunque tipo di audizione nell'ambito del procedimento penale; la seconda riguardante l'art. 495 comma 1 c.p., nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità nel caso in cui l'imputato renda false dichiarazioni sui propri precedenti penali (e, più in generale, sulle questioni relative all'art. 21 disp. att. c.p.p.), senza essere stato avvisato della facoltà di non rispondere.

2. *La decisione della Corte costituzionale.* — Richiamando un proprio fondamentale precedente⁽⁵⁾, con la sentenza n. 111 del 2023, la Corte costituzionale ha riconosciuto che l'attuale assetto del diritto vivente, che modula l'interrogatorio secondo i passaggi sopra descritti, non assicura una tutela sufficiente al diritto al silenzio.

In effetti, secondo la sequenza "classica", l'avvertimento sulla facoltà di non rispondere è posticipato rispetto all'obbligatoria declinazione delle proprie generalità e delle altre

⁴ Al riguardo cfr., *ex multis*, Cass., sez. IV, 14 gennaio 2022, n. 2497, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3103.

⁵ Corte cost., 6 maggio 1976, n. 108, in *Giur. Cost.*, 1976, p. 824 ss., sulla quale v. G. GIOSTRA, *L'imputato che mente o tace sui suoi precedenti penali*, in *questa Rivista*, 1977, p. 635 ss. In quell'occasione, la Corte precisò che l'imputato incorre nel reato di cui all'art. 495 c.p. se fornisce notizie false circa i propri precedenti penali, ma può sempre astenersi dal rispondere a tali domande.

condizioni personali (art. 21 disp. att. c.p.p.)⁽⁶⁾, domande queste ultime che sono normalmente formulate dopo l'ammonimento circa le conseguenze cui si espone chi rifiuti di fornire nome e cognome, data e luogo di nascita. Con ciò si determina una situazione inaccettabile di opacità circa la necessità di rispondere, che porta il prevenuto a ritenersi obbligato a fornire anche le informazioni inerenti alle altre "condizioni personali". Oltretutto, non è prevista alcuna tutela per l'interessato nel caso di violazioni, essendo la sanzione processuale dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese esclusivamente riferita in via generale ai casi in cui siano stati illegittimamente omessi gli avvisi (art. 64 comma 3-bis c.p.p.).

Di qui la rimodulazione della struttura morfologica dell'interrogatorio e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 64 comma 3 c.p.p.: gli avvertimenti ivi indicati, fondamentali per presidiare una concreta consapevolezza valutativa, devono precedere le richieste di informazioni di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p., riconosciute non indispensabili ai fini identificativi.

Ad essere accolta è stata dunque la questione formulata in via subordinata dal rimettente, che vede legati — sotto il profilo del rispetto del diritto di difesa — l'art. 64 comma 3 c.p.p. e l'art. 495 c.p.: con riguardo a quest'ultima previsione, la Corte ha ritenuto non contrastante con l'art. 24 Cost. la punibilità delle dichiarazioni non veritiere rese dall'imputato che abbia previamente ricevuto l'avviso circa il diritto al silenzio, circoscrivendo l'illegittimità costituzionale della fattispecie al caso in cui le false dichiarazioni sulle informazioni di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p. siano state rilasciate in assenza degli avvertimenti di cui all'art. 64 comma 3 c.p.p. Spetterebbe eventualmente al legislatore, precisa la Corte costituzionale, valutare se estendere la non punibilità all'ipotesi in cui l'interessato, pur avendo ricevuto l'avvertimento sulla facoltà di non rispondere, per evitare conseguenze pregiudizievoli, renda dichiarazioni false.

È stata invece rigettata, perché al contempo « eccedente » ed « insufficiente » rispetto allo scopo di tutela, la questione prospettata in via principale inerente alla mancata esclusione *tout court* dalla rilevanza penale dell'art. 495 c.p. delle dichiarazioni false rese in risposta alle domande di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p.

Sotto questo profilo, la Corte pone preliminarmente l'accento sul fatto che il diritto a mentire, oltre a non essere internazionalmente riconosciuto quale componente del diritto al silenzio, non troverebbe supporto nemmeno nella giurisprudenza costituzionale: la fondamentale affermazione fatta nella sentenza n. 179 del 1994, secondo cui « l'imputato non solo gode della facoltà di non rispondere, ma non ha nemmeno l'obbligo di dire la verità »⁽⁷⁾, viene qui ridimensionata a meramente « cursoria », dal momento che essa non avrebbe avuto altra funzione che quella di descrivere il sistema legislativo vigente, non costituendo una precisazione del significato costituzionale del diritto al silenzio.

Pertanto, non ha colto nel segno il rilievo del rimettente che evocava il contrasto con l'art. 3 Cost. per l'irragionevole disparità di trattamento che sussiste tra situazioni analoghe, quali le dichiarazioni circa il merito dell'accusa e quelle relative alle circostanze personali del prevenuto: il fatto che il legislatore non abbia previsto una sanzione per chi dichiara il falso nel tentativo di difendersi, argomenta la Corte, « non significa necessariamente che tale scelta

⁶ A partire dai precedenti penali, che possono integrare gli elementi costitutivi di un reato (es. art. 707 c.p.) ed essere suscettibili di determinare la circostanza aggravante della recidiva, le informazioni sui procedimenti penali cui la persona sia sottoposta possono costituire elementi utili per la valutazione circa la pericolosità sociale; e ancora, le informazioni sui beni patrimoniali posseduti e sulle condizioni di vita possono essere utili ai fini dell'applicazione di misure cautelari; senza trascurare che la conoscenza dello pseudonimo o del soprannome (che, « a differenza del nome e cognome, vale ad identificarla non già al cospetto dell'intera comunità civile, ma esclusivamente nella cerchia delle sue relazioni private », v. § 3.5.1. *Considerato in diritto*), può rivelarsi fondamentale ai fini investigativi per esempio in presenza di intercettazioni: la domanda relativa a tale circostanza si risolverebbe nella sollecitazione di una confessione.

⁷ Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1594.

GAIA CANESCHI

corrisponda ad una valutazione di liceità della condotta medesima (e tanto meno all'aver considerato quella condotta come espressione di un diritto di rango costituzionale)» (§ 4.1. *Considerato in diritto*). Viene inoltre rammentato che nell'ordinamento esistono fattispecie incriminatrici a carico di indagati o imputati che, non avvalsi della facoltà di non rispondere, rendano dichiarazioni false: si tratta di casi in cui la punizione è considerata necessaria in ragione della tutela degli interessi protetti dagli artt. 367 e 368 c.p.

Pur essendo il diritto al silenzio esteso sia alle dichiarazioni relative al fatto di reato, sia a quelle relative alle circostanze personali (diverse dalle strette generalità), secondo la Corte costituzionale non è irragionevole che, in seguito ad una rinuncia consapevole ad avvalersi di tale diritto, il legislatore preveda — in tutela di interessi di rango costituzionale (quali l'amministrazione della giustizia) — il divieto di rendere dichiarazioni false sulle qualità relative alla propria persona e stabilisca una correlata sanzione.

3. *Una discutibile limitazione dell'autodifesa dell'imputato.* — La decisione, certamente apprezzabile per il portato garantista ad argine dei consolidati filoni pretori che negano la necessità di estendere il diritto al silenzio alle domande non finalizzate all'identificazione in senso stretto, contiene taluni passaggi sul cui significato conviene soffermarsi.

Benché la più recente sentenza della Corte costituzionale sul diritto al silenzio avesse restituito l'immagine di una garanzia rafforzata⁽⁸⁾, la pronuncia in commento sembra ora minare il nucleo essenziale di quel medesimo diritto: difatti, pur estendendo condivisibilmente la facoltà di non rispondere alle domande ulteriori di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p., viene smentita la rilevanza del mendacio quale possibile forma di espressione del diritto di difesa.

In effetti, a questo proposito, non può negarsi che il ricorso generalizzato e l'utilizzo ambiguo dell'espressione latina *nemo tenetur se detegere* (e delle sue molteplici varianti)⁽⁹⁾, con riferimento al diritto all'autodifesa dell'accusato⁽¹⁰⁾, abbiano generato equivoci sulla portata della garanzia, la quale in realtà ricomprende situazioni ben diverse tra di loro: dal diritto ad essere avvertito della facoltà di non rispondere a quello di non essere obbligato a rendere dichiarazioni *contra se*, declinato sia nella facoltà di non rendere dichiarazioni *in toto* sia in quella di non rispondere alle singole domande, fino alla possibilità — esercitata sempre nell'ambito del diritto di difesa — di fornire risposte mendaci⁽¹¹⁾, nonché alla pretesa di non dover sopportare conseguenze sfavorevoli in ragione della scelta in favore del silenzio⁽¹²⁾.

⁸ Ci si riferisce a Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84, in *Giur. cost.*, 2021, p. 1028 ss., con nota di G. SPANGHER, *Nel dialogo tra le Corti si consolida il diritto al silenzio*.

⁹ Sul tema vastissimo, senza pretese di completezza, v. V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p. 3-4; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e diritto al silenzio*, Giappichelli, 2000, p. 114 ss.; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 42 ss.; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, p. 2 ss.

¹⁰ N. CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Jovene, 1967, p. 11 ss.; M. CERESA-GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Giappichelli, 2002, p. 71-73; nonché, volendo, anche G. CANESCHI, *L'imputato*, Giuffrè, 2021, p. 97-98.

¹¹ Secondo O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 70, «è possibile configurare anche la facoltà di mentire come corollario del più ampio diritto costituzionale di difesa»; anche F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1987, p. 226, ritiene che «il diritto alla difesa implica quello di tacere e di mentire».

¹² È recente l'intervento, ad opera del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, sull'art. 314 comma 1 c.p.p., relativo alla riparazione per ingiusta detenzione, con l'importante aggiunta della previsione secondo cui «l'esercizio da parte dell'imputato della facoltà di cui all'art. 64, comma 3, lett. b, non incide sul diritto alla riparazione di cui al primo comma». La modifica, che recepisce la previsione dell'art. 7, comma 5, dir. 343/16/UE del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al

E all'incertezza che regna sui contorni giuridici del fenomeno autodifensivo ha certamente contribuito anche il fatto che il principio non sia previsto esplicitamente né dalla Costituzione, né dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, né dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁽¹³⁾.

Cionondimeno, la centralità del canone del *nemo tenetur se detegere* nella definizione delle garanzie fondamentali dell'imputato appare un dato acquisito ed indubitabile. Sia che lo si ricolleggi alla presunzione di innocenza come fa la Corte di Strasburgo⁽¹⁴⁾, sia che lo si ritenga un corollario del diritto di difesa come affermato dalla Corte costituzionale⁽¹⁵⁾, il diritto di non collaborare presenta una duplice componente: accanto a quella "passiva", da intendersi come esercizio del silenzio, vi è quella "attiva", consistente nella facoltà dell'imputato « di essere presente con le proprie discolpe »⁽¹⁶⁾, fornendo cioè apporti conoscitivi che non soggiacciono agli obblighi di verità che caratterizzano la testimonianza, quindi anche con la possibilità, per lungo tempo respinta perché ritenuta inaccettabile⁽¹⁷⁾, di mentire nell'interlocuzione con l'autorità giudiziaria.

Nel *nemo tenetur se detegere* non può pertanto che rientrare anche il diritto alla libertà delle scelte difensive, che può realizzarsi solo in assenza di violenze o intimidazioni finalizzate ad estorcere dichiarazioni, nonché senza l'induzione indiretta a tenere un determinato contegno in ragione della minaccia di una sanzione: in altre parole, la garanzia costituzionale di cui all'art. 24 Cost. implica il divieto di configurare obblighi il cui adempimento si risolve in un'autoincriminazione⁽¹⁸⁾.

È su questo piano che, invece, la pronuncia della Corte sembra eccedere nell'opera di ridisegno dell'art. 64 c.p.p., arrivando a tracciarne — anche attraverso il menzionato ridimensionamento del precedente del 1994 — una fisionomia nella quale il diritto dell'imputato di difendersi mentendo, quantomeno sulle dichiarazioni oggetto dell'art. 21 disp. att. c.p.p., non sembra trovare spazio, essendo il silenzio configurato come l'unica alternativa autodifensiva lecita.

È questa una soluzione che non lascia pienamente appagati, in quanto al risultato — indubbiamente condivisibile — di rinsaldare il diritto dell'imputato al silenzio su quelle

processo nei procedimenti penali, è finalizzata a superare quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, l'essersi avvalsi della facoltà di non rispondere, pur costituendo esercizio del diritto di difesa, rileva ai fini dell'accertamento della sussistenza della condizione ostativa del dolo o della colpa grave: cfr., Cass., sez. IV, 27 aprile 2018, n. 24439, in *C.E.D. Cass.*, n. 273744. Sul tema, v. A. MANGIARACINA, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere su vuoti domestici... e non solo*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, p. 743; nonché E. ZANETTI, *La riparazione dell'ingiusta detenzione cautelare. Aspetti e questioni applicative*, Padova, 2002.

¹³ Pur trattandosi di un diritto fondamentale, la « riconduzione a parametri costituzionali o para costituzionali è affidata in modo quasi esclusivo alla giurisprudenza »: così G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2020, p. 137. Una espressa previsione della garanzia in questione è invece contenuta nel Patto internazionale sui diritti civili e politici all'art. 14 comma 3 lett. g.

¹⁴ Cfr. Corte eur., 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, § 68.

¹⁵ Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3228, sulla quale sia consentito rinviare a G. CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, *ivi*, 2020, p. 578.

¹⁶ Così G. VASSALLI, *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, Cedam, 1953, II, 583.

¹⁷ È nota la tesi carneluttiana che considerava eccessivo che « la ricerca della verità per mezzo dell'imputato » fosse affidata « solamente alla sua libertà »: cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Edizioni dell'Ateneo, 1947, p. 169.

¹⁸ Sul punto v. M. ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *questa Rivista*, 1989, p. 198.

GAIA CANESCHI

circostanze si giunge attraverso un percorso argomentativo che nega invece il diritto ad una risposta mendace sulle stesse.

Alla base di ciò si situa, forse, una non condivisibile interpretazione del ruolo che va riconosciuto nel nostro ordinamento agli avvertimenti di cui all'art. 64 comma 3 c.p.p.: difatti, con l'affermazione secondo cui una volta ricevuti quelli l'imputato si troverebbe di fronte all'alternativa secca tra il tacere e il rispondere secondo verità, la Corte costituzionale finisce per sovrapporre la figura dell'imputato a quella del testimone che, trovandosi in rapporto di parentela con l'accusato, abbia facoltà di astenersi (art. 199 c.p.p.) e non possa tuttavia mentire se, dopo avere ricevuto il relativo avviso, decida di rispondere. Ne risulta un ruolo degli avvertimenti *sub* art. 64 comma 3 c.p.p. che viene degradato da presidio difensivo a mero avviso volto a prevenire l'ingresso nel procedimento penale di dichiarazioni non veritiere, ben lontano dalla vera natura di quella previsione.

È quindi sotto questo profilo che la decisione in commento solleva, nondimeno, la necessità di ribadire che, pur esprimendo scelte processuali radicalmente diverse, sia silenzio che mendacio poggiano su un medesimo e comune fondamento, che è il diritto di difesa¹⁹, da intendersi come espressione della libertà di autodeterminazione dell'individuo nel rapporto con l'autorità, la quale non deve vedersi limitata in nome dell'interesse all'acquisizione al processo penale di sole dichiarazioni autodifensive veritiere.

¹⁹ Parte della dottrina ricava la facoltà di mentire dal diritto al silenzio: P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 59; *contra*, chi sostiene la differenza tra silenzio e mendacio: G. DI CHIARA, *In tema di qualificazione giuridica del mendacio dell'imputato. Aspetti processuali*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 808.

Guido Colaiacovo

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO
E CITTADINO DI STATI TERZI: LA DISCIPLINA
DEL "MICROSISTEMA"
FINALMENTE IN LINEA CON LA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. La questione di legittimità costituzionale. — 2. Le indicazioni della Corte di giustizia e la decisione della Corte costituzionale. — 3. L'intervento del legislatore e un dubbio residuo.

1. *La questione di legittimità costituzionale.* — La Corte costituzionale, con la sentenza n. 178 del 28 luglio 2023, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18-bis, comma 1, lett. c) della l. 22 aprile 2005, n. 69, sul mandato d'arresto europeo, nella parte in cui non prevedeva che la Corte d'appello, disponendo contestualmente l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza in Italia, potesse rifiutare la consegna qualora la persona ricercata fosse cittadina di uno Stato terzo, ma legittimamente ed effettivamente avesse residenza o dimora nel territorio nazionale e fosse sufficientemente integrata nel tessuto sociale italiano. La statuizione demolitoria è stata estesa, ai sensi dell'art. 27, l. 11 marzo 1953, all'art. 18-bis, comma 2. Tale previsione, a seguito della riforma della disciplina dell'euromandato attuata con il d. lgs. 2 febbraio 2021, n. 10, ha sostituito quella originariamente sottoposta allo scrutinio del giudice delle leggi. In quest'ultima ipotesi, la Corte ha precisato che la permanenza in Italia non deve essere inferiore a cinque anni ⁽¹⁾.

La questione era stata sollevata dalla Corte d'appello di Bologna che censurava la norma con la quale il legislatore italiano aveva dato attuazione all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 584/2002/GAI. L'esclusione del cittadino di Stati terzi dalla platea di soggetti che potevano essere ammessi a espriare la pena nel nostro Stato collideva, infatti, con una pluralità di principi costituzionali ⁽²⁾.

¹ Sulla decisione, G. COLAIACOVO-G. DE AMICIS, *Principio di territorialità dell'esecuzione e mandato d'arresto europeo: le indicazioni della Corte di giustizia, la decisione della Corte costituzionale e l'intervento del legislatore*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 2808.

² L'ordinanza riprendeva gli argomenti già sviluppati da Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 10371, in *Cass. pen.*, 2020, 3174, con nota di G. COLAIACOVO, *Il "microsistema" di consegna differenziato per il cittadino e il residente di nuovo al vaglio della Corte costituzionale*, che aveva sollevato per prima la questione di legittimità costituzionale (in tema, anche 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 *questa rivista*, 2020, p. 678). Conviene peraltro segnalare che la decisione della Corte costituzionale si inserisce in un percorso lungo il quale si sono avvicendate decisioni della Suprema Corte e

GUIDO COLAIACOVO

Innanzitutto, sarebbero stati violati gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.: la decisione quadro consentiva agli Stati membri di decidere se introdurre o meno nell'ordinamento nazionale il motivo di rifiuto in parola, ma la discrezionalità era limitata all'*an* e non consentiva di rimodulare, dal punto di vista soggettivo, il campo di applicazione della norma. Pertanto, l'esclusione dei cittadini di Stati terzi era un'opzione non consentita e infrangeva l'obbligo di uniformare l'attività legislativa agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea.

Poi, sarebbero stati violati gli artt. 27, comma 3, Cost., l'art. 2 Cost. e, ancora per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 17, paragrafo 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, e l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Impedire, con una preclusione assoluta e insuperabile, al cittadino di uno Stato terzo di espriare la pena in Italia si poneva in contrasto con la funzione rieducativa della pena e ledeva il diritto alla vita privata e familiare dell'interessato.

Infine, sarebbe stato violato l'art. 3 Cost.: prima della novella del 2021, nella versione processuale dell'euromandato, il residente "extracomunitario", ai sensi dell'art. 19, comma 1, n. 3, poteva beneficiare di una consegna subordinata alla condizione che, in caso di condanna, fosse "restituito" per eseguire la pena o la misura di sicurezza in Italia. Questo differente regime di accesso, secondo il rimettente, realizzava una disparità di trattamento priva di giustificazione⁽³⁾.

2. *Le indicazioni della Corte di giustizia e la decisione della Corte costituzionale.* — La declaratoria di illegittimità costituzionale è stata pronunciata dopo un'interlocuzione con la Corte di giustizia. Il giudice delle leggi, pur condividendo i rilievi del rimettente, ha ritenuto necessario un intervento chiarificatore sulla portata della previsione contenuta nella decisione quadro prima di sondare la conformità alla Costituzione della disposizione nazionale⁽⁴⁾.

La questione pregiudiziale si articolava in due quesiti. In prima battuta, si chiedeva di saggiare la compatibilità con il diritto dell'Unione europea di una normativa, come quella italiana, che escludesse i cittadini di Stati terzi. In seconda battuta, e nel caso in cui il primo quesito fosse stato risolto nel senso che la decisione quadro non ammetteva soluzioni simili, si chiedeva di descrivere i requisiti in presenza dei quali il cittadino di Stati terzi potesse essere equiparato ai cittadini italiani e di altri Stati membri.

Il giudice europeo ha risposto negativamente al primo quesito, affermando che la formulazione e lo spirito dell'art. 4, punto 6, non ammettono limitazioni aprioristiche sul versante soggettivo⁽⁵⁾.

della Corte costituzionale e interventi del legislatore (per una sintesi della vicenda, G. COLAIACOVO-G. DE AMICIS, *Principio di territorialità*, cit.).

³ Tale differenza è stata poi eliminata dal d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10, che, muovendo in una direzione opposta rispetto a quella dell'ordinanza di rimessione, ha escluso l'applicabilità dell'art. 19 al cittadino di Stati terzi (in senso critico, M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lg. 2-2-2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2021, e, volendo, G. COLAIACOVO, *Appunti sulle prima applicazioni della nuova disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2022, 107).

⁴ Corte cost., 18 novembre 2021, n. 217, in *Cass. pen.*, 2022, p. 647 (sull'ordinanza, A. CHIAPPETTA, *la Consulta torna a interrogare la Corte di giustizia sul mandato di arresto europeo*, in *Giur. cost.*, 2021, 2494; A. MASSARO, *Mandato d'arresto europeo e rifiuto di consegna del cittadino di un Paese terzo: l'ordinanza n. 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2021, n. 3, 1 e ss.; S. MONTALDO-S. GIUDICI, *Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato d'arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 27 marzo 2022, 11 e ss.).

⁵ Corte giust., 6 giugno 2023, C-700/21, in *Cass. pen.*, 2023, p. 2797, con nota di G. COLAIACOVO-G. DE AMICIS, *Principio di territorialità*, cit.

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E CITTADINO DI STATI TERZI

In questo senso, dopo aver fissato come punto di riferimento il rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, il principio di uguaglianza davanti alla legge, sancito dall'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Corte di Giustizia ha evidenziato che la decisione quadro ancora l'applicazione del motivo di rifiuto in parola a due presupposti: la condizione soggettiva della persona richiesta in consegna, che deve essere cittadino oppure risiedere o dimorare nello Stato membro chiamato a dare esecuzione all'euromandato, e l'impegno di quest'ultimo a farsi carico dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza.

Conseguentemente, nessun'altra condizione può essere posta ed eventuali diversità di trattamento tra il cittadino nazionale e colui che risiede o dimora nel territorio dello Stato sono ammesse soltanto se funzionali ad accertare che il trasferimento dell'esecuzione abbia realmente attitudine rieducativa⁽⁶⁾.

Nel rispondere al secondo quesito, la Corte di Giustizia ha puntualizzato che l'applicazione del motivo di rifiuto è vincolata alla sussistenza di un legittimo interesse che giustifichi il trasferimento dell'esecuzione e che l'accertamento sul punto deve essere compiuto al lume di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione della persona ricercata. In sintonia con quanto previsto dall'art. 9 della decisione quadro 2008/909/GAI, si deve quindi verificare se la persona ricercata sia sufficientemente integrata nello Stato membro di esecuzione ed esistano legami di profondità tale da ritenere che costituisca il luogo ove ha stabilito il centro della sua vita, alla luce dei rapporti familiari, linguistici, culturali, sociali ed economici. In questo senso, assume estrema importanza l'acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo, regolato dalla direttiva 2003/109, che costituisce un forte indizio del fatto che il ricercato ha rapporti di consistenza tale da far ritenere che il rifiuto della consegna contribuisca ad assicurare il reinserimento sociale del condannato.

La Corte costituzionale ha dato seguito a tali indicazioni e ha rilevato che, contrariamente a quanto dedotto dalla difesa erariale nelle sue eccezioni di inammissibilità, non esistono ragioni che possano giustificare l'opzione del legislatore italiano. Impedire a una persona che ha stabilito in Italia la sede principale dei suoi interessi e delle sue attività si tradurrebbe in una traumatica rescissione dei legami che, nella dinamica esecutiva, rappresentano elementi essenziali dell'offerta rieducativa. La consegna, quindi, determinerebbe un traumatico sradicamento, idoneo a ledere i rapporti con i familiari, a pregiudicare le opportunità di lavoro, e a comprimere le altre relazioni di natura culturale, affettiva ed economica che il ricercato ha intessuto con il territorio nel quale si è stabilito.

La declaratoria di illegittimità scaturisce, così, dalla contrarietà della disciplina italiana alle previsioni della decisione quadro e, in particolare, dell'art. 4, punto 6, e, poi, dal contrasto con la finalità rieducativa della pena. Conseguentemente, la Corte costituzionale ha ritenuto fondate le censure imperniate sugli artt. 11, 117 Cost. e 27 comma 3 Cost., dichiarando assorbite le altre.

3. *L'intervento del legislatore e un dubbio residuo.* — La decisione del Giudice delle leggi ha ricondotto la disciplina dell'euromandato esecutivo nel solco tracciato dalla Costituzione e dal legislatore europeo ed ha fornito lo stimolo per un tempestivo intervento del legislatore nazionale: l'art. 18-bis l. 10 agosto 2023, n. 103, di conversione del d.l. 13 giugno 2023, n. 69, ha apportato consistenti modifiche agli artt. 18-bis e 19 della legge sull'euroman-

⁶ Su questo particolare aspetto, Corte giust., 6 ottobre 2009, n. C-123/09, in *Cass. pen.*, 2009, 1185, con nota di E. CALVANESE-DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della Corte di giustizia: verso la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 18, lett. r) della l. n. 69/2005?*.

GUIDO COLAIACOVO

dato e ha ristrutturato il cosiddetto “microsistema” di consegna dedicato al cittadino e al residente (7).

Innanzitutto, sono state riformulate entrambe le disposizioni che sono ora applicabili a chiunque risieda o dimori (8) legittimamente ed effettivamente in Italia in via continuativa da almeno cinque anni (9). Se nel caso dell’euromandato esecutivo si tratta di un adeguamento obbligato al *dictum* della Corte costituzionale, nel caso dell’euromandato processuale la novella ha evitato un nuovo intervento del giudice delle leggi. L’art. 19, infatti, non era stato oggetto del giudizio di costituzionalità e contemplava ancora un’intollerabile disparità di trattamento (10).

Poi, nell’art. 18-*bis* è stato inserito un nuovo comma 2-*bis* che detta i criteri da seguire ai fini dell’applicazione del motivo di rifiuto *de quo* e, in forza del richiamo contenuto nell’art. 19, della consegna condizionata.

Il nuovo comma stabilisce che, al fine di accertare la legittima ed effettiva residenza o dimora sul territorio italiano del ricercato, la corte di appello è tenuta a verificare se l’esecuzione della pena o della misura di sicurezza sul territorio sia in concreto idonea ad accrescere le opportunità di reinserimento sociale, aggiungendo che si deve tener conto della durata, della natura e delle modalità della residenza o della dimora, del tempo intercorso tra la commissione del reato in base al quale il mandato d’arresto europeo è stato emesso e l’inizio del periodo di residenza o di dimora, della commissione di reati e del regolare adempimento degli obblighi contributivi e fiscali durante tale periodo, del rispetto delle norme nazionali in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri, dei legami familiari, linguistici, culturali, sociali, economici o di altra natura che la persona intrattiene sul territorio italiano e di ogni altro elemento rilevante.

La norma, nel recepire gli approdi della giurisprudenza di legittimità (11), prescrive un vaglio particolarmente ampio al quale è collegata una disposizione di chiusura, in forza della quale la sentenza è nulla se non contiene la specifica indicazione degli elementi e dei relativi criteri di valutazione utilizzati dalla corte d’appello per accogliere o respingere la richiesta di eseguire la pena in Italia. Si tratta di una innovazione notevole, poiché l’introduzione di una specifica sanzione consente di allargare le maglie del giudizio di cassazione e invocare una verifica più approfondita sui presupposti per l’accesso al microsistema, preclusa in precedenza dalla riscrittura dell’art. 22 ad opera del d. lgs. 2 febbraio 2021, n. 10 (12).

Nel complesso, dunque, una manovra che finalmente conduce alla meta un percorso

1220

⁷ Per un primo commento alla novella, volendo, G. COLAIACOVO, *L’intervento del legislatore sul mandato d’arresto europeo e la consegna del residente: un colpo d’occhio sul nuovo assetto del “microsistema”*, in *www.penaledp.it*, 12 settembre 2023.

⁸ A ben vedere, il riferimento alla dimora compare soltanto nell’art. 18-*bis* e non nell’art. 19. Ma si tratta di una differenza priva di conseguenze, poiché le nozioni di residenza e dimora sono sostanzialmente sovrapponibili (in questo senso, Corte. giust., 17 luglio 2008, C-66/08, in *Cass. pen.*, 2008, 4399, con osservazioni di E. SELVAGGI).

⁹ Non è stato però interessato l’art. 27, che disciplina il transito e persiste così una lacuna che sarebbe stato opportuno colmare.

¹⁰ Si può dire, prendendo in prestito un’efficacissima espressione di Glauco Giostra, che l’art. 19 era una “*dead rule walking*” (G. GIOSTRA, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*, in *Cass. pen.*, 2008, 57), destinata, senza via di scampo, a incorrere in una pronuncia demolitoria.

¹¹ Tra le più recenti, Cass., Sez. VI, 25 giugno 2020, n. 19389, in *C.E.D. Cass.*, n. 279419.

¹² La previsione, infatti, consente di superare il consolidato orientamento secondo il quale sono inammissibili le censure incentrate sul radicamento della persona richiesta in quanto tali doglianze, ancorché dedotte quale vizio di violazione di legge, attengono alla motivazione della decisione e pertanto non sono comprese nello spettro dei motivi di ricorso esperibili (*ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 10 novembre 2021, n. 41074, in *C.E.D. Cass.*, n. 282260).

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E CITTADINO DI STATI TERZI

travagliato, conclusosi dopo oltre un decennio dalla prima pronuncia della Corte costituzionale¹³).

Resta sul campo, però, un interrogativo: la rigidità del requisito cronologico in forza del quale la presenza sul territorio nazionale non può essere inferiore a cinque anni e deve essere continuativa potrebbe rivelarsi uno sbarramento insuperabile, troppo somigliante ai vituperati automatismi e alle preclusioni disseminati nel diritto penitenziario italiano e spesso stigmatizzati dalla Corte costituzionale.

¹³ La necessità di consentire l'accesso al microsistema anche ai cittadini di Stati terzi era stata segnalata a seguito della sentenza con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 18, lett. *r*), nella parte in cui non consentiva il rifiuto della consegna dei cittadini di altri Stati membri (Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4148, con nota di G. COLAIACOVO, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*).