

Stranieri in Italia

Una riflessione a più voci

Atti del convegno
Macerata, 25 novembre 2021

a cura di
CLAUDIA CESARI

C. CESARI (a cura di), *Stranieri in Italia. Una riflessione a più voci*

STRANIERI IN ITALIA

UNA RIFLESSIONE A PIÙ VOCI

**Atti convegno
Macerata, 25 novembre 2021**

a cura di
CLAUDIA CESARI

La presente pubblicazione è finanziata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata nell'ambito della ricerca "Diritto, Diritti e Società Inclusiva (strumenti giuridici innovativi per la costruzione di una società multiculturale)" (INNOVATION4INCLUSION), che costituisce una delle iniziative di implementazione del progetto "Dipartimento di Eccellenza", finanziato dal MIUR, il cui tema generale è "Diritto e Innovazione: Europa e Cina di fronte alle sfide della globalizzazione".

Come da accordi con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, questa copia è concessa all'Editore per la pubblicazione *Open Access* nell'archivio dell'Università degli Studi di Macerata, nonché su altri archivi istituzionali e di ricerca scientifica ad accesso aperto.

Coordinamento Editoriale Valeria Bosco

Copyright 2022 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97, Edificio B3, 20142 Milano

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

INDICE

Autori.....	pag.	IX
CLAUDIA CESARI, Stranieri e migranti nell'ordinamento italiano: spunti introduttivi.....	pag.	1

SEZIONE I

DIRITTI

I DIRITTI POLITICI DEI MIGRANTI TRA COMUNITÀ SOCIALE E CITTADINANZA

ANGELA COSSIRI

1. Le coordinate di sistema: la titolarità soggettiva dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale .	pag.	9
2. Le eccezioni: territorio e rappresentanza politica.....	»	12
3. Cittadinanza e comunità sociale.....	»	15
4. I riferimenti nella giurisprudenza costituzionale.....	»	17

IMMIGRATI E STRUMENTI DI PARTECIPAZIONE A LIVELLO LOCALE: IL QUADRO NORMATIVO E LE REALTÀ DELLE MARCHE

GIACOMO MENEGUS

1. Premessa. Un «ambito di sicura competenza regionale»: i diritti di partecipazione	pag.	23
2. C'è partecipazione e partecipazione	»	27
3. La carenza di un'indagine diffusa e analitica del fenomeno	»	30
4. Una mappa provvisoria dei problemi, partendo dalle esperienze marchigiane.....	»	32
5. ...e alcuni possibili correttivi	»	37
6. Quale ruolo per la Regione?.....	»	41

ACCESSO ALLA TERRA E DIRITTI DEI MIGRANTI

LORENZA PAOLONI

1.	Note introduttive	pag.	45
2.	«Accesso alla terra»: causa ed effetto delle migrazioni?	»	50
3.	Terra e lavoro: un binomio controverso	»	52
4.	Alcune prospettive	»	59

*SEZIONE II**SISTEMA PENALE*I REATI CONTRO LA FAMIGLIA E CONTRO
LA PERSONA CULTURALMENTE MOTIVATI: TEORIA
ED EVOLUZIONE DELLA PRASSI

CIRO GRANDI

1.	Osservazioni introduttive	pag.	67
2.	I reati culturalmente orientati: sommarie premesse teoriche	»	69
3.	(segue) Il trattamento penalistico dei reati cultural- mente orientati: opzioni a confronto	»	73
4.	Dalla teoria alla prassi	»	76
5.	L'iniziale ritrosia della giurisprudenza penale italiana rispetto alla valorizzazione del fattore culturale	»	78
6.	(segue) ... e la successiva emersione di orientamenti decisionali flessibili	»	83
7.	La proficuità del dialogo tra teoria e prassi in due re- centi decisioni di legittimità	»	85

IL GOVERNO DELLE POLITICHE MIGRATORIE TRA
CRIMINALIZZAZIONE E GIUSTIFICAZIONE

EMANUELE LA ROSA

1.	Il diritto penale dell'immigrazione nel prisma del c.d. "diritto penale del nemico"	pag.	93
2.	La criminalizzazione "diretta" dell'immigrato irrego- lare	»	96
3.	Dalla criminalizzazione del migrante alla criminaliz- zazione di chi lo "soccorre" e/o "aiuta": profili gene- rali	»	99

4.	Il delitto di “Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare”	»	104
5.	(segue) La c.d. “scriminante umanitaria”	»	110
6.	La repressione “diretta” del “soccorso in mare”: dal c.d. “decreto Salvini <i>bis</i> ” al c.d. “decreto Lamorgese”	»	114
7.	Considerazioni conclusive	»	123

L'ARRIVO DEI MIGRANTI, TRA RESPINGIMENTI, “ACCOGLIENZA” E COERCIZIONE

ELENA VALENTINI

1.	Premessa: le diverse strategie di confinamento dello straniero	pag.	127
2.	La fase dell’arrivo: i moventi di un’irriducibile insofferenza al rispetto della legge	»	132
3.	L’evitamento dell’approdo	»	135
4.	L’invisibilizzazione dell’approdo	»	137
5.	Gli ostacoli alla presentazione della richiesta di asilo: lacune, ambiguità e ipocrisie del sistema <i>hotspot</i>	»	141
6.	Conclusioni	»	153

GIUSTIZIA PENALE E STRANIERI: IL PROCESSO È UGUALE PER TUTTI?

ANGELO ZAPPULLA

1.	Premessa	pag.	157
2.	Immigrazione clandestina, <i>crimmigration</i> e autonomi binari processuali	»	164
3.	(segue) L’anticipata conclusione del procedimento penale	»	168
4.	(segue) La custodia cautelare	»	171
5.	(segue) L’arresto	»	173
6.	(segue) Il fermo comune <i>ex art. 384 c.p.p.</i>	»	178
7.	(segue) Il giudizio direttissimo	»	180
8.	(segue) La sospensione dell’ordine di esecuzione della pena	»	182
9.	Processo penale e assistenza linguistica	»	184
10.	(segue) Il diritto all’assistenza linguistica	»	187
11.	(segue) <i>L’habitus</i> processuale di interprete e traduttore	»	195
12.	(segue) Il diritto alla traduzione dell’ordine di esecuzione della pena	»	203
13.	Riflessioni conclusive (in parte amare)	»	204

INTERVENTI

LA LIBERTÀ “DEGLI ALTRI”: *IMMIGRATION DETENTION*
NEL DUALISMO UNIONE EUROPEA-CONVENZIONE
EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

LORENZO BERNARDINI

1. Introduzione	pag. 209
2. Le coordinate normative della Convenzione europea in materia di libertà degli stranieri	» 210
3. <i>Immigration detention</i> nel contesto dell’Unione europea	» 213
4. Considerazioni conclusive	» 216

ASSISTENZA LINGUISTICA NEL PROCEDIMENTO PENALE
E IDIOMI RARI: QUALE LINGUA UTILIZZARE?

NICOLA PASCUCCI

1. Centralità dell’assistenza linguistica e problemi di ef- fettività	pag. 219
2. Idiomi scarsamente diffusi e limiti all’uso delle lin- gue veicolari	» 222
3. Idiomi rari e <i>relay</i> : possibili soluzioni interpretative nel silenzio del legislatore	» 226

AUTORI

Lorenzo BERNARDINI

*Assegnista di ricerca di diritto e procedura penale
Università di Lussemburgo*

Claudia CESARI

*Professoressa ordinaria di diritto processuale penale
Università di Macerata*

Angela COSSIRI

*Professoressa associata di diritto costituzionale
Università di Macerata*

Ciro GRANDI

*Professore associato di diritto penale
Università di Ferrara*

Emanuele LA ROSA

*Professore associato di diritto penale
Università di Messina*

Giacomo MENEGUS

*Ricercatore in diritto costituzionale
Università di Macerata*

Lorenza PAOLONI

*Professoressa ordinaria di diritto agrario
Università del Molise*

Nicola PASCUCCI

*Ricercatore in diritto processuale penale
Università di Urbino Carlo Bo*

Elena VALENTINI

*Professoressa associata di diritto processuale penale
Università di Bologna*

Angelo ZAPPULLA

*Professore associato di diritto processuale penale
Università di Catania*

STRANIERI E MIGRANTI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: SPUNTI INTRODUTTIVI

CLAUDIA CESARI

Questo volume raccoglie gli atti del convegno *Stranieri in Italia. Una riflessione a più voci*, che ha chiuso a Macerata, il 25 novembre 2021, il lavoro del progetto di ricerca dedicato al medesimo tema. Nato in seno al più ampio progetto del Dipartimento di eccellenza conseguito dal Dipartimento di Giurisprudenza, con una vocazione fortemente interdisciplinare, non poteva che concludersi con quella che abbiamo voluto definire una “riflessione a più voci”, nella quale il tema scelto fosse declinato in molteplici prospettive. Una scelta – di merito e di metodo – non casuale.

Nel merito, eravamo convinti del rilievo del tema dei flussi migratori nella costruzione di un ordinamento moderno e di una società evoluta nel nostro Paese, giacché si tratta di un fenomeno ineludibile, da vivere come un’opportunità di crescita collettiva, invece che come un pericolo o una minaccia. Nel metodo, non potevamo non considerare l’enorme complessità del tema, che tocca numerosissimi aspetti del sistema giuridico, spesso per forza di cose interdipendenti, e che impone – ovviamente senza pretesa alcuna di esaustività – lo sforzo di un’analisi svolta sotto diverse angolature.

Inoltre, abbiamo scelto di prendere in esame il fenomeno su due piani, con un approccio che tenesse conto della risposta dell’ordinamento alla presenza degli stranieri in Italia in diversi momenti: quello iniziale, dell’arrivo sul territorio nazionale (cartina di tornasole dell’approccio ideologico del legislatore al fenomeno dei flussi migratori) e quello successivo, della posizione dello straniero nella vita sociale e politica della collettività (passaggio cruciale di una stabilizzazione destinata a fondare le basi di una moderna società multi-etnica e multiculturale).

Si tratta di livelli interdipendenti, strettamente collegati sul

piano funzionale. È palese, ad esempio, che quanto meno il sistema garantisce e protegge i diritti di chi approda sui nostri confini in cerca di opportunità o salvezza (spesso peraltro utilizzando l'Italia semplicemente come porta di accesso all'Europa), tanto meno si sforzerà di assicurarne l'integrazione, la partecipazione alla vita civile e politica, il riconoscimento delle peculiarità culturali che ne incoraggerebbe la permanenza. I due aspetti dunque si influenzano e si rafforzano l'un l'altro, fungendo da assi cartesiani di un sistema in cui le coordinate individuano il grado di protezione dello straniero nell'ordinamento e, con esso, il livello di civiltà del Paese.

Le conclusioni dell'analisi svolta dagli studiosi i cui contributi sono raccolti in questo volume – cui vanno ancora una volta i più sentiti ringraziamenti dell'intero gruppo di ricerca per il loro prezioso lavoro – non sono rassicuranti. Colpisce, nella trama delle loro riflessioni, pur nella diversità dei punti di vista, quanto agevolmente siano rilevabili le stesse chiavi di lettura del sistema, analoghe criticità, analoghi (ma rari) punti di forza, analoghe traiettorie evolutive. Vale la pena qui di rammentarne alcuni.

Innanzitutto, in un contesto sociopolitico dominato dalla paura, permeato dall'insicurezza e stordito dalla propaganda populistica, il legislatore si è fatto interprete di queste pulsioni, assecondandole e costruendo per stratificazioni successive (non sempre sensibilissime al mutamento politico) un assetto “respingente” verso gli stranieri.

Il lessico, ad esempio, tipico campanello d'allarme delle virate legislative che attentano a diritti e garanzie, si è fatto, nella legislazione su stranieri e migranti, opaco, ipocrita, maldestramente edulcorato, mirato ad occultare la sostanza impresentabile delle cose (come quando definisce la detenzione “trattenimento”). È persino utile strumento per giustificare o semplicemente tollerare prassi odiose, patentemente contrarie alla legge ma coerenti con le politiche di respingimenti care alle maggioranze di turno e gradite a una pubblica opinione impaurita e disinformata: è il caso dei respingimenti illegali alla frontiera, che vengono definiti a livello ministeriale “procedure informali di riammissione” (addirittura con un rovesciamento semantico che lascia interdetti per l'azzardo).

L'involuzione linguistica, del resto, è il segno di scelte normative di regola compiute sotto l'egida di un'idea, quella dell'esclusione, che sembra orientare complessivamente l'intera strategia del sistema rispetto al fenomeno migratorio e ai suoi flussi

(con uno sguardo particolarmente attento alla migrazione per ragioni economiche e alla provenienza da determinati contesti geopolitici, come quello africano) e in generale alla presenza di stranieri in Italia.

Quando si tratta dei migranti e degli stranieri - lo si deve ammettere - le garanzie affievoliscono, i diritti assumono contenuti parziali o esili, l'attivazione di tutele e pretese diviene flebile e tende a collocarsi ai margini del sistema. Il tutto realizzato a livello sistematico, per un verso, creando una sorta di "legislazione speciale dello straniero", disseminata in un reticolo di fonti ma per lo più basata su un collante ideologico unitario, che rimarca la "diversità" del destinatario, il suo essere in qualche modo "alieno" rispetto al resto dei consociati; per altro verso, leggendo il fenomeno migratorio e i suoi protagonisti con la lente privilegiata della "pericolosità" ed affidandone la gestione o agli strumenti del diritto penale e amministrativo o addirittura a vere e proprie prassi devianti.

Sotto il primo profilo, è vistosa in alcune aree sensibili del sistema (si pensi all'ambito dell'ingresso e dell'accoglienza alle frontiere) la scelta di gestire i problemi utilizzando l'armamentario penalistico nei confronti dei migranti (e persino di chi li soccorre), dapprima saldando gli strumenti del diritto penale e processuale penale in un sistema coercitivo mirato all'espulsione, e poi spostando le misure limitative di libertà nel campo del diritto amministrativo per sottrarle a quell'intangibile e nitido assetto di garanzie che invece l'ordinamento penale porta con sé. Sotto il secondo aspetto, la "fuga" del sistema da diritti, tutele e controlli giurisdizionali quando si tratta di "gestire" i migranti, ha portato alla creazione di sacche di prassi *contra legem*, nelle quali proliferano, spesso con la consapevole tolleranza delle autorità, patenti violazioni di diritti: è il caso dei respingimenti informali, dei respingimenti in alto mare, del trattenimento di fatto nelle camere di sicurezza di porti e aeroporti, punti di drammatica emersione della cattiva coscienza di un legislatore che cerca di sottrarsi in ogni modo all'esigenza di dare base legale alle misure limitative delle libertà dei migranti, sostanzialmente nell'ottica di respingerli con le maggiori celerità e facilità possibili. Persino problemi antichi e mai affrontati con efficacia (si pensi al "caporalato"), assumono un nuovo volto, si "modernizzano" volgendosi allo sfruttamento di soggetti la cui vulnerabilità sociale ed economica è inedita e particolarmente acuta, senza che il legislatore riesca a reagire.

L'ordinamento tuttavia ha i suoi anticorpi: fonti, percorsi, strumenti, soggetti istituzionali che lavorano in senso ben diverso rispetto alle stesse direttrici di matrice legislativa e che ne mitigano le asperità e gli eccessi o addirittura spingono (benché spesso sommessamente e di regola in ordine sparso) verso un sistema più accogliente e inclusivo o almeno ragionevolmente resiliente rispetto allo *stress test* imposto dalle migrazioni.

In questa prospettiva, sul piano delle fonti, è palese il ruolo decisivo di quelle di matrice europea, che hanno determinato in alcune aree normative obbligatori spostamenti in avanti, fornendo punti di riferimento ideali, principi di fondo e soprattutto direttrici di sviluppo, e mostrandosi ben più sensibili dell'ordinamento nazionale a recepire il mutamento sociale e a contemperarlo con i canoni fondamentali di garanzia posti a base delle legislazioni europee. Si tratta di uno stimolo che per il legislatore nostrano - tendenzialmente refrattario al cambiamento e in questo settore rapido ad intervenire solo sul piano emergenziale - appare sovente decisivo. È poi la legislazione garantista di matrice sovranazionale a fornire di solito la cornice di riferimento ineludibile per gli interventi del legislatore italiano, che mai come nell'ambito della protezione e inclusione degli stranieri è invece corriivo (quando non deliberatamente ipocrita) sul piano delle tutele dei diritti di base. Non che essa sia sufficiente, va detto, considerando la tendenza irresistibile dell'ordinamento nazionale a produrre norme "coatte", che prestano ossequio agli obblighi sovranazionali in maniera piatta e scolastica, piegandosi senza convinzione e confezionando prodotti normativi superficiali e dunque poco efficaci, che nascono aperti di per sé a confusioni o, peggio, aggiramenti. Ma resta l'importanza cruciale dell'apporto sovranazionale, che almeno indica percorsi, traccia binari, funge da punto di riferimento per un sistema che altrimenti si rannicchierebbe al chiuso di una prospettiva miope e ansiosa.

Si segnala, poi, il ruolo della Corte costituzionale, che in alcuni ambiti ha corretto le scelte normative riportandole nell'alveo della legalità costituzionale. Talora, anzi, la Consulta ha formulato moniti che ne esprimono chiaramente la consapevolezza e l'equilibrio che fanno difetto al legislatore, come quando ha rammentato che le migrazioni sono «un grave problema sociale, umanitario ed economico, che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica» (Corte cost., 2 febbraio 2007, n. 22). Certo,

si deve ammettere che dalle riflessioni che seguono emerge come la Corte sia ancora assai prudente negli interventi in quest'area, politicamente e socialmente sensibile, del sistema. Più netta e decisa quando si tratta di colpire aggressioni legislative ai diritti fondamentali, proteggendo una legalità costituzionale che in certe aree (si pensi alle garanzie in campo penalistico) è spesso a repentaglio, appare invece assai più cauta su terreni più avanzati, legati non alla protezione di beni fondamentali lesi dall'autorità, ma piuttosto a quella partecipazione al contesto sociopolitico che farebbe degli stranieri componenti attivi della collettività e fungerebbe da volano all'integrazione. Eppure, come si vedrà, anche su questo punto si cominciano a rintracciare sia pur blandi segnali positivi, che fanno della giurisprudenza della Corte uno degli strumenti sui quali puntare per costruire concetti di fondo, dalla nozione di cittadinanza a quella di comunità, in una società multiculturale.

Appare altresì significativo il ruolo degli enti locali, che possono compiere e hanno talora compiuto sforzi "in positivo" e veri e propri esercizi di immaginazione istituzionale, per promuovere la partecipazione attiva degli stranieri alla vita politico-istituzionale delle comunità territoriali, strumento essenziale di integrazione effettiva. Si tratta di un terreno cruciale, benché trascurato dal legislatore e vissuto dalle Alte Corti in modo sofferito, per l'inserimento reale degli stranieri nella trama della vita collettiva, che potrebbe vedere protagoniste le Regioni e gli enti territoriali, e sul quale si segnalano esperienze, iniziative, sforzi non sempre di successo ma comunque indicativi dell'inizio di un percorso, che col tempo diventerà ineludibile affrontare compiutamente.

Un apporto fondamentale all'evoluzione del sistema viene infine dall'esegesi evolutiva o correttiva delle norme esistenti, giacché lo sforzo interpretativo messo in campo dalla giurisprudenza, pur al netto degli interventi di riforma, può dare e talora ha dato una spinta di non poco conto alla capacità di adattamento del sistema legislativo alle sfide poste dai flussi migratori, nel senso della maggiore inclusività. Si pensi, a titolo di esempio, all'elaborazione giurisprudenziale sui reati culturalmente orientati, emblematica della capacità di evoluzione del sistema per via interpretativa e dell'attitudine ad avviare percorsi di riflessione maturi sulle sfide che il multiculturalismo pone al sistema giuridico. A questo, del resto, offre un apporto decisivo anche la dottrina, libera di compiere sforzi immaginativi di più ampio spet-

tro, proponendo certo percorsi esegetici innovativi, ma anche aprendo – come si vedrà nei contributi che seguono - più decise prospettive *de iure condendo*.

È in questo solco che si colloca il presente lavoro, inserendosi nel dibattito sui temi dell'immigrazione e dell'integrazione degli stranieri in Italia nella prospettiva di modernizzare l'ordinamento, rendere effettivi diritti e garanzie, non abdicare alle tutele e favorire i processi di integrazione e trasformazione sociale.

La società multi-etnica e multiculturale è già in corso di formazione. Il cambiamento è inevitabile; va governato invece che temuto. In un mondo in cui le persone circolano, i popoli si mescolano, le culture si incontrano e si fondono, il sistema di regole che ci governa non può non mettersi in gioco per evitare tensioni incontrollabili e intollerabili diseguaglianze, ma anche per ricostruirsi e fondare in maniera equa e razionale la vita civile di una società nuova, più variegata e più ricca.

SEZIONE I

DIRITTI

I DIRITTI POLITICI DEI MIGRANTI TRA COMUNITÀ SOCIALE E CITTADINANZA

ANGELA COSSIRI

SOMMARIO: 1. Le coordinate di sistema: la titolarità soggettiva dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale. - 2. Le eccezioni: territorio e rappresentanza politica. - 3. Cittadinanza e comunità sociale. - 4. I riferimenti nella giurisprudenza costituzionale.

1. Le coordinate di sistema: la titolarità soggettiva dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale

La Costituzione italiana non reca una specifica disciplina dell'immigrazione; il tema non era all'ordine del giorno del periodo in cui la Costituzione fu scritta e sarebbe diventato un fenomeno di massa ed anche un'emergenza solo decenni dopo. Ricordando l'emigrazione italiana del XX secolo verso le Americhe, non stupisce che l'art. 35, collocato nel titolo dedicato ai Rapporti economici, si occupi invece di riconoscere la libertà di emigrare e tuteli il lavoro italiano all'estero. Nell'epoca in cui la Costituzione fu scritta, ma anche nei decenni successivi, l'Italia era infatti un Paese dal quale si partiva per trovare fortuna e lavoro in Nazioni economicamente più avvantaggiate, dalle quali si sarebbe poi ritornati più ricchi, oppure non si sarebbe mai ritornati. Solo nei decenni più recenti, i flussi migratori hanno invertito la loro direzione: l'Italia è divenuta Paese di accoglienza della migrazione economica di massa dal sud e dall'est del mondo; il fenomeno dell'emigrazione interna si è ridotto nella dimensione e ha cambiato volto: oggi riguarda essenzialmente categorie professionali di elevata qualificazione, che non trovano collocazione lavorativa nel Paese. La portata giuridica della disposizione costituzionale menzionata, di cui a fatica ci si ricorda, almeno in ambito UE, è assorbita dalle implicazioni del di-

ritto della libera circolazione dei lavoratori nel mercato unico derivante dal diritto dell'Unione.

Le uniche disposizioni costituzionali sulla condizione giuridica dello straniero riguardano istituti tradizionalissimi del costituzionalismo, e persino antecedenti ad esso, come il diritto di asilo, che disciplina il caso dell'esule politico (art. 10 comma 3: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge») e il divieto di estradizione (art. 10 comma 4: «Non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici»).

Gli anni del secondo dopoguerra si caratterizzano, oltre che per la costruzione delle nuove Costituzioni contemporanee, per la nascita delle organizzazioni internazionali: nel DNA di entrambe vi è il superamento del dogma "nazionalistico" e del vincolo di etnia tipico dello statalismo moderno¹; anche il costituzionalismo, infatti, a parte le primissime dichiarazioni rivoluzionarie, nei suoi primi due secoli di storia ha sempre legato la titolarità dei diritti alla cittadinanza². La codificazione su base internazionale del principio universalistico per la titolarità dei diritti umani è probabilmente l'eredità, prima filosofico-culturale poi giuridica, più significativa della Seconda guerra mondiale. Esso trova riconoscimento anzitutto nell'art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti umani siglata in ambito ONU nel 1948, secondo cui «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti». La prescrizione è poi riprodotta con altre formulazioni in tante altre convenzioni internazionali siglate successivamente in ambiti locali più ristretti.

In questo contesto, l'art. 10 comma 2 Cost. rinvia per definire la condizione giuridica dello straniero al diritto internazionale pattizio («La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»).

Per quanto concerne la titolarità soggettiva dei diritti fonda-

¹ In termini generali, sul rapporto tra Nazione e Costituzione, si veda C. DE FIORES, *Nazione e Costituzione*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2005.

² Per un approfondimento, cfr. C. DE FIORES, *Le radici della nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali*, in *costituzionalismo.it*, 2019, n. 1.

mentali, dal punto di vista testuale la Costituzione italiana in alcuni casi fa riferimento a tutte le persone, indipendentemente dal rapporto con lo Stato e dalla cittadinanza (v. ad esempio gli artt. 2, 19, 21, 32, 34), in altri menziona i cittadini (v. ad esempio gli artt. 3, 16, 17, 18, 38, 48, 49, 50, 51). Questa incoerenza letterale ha originariamente ingenerato qualche incertezza interpretativa, definitivamente risolta dalla giurisprudenza costituzionale sin dagli anni '60³, sempre in un contesto in cui non si conosceva il fenomeno dell'immigrazione di massa e dunque lo straniero era l'eccezione nella compagine sociale nazionale.

In particolare, la Corte costituzionale ha individuato nel testo della Carta fondamentale due meccanismi giuridici espansivi attraverso i quali si giunge al riconoscimento dei diritti fondamentali a tutti gli individui, indipendentemente dal tipo di relazione che ciascuno ha con lo Stato (a partire da Corte cost., sentenza del 23 novembre 1967 n. 120): anzitutto l'art. 2 comma 1 stabilendo che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», riconosce l'universalismo di tutti quei diritti che sono qualificati come inviolabili; in secondo luogo, l'art. 10 comma 2 rinviando al diritto internazionale, introietta il principio universalistico qui riconosciuto nel diritto interno.

La risposta che il diritto costituzionale dà *ante litteram* al “problema” della società multiculturale, ossia prima ancora che il fenomeno si realizzi, è dunque nella direzione del riconoscimento dei diritti costituzionali a tutti. Non solo i cittadini, ma anche gli stranieri godono della garanzia costituzionale di titolarità dei diritti fondamentali. Nessuna autorità amministrativa e nessuna temporanea maggioranza politica potranno legittimamente sottrarre agli stranieri diritti civili, come la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto di non discriminazione, la libertà religiosa, ma anche il diritto alla cura medica, alla scuola, all'assistenza sociale, per fare alcuni esempi di diritti sociali talvolta “sotto attacco” da parte del legislatore nella più recente fase storica.

Ciò vale in via generale e salvo ragionevoli *rationes distinguendi*, che possono legittimamente mitigare l'assolutezza del principio. La Corte costituzionale ha infatti rilevato che la «differenza di situazioni di fatto» può giustificare una differenza di

³ Cfr. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 531 ss.

trattamento sulla base del criterio di ragionevolezza. Mentre il cittadino «ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo» (sentenza del 26 giugno 1969 n. 104⁴), che potrebbe dunque costituire un valido criterio di differenziazione⁵.

2. Le eccezioni: territorio e rappresentanza politica

Il principio dell'universalismo dei diritti fondamentali incontra due eccezioni significative. In primo luogo i diritti afferenti al rapporto tra l'individuo e il territorio dello Stato (libertà di entrare e soggiornare): la politica dell'immigrazione, infatti, è una competenza legislativa esclusivamente e tipicamente statale, sulla quale il diritto internazionale non è intervenuto, salvo per il caso dei diritti alla protezione internazionale e al rifugio politico. Gli Stati hanno però attribuito alcune competenze all'UE: in particolare, gli artt. 79 e 80 Tratt. f. UE conferiscono al livello sovranazionale la competenza per definire le condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi che entrano e soggiornano legalmente in uno degli Stati membri, anche per quanto concerne il ricongiungimento familiare. Per contro, gli Stati membri conservano la facoltà di stabilire i volumi di ammissione per le persone provenienti da Paesi terzi in cerca di lavoro. L'Unione europea contrasta l'immigrazione irregolare con la politica di rimpatrio, nel rispetto dei diritti fondamentali, e supporta le politiche di integrazione degli Stati membri adottate per gli

⁴ Su cui A. PIZZORUSSO, *Sentenza 26 Giugno 1969, n. 104*, in *Foro it.*, 1969, vol. 92, n. 9, p. 2083 ss.

⁵ La bibliografia sul tema del riconoscimento dei diritti fondamentali agli stranieri e dei suoi limiti è pressoché sterminata, come pure ampia e varia è la casistica giurisprudenziale, che qui non è possibile esaminare. Per le più recenti tendenze, si rinvia, tra gli altri che se ne sono occupati, a F. BIONDI DAL MONTE-E. ROSSI, *Diritti e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2022; G. DI COSIMO, *La parabola dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2020; L. MONTANARI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *federalismi.it*, 2019; C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, *Relazione al Convegno "Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali"*, *Università degli Studi di Firenze, 19-20-21 ottobre 2017*, in *Riv. AIC*, 2018, n. 1.

stranieri regolarmente soggiornanti; tuttavia, il diritto dell'Unione non prevede armonizzazione degli ordinamenti e delle regolamentazioni degli Stati membri in questo ambito materiale.

La competenza statale sui volumi di immigrazione ammessi andrebbe comunque esercitata nel rispetto della libertà di emigrare, riconosciuta tanto nel diritto internazionale, quanto nel livello costituzionale come visto. Dal riconoscimento della libertà di emigrare deriva infatti un'implicazione necessaria: riconoscere la libertà di emigrare significa anzitutto che gli Stati riconoscono il diritto degli individui di spostarsi dal luogo in cui si trovano o sono nati anche solo allo scopo di cercare migliori condizioni di vita per sé o per la propria famiglia (lo *ius peregrinandi* ha una innegabile dimensione storica⁶). Ne segue che una politica dell'immigrazione dello Stato che fosse del tutto negatoria di questa opportunità di movimento sul globo terrestre si porrebbe in contrasto con il diritto internazionale (ed anche con l'art. 35 Cost. per quanto concerne lo Stato italiano). In sostanza, emerge in questa prospettiva un limite alla competenza degli Stati Nazione rispetto ai diritti degli individui: anche la politica dell'immigrazione deve rispettare un vincolo giuridico di ragionevolezza.

La seconda macroscopica eccezione al principio dell'universalismo dei diritti fondamentali concerne i diritti politici, che sono riconosciuti dalla Costituzione italiana ai soli cittadini.

In ambito internazionale, la Convenzione di Strasburgo del 1992 si occupa di garantire la partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale. Questa prima parte del trattato è stata ratificata in Italia con la legge 8 marzo 1994 n. 203⁷. Inoltre, la medesima Convenzione, nel capitolo C, attribuisce agli stranieri residenti il diritto di elettorato attivo e passivo nelle elezioni locali. Il suddetto capitolo però non è stato mai ratificato nel nostro Paese.

La normativa italiana di livello primario sulla partecipazione degli stranieri alla vita politica si arricchisce con la legge 6

⁶ Cfr. M. MECCARELLI P. PALCHETTI-C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Eum, Macerata, 2012.

⁷ V. M. CALABRÒ, *Legal immigration and local resilience in Italy: the case of Integration councils*, in *Italian Journal of Public Law*, 2019, n. 1, p. 86-118.

marzo 1998 n. 40, che riconosce agli stranieri il diritto di partecipare alla vita pubblica locale, anche attraverso i diritti di associazione e organizzazione politica. L'art. 42 comma 4 t.u. immigrazione (d.lgs. del 25 luglio 1998 n. 286) inoltre istituisce, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, la Consulta per i problemi degli stranieri immigrati e delle loro famiglie, la quale però non è sostanzialmente mai stata operativa.

Dunque, con la vistosa eccezione dei cittadini europei in mobilità soggiornanti in Italia, ai quali l'art. 20 Tratt. f. UE riconosce i diritti elettorali attivi e passivi per le elezioni del Parlamento europeo e per le elezioni comunali, gli stranieri in Italia non hanno il diritto elettorale attivo e passivo. Ciò vale senza eccezioni, dunque indipendentemente dal livello territoriale (neppure per le consultazioni locali è ammessa la partecipazione al voto degli stranieri) e dal tipo di relazione instaurata con il Paese ospitante (ad esempio, in alcuni Paesi si dà rilievo al soggiorno di lungo periodo per consentire l'esercizio dei diritti elettorali).

Per quanto concerne la rappresentanza politica nazionale, la dottrina si è confrontata su due tesi contrapposte, interpretando la disciplina costituzionale in tema di diritti politici: secondo alcuni autori, la Costituzione, riconoscendo tali diritti ai cittadini e citando la rappresentanza della Nazione, impedirebbe il riconoscimento legislativo dei diritti elettorali agli stranieri, a meno che non intervenga una riforma costituzionale. In altri termini, i diritti politici non potrebbero essere estesi a categorie di non cittadini mediante legge, essendo ciò precluso dal livello costituzionale. Secondo altri, invece, dalla disciplina costituzionale si evince il divieto per il legislatore di eliminare i diritti politici per i cittadini, ma essa non impedisce il riconoscimento dei medesimi diritti agli stranieri. Questa discussione emersa in letteratura⁸ è rimasta su un piano meramente teorico, essendo mancate

⁸ Cfr. A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli 2006; B. CARAVITA DI TORRITTO, *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici. Relazione al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Lo Statuto costituzionale del non cittadino"*, Cagliari, 16 ottobre 2009, in *associazionedeicostituzionalisti.it*; A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Riv. AIC*, 2011, n. 2; A. LOLLO, *Note minime sulla partecipazione alla vita democratica del non cittadino*, *ivi*, 2013, n. 1; P. COLASANTE, *L'attribuzione del diritto di voto ai non cittadini: prospettive di riforma e fonte competente*, *ivi*, 2016, n. 2.

sempre le condizioni politiche per affrontare la questione in ambito parlamentare. Come noto, infatti, negli ultimi decenni, da quando il fenomeno dell'immigrazione di massa ha modificato la composizione sociale del Paese, il legislatore ha spesso affrontato il tema immigrazione in termini emergenziali e nella prospettiva della politica di sicurezza, mettendo in secondo piano l'obiettivo dell'integrazione⁹ dei tanti stranieri regolarmente soggiornanti e lungo-soggiornanti, nonché delle seconde generazioni. In questo contesto politico, rappresentativo anche di un clima culturale socialmente diffuso, la questione dell'integrazione politica non è stata mai affrontata, a differenza di quanto accaduto in altri Paesi europei e non solo¹⁰.

3. Cittadinanza e comunità sociale

Senza addentrarsi nella discussione dottrinale cui si è fatto

⁹ Di recente, sulla dimensione giuridica dell'integrazione e la sua complessità anche definitoria, si veda M. MICHETTI, *L'integrazione degli stranieri*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, n. 3.

¹⁰ Il tema del riconoscimento dei diritti elettorali ai non cittadini è oggetto di crescente attenzione anche nella letteratura internazionale, a partire dall'esperienza e dalla riflessione statunitense. Cfr. D. FERRIS-R. HAYDUK-V. A. RICHARDS ET AL., *Noncitizen Voting Rights in the Global Era: a Literature Review and Analysis*, in *Journal of International Migration & Integration*, 2020, p. 949-971; S. SONG, *Democracy and noncitizen voting rights*, in *Citizenship Studies*, 13(6)/2009, p. 607-620; C. RODRÍGUEZ, *Noncitizen voting and the extra-constitutional construction of the polity*, in *International Journal of Constitutional Law*, 8(1)/2010, p. 30-49; P. LENARD, *Residence and the right to vote*, in *Journal of International Migration and Integration*, 16(1)/2015, p. 119-32; V. HARPER HO, *Noncitizen voting rights: the history, the law and current prospects for change*, in *Law and Inequality*, 18(2)/2000, p. 271-322; R. HAYDUK, *Political rights in the age of migration: lessons from the United States*, in *Journal of International Migration and Integration*, 16(1)/2015, p. 99-118; M. FINCK, *Towards an ever closer union between residents and citizens*, in *European constitutional law review*, 11(1)/2015, p. 78-98; F. FABBRINI, *Voting rights for non-citizens: the European multilevel and the U.S. federal constitutional systems compared*, *ivi*, 7(3)/2011, p. 392-423; D. EARNEST, *Expanding the electorate: comparing the noncitizen voting practices of 25 democracies*, in *Journal of International Migration and Integration*, 16(1)/2015, p. 1-25; A. EISENBERG, *Voting rights for non-citizens: treasure of fool's gold?* in *Journal of International Migration and Integration*, 16(1)/2015, p. 133-151; D. MUNRO, *Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization*, *ivi*, 2008, n. 9, p. 63-80.

cenno, si tenterà in questa sede di proporre un ragionamento giuridico che parte da un differente punto di vista.

Anzitutto vale la pena riflettere su cosa sia esattamente la cittadinanza in termini giuridici. Nei manuali di diritto costituzionale tradizionalmente la cittadinanza è definita come uno status legale (emergente cioè da una qualificazione giuridica), dal quale derivano diritti e doveri che connotano il tipo di relazione che si instaura tra uno Stato e un individuo. A seguito dell'introduzione del principio dell'universalismo dei diritti fondamentali, negli ordinamenti costituzionali contemporanei, come si è detto, i diritti fondamentali sono garantiti a tutti. Deriva da ciò che lo status peculiare del cittadino, che segna la differenza tra questo e lo straniero, riguarda essenzialmente i due terreni che costituiscono eccezione rispetto alla regola generale dell'universalismo: il diritto di entrare e permanere nel territorio e i diritti politici.

Riguardo a questi ultimi, di cui qui si tratta, occorre ricordare che essi – prima di trovare disciplina nella Parte prima, titolo “Rapporti politici” – sono i diritti connessi alla titolarità della sovranità, che ai sensi dell'art. 1 comma 2 Cost. appartiene al popolo. Merita di considerare se questa nozione abbia subito evoluzioni, alla luce dei mutamenti sociali intercorsi. Su questa linea argomentativa, assumono rilevanza i doveri costituzionali, espressione del vincolo di solidarietà sussistente tra i componenti che uniscono il popolo (art. 2: la Repubblica «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»), tra i quali rientrano la difesa della patria, la fedeltà alla Repubblica, l'osservanza della Costituzione e delle leggi e il dovere tributario, che richiede gli adempimenti fiscali, attraverso il concorso alle entrate pubbliche in ragione della personale capacità contributiva e nel rispetto dei principi di proporzionalità e progressività.

Gli stranieri stabilmente residenti, a differenza degli altri stranieri “di passaggio”, sono sottoposti sicuramente ai principali di questi doveri, tanto quanto i cittadini. Si potrebbe dunque immaginare un'autonomia concettuale di questa categoria e una sua rilevanza giuridica, quale nuova componente della comunità sociale legata dal vincolo solidaristico¹¹.

¹¹ Cfr. A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà, Lezione al Seminario per il Corso di Dottorato "Studi Giuridici Comparati ed Europei"*, Trento, 9 maggio 2019, in *Dir. imm. citt.*, 2019, n. 2.

Ripensando in questi termini la questione, in modo particolare il mancato riconoscimento di diritti di rappresentanza corrispondenti ai doveri tributari potrebbe indurre a dare un nuovo rilievo in termini giuridici alla comunità sociale, come un elemento naturale - ossia rilevante nei fatti -, ulteriore e autonomo dalla cittadinanza. In sostanza, alla luce dei mutamenti sociali intervenuti, con il nuovo millennio negli Stati costituzionali la cittadinanza sembra non corrispondere più alla comunità sociale e al popolo, mancando in essa questa componente socialmente rilevante.

Nello Stato Nazione otto-novecentesco la cittadinanza come fatto legale e la comunità sociale come dato naturale sono sostanzialmente coincidenti. La cittadinanza corrisponde ad una comunità etnica e di stirpe; nel caso dell'Italia, Paese di emigrazione, lo *ius sanguinis* è il criterio automatico assunto dalla legge per l'acquisto della cittadinanza alla nascita. Gli italiani, pure emigrando, continuano a trasmettere la cittadinanza alle successive generazioni. In questo contesto storico, è ben evidente e coerente la *ratio* della indicazione della cittadinanza come criterio soggettivo per l'attribuzione dei diritti politici.

Nuove questioni che probabilmente richiedono ripensamenti di paradigmi giuridici emergono però con la trasformazione dello Stato-Nazione a seguito dei fenomeni migratori di massa. Nel nuovo contesto, infatti, la comunità sociale è indubbiamente multietnica e comprensiva almeno di alcune categorie di stranieri.

4. I riferimenti nella giurisprudenza costituzionale

Nell'ultima parte di questa riflessione, si proverà a verificare se vi siano riferimenti giurisprudenziali che riconoscono un qualche rilievo giuridico ad una nozione di "comunità sociale", autonoma e distinta dalla nozione di cittadinanza, ossia comprensiva delle nuove componenti emergenti dal fenomeno delle migrazioni. In particolare, si cercherà di capire se vi siano segnali circa l'avvio di qualche ripensamento delle categorie classiche del costituzionalismo che definiscono la compagine sociale, pur in assenza di interventi legislativi nella direzione dell'inclusione politica degli stranieri residenti. I riferimenti per ora sono davvero minimi e si può anticipare sin da ora che da essi non è possibile trarre allo stato indicazioni significative almeno sul

piano dei paradigmi. Emerge tuttavia qualche segnale che consente di dare un rilievo, per ora confinato a specifiche situazioni, alla categoria degli stranieri stabilmente legati al territorio e alla società ospitante, che si differenzia dalla categoria degli stranieri “di passaggio”.

Un primissimo spunto in questa direzione è rintracciabile nella sentenza del 18 maggio 1999 n. 172¹²: il Giudice costituzionale ritiene in questo caso non fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione che obbliga al servizio militare gli apolidi residenti in Italia. La norma costituzionale di riferimento è l’art. 52, in base al quale i cittadini hanno il dovere di difendere la Patria. La Corte costituzionale rileva nell’argomentazione della decisione che «il silenzio della norma costituzionale [sugli apolidi] non comporta divieto. Perciò deve ritenersi esistere uno spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale nell’apprezzare ragioni che inducano a estendere la cerchia dei soggetti chiamati alla prestazione del servizio militare». In sostanza, il giudice si colloca nella cornice concettuale per cui la Costituzione si limita ad individuare il limite al potere legislativo ordinario, ossia stabilisce ciò che il legislatore non può fare. È significativo che la Corte dia una autonoma rilevanza alla comunità sociale: più precisamente, si scrive nella sentenza, «la comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall’art. 2 Cost. là dove, parlando di diritti inviolabili dell’uomo e richiedendo l’adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l’appunto, dal legame stretto di cittadinanza». L’affermazione è probabilmente la più “forte” rintracciata in questa breve rassegna: negli anni successivi, in cui la presenza stabile di stranieri diventa quantitativamente più rilevante, la Corte sembra essere più prudente nel linguaggio prescelto.

Nella sentenza del 19 luglio 2013 n. 222 sul diritto all’abitazione, la Corte dichiara illegittima la legge reg. Friuli Venezia-

¹² Su cui E. GROSSO, *Sull’obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso nuove concezioni di cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, n. 3, p. 1705 ss.

Giulia che condiziona le prestazioni sociali per gli stranieri al requisito della residenza almeno quinquennale in Italia. Il legislatore può riservare alcune prestazioni assistenziali ai soli cittadini e alle persone ad essi equiparate soggiornanti in Italia, il cui status vale di per sé a generare un adeguato nesso tra la partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica, e l'erogazione della provvidenza. Tuttavia, non è detto che un nesso a propria volta meritevole di protezione non possa emergere con riguardo alla posizione di chi, pur privo dello status, abbia tuttavia legittimamente radicato un forte legame con la comunità presso la quale risiede e di cui sia divenuto parte, per avervi insediato una prospettiva stabile di vita lavorativa, familiare e affettiva, la cui tutela non è anomala alla luce dell'ordinamento giuridico vigente (si fa riferimento agli artt. 8 Conv. e.d.u. e 13 comma 2-*bis* t.u. immigrazione). Oltre alla residenza vanno considerati indici idonei a testimoniare il legame tendenzialmente stabile tra la persona e la comunità¹³.

Più recentemente, nella sentenza del 15 marzo 2019 n. 50, la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale sulla disposizione che subordina la concessione dell'assegno sociale agli stranieri extraeuropeo al requisito della titolarità del permesso di soggiorno di lungo periodo. Premesso che per la Corte questa non è prestazione per un bisogno primario (e su questo si sono appuntate le critiche della dottrina), «stante la limitatezza delle risorse disponibili, [...] rientra nella discrezionalità del legislatore graduare con criteri restrittivi, o financo di esclusione, l'accesso dello straniero extracomunitario a provvidenze [...]. Ben può il legislatore esigere in capo al cittadino extracomunitario ulteriori requisiti, non manifestamente irragionevoli, che ne comprovino un inserimento stabile e attivo. In tal modo, le provvidenze divengono il corollario dello stabile inse-

¹³ La sentenza è stata commentata, tra gli altri, da L. PRINCIPATO, *L'integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?*, in *Giur. cost.*, 2013, n. 4, p. 3291 ss.; E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare: spunti teorico-dogmatici e itinerari giurisprudenziali*, in *Pol. dir.*, 2016, n. 3, p. 337 ss.; F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Riv. AIC*, 2020, n. 6; C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?*, in *forumcostituzionale.it*, 2020, n. 3.

rimento dello straniero in Italia, nel senso che la Repubblica con esse ne riconosce e valorizza il concorso al progresso della società, grazie alla partecipazione alla vita di essa in un apprezzabile arco di tempo».

I requisiti richiesti per ottenere il permesso di soggiorno di lungo periodo, ossia la produzione di un reddito, la disponibilità di un alloggio, la conoscenza della lingua italiana, «sono in sé indici non irracionevoli di una simile partecipazione». Essa perciò rappresenta l'attribuzione di un peculiare status che comporta diritti aggiuntivi rispetto al solo permesso di soggiorno; infatti, consente (art. 9 comma 12 t.u. immigrazione) di entrare in Italia senza visto, di svolgervi qualsiasi attività lavorativa autonoma o subordinata, di accedere ai servizi e alle prestazioni della pubblica amministrazione in materia sanitaria, scolastica, sociale e previdenziale, e di partecipare alla vita pubblica locale.

Il permesso di cui all'art. 9 t.u. immigrazione che ha durata indeterminata consente l'inclusione dello straniero nella comunità nazionale - sostiene la Corte - distinguendo il relativo status dalla provvisorietà in cui resta confinato il titolare di permesso di soggiorno di cui all'art. 5 t.u. immigrazione. La provvidenza «è anche un corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.)».

A dare qualche rilievo al vincolo solidaristico sembra essere anche l'ordinanza del 30 luglio 2020 n. 182, seguita poi dalla sentenza 4 marzo del 2022 n. 54, riguardante gli assegni di natalità (il cd. *bonus bebè*) e di maternità per gli stranieri extraeuropei. In questo caso la Corte costituzionale procede ad un rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia domandando se il diritto dell'Unione osta ad una normativa nazionale che esclude gli stranieri titolari del permesso unico da queste provvidenze di sicurezza sociale, concesse invece agli stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo.

L'interpretazione verte sulla direttiva 2011/98/UE, relativa alla procedura per un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro. La direttiva intende «garantire l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano regolarmente nel territorio degli Stati membri» (v. Considerando 2), dare impulso a «una politica di immigrazione coerente» e «ridurre la disparità di diritti tra i cittadini dell'Unione e i cittadini di paesi terzi che lavorano regolarmente in uno Stato membro» (v. Conside-

rando 19), creando, anche per tale via, i presupposti dell'integrazione economica dei cittadini di paesi terzi. Con questi obiettivi, si introduce un insieme di diritti, specificando «i settori in cui è garantita la parità di trattamento tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di Paesi terzi che non beneficiano ancora dello status di soggiornanti di lungo periodo», in modo da «creare condizioni di concorrenza uniformi minime nell'Unione» e da «riconoscere che tali cittadini di paesi terzi contribuiscono all'economia dell'Unione con il loro lavoro e i loro versamenti di imposte» (sempre Considerando 19).

La pronuncia della Corte di giustizia (sentenza 2 settembre 2021, C-350/20) stabilisce che la disciplina italiana viola il diritto alla parità di trattamento sancito dall'art. 12, § 1, lett. *e* della direttiva. L'assegno di natalità e l'assegno di maternità rientrano infatti nei settori della sicurezza sociale per i quali i cittadini di paesi terzi di cui all'art. 3 § 1 lett. *b* e *c*, della direttiva 2011/98/UE beneficiano del diritto alla parità di trattamento di cui all'articolo 12, paragrafo 1, lettera *e*), di tale direttiva.

La sentenza costituzionale n. 54 del 2022, prendendo atto della conclusione raggiunta dalla Grande sezione della Corte di giustizia, dichiara in questo caso l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, a differenza di quanto accaduto nella sentenza n. 50 del 2019: le provvidenze in questione, collocandosi nel momento della nascita e non alla fine della carriera lavorativa, prescindono dal contributo fornito al progresso della comunità (punto 13.4 del considerato in diritto). Nel cuore della motivazione, il giudice costituzionale vira rispetto a quanto originariamente prospettato nell'ordinanza del 2020, concentrandosi sul parametro interno dell'irragionevolezza della distinzione di trattamento, piuttosto che sui numerosi parametri interposti invocati emergenti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Il ragionamento parte dalla conferma di un indirizzo consolidato: il legislatore può individuare i beneficiari delle prestazioni sociali nell'esercizio della propria discrezionalità, tenendo conto del limite delle risorse disponibili. Tuttavia non può introdurre requisiti selettivi senza giustificazione razionale. «Nel condizionare il riconoscimento dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità alla titolarità di un permesso di soggiorno in corso di validità da almeno cinque anni, al possesso di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e alla disponibilità di un alloggio idoneo, il legislatore ha fissato requi-

siti privi di ogni attinenza con lo stato di bisogno che le prestazioni in esame si prefiggono di fronteggiare. Nell'introdurre presupposti reddituali stringenti per il riconoscimento di misure di sostegno alle famiglie più bisognose, le disposizioni censurate istituiscono per i soli cittadini di Paesi terzi un sistema irragionevolmente più gravoso, che travalica la pur legittima finalità di accordare i benefici dello stato sociale a coloro che vantino un soggiorno regolare e non episodico sul territorio della nazione. Un siffatto criterio selettivo nega adeguata tutela a coloro che siano legittimamente presenti sul territorio nazionale e siano tuttavia sprovvisti dei requisiti di reddito prescritti per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. Un sistema così congegnato pregiudica proprio i lavoratori che versano in condizioni di bisogno più pressante» (punto 13.3 del considerato in diritto).

IMMIGRATI E STRUMENTI DI PARTECIPAZIONE A LIVELLO LOCALE: IL QUADRO NORMATIVO E LE REALTÀ DELLE MARCHE *

GIACOMO MENEGUS

SOMMARIO: 1. Premessa. Un «ambito di sicura competenza regionale»: i diritti di partecipazione. - 2. C'è partecipazione e partecipazione. - 3. La carenza di un'indagine diffusa e analitica del fenomeno. - 4. Una mappa provvisoria dei problemi, partendo dalle esperienze marchigiane... - 5. ...e alcuni possibili correttivi. - 6. Quale ruolo per la Regione?

1. Premessa. Un «ambito di sicura competenza regionale»: i diritti di partecipazione

Tra le questioni più controverse in tema di diritti degli immigrati, va senz'altro annoverata quella dell'estensione dei diritti politici agli stranieri regolarmente residenti sul territorio nazionale. Considerati – anche alla stregua di una ricca riflessione dottrinale, non solo giuridica – come un veicolo fondamentale per una piena integrazione, tali diritti non hanno però trovato un significativo riconoscimento a livello nazionale. Le diverse iniziative legislative adottate nella direzione di un'estensione del diritto di voto a diversi livelli – fiorite in una stagione politica assai lontana da quella attuale – non hanno infatti avuto alcuno sviluppo concreto, fermandosi allo stadio di mera proposta¹.

* Il presente contributo costituisce la rivisitazione di un contributo già pubblicato nella rivista *Le Regioni*, n. 5-6/2019, integrato con la rielaborazione dei contenuti della Relazione, avente il medesimo titolo, tenuta al convegno *Stranieri in Italia. Una riflessione a più voci*, Macerata, 25 novembre 2021.

¹ Ci si riferisce, in primo luogo, all'art. 38 del testo originale di quella che sarebbe divenuta la legge n. 40 del 1998 (c.d. Turco-Napolitano), che pre-

Ben diverso è stato l'approccio mostrato da alcune regioni, che nella fase statutaria susseguente alla riforma del titolo V, avevano posto le basi per un riconoscimento del diritto di voto alle elezioni regionali agli stranieri regolarmente residenti. Iniziative in senso analogo erano state adottate da molti enti locali, che si erano spinti ad approvare modifiche statutarie dirette ad estendere l'elettorato attivo e passivo agli immigrati regolarmente residenti sia con riferimento alle elezioni amministrative sia a quelle circoscrizionali.

Questa stagione di apertura inaugurata da regioni ed enti locali, com'è noto, ha però avuto una durata piuttosto breve. Da un lato, sono intervenute le famose sentenze della Corte costituzionale sulle disposizioni dei nuovi statuti di Toscana ed Emilia-Romagna (sentt. nn. 372 e 379 del 2004), con le quali la Corte ha sì "salvato" le previsioni in questione², ma ne ha svalutato al tempo stesso la portata precettiva, consegnandole al limbo delle norme a valore meramente culturale e politico³. Dall'altro lato,

vedeva il riconoscimento del voto all'elezioni amministrative v. Camera dei deputati, disegno di legge (Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), n. 3240, XIII legisl., sed. 19 febbraio 1997); l'art. 38 fu poi stralciato e trasferito in un disegno di legge costituzionale di modifica dell'art. 48 Cost., mai oggetto d'esame (A.C. n. 4167, XIII legisl.). Altre iniziative di rilievo sono quelle adottate nel corso della XV legisl., nella quale sono ben otto i disegni di legge costituzionale presentati al Senato (si veda in proposito V. FERRARIS, *Il diritto di voto*, in AA.VV., *La partecipazione politica degli stranieri a livello locale*, a cura di ASGI-FIERI, Torino, 2005, p. 30 ss.).

² Per quanto rileva ai fini delle presenti riflessioni, ci si riferisce all'art. 3 comma 6 statuto Toscana: «La Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati»; e agli artt. 2 comma 1 statuto Emilia-Romagna, nel quale si elencano gli obiettivi cui la regione ispira prioritariamente la propria azione, indicando, *sub lett. f*: «il godimento dei diritti sociali degli immigrati, degli stranieri profughi rifugiati ed apolidi, assicurando, nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti» e 15 comma 1 in virtù del quale la regione, «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, riconosce e garantisce a tutti coloro che risiedono in un comune del territorio regionale i diritti di partecipazione contemplati nel presente Titolo, ivi compreso il diritto di voto nei referendum e nelle altre forme di consultazione popolare».

³ Corte cost., 2 dicembre 2004, n. 372 e Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 379; cfr. in particolare i commenti in *Reg.*, 2005, n. 1-2: R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*; S. BARTOLE, *Possibili usi normativi delle norme a valore meramente culturale e politico*; P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*; M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*; A. RUGGERI, *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti re-*

sono intervenuti i pareri del Consiglio di Stato, il quale – pronunciandosi in sede consultiva sulle modifiche statutarie adottate dai comuni di Genova⁴ e Forlì⁵ – ne decretava l’illegittimità, ponendo i presupposti per l’annullamento *ex art.* 138 t.u. enti loc. delle stesse e di analoghe modifiche adottate da comuni in tutta Italia⁶.

Senza voler approfondire nel merito una questione – quella del riconoscimento del diritto di voto agli stranieri – sulla quale la dottrina si è ampiamente soffermata⁷, si osserva come il fal-

gionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale; G. PASTORI, *Luci e ombre della giurisprudenza costituzionale in tema di norme programmatiche degli statuti regionali*; nonché R. DICKMANN, *Le sentenze della Corte sull’inefficacia giuridica delle disposizioni “programmatiche” degli Statuti ordinari*, in *federalismi.it*, 2005.

⁴ Cons. Stato, Sez. I, parere n. 9771/04 del 16 marzo 2005.

⁵ Cons. Stato, Sez. I e II, parere n. 11074/04 del 6-13 luglio 2005. Tale pronuncia ribalta il precedente parere favorevole al riconoscimento del voto alle elezioni circoscrizionali (Cons. Stato, Sez. II, parere n. 8007 del 28 luglio 2004). In dottrina, cfr. R. FINOCCHI GERSI, *Immigrati e diritto di voto nell’attività consultiva del Consiglio di Stato*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, n. 5, p. 539 ss.; nonché T.F. GIUPPONI, *La partecipazione degli stranieri extracomunitari alle elezioni comunali e circoscrizionali: le contraddittorie risposte di Palazzo Spada al «caso Genova»*, in *Forum Quad. cost.*, 4 ottobre 2005; e ID., *La partecipazione degli stranieri extracomunitari alle elezioni locali: dopo il “caso Genova”, verso un “caso Torino”?*, in *Quad. cost.*, 2006, n. 1, p. 125 ss.

⁶ Si veda in part. il d.P.R. 17 agosto 2005, annullamento della delibera statutaria n. 105 del 2004 del Comune di Genova. Tra i comuni interessati si ricordano anche quelli marchigiani di Ancona e Jesi (cfr. d.P.R. 20 marzo 2006, annullamento dell’art. 15 dello Statuto del Comune di Ancona; nonché d.P.R. 18 luglio 2006, annullamento delle disposizioni adottate dal comune di Jesi).

⁷ Sul tema la letteratura è amplissima; cfr. *ex pluribus* E. BETTINELLI, *Cittadini extracomunitari, voto amministrativo e costituzione inclusiva*, in P. CARRETTI (a cura di), *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 15*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 27 ss.; C. CORSI, *Immigrazione e ruolo degli enti territoriali*, in *Dir. imm. citt.*, 2005, n. 1, p. 46 ss.; G. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 108 ss.; G. COLETTA, *Verso l’estensione del diritto di voto ai non cittadini*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 343 ss.; G. FRANCHI SCARSELLI, *Quale fonte per il diritto di voto agli stranieri?*, in *Quad. cost.*, 2004, n. 1, p. 123 ss.; B. PRICOLO, *La partecipazione degli stranieri non comunitari alla vita politica locale*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 4, p. 67 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto di voto agli immigrati. Profili Costituzionali*, in *Commissione per le politiche di integrazione degli immigrati, Partecipazione e rappresentanza politica degli immigrati*, Roma, 21 giugno 1999, Dip. Affari Sociali; ID., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 203 ss.; L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costi-*

limento dei tentativi di regioni ed enti locali abbia comunque segnato un dato fondamentale da cui partire per una rinnovata riflessione sul tema dei diritti politici dello straniero.

In particolare, va ricondotto alla sent. n. 379 del 2004 il riconoscimento della titolarità delle regioni a disciplinare i c.d. *diritti di partecipazione*, espressamente definiti dalla Corte costituzionale come «ambito di sicura competenza regionale»⁸. Il che consente di tracciare con sicurezza il perimetro dello spazio di manovra regionale nel campo dei diritti politici, includendovi quella molteplicità di strumenti riconosciuti ai residenti stranieri per influenzare le scelte politiche degli enti territoriali senza tuttavia incidere direttamente sulla formazione della volontà delle istituzioni territoriali⁹.

Si guarda dunque a questa variegata galassia di strumenti di partecipazione, tentando – a partire da un’analisi sul campo dei contesti regionali marchigiano ed emiliano-romagnolo¹⁰ – di sviluppare una riflessione sui limiti e le potenzialità di una specifica tipologia di strumenti di partecipazione degli stranieri elaborati a livello locale, ovvero quella dei consiglieri aggiunti e delle consulte. Si andranno poi a illustrare possibili correttivi ai problemi riscontrati, ancora una volta muovendo dalle soluzioni adottate nelle diverse esperienze locali considerate. Nelle

tuzionali e identità culturali, Giappichelli, Torino, 1996, p. 33 ss.; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli, 2006, *passim*; nonché T.F. GIUPPONI – oltre agli altri scritti già citati *infra* – *Stranieri extracomunitari e diritti politici. Problemi costituzionali dell’estensione del diritto di voto in ambito locale*, Relazione al Convegno “Cittadini di oggi e di domani. Le sfide dell’immigrazione per il territorio”, Alessandria, 18 novembre 2006, in *Forum Quad. cost.*, 2006; Id., *Il diritto di voto agli stranieri extracomunitari. Profili problematici*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Multiculturalismo, comunicazione, federalismo*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 107 ss.; e infine Id., *Il voto agli extracomunitari: sì, no, forse...*, in *Quad. cost.*, 2004, n. 4, p. 849 s.

⁸ Corte cost. n. 379 del 2004. La competenza regionale sul punto è ribadita dalla successiva sent. 22 luglio 2005, n. n. 300, con note di T.F. GIUPPONI, *Gli stranieri extracomunitari e la vita pubblica locale: c’è partecipazione e partecipazione*, in *Reg.*, 2006, n. 1, p. 187 ss.; S. BALDIN, *La competenza esclusiva statale sull’immigrazione vs. la legislazione regionale sull’integrazione sociale degli immigrati: un inquadramento della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 2005.

⁹ Cfr. a tal proposito E. GIANFRANCESCO, *Gli stranieri, i diritti costituzionali e le competenze di Stato e Regioni*, in E. DI SALVATORE-M. MICHETTI (a cura di), *I diritti degli altri. Gli stranieri e le autorità di Governo*, ESI Napoli, 2014, p. 287 ss., nonché disponibile su *Amministrazione in cammino*, 7 maggio 2014.

¹⁰ Per le ragioni di questa scelta si veda *infra*, par. 3.

conclusioni, infine, si cercherà di delineare quale siano le direttrici di evoluzione del ruolo della Regione nella promozione dei diritti politici degli stranieri.

2. C'è partecipazione e partecipazione...¹¹

Prima di procedere all'esame delle diverse esperienze marchigiane, è necessario tuttavia tracciare una classificazione degli *istituti di partecipazione*¹²: ciò non solo al fine di meglio precisare l'oggetto di indagine prescelto, ma anche per marcare la distinzione tra i *diritti di partecipazione* propriamente detti – ossia vere e proprie situazioni giuridiche soggettive riconosciute in capo ai singoli – e quegli strumenti che, senza coinvolgere direttamente il singolo straniero residente, sono comunque orientati a favorire una qualche forma di partecipazione della comunità immigrata.

Con il termine istituti di partecipazione si vanno in questa sede ad individuare comprensivamente gli strumenti predisposti dal legislatore nazionale e regionale o dagli enti locali volti a promuovere il coinvolgimento della popolazione straniera residente nella vita politica a diversi livelli. Nell'ambito di questi istituti si può distinguere tra istituti di partecipazione diretta e istituti di partecipazione indiretta. Tra i primi vanno ricordati il diritto di proporre istanze e petizioni, il diritto di partecipare ai referendum consultivi regionali nonché il diritto di voto alle primarie in alcuni partiti politici (e più in generale la partecipazione alla relativa vita interna).

Si tratta in questo caso di veri e propri diritti politici di par-

¹¹ Si riprende volutamente il titolo di T.F. GIUPPONI, *Gli stranieri extracomunitari e la vita pubblica locale: c'è partecipazione e partecipazione*, cit.

¹² Sul tema cfr., tra gli altri, L. CASTELLI, *Il ruolo degli enti locali nell'integrazione e partecipazione dei migranti*, in L. RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 163 ss.; G. VOSA, *Sul riconoscimento dei diritti politici agli stranieri residenti: esperienze e prospettive*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. I, ESI, Napoli 2014, p. 643 ss.; D. FIUMICELLI, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari può ancora passare dalla "partecipazione politica"?* Spunti di carattere comparato e brevi considerazioni sulle proposte più recenti e sulle prassi locali, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2014, n. 1; V. FERRAIUOLO, *Le nuove politiche regionali in materia di partecipazione degli stranieri, in dirittifondamentali.it*, 2012, n. 1.

tecipazione, riconosciuti dapprima ai cittadini e poi estesi anche agli stranieri residenti. Sotto questo profilo, ad esempio, la Regione Marche riconosce espressamente il diritto di petizione ai sensi dell'art. 41 Statuto Marche, mentre sembrano esserci margini per un'estensione del diritto di voto nei referendum consultivi eventualmente indetti dal Consiglio regionale su questioni di carattere generale.

Tali strumenti tuttavia, vuoi per il loro rilievo del tutto marginale in chiave di integrazione (petizione e referendum consultivi regionali) vuoi per l'adozione circoscritta a pochi attori politici (primarie) non verranno qui presi in considerazione.

Oggetto di analisi sono invece gli istituti di partecipazione indiretta, ovvero quegli organismi variamente denominati e, con composizione e funzioni assai diverse tra loro, che sono appositamente costituiti ai diversi livelli di governo con la finalità di promuovere il coinvolgimento della popolazione straniera residente. Tra questi la distinzione fondamentale corre tra organismi non elettivi ed elettivi.

Il prototipo per gli organismi di carattere non elettivo è rappresentato dalla "Consulta per i problemi degli stranieri immigrati e delle loro famiglie", istituita a livello nazionale dall'art. 42 comma 4 d.lgs. n. 286 del 1998. Tale organo – che vede la prevalente presenza di soggetti non stranieri, benché con competenze in diversa misura riconducibili anche alla questione dell'integrazione sociale degli stranieri – esercita una ridotta funzione consultiva e di collegamento con i consigli territoriali per l'immigrazione, con risultati nel complesso assai modesti.

Organismi analoghi, con funzioni consultive e composizione mista, hanno visto la luce in molte regioni. Nella Regione Marche è stata istituita sin dal 1998 la Consulta regionale degli immigrati, poi riformata nel 2009 sia sotto il profilo della composizione che delle funzioni¹³.

Attualmente la Consulta è costituita da un numero variabile di membri, in parte rappresentanti delle istituzioni locali e regionali, in parte rappresentanti del mondo produttivo, del sindacato e del sociale, in parte rappresentanti delle associazioni di immi-

¹³ Si veda la legge reg. 2 marzo 1998, n. 2, artt. 3-5, ed ora, la legge reg. 26 maggio 2009, n. 13, recante "Disposizioni a sostegno dei diritti e dell'integrazione dei cittadini stranieri immigrati", artt. 3-5.

grati iscritte ad un apposito registro regionale, a cui va ad aggiungersi infine un funzionario regionale¹⁴.

I limiti di organismi di questo tipo emergono sin dalla descrizione della composizione¹⁵: la “rappresentanza” della popolazione straniera residente è contro-bilanciata da una consistente presenza di componenti di cittadinanza italiana, spesso prevalente; l’individuazione degli stessi rappresentanti stranieri passa attraverso un doppio filtro: prima quello dell’iscrizione della rispettiva associazione nell’apposito registro regionale, poi quello della designazione del rappresentante presso la Consulta da parte dell’associazione stessa.

Inutile dire che un tale organismo – al di là delle intenzioni del legislatore regionale e delle iniziative eventualmente adottate dallo stesso organismo – appare del tutto inidoneo a garantire una maggiore partecipazione di singoli stranieri e, conseguentemente, una loro più piena integrazione nella vita politica regionale. Il doppio filtro previsto per l’accesso esclude infatti a priori dalla Consulta ampie parti della popolazione immigrata, a partire da coloro i quali non aderiscono ad alcuna delle associazioni iscritte al registro regionale. A ciò si devono inoltre aggiungere la ridotta rappresentatività delle stesse associazioni (a fronte del complesso degli stranieri residenti) e l’assenza di efficaci stru-

¹⁴ Art. 3 comma 2 legge reg. n. 13 del 2009. Più precisamente, la Consulta risulta composta da: a) l’assessore regionale competente o suo delegato; b) tre consiglieri regionali, di cui uno di minoranza; c) tre rappresentanti dell’Associazione nazionale comuni italiani (ANCI) regionale; d) tre rappresentanti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale, designati a livello regionale; f) un rappresentante per ciascuna delle associazioni etniche iscritte al registro di cui all’articolo 9; g) un rappresentante per ciascuna delle associazioni multietniche iscritte al registro di cui all’articolo 9, fino a un massimo di cinque; h) un rappresentante delle associazioni di volontariato impegnate nel settore dell’immigrazione, iscritte al registro regionale del volontariato, designato dalla Consulta di cui all’art. 7 legge reg. 13 aprile 1995, n. 48 (Disciplina del volontariato); i) un rappresentante per le imprese industriali, agricole, artigiane, delle cooperative, del commercio, del turismo e dei servizi, designato congiuntamente dalle rispettive organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale; per associazioni maggiormente rappresentative si intendono quelle con il maggior numero di iscritti a livello regionale; j) il dirigente della struttura regionale competente in materia di lavoro e formazione professionale o suo delegato.

¹⁵ Per ulteriori e analoghi rilievi critici, anche rispetto ad altre Consulte regionali, cfr. V. FERRAIUOLO, *Le nuove politiche regionali in materia di partecipazione degli stranieri*, in *dirittifondamentali.it*, 2012, n. 1, p. 9 ss.

menti per verificarne l'effettiva democrazia interna. Non stupisce che, accanto al ridotto coinvolgimento della popolazione straniera, anche gli esiti dell'attività della Consulta siano apparsi, in più di un'occasione, piuttosto deludenti.

Diversamente, si può parlare di veri e propri diritti di partecipazione con riferimento alla costituzione di organi consultivi a carattere elettivo, istituiti per lo più a livello locale, quali sono i Consiglieri aggiunti e le Consulte elettive. In questo caso infatti al singolo straniero residente è riconosciuto tanto il diritto di voto per l'elezione dei componenti dell'organo consultivo quanto il diritto di candidarsi ed essere eletto. Si tratta pertanto di un coinvolgimento diretto, rivolto (quanto meno astrattamente) a tutta la popolazione straniera immigrata.

Tali istituti di partecipazione meritano di essere approfonditi per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo per il semplice fatto che, stante l'impossibilità di prevedere un'estensione del diritto di voto alle elezioni regionali e locali ai residenti stranieri, tali istituti rappresentano l'unico strumento attualmente disponibile per garantire una partecipazione della popolazione straniera immigrata alla vita politica delle rispettive comunità. In secondo luogo, perché le molteplici esperienze maturate sul territorio nazionale sono di segno assai diverso tra loro, registrandosi, accanto a storie di partecipazione duratura ed efficace, sperimentazioni che hanno rapidamente imboccato una strada declinante: esaminare più da vicino tali istituti diviene pertanto essenziale ai fini di identificarne gli aspetti di forza e i punti di criticità, per poi andare a ipotizzare ed elaborare eventuali correttivi e aggiustamenti.

3. La carenza di un'indagine diffusa e analitica del fenomeno

Un primo ostacolo che emerge nell'affrontare lo studio degli istituti di partecipazione è tuttavia rappresentato da una singolare carenza di dati sul tema.

Non esiste, a livello nazionale, né una banca dati né un'indagine approfondita di tali strumenti di partecipazione. I pochi studi esistenti non solo risultano ormai piuttosto risalenti, ma riguardano di norma un campione assai ristretto di esperienze, in genere quelle ritenute più significative¹⁶.

¹⁶ Sul tema, si veda in particolare tra gli altri, T. CAPONIO, *Quale parte-*

Mancando uno studio sistematico del fenomeno, risulta assai complesso ricostruire persino gli elementi essenziali per poter avviare un esame serio e completo delle diverse esperienze locali: quali sono i comuni nei quali esiste un organismo elettivo consultivo degli stranieri; a quando risale la relativa istituzione; quali sono la composizione e le relative funzioni; quali gli strumenti di supporto (anche finanziario) messi a disposizione dall'ente locale.

Nell'impossibilità di avere un quadro completo a livello nazionale, si è deciso di concentrare l'indagine sulle esperienze di partecipazione maturate nel contesto degli enti locali marchigiani, assai significative nel panorama nazionale per numero e continuità nel tempo¹⁷.

Accanto all'analisi condotta sul territorio marchigiano, ci si è poi avvalsi di un recente monitoraggio elaborato dalla Regione Emilia-Romagna il quale – sotto il profilo della completezza dei dati – rappresenta senz'altro un *unicum* a livello nazionale¹⁸.

cipazione politica degli stranieri in Italia? Il caso delle consulte elettive dei comuni dell'Emilia Romagna, IX Convegno internazionale della S.I.S.E. - La cittadinanza elettorale, Firenze 14-15 dicembre 2006; AA.VV., *La partecipazione politica degli stranieri a livello locale*, a cura di ASGI-FIERI, Torino 2005; P. ATTANASIO-A. FACCHINI, *La rappresentanza politica degli stranieri*, in Caritas Italiana, Dossier statistico immigrazione, 2004; *La rappresentanza diffusa. Le forme di partecipazione degli immigrati alla vita collettiva*, a cura della Codres, Roma, 3 aprile 2000. Fa eccezione, in questo quadro, il recentissimo lavoro di T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, in *Dir. imm. citt.*, 2021, n. 3, p. 199 ss., il quale comunque limita la propria indagine ai comuni con più di 15.000 abitanti.

¹⁷ Un'impostazione analoga del lavoro di indagine si può ritrovare altresì in T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, cit., spec. p. 204, il quale seleziona Emilia-Romagna e Marche perché in queste regioni – sulla base di un'analisi condotta su tutti i comuni italiani con più di 15.000 abitanti – «il fenomeno è apparso particolarmente rappresentato». Da questo studio emerge in ogni caso come le Marche siano la prima regione italiana per organismi di partecipazione attivi (in comuni sopra ai 15.000 abitanti), i quali attualmente risultano essere 7, contro i 5 di Emilia-Romagna e Lombardia; i 2 di Friuli-Venezia Giulia, Trentino-Alto Adige, Abruzzo, Campania e Sicilia. Piemonte, Veneto, Toscana, Lazio, Puglia, Molise contano un solo organismo attivo. Differentemente da tale impostazione, il presente lavoro ha comunque guardato pure alle realtà locali minori, prendendo in considerazione anche i comuni marchigiani con meno di 15.000 abitanti. In questo modo, gli organismi attivi sono saliti a nove.

¹⁸ Si veda il dossier Regione Emilia-Romagna, *Tra partecipazione e rappresentanza. Monitoraggio regionale 2016. Gli organismi di partecipazione alla vita pubblica e di rappresentanza dei cittadini stranieri promossi dagli Enti locali in Emilia-Romagna*, disponibile al seguente link: sociale.regione.emilia-romagna.it/immigrati-e-stranieri/temi/partecipazione-e-rappresentanza/

La scelta di prendere in esame comprensivamente il complesso degli strumenti elaborati all'interno di una singola regione – senza operare ad esempio una selezione e un'analisi dei casi più significativi in diversi contesti regionali – trova giustificazione nella necessità di verificare quali rapporti si instaurino tra esperienze locali e livello regionale, in modo tale da poter delineare quale sia il ruolo della regione con riguardo agli strumenti di partecipazione esistenti sul proprio territorio.

4. Una mappa provvisoria dei problemi, partendo dalle esperienze marchigiane...

Sul territorio marchigiano si contano almeno nove organismi consultivi degli stranieri in attività, con una prevalenza della figura del consigliere aggiunto rispetto agli istituti a carattere collegiale¹⁹. Prendendo in considerazione complessivamente le diverse esperienze maturate nel corso degli ultimi vent'anni sul territorio (tra organismi momentaneamente inattivi, esperienze cessate e istituti non ancora avviati, ma normativamente previsti) si arriva tuttavia a oltre trenta istituti di partecipazione promossi dagli enti locali marchigiani²⁰. Si tratta di numeri significativi, se solo si considera che nella Regione Emilia-Romagna – tradizionalmente all'avanguardia nella promozione della partecipazione politica degli stranieri – gli organi attivi sono 7 (con altri 4 in corso di attivazione) e quelli attivi nel decennio 2007-2016 ed ora cessati sono complessivamente 15²¹.

L'indagine delle diverse realtà marchigiane di partecipazio-

volumeconsulthenovembre_WEB_impaginato.pdf/@@download/file/volume%20consulte%20novembre_WEB_impaginato.pdf.

¹⁹ Presentano uno o più Consiglieri stranieri aggiunti i comuni di Ancona, Falconara, Jesi, Maiolati Spontini, Loreto, Porto San Giorgio, Senigallia; è presente invece un organo collegiale (consulta) nei comuni di Fabriano (dove ha recentemente sostituito il consigliere aggiunto), Grottammare, Porto San Giorgio e Senigallia.

²⁰ Risultano attivi in tempi recenti, ma al momento non rinnovati i consiglieri aggiunti nei comuni di Macerata (la cui elezione è stata temporaneamente rinviata a causa dell'emergenza pandemica), Serra de' Conti, San Benedetto del Tronto (nel quale era prevista anche una consulta non elettiva), Montecarotto, Offida, Fermo.

²¹ Cfr., per questi dati, Regione Emilia-Romagna, *Tra partecipazione e rappresentanza*, cit., p. 11-13 e p. 25-30.

ne tutt'ora vitali ha consentito l'individuazione di talune problematiche ricorrenti, sulle quali ci si sofferma.

Sinteticamente si possono individuare quattro temi principali: rappresentatività, funzioni, supporto (in senso lato) e instabilità.

Il primo aspetto – quello della *rappresentatività* – va declinato diversamente a seconda che si faccia riferimento all'organo monocratico consigliere aggiunto oppure a quello collegiale della consulta.

Nel primo caso, una problematica che potrebbe presentarsi è quella del “monopolio” dell'organo da parte del gruppo nazionale numericamente preponderante sul territorio, che potrebbe eleggere un proprio rappresentante finendo con l'escludere il resto della popolazione straniera residente. Non sembra tuttavia che dinamiche di questo tipo siano diffuse nelle esperienze marchigiane; piuttosto emerge un coinvolgimento più marcato di gruppi che possono vantare una più risalente storia di immigrazione (ad es. quelli provenienti dai paesi del Nord Africa o dell'Est europeo) e sono pertanto meglio integrati nel tessuto sociale. Da un'altra prospettiva, potrebbe però essere la stessa natura monocratica dell'organo a renderlo meno adatto a rappresentare la complessità delle istanze emergenti dalla popolazione straniera residente²², che spesso racchiude gruppi con provenienza, lingua e retroterra socio-culturale molto diversificati. Si hanno peraltro casi in cui è prevista l'elezione di più consiglieri aggiunti²³ – come avviene ad esempio ad Ancona – ma si tratta di un correttivo probabilmente insufficiente, specie nei centri più grandi dove la popolazione straniera residente risulta più numerosa²⁴.

²² Cfr. in tal senso L. CASTELLI, *Il ruolo degli enti locali nell'integrazione e partecipazione dei migranti*, cit., p. 178.

²³ È il caso, ad esempio, dei Comuni di Ancona e Senigallia.

²⁴ Singolare in tal senso è proprio il caso della città di Ancona, dove risiedono oltre 14.000 stranieri, appartenenti a più di 100 nazionalità distinte; alle elezioni del 10 giugno 2018 sono stati eletti due consiglieri aggiunti, entrambi di origine bengalese (va sottolineato però che la comunità bengalese è la più numerosa di quelle extra-UE). Sull'esperienza anconetana si possono rinvenire diversi spunti d'interesse nell'intervista realizzata a un consigliere aggiunto in T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, cit., *passim*; si veda altresì più diffusamente ID., *Stranieri che partecipano. La partecipazione politica degli stranieri in Italia*, Milano 2021, *passim*. Proprio il consigliere intervistato è stato peraltro al centro di una vicenda con strascichi giudiziari, essendo stato vittima

Nel caso delle consulte – istituto che nella Regione Marche appare meno diffuso che in Emilia-Romagna – i problemi invece appaiono legati soprattutto alla composizione e ai connessi meccanismi di elezione. Un modello piuttosto diffuso a livello nazionale – che si trova replicato, per esempio, nella neo-istituita Consulta di Fabriano²⁵ – è quello di un collegio suddiviso in aree geografiche (che spesso corrispondono in misura approssimativa ai diversi continenti), nell’ambito delle quali vengono eletti i rispettivi rappresentanti in misura proporzionale agli elettori. Questo meccanismo, che ha la finalità di garantire una rappresentanza minima a tutte le aree geografiche, da un lato ha appunto il pregio di promuovere una copertura “globale” dell’organo, ma al tempo stesso rischia di consentire una sovra-rappresentazione di alcune comunità e, di contro, penalizzarne altre nell’ambito di una stessa area geografica.

In dottrina²⁶, si è inoltre segnalata la possibilità che organi collegiali di questo tipo possano concorrere ad accentuare i contrasti tra le diverse comunità straniere; un dato questo che però

di minacce e intimidazioni da parte di connazionali proprio in ragione della sua candidatura alle elezioni. Sul punto si veda S. RISPOLI, *Minacciato di morte prima e dopo le elezioni: finiscono a processo i rivali del consigliere bengalese*, in *Corriere adriatico* (web), 23 giugno 2021.

²⁵ Si veda l’art. 16 (Consulta Comunale cittadini stranieri) dello Statuto comunale; nonché l’art. 18 (Composizione della Consulta) del *Regolamento per l’istituzione e il funzionamento della Consulta comunale elettiva per i cittadini stranieri extra - UE ed apolidi residenti nel Comune di Fabriano* (approvato con deliberazione del consiglio comunale n. 8 del 29 gennaio 2019); in particolare quest’ultimo prevede che: «I membri della Consulta sono eletti ciascuno in rappresentanza dei residenti stranieri extra-UE provenienti dalle seguenti aree geografiche: 1. - Europa extracomunitaria (a cui sono equiparati gli eventuali apolidi) 2. - Africa 3. - America 4. - Asia e Oceania. I rappresentanti di ogni area sono eletti in modo proporzionale al numero degli elettori. Il numero dei rappresentanti è definito area per area, come segue: a) fino a 100 elettori = 1 rappresentante; b) da 101 a 400 elettori = 2 rappresentanti; c) da 401 a 700 elettori = 3 rappresentanti; d) oltre 700 elettori = 4 rappresentanti. Qualora per ogni area vengano presentate più liste, risulteranno eletti i candidati che avranno ottenuto il maggior numero di preferenze in ognuna delle singole liste fino alla concorrenza del numero di eletti previsto dalla rispettiva area geografica. Qualora per ogni area venga presentata una sola lista, gli eletti saranno i candidati che risulteranno maggiormente votati fino alla concorrenza del numero di eletti previsti dalla rispettiva area geografica».

²⁶ Cfr. S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza*, in *Studi in onore di Michele Scudiero*, IV, p. 2179 ss., ora anche in *federalismi.it*, Human Rights, 2013, n. 2.

non sembra emergere né nel monitoraggio emiliano, né in quello marchigiano²⁷.

Un secondo aspetto di criticità degli organismi consultivi degli stranieri residenti è rappresentato dalle *funzioni* riconosciute agli stessi e, più in generale, dalla scarsa incisività sull'attività dell'ente locale.

È questo un limite che deriva inevitabilmente dalla stessa natura consultiva di tali organi e che non può essere superato attraverso l'attribuzione di poteri direttamente incidenti sulla formazione delle scelte degli organi rappresentativi locali, dal momento che tale attribuzione verrebbe a scontrarsi con l'argine tracciato dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa menzionata in premessa.

Va però registrato come – in talune realtà – la concreta configurazione dei poteri consultivi in questione sia andata a ridurre ulteriormente la capacità degli organi in esame di influenzare l'attività dell'ente locale.

In particolare, ci si riferisce al carattere settoriale delle funzioni consultive riconosciute a tali organi²⁸, ricollegate per lo più a questioni attinenti all'immigrazione e non al complesso dell'azione amministrativa e delle politiche comunali. Il che determina una notevole riduzione delle potenzialità inclusive degli strumenti considerati, che finiscono per confinare la partecipazione della popolazione straniera a materie ben distinte e separate dalle questioni che concernono l'intera comunità²⁹. Si è inoltre segnalato come tale competenza settoriale permetta alle amministrazioni di operare una selezione delle tematiche da sottoporre agli organi consultivi degli stranieri, quasi a «cristalliz-

²⁷ Cfr. T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, cit., p. 241 ss., che rileva come i consiglieri aggiunti divengano riferimento per tutte le comunità di immigrati.

²⁸ Cfr. L. CASTELLI, *Il ruolo degli enti locali nell'integrazione e partecipazione dei migranti*, cit., p. 178-179.

²⁹ Si veda in particolare il caso del *Rappresentante degli stranieri* nel Comune di Macerata, intervistato sempre da T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, in cit., p. 241, il quale esprime in modo eloquente la marginalizzazione del Consigliere aggiunto nei lavori del Consiglio comunale: «Non è comprensibile il perché io debba andar lì (in Consiglio comunale, n.d.a.), per stare lì o per aspettare che il Consiglio parli di qualcosa che riguardi gli stranieri per poter intervenire. Perché se si parla di un problema della città che non implichi gli stranieri, non può intervenire il rappresentante degli immigrati? Non vivo qui anch'io?».

zare la condizione di «estraneità» di una parte della popolazione, quella straniera, la quale, secondo il loro intento, non potrà che continuare ad occuparsi che dei temi che la riguardano»³⁰.

Un ulteriore aspetto che merita di essere toccato – e che emerge anche dall’indagine marchigiana³¹ – è quello del *supporto* non sempre adeguato garantito tanto agli organismi quanto direttamente ai componenti degli stessi³². Non si tratta solo degli aspetti finanziari e logistici – che pure rivestono un ruolo fondamentale nel garantire concretamente la partecipazione di soggetti che spesso dispongono di poco tempo e risorse – ma soprattutto della necessaria formazione e del supporto tecnico che dovrebbero accompagnare l’attività di questi organi. I rappresentanti stranieri infatti non hanno – se non raramente – una pregresa esperienza politica e non conoscono le nozioni basilari relative al funzionamento dell’amministrazione comunale e degli aspetti salienti delle politiche pubbliche locali. Si tratta evidentemente di aspetti cruciali per poter condurre di un’efficace azione di influenza e orientamento delle scelte dell’ente locale, per di più attraverso organi dotati di poteri assai limitati.

Infine incide negativamente sull’attività di questi organismi la scarsa *stabilità* degli stessi: non è infrequente che i membri nel corso del mandato decadano dall’incarico, perché acquistano la cittadinanza italiana o perché si trasferiscono altrove sul territorio nazionale o all’estero, senza che sia previsto un efficace meccanismo di subentro. Oppure ancora può capitare che i componenti eletti – talora in ragione della stessa scarsa incisività dell’organo – decidano di non partecipare alle relative sedute, provocando la paralisi dell’attività (per mancato raggiungimento del numero legale) o l’interruzione di percorsi di dialogo con le amministrazioni. Appare inoltre difficile assicurare la continuità

³⁰ Cfr. T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, cit., p. 241.

³¹ Un contributo economico – nella forma del “gettone di presenza” – era previsto, sino all’avvio dell’indagine, solo per i Consiglieri aggiunti di Jesi e Macerata (ora non rinnovato), cui si è aggiunta Ancona nel 2021. Spesso tuttavia è emersa la mancanza di spazi per svolgere le proprie attività politiche (si veda in part. T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, cit., p. 237-238, in relazione ad Ancona) o più in generale di un supporto e accompagnamento nella relazione con gli uffici comunali e nell’inserimento nel contesto istituzionale. Per riferimenti e una valutazione complessiva sul punto, cfr. sempre T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, cit., p. 234 ss.

³² Cfr. ancora L. CASTELLI, *Il ruolo degli enti locali nell’integrazione e partecipazione dei migranti*, cit., p. 178-179.

dell'azione dell'organo consultivo attraverso più consulature; in special modo, appare critico il momento del rinnovo dell'organo, sia sotto il profilo del coinvolgimento della popolazione straniera alle operazioni elettorali, sia sotto il profilo del "passaggio di consegne" tra i rappresentanti uscenti ed entranti.

Il complesso delle problematiche evidenziate – che, in dottrina, ha fatto dubitare della bontà di tali strumenti di partecipazione³³ – trova tuttavia già in talune esperienze esaminate alcuni efficaci correttivi.

5. ...e alcuni possibili correttivi

Quanto al problema della rappresentatività degli organismi consultivi, esistono già alcune soluzioni sperimentate con buoni risultati e che trovano un riscontro anche nel territorio marchigiano. In particolare, per ovviare ai differenti problemi evidenziati per Consiglieri aggiunti e Consulte considerati singolarmente, si è deciso di adottare contestualmente entrambi gli istituti, avendo cura di instaurare un opportuno coordinamento tra i due.

È il caso, ad esempio, della nuova Consulta del Comune di Fabriano³⁴, il cui presidente – eletto a maggioranza assoluta tra i membri della stessa – svolge il necessario ruolo di collegamento tra la Consulta e il Consiglio comunale, esercitando gli stessi poteri e le stesse funzioni che erano state in precedenza del Consigliere aggiunto. Un'esperienza analoga si può rinvenire nel comune di Grottammare (AP), nel quale questo modello opera positivamente sin dal 1996³⁵: in questo caso è prevista la nomina di un portavoce, che svolge comunque funzioni riconducibili

³³ Si vedano, tra gli altri, L. CASTELLI, *Il ruolo degli enti locali nell'integrazione e partecipazione dei migranti*, cit.; G. VOSA, *Sul riconoscimento dei diritti politici agli stranieri residenti*, cit., p. 656 ss.

³⁴ Si veda il *Regolamento per l'istituzione e il funzionamento della Consulta comunale elettiva per i cittadini stranieri extra - UE ed apolidi residenti nel comune di Fabriano* (approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 8 del 29 gennaio 2019).

³⁵ Si veda il *Regolamento per l'istituzione della Consulta dei cittadini stranieri residenti o domiciliati a Grottammare* (approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 38 del 28 maggio 1996 e modificato con deliberazione n. 2 del 24 gennaio 2013).

nella sostanza a quelle del presidente dell'organo collegiale e di un consigliere aggiunto.

La descritta combinazione dei due istituti permette di fare della consulta la sede della rappresentanza delle diverse comunità e delle diverse istanze provenienti dalla popolazione straniera residente, garantendo al tempo stesso un efficace collegamento con l'amministrazione comunale attraverso il presidente (o portavoce), in capo al quale ricadrà, in una certa misura, anche il compito di promuovere una sintesi delle diverse posizioni esistenti nell'organo collegiale.

Resta il problema della composizione dell'organo collegiale; le soluzioni ipotizzabili a tal proposito possono essere diverse. Si può immaginare innanzitutto un superamento della divisione per aree geografiche continentali, assicurando al contempo la rappresentanza dei gruppi più numerosi della popolazione straniera in seno all'organo tramite la previsione di alcuni seggi riservati (la cui attribuzione risulti comunque connessa al raggiungimento di una soglia base di partecipazione dei membri del relativo gruppo al momento elettorale). Oppure – anche nell'ottica di favorire tendenze aggregative tra diverse comunità attorno a programmi comuni – si potrebbe immaginare un'elezione di secondo grado; soluzione che avrebbe però il limite di aggiungere un ulteriore filtro tra il singolo straniero residente e l'amministrazione comunale.

Interessante è la soluzione adottata per l'elezione della Consulta di Grottammare³⁶: nella Consulta sono rappresentate tutte le comunità presenti sul territorio comunale, con l'aggiunta di 7 membri. L'elezione della Consulta si basa sulla previsione di un duplice voto per ogni elettore: il primo voto è attribuito ad un candidato della propria nazionalità, il secondo ad un candidato di qualsiasi altra nazionalità: risultano eletti il candidato più votato per ogni singola nazionalità, nonché i 7 candidati più votati in assoluto. Si tratta di un sistema che contempera efficacemente la necessità di rappresentare tutte le componenti della popolazione straniera residente e, al contempo, quella di superare almeno in parte una rigida riproposizione delle comunità nazionali. Con opportuni correttivi – quali ad esempio una soglia di sbarramento per comunità – un sistema di questo tipo appare replicabile

³⁶ Art. 3 (Modalità di elezione e durata in carica della Consulta).

anche in contesti che presentano una popolazione straniera assai numerosa e suddivisa in molteplici comunità nazionali.

In tal senso, un'applicazione di meccanismi in parte analoghi può ritrovarsi, fuori dalle Marche, nella Consulta del Comune di Padova (*rectius* "Commissione per la rappresentanza delle persone padovane con cittadinanza straniera"), ripristinata recentemente dopo un periodo di inattività, con nuove forme e funzioni. In particolare, da un lato, si garantisce la presenza nell'organo collegiale delle comunità di stranieri più numerose (quelle che arrivano almeno a 400 residenti), dall'altro, si cerca di superare le divisioni legate a nazionalità e provenienza prescrivendo che «in sede di elezione della Commissione, ogni elettore/elettrice potrà esprimere sino a due preferenze; qualora siano espresse due preferenze, le stesse dovranno essere riferite a due persone candidate appartenenti l'una a una delle comunità più numerose (...), l'altra a una delle comunità meno numerose»³⁷.

Il secondo profilo problematico evidenziato – ovvero quello della ridotta funzione consultiva – può essere in parte superato attribuendo una competenza generale agli organismi di rappresentanza degli stranieri. Competenza peraltro già riconosciuta da molti degli enti locali marchigiani che hanno promosso l'istituzione di tali organismi³⁸. Laddove è prevalsa una caratterizza-

³⁷ Art. 5 comma 3 (Struttura organizzativa) del *Regolamento della commissione per la rappresentanza delle persone padovane con cittadinanza straniera*, approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 68 del 19 ottobre 2020). Il regolamento ha peraltro il pregio – assente nella gran parte degli istituti esaminati – di tutelare la rappresentanza di genere: «In caso di doppia preferenza dovrà esservi altresì alternanza di genere, a garanzia della rappresentanza di genere» (art. 5 comma 4).

³⁸ Si veda, tra gli altri, ad es. l'art. 3 (Partecipazione alle sedute del Consiglio comunale e delle Commissioni Consiliari) del *Regolamento della Consulta di Fabriano*, che riconosce al Presidente di questa «la facoltà di intervenire nel merito di tutte le questioni discusse nel Consiglio comunale con pari dignità dei consiglieri eletti»; oppure l'art. 47 del *Regolamento del Consiglio comunale di Jesi*, in virtù del quale il Consigliere aggiunto «gode degli stessi diritti dei Consiglieri comunali per quanto attiene all'iniziativa su ogni oggetto di competenza del Consiglio» ed «ha, analogamente diritto di interrogazione, di mozione e di emendamento che esercitano nelle forme previste dal presente Regolamento»; o ancora l'art. 5 del *Regolamento per il funzionamento del Consiglio comunale e delle Commissioni consiliari* del Comune di Senigallia, nel quale si prevede che i consiglieri aggiunti siano «chiamati a partecipare ai lavori del Consiglio comunale in modo equiparato alla figura del Consigliere Comunale», potendo partecipare anche ai lavori delle commissioni.

zione settoriale, come ad esempio nei casi di Macerata, Recanati (MC), San Benedetto del Tronto (AP), giova evidenziare come le esperienze di partecipazione abbiano avuto un esito negativo, a testimonianza di quanto la marginalizzazione dell'apporto dei consiglieri aggiunti finisca per comprometterne l'utilità e conduca, in breve, alla rimozione della figura da parte dell'amministrazione comunale o a uno scarso interesse da parte delle comunità immigrate.

Accanto dunque all'ampliamento delle competenze, un passo ulteriore per la promozione di tali istituti – anche nel senso di un superamento di un approccio che può apparire talora paternalistico nel coinvolgimento dei migranti – potrebbe essere quello di far corrispondere alle iniziative di consiglieri aggiunti e consulte conseguenze giuridiche più significative di quelle attualmente previste. Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare un onere motivazionale in capo all'amministrazione comunale qualora intenda discostarsi dal parere espresso dal consigliere o dalla consulta; oppure ancora l'introduzione di pareri obbligatori (non vincolanti) su alcune materie di particolare rilievo per la popolazione straniera da richiedere agli stessi organi³⁹.

I correttivi per ovviare all'instabilità di consiglieri aggiunti e consulte – almeno con riguardo alla sostituzione di membri nel corso del mandato – sono piuttosto elementari e contemplanò la previsione di istituti di supplenza o subentro da parte di candidati non eletti⁴⁰.

Più complessa è invece la questione dell'insieme di azioni volte a garantire l'adeguato supporto all'attività dell'organo e alla formazione dei suoi membri. Sotto tale profilo, le possibilità degli enti locali si spingono infatti sino ad un certo punto, complici le dotazioni finanziarie e di personale limitate: in molte delle realtà prese in esame sinora è tuttavia previsto un minimo supporto logistico (a partire dagli spazi concessi agli organi consultivi per riunirsi)⁴¹; talora, il supporto tecnico di un ufficio comu-

³⁹ Riconosce tale possibilità E. GIANFRANCESCO, *Gli stranieri, i diritti costituzionali*, cit., p. 5.

⁴⁰ Si veda ad es. l'art. 10 *Regolamento per la elezione del rappresentante degli immigrati* del Comune di Macerata (approvato con atto consiliare n. 99 del 29 settembre 1997); oppure le articolate soluzioni contemplate dall'art. 20 del regolamento della Consulta di Fabriano.

⁴¹ Anche se non vanno dimenticate le problematiche segnalate da T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, cit., *passim*.

nale dedicato; la collaborazione dell'amministrazione intesa nel suo complesso per lo svolgimento delle attività istituzionali; nonché un qualche contributo finanziario.

6. Quale ruolo per la Regione?

Nel complesso, dall'esame delle esperienze marchigiane ed emiliano-romagnole è emerso con chiarezza come – al netto dei limiti evidenziati – siano gli enti locali a svolgere un ruolo da protagonisti nella promozione di esperienze di partecipazione degli stranieri residenti.

Di contro le regioni – superata la stagione della possibile estensione del voto per le regionali agli stranieri residenti – sembrano attualmente destinate a svolgere un ruolo recessivo; e questo nonostante l'espresso riconoscimento da parte della Corte costituzionale della “sicura competenza regionale” in materia.

I fattori che possono aver pesato in tal senso sono molteplici: tra questi, va senz'altro considerata la maggiore prossimità dell'amministrazione comunale rispetto a quella regionale, che agevola il coinvolgimento attivo della popolazione straniera residente; come pure va tenuta da conto la deludente *performance* degli organismi di partecipazione costituiti a livello regionale.

La vivacità di alcune esperienze locali posta a confronto con i deludenti risultati partecipativi regionali potrebbe dunque condurre ad un ripensamento dello stesso ruolo della regione in materia. In questa direzione sembra muoversi in effetti la Regione Emilia-Romagna che, nel 2016, nell'ambito del processo di riorganizzazione delle funzioni amministrative conseguente all'adozione della legge n. 56 del 2014 (c.d. legge Delrio), ha abrogato la consulta regionale per l'integrazione dei cittadini stranieri⁴², la quale aveva visto progressivamente scemare la propria operatività, in misura analoga a quanto avvenuto per l'omologo organismo marchigiano.

Al disimpegno sul piano del coinvolgimento diretto della popolazione straniera residente è però corrisposta, da parte della Regione Emilia-Romagna, l'introduzione di una nuova funzione di promozione, monitoraggio e confronto con le rappresentanze e le forme partecipative esistenti a livello locale (art. 25, legge reg. n. 11 del 2016 che va a modificare l'art. 8, legge reg. n. 5

⁴² Art. 64, legge reg. n. 11 del 2016.

del 2004)⁴³. È in tale contesto che si inserisce il monitoraggio emiliano già menzionato⁴⁴, che risulta chiaramente funzionale non solo a una migliore e più completa conoscenza delle diverse realtà locali, ma soprattutto alla futura elaborazione di apposite iniziative e politiche di supporto a livello locale.

In breve, la regione non si fa direttamente promotrice di una partecipazione politica degli stranieri a livello regionale, quanto piuttosto sostiene e coordina le diverse esperienze già avviate sui territori e ne promuove la diffusione.

A fronte di queste innovazioni nel contesto emiliano-romagnolo, sembrano al momento mancare iniziative in tal senso da parte della Regione Marche che, pur registrando il «minore attivismo» della consulta regionale dell'immigrazione, sembrerebbe incentivare la partecipazione attraverso l'associazionismo⁴⁵.

D'altra parte, per una valutazione dell'efficacia concreta delle menzionate funzioni regionali di promozione e sostegno sarà opportuno attendere un periodo di tempo medio-lungo, ovvero quello necessario perché vengano adottate le politiche e i progetti conseguenti e i risultati di questi si consolidino.

⁴³ Più precisamente l'art. 8 legge reg. n. 5 del 2004, rubricato "Partecipazione e rappresentanza a livello locale", prevede (al comma 1) che la Regione «per promuovere una effettiva partecipazione ed il protagonismo dei cittadini stranieri immigrati nella definizione delle politiche pubbliche, favorisce la realizzazione di percorsi a livello locale, con particolare attenzione all'equilibrio di genere ed alle aree di provenienza e con particolare riferimento a forme di presenza nei Consigli degli Enti locali, di rappresentanti di immigrati e, ove consentito, all'estensione del diritto di voto degli immigrati». Si aggiunge poi al comma 2-bis (introdotto con la modifica del 2016), che la Regione «esercita una funzione di monitoraggio rispetto alle esperienze realizzate in ambito locale, e promuove, di concerto con i Comuni, o le loro Unioni, occasioni di confronto e riflessione in materia di integrazione a livello regionale anche al fine della formulazione e dell'aggiornamento del Programma triennale per l'integrazione dei cittadini stranieri immigrati».

⁴⁴ *Supra* nota 18.

⁴⁵ Si veda in proposito ad es. la Deliberazione della Giunta regionale della Regione Marche del 24 novembre 2014, n. 1322, *Programma regionale degli interventi a sostegno dei diritti e dell'integrazione dei cittadini stranieri provenienti dai Paesi terzi per l'anno 2014. Criteri di riparto delle risorse*. A testimonianza della scarsa operatività dell'organismo collegiale regionale, nella stessa delibera si dà conto delle difficoltà procedurali emerse durante l'approvazione del Programma regionale degli interventi per l'integrazione (che deve essere sottoposto al parere della Consulta) a causa dell'assenza di Presidente e Vice-Presidente: il primo risultava iscritto ad un'associazione rimossa dal Registro regionale delle Associazioni di immigrati, mentre il secondo risultava irreperibile da oltre un anno.

Resta ad ogni modo l'impressione che un cambio di prospettiva della regione sul tema si renda necessario non solo a fronte dell'insuccesso degli strumenti adottati finora a livello regionale, ma soprattutto per il potenziale contributo che azioni di sostegno a livello regionale possono fornire alla riuscita delle forme di partecipazione locali. Alla luce delle problematiche evidenziate, si potrebbe infatti pensare ad un intervento regionale in quei settori laddove gli enti locali, presi singolarmente, faticano a garantire il supporto necessario agli strumenti partecipativi, come ad esempio sotto il profilo della formazione della "classe politica" immigrata; oppure la regione potrebbe promuovere la messa in rete delle diverse esperienze maturate sul territorio, favorendo così quella circolazione di buone pratiche che al momento sembra mancare.

Tutto ciò nella consapevolezza che strumenti di partecipazione come i consiglieri aggiunti e le consulte – stante l'esclusione degli stranieri dal diritto di voto alle elezioni regionali e locali⁴⁶ – sono gli unici istituti che rispondono, pur con i limiti evidenziati, a una crescente domanda di rappresentanza della popolazione straniera, oltre a costituire un importante strumento di integrazione e spesso una tappa fondamentale per molti immigrati sulla strada per l'acquisizione della cittadinanza⁴⁷.

⁴⁶ In proposito, cfr. le condivisibili considerazioni di A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti al bivio tra distinzione e integrazione delle culture (note minime su una spinosa e ad oggi irrisolta questione)*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, n. 3, p. 393 ss., il quale – riferendosi al voto dei c.d. "italiani all'estero" – sostiene che «è francamente singolare che chi vive ed opera da lungo tempo fuori dei confini nazionali possa ugualmente concorrere a decidere della composizione delle assemblee elettive e della formazione dei Governi, senza nondimeno possedere il più delle volte un'informazione adeguata del quadro politico-sociale esistente o addirittura senza averne alcuna, mentre sia impossibilitato ad esprimere le proprie preferenze in campo politico chi nello Stato si è stanziato da molti anni o, addirittura, vi è nato ed ha sempre vissuto, ha trovato lavoro e di conseguenza concorre alle esigenze dell'erario, ha generato figli e, in generale, è partecipe della vita sociale né più né meno di come lo è il cittadino» (p. 408 s.). E aggiunge un appunto, proprio sul tema che ci interessa, dicendo che: «Né consola o appaga la circostanza per cui in ambito locale ad esse è già offerta la possibilità di rendersi partecipi della vita politica» (p. 408, nota 50).

⁴⁷ Segnala l'importante ruolo di "facilitatori" assunto da consiglieri aggiunti e consulte nei rapporti tra amministrazione e comunità straniere T. BERTAZZO, *Stranieri che partecipano*, cit., spec. p. 233 e p. 240.

ACCESSO ALLA TERRA E DIRITTI DEI MIGRANTI

LORENZA PAOLONI

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. «Accesso alla terra»: causa ed effetto delle migrazioni? - 3. Terra e lavoro: un binomio controverso. – 4. Alcune prospettive

1. Note introduttive

Nel presente contributo si svolgeranno alcune riflessioni concernenti, segnatamente, il particolare rapporto che i migranti intessono con il bene “terra” e le diverse questioni giuridiche, non soltanto di rilievo nazionale, che questa relazione genera o potrebbe generare.

Occorre, innanzitutto, premettere che il “richiamo della terra” costituisce una spinta spesso impellente per lo straniero che emigra e ancor di più, si può sostenere, per la sua permanenza, a vario titolo, in un determinato territorio ove, spontaneamente o coattivamente, approda.

L’accesso alla terra (bene che genera risorse, offre stanziamento e sostentamento, consente lo svolgimento di attività lavorative) ha, storicamente, giocato un ruolo determinante nella dinamica dei flussi migratori ed è sovente considerato, come si vedrà in prosieguo, causa ed effetto dei movimenti dei migranti nell’attuale periodo storico. La situazione dell’accesso alla terra qui accolta ha, peraltro, una fisionomia specifica che prescinde dalla condizione proprietaria. Come infatti osserva Rodotà «L’accesso, inteso come diritto fondamentale della persona, si configura come tramite necessario tra diritti e beni, sottratto all’ipoteca proprietaria» in quanto individua «una modalità dell’agire, da riconoscere come un diritto necessario per definire la posizione della persona nel contesto in cui vive»¹.

¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012, p. 112.

La ricerca della “terra”, da parte di soggetti che lasciano i paesi nativi per tentare di trovare luoghi ove stabilire la propria esistenza e quella della propria famiglia, è tema che tocca la nostra sensibilità, non solo giuridica. Molti, indimenticabili, romanzi della letteratura del primo novecento sono stati, infatti, dedicati allo sradicamento dei contadini dalle loro terre ed alle sue tragiche conseguenze. Si tratta di opere con *plot* pensati ed elaborati in contesti storici ancora ignari degli imponenti fenomeni migratori che avrebbero, a breve, segnato le sorti di una parte ragguardevole delle diverse popolazioni del pianeta. Si richiama, per tutti, il celebre romanzo “Furore” (1939) di John Steinbeck nel quale l’autore descrive, con dettagli drammatici, gli eventi e le sofferenze delle famiglie di piccoli agricoltori i quali, durante la grande crisi degli anni trenta che colpì gli Stati Uniti, vennero scacciati dai loro possedimenti a causa dell’intervento delle banche, con cui si erano indebitati, e costretti a migrare verso terre lontane e ostili per cercare lavoro come salariati.

Del resto, come la storia del nostro paese ci insegna, anche i migranti italiani andavano alla ricerca di terre da coltivare, e trasferendosi, a ondate diverse, in paesi lontani ma con ampie superfici rurali a disposizione - prevalentemente Stati Uniti, America del Sud, Australia - trovarono in quei territori il benessere tanto agognato nella propria patria impegnandosi alacremente nello svolgimento delle attività agricole. In quei luoghi riuscirono così ad applicare il loro sapere e le conoscenze acquisite nella terra natia diventando, talvolta, proprietari di vasti appezzamenti di terreni ove poterono avviare virtuose e redditizie iniziative imprenditoriali.

Tuttavia l’accesso alla terra è divenuto, nel corso degli anni, un obiettivo non sempre agevole e sicuro da conseguire, non solo per le ragioni che si accennavano poc’anzi, ovvero l’aumentata e diversificata mole dei flussi migratori degli ultimi tempi, ma anche per un altro fondamentale motivo, e cioè la progressiva scarsità del bene terra, a breve insufficiente a soddisfare la domanda crescente di cibo da parte di una popolazione mondiale che ha ormai superato la quota di otto miliardi².

Uno degli eventi controversi che ha caratterizzato l’economia mondiale ai giorni nostri è stato, come è noto, il graduale

² UNJMONDO.ORG., *Diritto alla terra*, in unimondo.org/Guide/Sviluppo/Diritto-alla-terra.

processo di *commodification* delle risorse naturali³ e dunque la mercificazione di beni⁴, considerati indispensabili per la vita delle persone in ogni zona del pianeta quali l'acqua, le sementi, l'aria ed, appunto, la terra⁵.

Negli ultimi anni si è, infatti, registrato un aumento della richiesta di terra: per la realizzazione di insediamenti turistici; per le esigenze logistiche della crescente globalizzazione dell'industria agro-alimentare; per la coltivazione di biocarburanti; per l'installazione di impianti (eolici, fotovoltaici, etc.) da utilizzare per la produzione di energia alternativa; per soddisfare le richieste degli speculatori finanziari; per attuare programmi di conservazione; per dare spazio ai progetti per la mitigazione del cambiamento climatico, etc. Si tratta di un uso diverso e diversificato della terra per fini non strettamente agricoli, cui il bene in esame è originariamente destinato, che viene qualificato sovente come una forma di "nuovo colonialismo"⁶ quando le terre sottratte al loro utilizzo tradizionale risultano collocate in aree geografiche distanti da quelle da cui provengono gli investitori stranieri che le sfruttano e ne ricavano cibo e risorse per i loro paesi.

Parallelamente si verifica una crescente concentrazione del bene "terra" nelle mani di pochi soggetti a seguito di acquisizioni (acquisto o affitto del bene per lunghi periodi) su vasta scala, vere e proprie forme di accaparramento e cioè di possesso e/o controllo di quantità di terra sproporzionate nelle dimensioni rispetto alla misura media delle proprietà di terra delle regioni di riferimento.

Si sta assistendo, in sostanza, ad un ritorno a forme di ac-

³ Su questi temi si rinvia, *ex multis*, a S. VEZZANI, *Le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura nel dibattito sui «global commons»*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, n. 3, p. 433 ss.; P. CLAEYS, *The Right to Land and Territory: New Human Right and Collective Action Frame*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2015, n. 2, (vol. 73), p. 115, ma anche, per un approccio più articolato, il volume M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona, 2012.

⁴ Sul punto, diffusamente, G. RICOVERI, *Beni comuni vs merci*, Jaca Book, Milano, 2010.

⁵ Per una ricostruzione storico-giuridica di carattere generale sul tema della proprietà privata e dei processi di finanziarizzazione nell'era della globalizzazione si richiama C. SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Rubbettino, Catanzaro, 2017.

⁶ F. ROIATTI, *Il nuovo colonialismo. Caccia alle terre coltivabili*, Università Bocconi Editore, Milano, 2010.

centramento della terra anche di stampo neocolonialista, come si accennava, perché in molti casi sono governi ed imprenditori transnazionali che si “accaparrano” la terra di paesi in via di sviluppo (principalmente Africa) o ricche di risorse e non sempre in ritardo di sviluppo (si veda, ad esempio, il Canada, appetito per l’acqua dolce) senza che ci siano ricadute positive per le comunità locali, la sicurezza alimentare, lo sviluppo e la sostenibilità ambientale.

Si parla, al riguardo, di *Land Grabbing*, quale fenomeno ormai diffuso su scala planetaria che contraddistingue, segnatamente, forme di accaparramento, appropriazione e concentrazione della terra coltivabile sita in territori extra-nazionali, operate da soggetti privati e pubblici, al fine principale (ma non esclusivo) di soddisfare i bisogni alimentari interni, che mina in profondità il diritto alla terra di coloro che ambiscono ad accedere ad esso. Detto fenomeno viene descritto anche come una forma di usurpazione o di vero e proprio saccheggio⁷ delle terre e, segnatamente, della rendita discendente dal profitto che si trae proprio dal fatto di acquisire o controllare per un lungo periodo superfici agricole straniere.

Il fenomeno dell’accaparramento della terra va dunque ad intaccare anche la sfera delicata dei beni comuni (materiali ed immateriali) e delle molteplici utilità che le comunità territoriali ritraggono dalla loro gestione in quanto la terra, diversamente da quello che sta accadendo nel sistema economico liberista e globalizzato che è alla radice del *Land Grabbing*, non può essere considerata una “merce” o una *commodity*.

Queste diversificate forme di *global land rush* hanno costituito il pretesto per la approvazione, l’11 maggio 2012, delle *Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure of Land, Fisheries and Forests in the Context of National Food Security*⁸. Si tratta di un fondamentale documento di *soft law*, rea-

⁷ Sulle varie declinazioni del termine “saccheggio” si rinvia a U. MATTE-L. NADER, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Mondadori, Milano, 2010; per altri profili, non di taglio giuridico ma di indubbio fascino per le sollecitazioni che propongono e le profonde riflessioni P. BARCELLONA, *Dalle lotte per la terra al saccheggio della terra*, in *Agr. ist. merc.*, 2012, n. 2-3, p. 19 ss.; P. RABHI, *Parole di terra. Dal saccheggio della terra al ritorno della comunità*, Pentàgora, Savona, 2014, in particolare il capitolo intitolato “Ritorno alla madre terra”, p. 127 ss.

⁸ L. PAOLONI-A. ONORATI, *Regulations of Large-Scale Acquisitions of*

lizzato attraverso un'attività di consultazione trasparente, avviata dalla FAO e finalizzato attraverso una serie di negoziati intergovernativi guidati dal CFS⁹ (*Committee on World Food Security*), un organismo delle Nazioni Unite che include le rappresentanze della società civile, delle organizzazioni internazionali, dei rappresentanti del settore privato, di accademici e ricercatori, dei movimenti sociali contadini.

Le Linee Guida mirano a promuovere la sicurezza alimentare e lo sviluppo sostenibile migliorando l'accesso sicuro alla terra, alla pesca e alle foreste e tutelando i legittimi diritti di possesso di milioni di persone contro forme di sottrazione, concentrazione, mercificazione e privatizzazione dei terreni. Sono state elaborate sulla base dei diritti umani e nel rispetto dei diritti delle comunità locali. I singoli Stati ed ogni organizzazione internazionale sono chiamati a garantire l'attuazione, il monitoraggio e la valutazione delle suddette Linee Guida.

Di recente, un rinnovato interesse sul tema complesso della gestione della terra si è registrato specificamente a livello europeo con la proposta di una nuova direttiva sulla terra promossa dal Coordinamento europeo di Via Campesina¹⁰, il più importante sindacato di agricoltori che opera su scala mondiale. L'Unione europea detiene, infatti, una posizione preminente per ciò che concerne la regolamentazione delle questioni fondiarie in ciascuno dei paesi europei, più volte ribadita anche dalla giuri-

Land: The Case of the Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Land, Fisheries and Forests, in *The Law and Development Review*, 2014, 7(2), p. 369 nel quale vengono descritte le istanze che, a livello, internazionale hanno contribuito alla realizzazione delle Linee Guida ed il percorso che è stato seguito per giungere alla loro approvazione.

⁹ Il Comitato per la Sicurezza Alimentare Mondiale (*Committee on World Food Security – CFS*) è stato creato nel 1974 quale comitato tecnico della FAO, con il mandato di coordinare e monitorare le pratiche relative alla sicurezza alimentare e alla nutrizione, per poi diventare un organismo autonomo in seguito alla riforma del 2009. Coinvolgendo governi, organismi e istituzioni internazionali, istituti di ricerca, settore privato e società civile, il CFS ha rappresentato un modello unico nel sistema delle Nazioni Unite: è la piattaforma più inclusiva di discussione a livello globale di sicurezza alimentare e nutrizione, a cui contribuiscono anche le tre agenzie del Polo romano (FAO, IFAD, WFP). Ciò rende il CFS attivamente coinvolto nel processo di avvicinamento agli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile stabiliti dall'Agenda 2030 rapponuroma.esteri.it/rapp_onu_roma/it/italia_polo_agroalimentare_onu/polo_agroalimentare/cfs-committee-on-world-food-security.

¹⁰ A.A. DESMAIRAS, *La Via Campesina. La globalizzazione e il potere dei contadini*, (ed. ital.), Jaca Book, Milano 2009.

sprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, ma allo stato manca un quadro normativo di riferimento. L'accesso alla terra e la riforma agraria¹¹ sono, pertanto, considerate delle priorità importanti nella *governance* delle aree rurali, fondamentali per l'attuazione della PAC (Politica agricola comune) cui vengono destinati, come è noto, fondi pubblici corrispondenti a più di un terzo del bilancio complessivo della Unione europea.

2. «Accesso alla terra»: causa ed effetto delle migrazioni?

Si è anticipato che il tema dell'accesso alla terra può essere interpretato come una delle cause più ricorrenti del fenomeno migratorio¹². Spesso è proprio l'ospitalità di certi territori dovuta alle guerre, alla povertà, alle condizioni ambientali ostili¹³, ai fenomeni del *Land Grabbing* ma anche del *Watergrabbing*¹⁴, alle evizioni forzate e alle espropriazioni, alle distruzioni, alle mani predatorie dell'*agribusiness*, al mancato rispetto dei diritti delle donne, che non permette ai popoli che li abitano di eserci-

¹¹ Nyéléni Europe and Central Asia, *Roots of Resilience: Land Policy for an Agroecological Transition in Europe*, 2021, eurovia.org/wp-content/uploads/2021/02/rootsfresilience_online-light.pdf.

¹² L. PAOLONI-M. GIOIA, *Migranti, agricoltura ed accesso alla terra*, in H.C. CASAVOLA (a cura di), *Le migrazioni e l'integrazione giuridica degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 33 ss.

¹³ Le condizioni ambientali ed i cambiamenti climatici costituiscono fattori rilevanti nella definizione della vulnerabilità dei Paesi d'origine, transito e destinazione dei migranti. Nel panorama internazionale essi hanno contribuito alla individuazione di una nuova tipologia di migrante, il «rifugiato o migrante ambientale» già catalogato anche all'interno di due sentenze *leader*: Sent. Corte europea dei diritti dell'uomo (Budayeva e altri v. Russia, I sez. Corte Edu, sentenza 20 marzo 2008) e Sent. Suprema Corte Neozelandese (Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment, sentenza 20 luglio 2015). Anche nel nostro ordinamento, grazie al d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con mod. dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173, tra le categorie di permessi convertibili in permessi di lavoro si aggiunge il permesso di soggiorno per «calamità». Per alcune riflessioni di carattere generale si rinvia a G. CARROSI, *I margini al centro*, Donzelli, Roma, 2019, p. 55 ss.

¹⁴ Su questi temi, per gli aspetti generali E. BOMPAN - M. IANNELLI, *Water Grabbing. Le guerre nascoste per l'acqua nel XXI secolo*, Emi, Verona, 2018; S. LIBERTI, *Land Grabbing. Come il mercato delle terre crea il nuovo colonialismo*, minimum fax, Roma, 2011. Per i profili più strettamente giuridici L. PAOLONI, *La "sottrazione" delle terre coltivabili ed il fenomeno del Land grabbing*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, p. 281.

tare il proprio fondamentale «diritto ad alimenti nutritivi e culturalmente adeguati, accessibili, prodotti in forma sostenibile ed ecologica, e di poter decidere il proprio sistema alimentare e produttivo»¹⁵.

La spinta ad abbandonare le terre in cui i (futuri) migranti vivono è data, in queste circostanze, dalla difficoltà di conseguire un reddito dignitoso ed un sostentamento soddisfacente attraverso l'utilizzo delle risorse agricole e naturali del territorio nonché dalla presenza di impedimenti che, a vario titolo, non consentono di accedere all'uso e al godimento dei beni della terra dei luoghi nativi.

Il tema dell'accesso (negato) alla terra si intreccia, inevitabilmente, con quello altrettanto cruciale dell'accesso al cibo e dunque con la *food (in)security*, assumendo così una dimensione globale¹⁶.

Del resto il "richiamo" della terra è considerato, da un altro versante, un effetto dei movimenti migratori perché, assai frequentemente, coloro che arrivano nei Paesi ospitanti alla ricerca di opportunità diverse di una vita migliore, intercettano nelle aree rurali, anche quelle palesemente marginali, gli ambiti più genuini e congeniali per soddisfare il loro bisogno di un'occupazione, seppur precaria. Il mondo agricolo diventa, pertanto, la fonte principale di sostentamento e di sopravvivenza, in quanto offre opportunità di riscatto dalle condizioni di origine e consente di "riappropriarsi" di saperi già in parte acquisiti e comunque condivisi. È risaputo che gli immigrati, spesso, provengono da contesti rurali; lo stanziamento in aree agricole e montane può, pertanto, facilitarne l'inserimento in quanto l'ambito produttivo e di convivenza civile che li accoglie appare più simile a quello nativo.

¹⁵ Si tratta delle finalità predicate dai movimenti per la «Sovranità alimentare», vevolei per tutti i cittadini del mondo e in particolare per quelli del sud del pianeta da cui provengono le percentuali più alte di migranti. La nozione di "Sovranità alimentare" è stata introdotta dalla Dichiarazione di Nyéléni, quale risultato del Forum internazionale sulla sovranità alimentare tenutosi in Mali nel febbraio 2007, che ha visto la partecipazione di più di 500 delegazioni di movimenti contadini e organizzazioni della società civile, provenienti da oltre ottanta Paesi.

¹⁶ Per alcune riflessioni in argomento L. PAOLONI, *I nuovi percorsi della food security: dal «diritto al cibo adeguato» alla «sovranità alimentare»*, in *Dir. giur. agr., alim., amb.*, 2011, n. 3, p. 159.

La corsa verso il mondo agricolo da parte dei migranti è stata catalogata, in alcuni studi recenti, all'interno del fenomeno della c.d. "rispazializzazione"¹⁷. Si tratta di un processo, che discende anche dalla crisi economica degli ultimi anni, per cui i movimenti migratori stanno transitando dai centri urbani (luoghi in una prima fase selezionati per le maggiori opportunità lavorative ed i servizi offerti) alle aree rurali e nei piccoli centri montani, dove i migranti hanno potuto trovare abitazioni e costi della vita più bassi, oltre che opportunità lavorative generate dal graduale spopolamento delle campagne e delle montagne da parte degli autoctoni.

Tale fenomeno è alimentato dall'incrementato flusso di migranti (la nota "emergenza migratoria") che ha avuto come risposta politica quello della "dispersione geografica" «dei richiedenti asilo mossi dall'intento di rimuovere il problema dalle città e di occultarlo in spazi di retroscena, spopolati e marginali, e quindi politicamente deboli»¹⁸, con risultati non sempre commendevoli, come si vedrà.

3. Terra e lavoro: un binomio controverso

Nell'art. 44 Cost. viene consacrato un principio di fondamentale importanza per le riflessioni che si stanno svolgendo, ovvero che la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata al fine di conseguire il «razionale sfruttamento del suolo» e di «stabilire equi rapporti sociali»¹⁹.

Le prime interpretazioni della formula «razionale sfruttamento del suolo», caratterizzata, come fu notato²⁰, dall'"incredibile rozzezza" della parola sfruttamento, si sono focalizzate sull'utilizzo del suolo, inteso quale terra produttiva, *res frugifera*, funzionale alla produzione di beni necessari per soddisfare il

¹⁷ A. DE ROSSI (a cura di), *Riabitare l'Italia. Le aree interne tra abbandoni e riconquiste*, Donzelli, Roma, 2018.

¹⁸ A. MEMBRETTI-E. RAVAZZOLI, *Immigrazione straniera e neo-popolazione nelle terre alte*, in A. DE ROSSI, (a cura di), cit., p. 333.

¹⁹ Per alcuni importanti e suggestive riflessioni sull'argomento L. FRANCIOSI, *La proprietà fondiaria*, in P. RESCIGNO, (a cura di), *Trattato di Diritto Privato, Proprietà*, vol. VII, t. I, 2^a ed., Utet, Torino, 2005, p. 425.

²⁰ G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1952, I, p. 246.

bisogno dell'autosufficienza alimentare presente in ogni epoca ma particolarmente avvertito nella fase postbellica, al tempo dell'entrata in vigore della Costituzione italiana.

Le interpretazioni più evolutive del richiamato dettato costituzionale hanno condotto, in un secondo momento, ad accogliere l'idea dell'impiego del suolo in un'accezione che lo rendesse compatibile con le mutate esigenze ambientali, territoriali ed anche sociali.

Tuttavia i successivi commenti della disposizione hanno, nel corso del tempo, recepito e rielaborato le varie letture suggerite sia dalla normativa comunitaria che da un'ampia letteratura nazionale ed internazionale fino a giungere, appunto, a parlare ai giorni nostri, con una terminologia aggiornata e condivisa, di «uso sostenibile della terra»²¹ che accoglie una nozione complessivamente più moderna ed olistica²² dell'enunciato.

La formula «equi rapporti sociali» è stata, invece, storicamente utilizzata come parametro idoneo a contemperare, nelle aree rurali, gli interessi delle classi proprietarie agricole con le istanze dei lavoratori (non proprietari) della terra attraverso interventi legislativi deputati a ridisegnare i contenuti dei rapporti e la forza contrattuale dei protagonisti²³.

Il binomio terra e lavoro, tacitamente richiamato dal precetto costituzionale ed interpretato nella forma che si sta qui proponendo, modella non soltanto i rapporti economici ma anche quelli sociali che insorgono nel mondo agricolo. Quando detto rapporto diventa controverso, può ragionevolmente costituire l'*humus* per la propagazione di fenomeni anche illeciti quali il caporalato, come si dirà in prosieguo. Il caporalato, consistente nell'utilizzazione dei lavoratori per via indiretta ovvero mediante l'interposizione di un soggetto terzo (che li recluta) e senza l'instaurazione di un vero e proprio rapporto di lavoro²⁴ è pale-

²¹ Per alcune considerazioni in tema, L. PAOLONI, *L'uso sostenibile della terra*, in *Agr. ist. merc.*, 2011, n. 2, p. 123 ss.

²² Sul punto cfr. C.A. GRAZIANI, *Proprietà della terra e sviluppo rurale*, in *Agr. ist. merc.*, 2007, p. 1.

²³ L'applicazione più significativa del disposto costituzionale è rappresentata, come è noto, dalla legge 3 maggio 1982, n. 203 sui patti agrari, legge con la quale si è stabilito che il contratto di affitto è il modello negoziale tipico per la concessione in godimento dei fondi rustici e che ha introdotto, contestualmente, il c.d. canone equo.

²⁴ L. CORAZZA, *Il "nuovo" caporalato e il mercato del lavoro degli immigrati*, in *Agr. ist. merc.*, 2011, n. 2, p. 71.

semente vietato dalla legge. Detto fenomeno, perciò, per come si è manifestato e continua a manifestarsi, rappresenta una evidente anomalia nelle modalità di svolgimento delle relazioni di lavoro nelle zone rurali che dovrebbero essere improntate proprio a quei parametri di correttezza ed equità definiti così chiaramente dalla Carta costituzionale.

In questo senso, la presenza in talune aree agricole del nostro paese del fenomeno antico del caporalato, ritenuto da alcuni superato, costituisce una cartina al tornasole delle gravi disfunzioni derivanti da un mercato del lavoro e della produzione agricola, che oltre ad essere disarticolato risulta piegato a logiche esclusivamente produttivistiche, al cui radicamento hanno contribuito ampiamente le scelte della politica agricola comunitaria, affiancate dalle ben più gravi responsabilità politiche e sociali.

Un'altra peculiarità del rapporto dei migranti con la terra è che, storicamente, questo rapporto è stato veicolato proprio dal lavoro, generalmente di tipo stagionale e, dunque, strutturalmente temporaneo²⁵.

In Europa, con l'intento di garantire una più intensa flessibilità occupazionale all'interno e tra gli Stati membri ma anche per ridimensionare gli effetti sovente nefasti dell'accresciuta concorrenza sul mercato mondiale nonché le conseguenze economiche e sociali della delocalizzazione dei processi produttivi, è stato introdotto il modello dell'immigrazione circolare²⁶. Con riguardo al settore agricolo questa specifica forma di mobilità dovrebbe contribuire a ridurre la progressiva mancanza di lavoratori locali nei campi, soprattutto nei periodi di maggiore richiesta da parte delle aziende agricole, e a contrastare il crescente fenomeno dello sfruttamento della manodopera. Si tratta di uno specifico modello di circolazione dei lavoratori che potrebbe comportare benefici sia per il Paese di origine dei migranti che per quello ospitante ma, soprattutto, per il soggetto migrante²⁷.

²⁵ Sulle definizioni del lavoro stagionale si rinvia al d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 e alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, integrata dal d.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. con mod legge 9 agosto 2018, n. 96.

²⁶ F. PITTAU-A. RICCI, *Agricoltura e immigrazione nel contesto dei nuovi mercati globali*, in *Dialoghi Mediterranei*, 2015, in istitutoeuroarabo.it/DM/agricoltura-e-immigrazione-nel-contesto-dei-nuovi-mercati-globali.

²⁷ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Mi-*

Il fenomeno della circolazione dei lavoratori stagionali, soprattutto del genere transfrontaliero, ha assunto, peraltro, una rilevanza anche mediatica, durante il travagliato periodo pandemico da covid-19 in quanto le prestazioni dei braccianti sono risultate particolarmente indispensabili per garantire la fornitura di beni e servizi cruciali in numerosi settori economici chiave tra i quali rientrano, ovviamente, quelli dell'agricoltura e della produzione alimentare²⁸. In questi comparti, ove maggiore è la richiesta di manodopera che deve rispondere alle esigenze dei cicli produttivi stagionali e risulti subito disponibile, sono state denunciate in più occasioni violazioni dei diritti del lavoro, come ha anche opportunamente rilevato una Risoluzione del Parlamento europeo del 2020²⁹. La presenza di un quadro normativo di riferimento più puntuale asseconda, pertanto, sia il riconoscimento di una tutela certa da parte di lavoratori decisamente vulnerabili, sia l'affermazione di una filiera agroalimentare sostenibile sotto il profilo etico³⁰ cui anche i consumatori si rivolgono con maggiore benevolenza³¹.

L'aumento delle migrazioni degli ultimi anni ha portato, come si è detto, una più intensa presenza di stranieri nel comparto agricolo. Il "richiamo della terra" conduce il migrante verso attività lavorative per il cui svolgimento è richiesta una competenza minima ma per l'esercizio delle quali il mancato rispetto delle regole è spesso una costante³²: dalla raccolta manuale dei prodotti del settore ortofrutticolo ad attività di manutenzione di stalle o capannoni per le esigenze dell'allevamento e, marginalmente, a lavori di coltivazione dei vigneti.

grazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione europea e i paesi terzi, Bruxelles, 16 maggio 2007 COM(2007) 248 def.

²⁸ Per una panoramica di ciò che avviene in Europa il recente Report di Terra, "E(U)xploitation" sul caporalato in Europa, 2021, in associazionetera.it/wp-content/uploads/2021/02/EUxploitation_WEB.pdf.

²⁹ RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO del 19 giugno 2020, *sulla tutela dei lavoratori frontalieri e stagionali nel contesto della crisi della Covid-19* (2020/2664(RSP)), C 362/82, 8 settembre 2021.

³⁰ L. PAOLONI, *La sostenibilità "etica" della filiera agroalimentare*, in *Riv. dir. alim.*, 2020, n. 4, p. 5.

³¹ L. BAIRATI, *L'etica del consumatore nella governance globale del cibo*, in *Riv. dir. alim.*, 2020, n. 4, p. 21.

³² F. DI MARZIO, *Agricoltura, caporalato, questo libro*, in F. DI MARZIO, (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 10 che rimarca la presenza di obblighi di compiere lavori supplementari o di lavorare per lunghe ore, condizioni di lavoro inumane e prive dei requisiti minimi di sicurezza, disparità di salario, alloggi precari e igienicamente non accettabili.

Una delle misure individuate per il controllo dei movimenti migratori in entrata nel nostro paese è la programmazione dei flussi con la quale anche per il 2021, sono state fissate le quote dei lavoratori stranieri che possono fare ingresso in Italia per lavorare³³. La Presidenza del Consiglio dei ministri ha, dunque, determinato una quota massima di ingressi pari a 69.700 unità, di cui 42.000 riservate agli ingressi per motivi di lavoro stagionale. Nell'ambito di tale contingente, con l'intento di prevenire specificamente le forme d'intermediazione illecita, si è stabilito che 14.000 quote siano destinate al settore agricolo e, segnatamente, ai lavoratori nei cui confronti le domande di nulla-osta siano presentate, in nome e per conto dei datori di lavoro, dalle organizzazioni professionali dei datori di lavoro indicate nel suddetto decreto: Cia, Coldiretti, Confagricoltura, Copagri, Alleanza delle cooperative (Lega cooperative e Confcooperative).

Ma la stagionalità della domanda e la mobilità territoriale, dovute alle peculiarità intrinseche all'attività agricola, nonostante le misure assunte a livello europeo e nazionale, inducono facilmente a forme di lavoro sommerso.

Il fenomeno del caporalato rappresenta, come si è detto, l'involuzione più diffusa dei rapporti di lavoro in agricoltura che ingloba, indistintamente, sia i soggetti migranti che i braccianti italiani.

Si parla, al riguardo, del "nuovo caporalato" in agricoltura, che assembla lavoratori stranieri siano essi migranti forzati o migranti economici, diffuso nelle aree a volte marginali del Sud Italia ma anche nei territori a più intensa agricoltura industrializzata del Nord.

Il legislatore nazionale ha cercato di porre rimedio a questa anomalia quasi endemica del nostro mondo agricolo e che rende difficile non solo l'accesso alla terra dello straniero ma anche la stabilità dell'intero settore. La nuova disciplina penale³⁴, in materia di contrasto al lavoro nero e allo sfruttamento dei lavori in agricoltura, ha infatti riscritto il reato di intermediazione illecita

³³ Il provvedimento è il d.p.c.m. 21 dicembre 2021, *Programmazione transitoria dei flussi d'ingresso dei lavoratori non comunitari nel territorio dello Stato per l'anno 2021*, in *G.U.* 17 gennaio 2022, n. 12.

³⁴ D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, *Disposizioni in materia di depenalizzazione a norma dell'art. 2, comma 2 della legge n. 67 del 28 aprile 2014*, in *G.U.* 22 gennaio 2016, n. 17.

e sfruttamento del lavoro applicabile nei confronti di chiunque recluti e assuma manodopera in condizione di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori³⁵. Ai fini del configurarsi della condotta illecita, l'art. 603-bis c.p. non prevede più, diversamente dal passato, che vi sia l'intermediazione del caporale, così come che il rapporto di lavoro sia irregolare. Ciò nonostante il caporalato agricolo sembra sempre più configurarsi come una di quelle fattispecie per le quali, nonostante l'aggravamento delle sanzioni, l'effetto repressivo continua a non prodursi anche in considerazione del fatto che il bracciante, diversamente da altri lavoratori, parte da una condizione di estrema vulnerabilità socioeconomica che, nella maggior parte dei casi, non gli consente di tutelare i suoi diritti nelle forme e nelle sedi opportune (sindacati, ispettorato del lavoro, tribunali, etc.). Anche i successivi provvedimenti che sono intervenuti nella materia dell'emersione del lavoro "nero" e del lavoro "grigio" in agricoltura³⁶ hanno mostrato una scarsa efficacia.

Si richiama, da ultimo, il Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022³⁷, contenente una serie di misure di intervento elaborate con il coinvolgimento di più Ministeri, rappresentanti degli enti territoriali e di altri soggetti istituzionali, rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro del settore agricolo ma anche associazioni del terzo settore. Come è stato evidenziato «l'ampia e diversificata composizione del Tavolo è il frutto della consapevolezza – ormai acquisita da parte del decisore pubblico – che il fenomeno va affrontato con un approccio olistico e multifattoriale»³⁸.

Il reclutamento illecito di lavoratori apre le porte, peraltro, alla criminalità organizzata (c.d. "agromafie") che, soprattutto, nelle aree produttive ove giungono i finanziamenti dell'Unione

³⁵ V. TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, n. 158, 2018, 2, p. 289.

³⁶ Si fa riferimento all'art. 103 (*Emersione di rapporti di lavoro*), d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con modif. legge n. 77 del 2020.

³⁷ Il Piano è stato approvato dal Tavolo Caporalato il 20 febbraio 2020. Il Tavolo è stato istituito con d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, come conv. con mod. legge 17 dicembre 2018, n. 136.

³⁸ Così I. CANFORA-V. LECCESE, *Lavoro irregolare e agricoltura. Il Piano triennale per il contrasto allo sfruttamento lavorativo, tra diritto nazionale e regole di mercato della nuova PAC*, in *Dir. agroal.*, 2021, n. 1, p. 42.

europea possono «insediarsi e radicarsi nel tessuto economico locale, attraverso l’inserimento di prestanomi nella struttura societaria, lo sfruttamento del sistema di aiuti previsto a livello europeo e nazionale...sino all’ utilizzo di aziende agricole da parte delle mafie come grandi lavatrici di denaro sporco, tradendone la originaria vocazione e procurandosi illeciti vantaggi sul mercato competitivo locale, nazionale ed internazionale»³⁹.

Lo sfruttamento dei lavoratori stagionali impiegati nel settore agricolo è un fenomeno, peraltro, diffuso anche oltre i confini nazionali: è stato evidenziato come circa 4 milioni di lavoratori agricoli operano in Europa senza documenti ed in situazioni di lavoro deprecabili, privi dei minimi requisiti igienico-sanitari, di condizioni di vita dignitose e di dispositivi di sicurezza per la salute, richiesti specificamente nell’attuale fase pandemica⁴⁰.

In questa situazione, drammatica per molti lavoratori della terra, la Pac continua ad erogare sovvenzioni ad imprenditori che non rispettano le condizioni poste nei contratti di lavoro e le normative sulla sicurezza igienico-sanitaria. Si è reso necessario, dunque, stabilire il rispetto di determinati parametri di tutela dei diritti dei lavoratori agricoli nel sistema di *cross-compliance* al quale gli agricoltori devono uniformarsi per beneficiare delle misure di pagamento diretto, erogati dall’Unione europea, a sostegno dell’attività agricola. È stato, pertanto, introdotto, a livello europeo, l’istituto della “condizionalità sociale”⁴¹ che dispo-

³⁹ EURISPES, COLDIRETTI E OSSERVATORIO SULLA CRIMINALITÀ NELL’AGROALIMENTARE, *Agromafie 6° Rapporto sui Crimini Agroalimentari in Italia*, Bologna, 70.

⁴⁰ K. BRAGASON, *I lavoratori dell’agroalimentare duramente colpiti dal Covid-19*, in AA.VV., *Agromafie e caporalato*, in OSSERVATORIO PLACIDO RIZZOTTO FLAI-CGIL, *Agromafie e caporalato, Quinto Rapporto*, Roma, 2020, 16. K. BRAGASON è il Segretario Generale dell’EFFAT (European Federation of Food, Agriculture and Tourism Unions).

⁴¹ La condizionalità sociale, a cui verranno sottoposti i contributi erogati tramite la Pac, rappresenta un principio di giustizia sociale che sancisce come non si debbano dare, o si debbano togliere, fondi pubblici a chi è responsabile di reati legati allo sfruttamento del lavoro. La clausola sociale non era mai stata inserita nell’impalcatura del più importante programma del bilancio UE ed è stata richiesta dai sindacati agricoli europei, capeggiati da Via Campesina, affiancati da numerose organizzazioni europee e internazionali. Sul punto si richiamano anche le considerazioni svolte da I. CANFORA-V. LECCESE, *Lavoro irregolare*, cit., p. 72 ss. nonché L. PAOLONI, *La sostenibilità “etica” della filiera agroalimentare*, in *Riv. dir. alim.*, 2020, n. 4, p. 13.

ne, anche nella Pac⁴², la tutela dei diritti dei lavoratori braccianti mediante la previsione di una sanzione amministrativa che va a colpire appunto i soggetti beneficiari dei pagamenti diretti o dei premi annuali non rispettosi delle regole in materia di diritto del lavoro valevoli a livello nazionale, unionale ed internazionale. Detto sistema di condizionalità va inserito nei Piani strategici che gli stati membri devono redigere per l'applicazione dei dispositivi della Pac e dunque diventa un elemento strutturale nella *governance* dei rapporti di lavoro in agricoltura.

Le scelte operate dall'Unione europea, nel quadro delle nuove linee programmatiche promosse dal *Green Deal* europeo e sviluppate nell'ambito della *Farm to Fork Strategy*, fanno così trasparire un nuovo interesse delle istituzioni europee ai temi della giustizia sociale ed alla produzione di alimenti eticamente «sicuri» in quanto ottenuti con fondi pubblici ma senza lo sfruttamento di lavoratori e nel rispetto della loro dignità e della loro salute.

4. Alcune prospettive

Da quanto fin qui esposto risulta, quindi, evidente che i presupposti giuridici per consentire l'accesso alla terra agli stranieri, secondo regole chiare e predefinite, siano ancora lungi dall'essere accolti nel nostro ordinamento e forse non se ne avverte la necessità in modo impellente se si considera che lo sfruttamento nelle campagne non solo non è scomparso, ma ha assunto nuove forme⁴³: è stato rimarcato, ad esempio, che nel settore or-

⁴² Il Reg. (UE) 2021/2115, recante *Norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga i regolamenti (UE) n. 1305/2013 e (UE) n. 1307/2013*, all'art. 14 comma 1 stabilisce esplicitamente che: « Gli Stati membri indicano nei propri piani strategici della PAC che, al più tardi dal 1° gennaio 2025, una sanzione amministrativa è applicata agli agricoltori e agli altri beneficiari che ricevono pagamenti diretti a norma del capo II o i pagamenti annuali di cui agli articoli 70, 71 e 72 se non rispettano i requisiti relativi alle condizioni di lavoro e di impiego applicabili o agli obblighi del datore di lavoro derivanti dagli atti giuridici di cui all'allegato IV».

⁴³ V. LECCESE, *Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare: un itinerario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 158, 2018, 2, p. 245; sul rapporto terra e filiere produttive ILC, FAO, GLTN., *Land Te-*

tofrutticolo intere filiere sopravvivono grazie proprio al ricorso alla forza lavoro ed al reclutamento della manodopera in nero! Non possono non menzionarsi, al riguardo, anche le responsabilità della Politica agricola comune che, nel corso delle sue numerose riforme, ha di fatto incentivato la produttività tramite un'agricoltura moderna e orientata al mercato che ha contribuito ad accentuare «le disuguaglianze e le polarizzazioni preesistenti nell'UE, innescando il passaggio da una forza lavoro di tipo familiare a una forza lavoro salariata ed esternalizzata e, progressivamente, da una forza lavoro locale ad una straniera, con una crescente presenza di lavoratrici e lavoratori migranti nelle attività agricole»⁴⁴.

Se il richiamato connubio terra-lavoro è, per i motivi appena enunciati, così pregnante per le scelte (volontarie o forzate) dei migranti che operano nel nostro Paese, misure specificamente dirette a consentire l'accesso all'uso della terra o allo svolgimento di attività agricole in modo idoneo ed adeguato a garantire l'autosufficienza ed una vita dignitosa per lo straniero, non sono ancora purtroppo presenti nel quadro legislativo attuale.

Il nostro ordinamento offre comunque alcune generiche opportunità che potrebbero rappresentare delle risposte, seppur deboli e da meglio finalizzare, alle esigenze sopra prospettate. Si fa riferimento, innanzitutto, alla legge che ha istituito la Banca delle terre agricole⁴⁵, emanata per affrontare i mai risolti problemi

nure and Sustainable Agri-Food Systems, 2021 Rome, in doi.org/10.4060/cb7154en.

⁴⁴ A. CORRADO, *Migrazioni e lavoro agricolo in Italia: le ragioni di una relazione problematica*, Policy Brief, Open Society Foundation, Dicembre 2018, 1 che ulteriormente precisa: «L'impiego di forza lavoro migrante a basso costo e in condizioni di sfruttamento (forza lavoro che include cittadini dell'UE, lavoratori stagionali da paesi terzi, richiedenti asilo e migranti irregolari) serve a far fronte alla ristrutturazione delle catene agroalimentari, soprattutto in mancanza di politiche agricole e commerciali appropriate in grado di tutelare i produttori dalle molteplici pressioni a monte e a valle delle filiere (derivanti dal potere delle grandi corporation e della Grande Distribuzione Organizzata, dall'elevata volatilità dei prezzi e da processi di integrazione verticale). Attraverso una distribuzione sempre più iniqua di rischi, costi e profitti lungo tutta la filiera, l'industria alimentare e i rivenditori sfruttano la loro posizione oligopolistica di negoziazione sul mercato per imporre prezzi e condizioni agli agricoltori, che vivono drammatiche condizioni di crisi dagli anni '70 ».

⁴⁵ Art. 16, legge 28 luglio 2016, n. 154, *Deleghe al Governo e ulteriori disposizioni in materia di semplificazione, razionalizzazione e competitività dei settori agricolo e agroalimentare, nonché sanzioni in materia di pesca illegale* (in *G.U.* 10 agosto 2016, n. 186); in tema G. STRAMBI, *La questione delle*

della mobilità fondiaria unitamente a quelli appunto relativi all'accesso alla terra, nell'ottica più ampia della riqualificazione e della rivitalizzazione delle terre incolte e abbandonate. Questa legge consente di utilizzare i terreni demaniali come un potenziale produttivo poco sfruttato che potrebbe contribuire a rimettere in moto il mercato fondiario e di conseguenza l'intero settore agricolo valorizzando, altresì, il patrimonio fondiario pubblico in modo da riportare all'agricoltura anche le aree incolte ed incentivando, in particolare, il ricambio generazionale nel settore.

Tuttavia l'accesso alla terra per i soggetti migranti, sia in qualità di proprietari che di affittuari, appare poco praticabile nel peculiare quadro normativo in esame in quanto la prevalenza delle leggi regionali⁴⁶ emanate in materia prevedono, tra i requisiti soggettivi per poter accedere ai terreni demaniali, la qualifica di imprenditore agricolo oppure dispongono che tale qualifica venga ottenuta nei sei mesi successivi alla presentazione della richiesta. Condizione, questa, al momento non contemplata esplicitamente per i soggetti migranti, contraddistinti appunto da uno status giuridico prevalentemente precario che non consente loro di acquisire qualifiche professionali così specifiche. Ciò non impedisce, tuttavia, una revisione della norma che potrebbe ragionevolmente flettersi ad esigenze diverse, quali quelle qui rappresentate, in una prospettiva di maggiore attenzione anche alle politiche sociali e non soltanto a quelle della mera allocazione delle terre abbandonate.

Più rispondente alle peculiari istanze dei migranti, quali soggetti "vulnerabili" che necessitano di assumere la detenzione del bene terra, è il variegato comparto dell'agricoltura sociale, disciplinato con una specifica legge di settore⁴⁷. Il fondamento del provvedimento normativo è costituito dal carattere promozionale della multifunzionalità dell'impresa agricola con la quale si tenta di bilanciare il binomio agricoltura-mercato con quel-

terre incolte e abbandonate e le leggi sulle «Banche della Terra», in *Riv. dir. agr.*, 2017, I, p. 599.

⁴⁶ Numerose amministrazioni regionali hanno emanato leggi relative alle Banche della Terra, con l'obiettivo di costituire inventari completi e aggiornati dei terreni e delle aziende agricole di proprietà pubblica e privata che possono essere messi a disposizione di terzi tramite operazioni di affitto o di concessione.

⁴⁷ Legge 18 agosto 2015, n. 141, *Disposizioni in materia di agricoltura sociale*, in *G.U.* 8 settembre 2015, n. 208.

lo di agricoltura-inclusione sociale. In altri termini la legge punta ad integrare nell'agricoltura numerose attività, tra le quali quelle di carattere sociosanitario, educativo, di formazione e inserimento, di ricreazione volte a migliorare le prestazioni economiche delle aziende agricole, incoraggiare la diversificazione produttiva, dare opportunità di crescita e sostegno alla redditività ma anche a realizzare gli interessi di fasce di popolazione svantaggiate o a rischio di marginalizzazione quali sono i soggetti migranti. Dette attività vengono svolte da una pluralità di soggetti operanti nei diversi territori di riferimento⁴⁸.

Alcune prospettive di un certo interesse, per le tematiche qui affrontate, sono aperte da una legge rivolta proprio a quei territori marginali, aree interne poco popolate o del tutto abbandonate nelle quali l'importanza del presidio umano è funzionale al mantenimento di "valori" non economici in senso stretto o non immediatamente percepibili, quali la tutela della biodiversità, delle risorse naturali ivi comprese quelle idriche, la salvaguardia delle aree boschive ma anche delle razze autoctone animali nonché il mantenimento degli equilibri idro-geologici ed il recupero delle bellezze architettoniche e paesaggistiche che contraddistinguono in modo così pregnante il territorio italiano da Nord a Sud.

La legge cui si fa riferimento⁴⁹ si pone in sintonia con gli obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale e di pari opportunità per le zone con svantaggi strutturali e permanenti, predicati dall'Unione europea⁵⁰. Essa persegue l'obiettivo del ripopolamento delle aree marginali attraverso «progetti sperimentali di incentivazione della residenzialità» (art. 2 comma 1) nonché mediante il sostegno di attività agricole di piccola scala, quali la produzione e la commercializzazione dei prodotti agricoli e alimentari provenienti da filiera corta o a chilometro

⁴⁸ In argomento si segnalano due interessanti studi che da prospettive diverse affrontano la tematica in esame: P. LATTANZI, *Prime note su agricoltura e sussidiarietà orizzontale*, in *Agr. ist. merc.*, 2014, n. 1, p. 23; G. MACCIONI, *Agricoltura sociale: profili giuridici*, in *Agr. ist. merc.*, 2015, n. 2-3, p.154.

⁴⁹ Legge 6 ottobre 2017, n. 158, *Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli Comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei centri storici dei medesimi Comuni*, in *G.U.* 2 novembre 2017, n. 256.

⁵⁰ A. DE NUCCIO, *Misure giuridiche per il contrasto dello spopolamento rurale nell'esperienza italiana: riflessioni su alcuni recenti interventi normativi*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2018, n. 2, p. 63.

utile destinati anche all'utilizzo da parte dei gestori della ristorazione collettiva pubblica (mense scolastiche; ospedali; uffici pubblici).

In questo contesto l'applicazione della normativa *de qua* ai migranti potrebbe favorire, *in primis*, l'incremento demografico in zone del nostro paese predestinate allo svuotamento e quindi alla perdita della loro identità. Verrebbero, altresì, a concretizzarsi le modalità di impiego di forza lavoro in attività utili per le persone che provengono da aree rurali meno prospere e produttive di quelle dei piccoli comuni italiani, a valorizzarne le abilità già in loro possesso oltre che il conseguimento di un reddito adeguato e di una dignità come individui.

Inoltre non si può dimenticare, come è stato correttamente rilevato⁵¹, la presenza sui territori dello strumento della PAC che potrebbe svolgere un ruolo significativo nell'aiutare i migranti legali, in particolare i rifugiati, a inserirsi e integrarsi nelle comunità rurali consentendo l'accesso alla terra attraverso programmi di sviluppo rurale che contemplino misure specifiche rivolte ai migranti.

I tempi per scelte più incisive sono, del resto, maturi anche in considerazione del graduale mutamento del quadro internazionale di riferimento sullo specifico punto qui attenzionato. In particolare, al termine della presente riflessione, non può essere tralasciato il richiamo ad una delle ultime importanti Dichiarazioni universali dell'ONU⁵² che ha affrontato il tema dell'accesso alla terra, ponendolo tra gli obiettivi fondamentali da perseguire a vantaggio di un complesso ampio e variegato di soggetti "vulnerabili", che hanno un rapporto di qualsiasi tipo con la terra, e tra i quali sono annoverati a pieno titolo i soggetti migranti⁵³.

La Dichiarazione assegna, per la prima volta, una nuova centralità sul piano giuridico internazionale alla figura del «contadino»⁵⁴ e, al contempo, stabilisce che i contadini hanno il diritto di accedere a (e di utilizzare in modo sostenibile) le risorse

⁵¹ CORRADO, *Migrazioni e lavoro agricolo*, cit., p. 6.

⁵² Si tratta della *United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas*, UN Doc. A/RES/73/165, 17 dicembre 2018, in un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/73/165.

⁵³ La Dichiarazione è stato oggetto di una prima analisi in L. PAOLONI-S. VEZZANI, *La Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali: prime riflessioni*, in *federalismi.it*, *Focus Human Rights* 2019, n. 1, p. 16.

⁵⁴ La problematica è ampiamente analizzata nel volume di J.D. VAN DER

naturali presenti nelle comunità di appartenenza, riconoscendo loro lo speciale diritto alla terra.

L'importanza del documento consiste, peraltro, nell'estensione del diritto alla terra a soggetti deboli e vulnerabili che vengono equiparati alla figura del contadino. La Dichiarazione sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali si applica, infatti, anche a chi, per ragioni diverse, dipende per la sua sussistenza dalla terra ed ha un rapporto diretto e speciale con essa e dunque a chi svolge un'agricoltura artigianale o su piccola scala, coltivando piante, allevando bestiame, dedicandosi alla pastorizia, esercitando l'attività di pesca, di silvicoltura, di caccia, di raccolta dei frutti della natura o attività artigianali e di altro genere nelle aree rurali.

In questo quadro di riferimento sono così contemplati dalla Dichiarazione in esame accanto ai popoli indigeni, alle comunità locali che lavorano la terra, ai transumanti, ai nomadi e ai seminomadi, a coloro che non possiedono la terra per svolgere l'attività agricola, ai lavoratori stipendiati, anche i lavoratori migranti, indipendentemente dal loro *status* giuridico, e gli stagionali che lavorano nelle piantagioni, nelle aziende agricole, nelle foreste e nelle aziende dedite all'acquacoltura nonché nelle imprese agroindustriali.

La nuova Carta internazionale dei diritti dei contadini, quale strumento di *soft law* che si rivolge per la sua attuazione ed implementazione ad ogni singolo Stato del pianeta, può così contribuire a quel significativo processo di *costituzionalizzazione della persona* considerata nella concretezza dei suoi bisogni e immersa nella sua dimensione sociale⁵⁵ che ingloba anche le situazioni soggettive del migrante. In questo contesto l'accesso al bene terra, da parte di soggetti vulnerabili e socialmente fragili, si colloca al di fuori di una dimensione meramente mercantile e proprietaria e si configura «non come una situazione puramente formale [...] ma come lo strumento che rende immediatamente utilizzabile il bene da parte degli interessati, senza ulteriori mediazioni»⁵⁶.

PLOEG, *I nuovi contadini. Le campagne e le risposte della globalizzazione*, Donzelli, Roma, 2009.

⁵⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 148 ss.

⁵⁶ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 112; in tale direzione anche il pensiero di C.A. GRAZIANI, *Dal diritto alla terra al diritto della terra*, in *Agr. ist. merc.*, 2012, n. 2-3, p. 65 ss.

SEZIONE II
SISTEMA PENALE

I REATI CONTRO LA FAMIGLIA E CONTRO LA PERSONA CULTURALMENTE MOTIVATI: TEORIA ED EVOLUZIONE DELLA PRASSI

CIRO GRANDI

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. I reati culturalmente orientati: sommarie premesse teoriche. – 3. (segue) Il trattamento penalistico dei reati culturalmente orientati: opzioni a confronto. – 4. Dalla teoria alla prassi. – 5. L'iniziale ritrosia della giurisprudenza penale italiana rispetto alla valorizzazione del fattore culturale. – 6. (segue) ... e la successiva emersione di orientamenti decisionali flessibili. – 7. La proficuità del dialogo tra teoria e prassi in due recenti decisioni di legittimità.

1. Osservazioni introduttive

Nell'ambito di una rassegna bibliografica¹, già più di dieci anni or sono si confrontavano i contenuti di ben tre monografie coeve, opere di altrettanti Maestri (anche) del tema che segna l'orizzonte della relazione che ho l'onore di svolgere presso l'Università di Macerata: «I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali»², di Cristina De Maglie; «Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali»³, di Fabio Basile; «Il “fattore culturale” nel sistema penale»⁴, di Alessandro Bernardi, quest'ultimo già autore di un volume antesignano pubblicato qualche

¹ Sia consentito richiamare C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 3 ottobre 2011.

² C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.

³ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁴ A. BERNARDI, *Il “fattore culturale” nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

anno prima⁵. Quella rassegna divenne ben presto incompleta, poiché – limitandosi alle opere monografiche di matrice penalistica – si aggiunsero presto i lavori di Francesco Parisi⁶ e di Antonella Massaro⁷. Allargando lo sguardo alla ridondante letteratura a carattere interdisciplinare che in quel periodo perlustrava le intersezioni tra diritto (penale) e multiculturalismo si rischierebbero disorientamenti ed omissioni⁸. Per scongiurare tale rischio si rinvia all'ampio apparato bibliografico dell'ulteriore e più recente contributo monografico – di nuovo, schiettamente penalistico – sul medesimo tema di Alessandro Provera⁹.

Il confronto tra teoria e prassi delineato dal titolo di questo intervento può dunque avvalersi della constatazione per cui il tema dei reati culturalmente orientati è stato destinatario già a cavaliere degli scorsi due decenni di un'inconsueta attenzione da parte della dottrina, con una conseguente elaborazione teorica – in prospettiva sia dogmatica, sia politico-criminale – di straordinaria ricchezza. Non è possibile in questa sede ripercorre com-

⁵ A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2006. Tra i lavori non a carattere monografico, nella dottrina italiana il contributo pionieristico si deve a L. MONTICELLI, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 535 ss. V. altresì, *ex multis*, M. CATERINI, «*Reati culturali*»: *politiche criminali e prassi applicative tra Italia e Germania*, in *Pol. dir.*, 2020, p. 117 ss.; G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in W. HASSEMER-E. KEMPF-S. MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Beck C.H., München, 2009, p. 177 ss.; V. MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1243 ss.; P. SCEVI, *Riflessioni su reati culturalmente motivati e sistema penale italiano*, in *Arch. pen. (web)*, 2016, n. 3; volendo, C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 245 ss.

⁶ F. PARISI, *Cultura dell'altro e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2010.

⁷ A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, Aracne, Roma, 2012.

⁸ Ci si limita a segnalare B. PASTORE-C. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008 e I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012. Più di recente, e in prospettiva marcatamente criminologica, I. MERZAGORA, *Lo straniero a giudizio*, Raffaello Cortina, Milano, 2017.

⁹ A. PROVERA, *Tra frontiere e confini: il diritto penale dell'età multicultural*, Jovene, Napoli, 2018.

piutamente quel fervido dibattito; ci si limita allora ad alcune istantanee, utili a tracciare le coordinate teoriche entro le quali svolgere la parte successiva, dedicata ad alcuni profili riguardanti la prassi applicativa.

2. I reati culturalmente orientati: sommarie premesse teoriche

Nella letteratura penalistica nazionale – sulla scia della definizione di matrice criminologica offerta da Van Broeck¹⁰ – si designano reati culturalmente motivati i comportamenti realizzati da appartenenti a minoranze etniche, vietati e puniti nell'ordinamento giuridico della società di accoglienza e invece tollerati, approvati, incoraggiati o addirittura imposti nel contesto culturale di appartenenza dell'autore¹¹.

Il retroterra di tali reati è dunque caratterizzato da una *antinomia normativa impropria*, ovvero un'ipotesi di conflitto tra (almeno) due norme, le quali tuttavia non operano sul piano oggettivo all'interno dello stesso ordinamento giuridico. Al contrario, una solamente assume natura propriamente *giuridica*, in quanto sancita dal diritto positivo (il diritto penale) vigente nel luogo ove la condotta ad essa contraria viene realizzata. L'altra norma scaturisce invece dal contesto culturale di provenienza dell'autore del fatto; e non sempre essa riveste natura giuridica¹², potendo invece conservare matrice solamente religiosa, socio-culturale o consuetudinaria. In ogni caso, è proprio quest'ultima norma a orientare il procedimento motivazionale dell'individuo, il quale, per conformarsi alla stessa è indotto a violare il precetto di segno opposto, persino nelle ipotesi, non infrequenti, ove la condotta risulti vietata, e magari assoggettata a sanzioni

¹⁰ «A cultural offence is an act by a member of a minority culture, which is considered an offence by the legal system of the dominant culture. That same act is nevertheless, within the cultural group of the offender, condoned, accepted as normal behaviour and approved or even endorsed and promoted in the given situation»; così J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *Eur. Journ. of Crime, Crim. Law and Crim. Just.*, 9/1(2001), p. 4.

¹¹ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 41 s.

¹² È il caso, ad esempio, della previsione in certi ordinamenti giuridici del matrimonio poligamico: cfr. N. COLAIANNI, *Poligamia e società policulturale: quale diritto*, in *federalismi.it*, 2020, n. 10, e bibliografia ivi segnalata.

penali, nello stesso ordinamento *giuridico* del paese di provenienza¹³.

Il proliferare di siffatte antinomie rappresenta il precipitato del “pluralismo giuridico” (*rectius* “normativo”) tipico delle società contemporanee, contraddistinte dalla compresenza di una molteplicità di sistemi precettivi – giuridici, culturali, religiosi – le cui regole, talvolta contraddittorie, si rivolgono agli stessi individui e gruppi sociali¹⁴.

Senonché, ogni persona appartiene a una eterogenea pluralità di contesti di riferimento (famiglia, ambiente di lavoro, comunità religiosa, gruppo politico), ciascuno governato da un proprio codice comportamentale corredato di precetti e sanzioni¹⁵. Vanno dunque ulteriormente specificati i confini dell’antinomia normativa sulla quale si radica il reato culturalmente motivato: in particolare, se un polo dell’antinomia è rappresentato dal precetto penale, dunque dalla norma positiva vigente nel *locus commissi delicti*, occorre invece definire il secondo polo, precisando cosa si intenda, in quest’ambito, per “norma culturale”.

Per rispondere a questo interrogativo la dottrina ha ritenuto indispensabile un’accezione convenzionale, “stipulativa” del termine “cultura”, tra le innumerevoli che quest’ultimo o può assumere¹⁶. Ebbene, la centralità di questo profilo ai fini della corretta delimitazione dell’area dei reati culturalmente motivati ren-

¹³ Paradigmatico l’esempio delle mutilazioni genitali degli organi femminili, sovente punite anche alla stregua degli ordinamenti giuridici dei paesi ove tuttavia restano radicate nella prassi (cfr. L. FAVALI, *Fra legge e modelli ancestrali: prime osservazioni sulle mutilazioni genitali in Eritrea*, Giappichelli, Torino, 2010; A. PROVERA, *Tra frontiere e confini*, cit., p. 179 ss.).

¹⁴ V. A. FACCHI, *Pluralismo giuridico e società multi-etnica: proposte per una definizione*, in *Sociologia dir.*, 1994, n. 1, p. 49. Più in generale sull’argomento, v. M. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 1003. Sulla dimensione soggettivistica del pluralismo giuridico, v. B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 14/3(1987), p. 279.

¹⁵ V. A. FACCHI, *I diritti nell’Europa multiculturale*, Cacucci, Bari, 2001, p. 46 ss.

¹⁶ In questa specifica prospettiva, F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 15 ss. Sulle difficoltà connesse all’attribuzione di un preciso significato semantico e descrittivo al termine “cultura”, v. A. DAL LAGO, *Esistono davvero i conflitti tra culture? Una riflessione storico-metodologica*, in C. GALLI (a cura di), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 65 ss.

de inidonea la nozione di cultura suggerita dalla già rievocata dottrina criminologica – «*an intersubjectif system of symbols which offers the human being an orientation toward the others, the material world, him- or herself and the non-human*»¹⁷ – poiché incentrata su astrazioni poco congeniali alle esigenze di accertamento proprie del processo penale. Tanto è vero che la letteratura italiana, tornando sul punto, si è avvalsa del più rassicurante criterio delimitativo *eticamente* qualificato, secondo il quale l'appartenenza culturale penalmente significativa è quella che poggia sull'etnia o sulla nazionalità del soggetto attivo: «“cultura” è sinonimo di “nazione” o “popolo”, e designa una comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte»¹⁸.

Questo criterio presenta il duplice vantaggio della semplicità applicativa e di evitare l'eccessiva dilatazione della categoria dei reati culturali che discenderebbe dall'uso di un significato più *localizzato* del termine “cultura”: in altre parole, la scelta della nozione fondata sul dato etnico-nazionale espunge dal novero dei reati culturalmente orientati quegli illeciti commessi per motivi puramente religiosi, per coscienza etica o per convinzione politica, per una particolare concezione dell'onore o della morale familiare, per consuetudine locale, che siano però perpetrati da soggetti appartenenti al gruppo etnico-nazionale maggioritario¹⁹.

Tutto ciò premesso, la letteratura fornisce oramai una casi-

¹⁷ J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes*, cit., p. 8.

¹⁸ Definizione di W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 35 s., mutuata da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 39 ss. (con ulteriore bibliografia) e da C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo*, cit., p. 187 ss. In argomento cfr., *amplius*, I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., p. 148 ss.

¹⁹ V. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 29 ss. Del resto, questa scelta non pare arbitraria, ove si consideri quanto l'appartenenza culturale incentrata sull'etnia o sulla nazionalità dell'agente sovente includa, oltre all'identità etnica e linguistica, anche un *imprinting* etico e religioso, che condiziona profondamente la complessiva personalità individuale; in argomento v., fondamentalmente, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Anabasi, Milano, 1993; ID., *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge University Press, 1989, p. 27 ss. V. anche W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, p. 133 ss., specie p. 145 ss.

stica assai ampia e variopinta di fatti (almeno astrattamente) riconducibili alla categoria concettuale dei reati culturalmente orientati, così come in precedenza descritta, in quanto commessi da soggetti provenienti da contesti etnico-nazionali caratterizzati da regole e/o prassi anche assai diverse da quelle del contesto di accoglienza. Solo alcuni esempi emblematici: dai fatti assai gravi, come gli omicidi (o lesioni personali dolose) per causa d'onore, le mutilazioni genitali, l'uso della violenza quale strumento di gestione "vetero-patriarcale" dei rapporti famigliari, la violazione dei diritti dell'infanzia (sfruttamento dei minori nella commissione di furti o nell'accattonaggio, intrattenimento di rapporti sessuali con soggetti minori, eppure considerati "già maturi" nel contesto sociale originario, violazione dell'obbligo scolastico); alle condotte connotate da un'offensività "intermedia", come l'uso – e correlativamente il commercio – degli stupefacenti destinati a contesti meramente cerimoniali, ovvero la macellazione degli animali senza previo stordimento in ossequio a precetti religiosi; fino alle ipotesi caratterizzate da contenuti offensivi rarefatti (o, francamente, *nulli*), come i comportamenti riconducibili all'abbigliamento rituale (il porto del pugnale sacro *kirpan*²⁰, o del turbante, anziché del casco, alla guida di moto-veicoli o nei cantieri)²¹.

Vicende siffatte, solamente episodiche – se non in certi casi meramente ipotetiche – nella realtà italiana del secolo scorso si sono in seguito moltiplicate, in linea con i pronostici formulati in dottrina²², di pari passo con l'intensificarsi dei flussi migratori e con il conseguente aumento dei soggetti provenienti da contesti culturali allogeni tra la popolazione residente sul territorio nazionale.

²⁰ In argomento v., specificamente, F. BASILE-M. GIANNOCOLI, *Il coltello kirpan, i valori occidentali e gli arcipelaghi culturali confliggenti*, in *Dir. imm. citt.*, 2017, n. 3, p. 1 ss.; A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 671 ss.

²¹ Per una rassegna, al contempo sintetica ed esaustiva, delle molteplici sotto-categorie criminologiche di reato culturalmente motivato v., di recente, F. BASILE, *Le principali categorie di reati culturalmente motivati*, in *Dir. pen. uomo*, 2019, n. 6, p. 135 ss.

²² Volendo, C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in O. GIOLO-M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 179.

3. (segue) Il trattamento penalistico dei reati culturalmente orientate: opzioni a confronto

Il quesito fondamentale che da sempre anima il dibattito sui reati culturalmente orientati riguarda l'opportunità di calibrare il trattamento penalistico *anche* in base alle specificità culturali dell'autore; nonché, in caso di risposta affermativa, come e fino a che punto. Si tratta di questioni ampiamente sviscerate dagli Autori più volte richiamati²³.

In questa sede ci limita a ricordare come non abbia attecchito in dottrina l'opzione di politica criminale strettamente coerente alla prospettiva *assimilazionista*, secondo la quale all'interno di ciascun ordinamento giuridico non meriterebbe rilievo alcuno l'appartenenza etnica, nazionale o culturale dei singoli individui, i quali dovrebbero essere titolari di identici diritti e doveri²⁴. Qualora le regole o le pratiche sociali di una determinata cultura dovessero contrastare con le norme dell'ordinamento positivo, queste ultime dovrebbero in ogni caso prevalere, senza margini di tolleranza. Sulla scia di queste premesse generali, nello specifico ambito penalistico le peculiarità culturali dell'autore di un fatto oggettivamente illecito restano irrilevanti: sia sul piano legislativo, cioè in sede di formulazione delle scelte incriminatrici e delle opzioni sanzionatorie (pertanto, nessun trattamento preferenziale/differenziato, rispetto a fatti espressivi di opzioni culturali particolari/minoritarie); sia sul piano dell'applicazione giurisprudenziale (pertanto, nessuna valorizzazione della "motivazione culturale" del fatto concreto, né in sede di valutazione della gravità del fatto, né in sede di graduazione della colpevolezza

²³ Sulle opposte opzioni di fondo di politica del diritto ("assimilazionismo" vs "multiculturalismo") v., diffusamente, A. E. GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Liguori, Napoli, 1999. Nella dottrina penalistica v. soprattutto A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 87 ss. V. anche F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 54 ss. e C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 35 ss.

²⁴ Questa opzione escluderebbe *in toto* il riconoscimento pubblico delle differenze, le quali potrebbero essere coltivate esclusivamente nell'ambito privato, senza l'attribuzione di diritti differenziati. Le chances di sopravvivenza delle culture minoritarie all'interno di ogni contesto sociale dovrebbero dipendere in via esclusiva dalla volontà dei singoli individui di mantenerle vitali e di tramandarle alle generazioni future, restando escluso ogni intervento pubblico di sostegno.

dell'autore). La natura semplicistica e l'eccessiva rigidità degli effetti di tale impostazione ne hanno determinato lo scarso *appeal* in letteratura.

Senza peraltro indulgere all'opposta, e altrettanto estrema, opzione *multiculturalista radicale*²⁵ – la quale, esaltando al parossismo il riconoscimento delle differenze, condurrebbe alla *balcanizzazione* del diritto penale²⁶ – la dottrina, seppure con varietà di accenti, ha invece condiviso l'opportunità di un approccio moderatamente *flessibile* al trattamento dei reati culturalmente orientati.

Quanto alle *modalità e ai limiti* dell'apprezzamento della matrice culturale del fatto, in prima battuta ci si è domandati, sulla scia del dibattito anglosassone relativo alle c.d. *cultural de-*

²⁵ In linea con la quale occorrerebbe accordare il più ampio riconoscimento alle differenze di matrice culturale, anche nello spazio pubblico. Questa ricostruzione non si limita a sottolineare i legami esistenti tra l'appartenenza culturale e le concrete possibilità di esercizio dei diritti individuali, e dunque la necessità di superare il fallace egualitarismo universalista, proteggendo ogni singola tradizione minoritaria attraverso le *affirmative actions* e l'attribuzione di diritti differenziati; ma si spinge fino ad escludere che le singole culture possano essere giudicate ed etichettate come "illiberali", "primitive", "oppressive", giacché ogni valutazione risulterebbe sempre influenzata dal "filtro culturale" di chi la formula. Il multiculturalismo radicale, negando in radice la possibilità di operare un giudizio morale ed oggettivo sulla "accettabilità" delle singole tradizioni, trascende nel relativismo assiologico e rischia di scadere, come è stato osservato (J. HABERMAS, "Lotte per il riconoscimento" nello Stato democratico di diritto, in *Ragion Pratica*, 1994, p. 132 ss.), nella conservazione "ecologica" delle culture minoritarie, quali manifestazioni *estetiche* della differenza. In argomento v. anche, B. PASTORE, *Sfera pubblica e pluralismo comprensivo*, in P. GAMBERINI-S. MARTELLI-B. PASTORE, *Multiculturalismo dialogico?*, Edizioni Messaggero, Padova, 2002, p. 95 ss. Per ulteriori approfondimenti, volendo, C. GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, Ferrara, 2008, p. 28 ss.

²⁶ L'espressione è di D. L. COLEMAN, *Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma*, in *Columbia Law Review*, 96/5(1996), p. 1098. Più in particolare, un diritto penale che prevedesse meccanismi di commisurazione della sanzione volti a consentire significativi sconti di pena in presenza di condizionamenti culturali della condotta, se non anche clausole di esonero completo dalla responsabilità del soggetto che abbia commesso il fatto in quanto determinato dalla necessità di rispettare un precetto di matrice culturale, condurrebbe alla frammentazione della responsabilità penale su base culturale (per l'appunto "balcanizzazione" del diritto penale); offrirebbe agli appartenenti alle minoranze culturali innumerevoli scappatoie processuali; priverebbe infine di un livello adeguato di tutela i soggetti passivi delle prassi violente, specie in ambito familiare (dunque, in primo luogo, donne e minori).

*fenses*²⁷, se non fosse opportuno introdurre *per via legislativa* clausole generali volte a valorizzare le antinomie normative in precedenza descritte; se non sul piano dell'antigiuridicità, quanto meno su quelli della colpevolezza (o della relativa graduazione), della punibilità o della commisurazione della pena (in senso lato, tramite apposita circostanza attenuante, o in senso stretto, tra i criteri di commisurazione infraeditale). Al netto di qualche variazione sul tema, la maggioranza della dottrina si è espressa in senso contrario a questa opzione, per ragioni molteplici²⁸, di cui si rammentano le due principali.

In primo luogo, una norma di parte generale che sancisse espressamente un trattamento di favore per i reati culturalmente motivati potrebbe essere percepita quale legittimazione di fatti talvolta lesivi dei diritti fondamentali delle vittime, sovente peraltro donne e minori, le quali, private di una tutela adeguata, finirebbero per vedere perpetuate *anche* nel paese di accoglienza le discriminazioni dalle quali confidavano di affrancarsi²⁹.

In secondo luogo, il nostro ordinamento penale è *già* pervaso, nella parte generale e in quella speciale, di innumerevoli istituti permeabili al fattore culturale: si pensi alla presenza di numerosissimi “elementi normativi culturali” recepiti sia nel fatto tipico (ad es. i concetti di “buon costume”, di “senso comune del pudore”, di “atto sessuale”, di “violenza” fisica o psichica, di “maltrattamenti”, di “offesa all'onore o alla reputazione”, di “abbandono”), sia nell'ambito di disposizioni atte ad incidere sull'entità della risposta sanzionatoria (ad es. i “motivi di particolare valore morale o sociale” o, viceversa, i “motivi abietti o futili”, nonché la “provocazione”, la cui efficacia attenuante dipende dalla gravità dell'offesa altrui cui si reagisce); nonché, più

²⁷ Cfr., fondamentalmente, A. D. RENTELN, *The Cultural Defense*, Oxford Univeristy Press, New York, 2004. Nella dottrina italiana, per una completa sistematizzazione della dottrina e della giurisprudenza statunitense sul tema, v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 262 ss.; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 73 ss.

²⁸ Per tutti, v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 345 ss., p. 355 ss., p. 466.

²⁹ Peraltro, anche nel panorama comparatistico si possono rintracciare solamente specifiche disposizioni legislative volte ad accordare un trattamento differenziato a condotte espressive di tradizioni culturali di minoranze etnico-religiose solo in relazione a fatti bagatellari (ad es., questioni in materia di abbigliamento rituale o di macellazione conforme ai dettami religiosi); sul punto v. A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 74 ss.

in generale, alla possibile valorizzazione della motivazione culturale in sede di graduazione della colpevolezza e della capacità a delinquere (nel quadro delle attenuanti c.d. “generiche” ex art. 62-*bis* e dei parametri ex art. 133 c.p.). Si tratta dunque, come è stato osservato, di clausole suscettibili di interpretazione in chiave soggettivistica “culturalmente sensibile”, e dunque di canali attraverso cui la matrice culturale è *già* in grado di incidere sull’*an* o almeno sul *quantum* della risposta sanzionatoria, rendendo superflua l’introduzione di ulteriori apposite disposizioni³⁰.

Sulla base di tali osservazioni, la dottrina ha attribuito all’interprete, al giudice, il compito di valorizzazione *caso per caso* la matrice culturale della condotta penalmente rilevante, attraverso una prudente applicazione delle clausole appena menzionate³¹.

4. Dalla teoria alla prassi

L’aumento statistico dei fatti almeno *prima facie* riconducibili alla categoria dei reati culturalmente orientati è oggi certificato dalle oramai cospicue rassegne di decisioni aventi ad oggetto procedimenti nei quali la difesa ha sollecitato l’estensione dell’accertamento processuale al *background* culturale dell’a-

³⁰ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 470; B. PASTORE, C. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, cit., p. 19. Accoglienza assai fredda, nella prassi e in dottrina, hanno invece raccolto le sporadiche fattispecie incriminatrici appositamente introdotte per sanzionare *più severamente* – con finalità anche “simboliche” – specifiche condotte riconducibili ad alcune tradizioni culturali: si allude in particolare alla fattispecie di cui all’art. 583-*bis* c.p. volta a punire le pratiche di mutilazioni genitali femminili, pressoché priva di riscontro applicativo. Su tale fattispecie v. C. SELLA, *Le mutilazioni genitali femminili come cultural orientated crime. Note di diritto italiano e comparato*, in *Dir. pen.* XXI, 2007, p. 285 ss.; con riferimenti alla sporadica giurisprudenza S. TORDINI CAGLI, *Commento all’art. 583-bis*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2019, p. 3701 ss. Non pare del tutto esente da matrici politico-simboliche anche la fattispecie di induzione o costrizione al matrimonio di cui all’art. 558-*bis* c.p. introdotta dalla legge 19 luglio 2019, n. 69 sul c.d. “codice rosso”; in argomento v. A. SBARRO, *Il delitto di “costrizione o induzione al matrimonio” ex art. 558-bis cp: alcune riflessioni critiche*, in *Leg. pen. (web)*, 22 febbraio 2022.

³¹ Oltre agli autori citati alle note precedenti, v. specificamente I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., ove peraltro si giunge a schematizzare un articolato *test* di accertamento in sede giurisdizionale della effettiva connotazione culturale della condotta illecita (*ivi*, p. 268 ss.).

gente, al fine di evidenziare come la condotta fosse stata influenzata dalla volontà/necessità di rispettare una prassi o una regola di matrice, per l'appunto, "culturale"; con l'obiettivo ultimo di ottenere effetti a vario titolo *in bonam partem* (l'esclusione di un elemento del tipo oggettivo o – più frequentemente – dell'elemento soggettivo, l'applicazione di una causa di giustificazione, il riconoscimento di una circostanza attenuante o l'esclusione di un'aggravante, o più limitatamente il contenimento della pena all'interno della cornice infraeditale, specie in relazione al *quantum* di colpevolezza).

Ci si propone ora di illustrare in sintesi l'accoglienza riservata a tali argomentazioni difensive nel panorama giurisprudenziale domestico. Due premesse sui termini dell'indagine, la prima riguardante i confini, la seconda l'obiettivo.

Quanto alla prima, non è possibile offrire nell'ambito di questa relazione una rassegna esaustiva delle moltissime pronunce stratificatesi nel tempo, le quali hanno finito per alimentare veri e propri filoni decisionali per tipologia di fattispecie³². Nella vasta gamma di illeciti suscettibili di assumere connotati "culturalmente orientati", si focalizzerà dunque l'attenzione sulla casistica relativa ad alcuni reati contro la persona (omicidi, reati contro la libertà sessuale) o contro la famiglia (specie i maltrattamenti, l'ipotesi statisticamente più frequente), commessi ai danni di congiunti, o nei confronti di terzi autori di comportamenti in ogni caso offensivi del contesto familiare dell'agente. Tale scelta è dettata dal fatto che proprio nell'ambito della vita familiare le prassi e le tradizioni culturali offensive dei diritti individuali (specie quelle legate alla concezione patriarcale e alla sopravvalutazione dell'onore) si perpetuano e si rivelano più difficili da eradicare.

Quanto alla seconda precisazione, relativa all'obiettivo dell'indagine, va ricordato che il ricco panorama dottrinale sulla materia in oggetto già offre molteplici analisi e rassegne articolate in base *all'elemento del reato* o *all'istituto* attraverso il quale la matrice culturale viene veicolata nella valutazione giudiziale.

³² Per un'amplessima rassegna, estesa alle prassi applicative dei principali paesi europei, v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 157 ss.; con ulteriori aggiornamenti, incentrati sulla giurisprudenza domestica, ID., *Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale (web)*, 2018, n. 30.

le (tipicità – oggettiva e soggettiva – antigiuridicità, imputabilità e colpevolezza, commisurazione della pena, punibilità)³³. Senza la pretesa di replicare un'indagine a spettro così ampio, in questa sede verranno invece ripercorse le *linee generali* della giurisprudenza, in relazione agli *esiti* delle argomentazioni difensive incentrate sul fattore culturale e all'evoluzione dei percorsi motivazionali volti ad accoglierle o respingerle.

5. L'iniziale ritrosia della giurisprudenza penale italiana a valorizzare la motivazione culturale

In una prima fase, l'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità si è contraddistinto per la metodica negazione di conseguenze *in bonam partem* alla matrice culturale della condotta. Più in particolare, nonostante il solco già tracciato in tal senso dagli indirizzi decisionali maturati nel panorama comparatistico e il diffondersi di ricostruzioni dottrinali vieppiù favorevoli alla flessibilizzazione delle categorie dogmatiche in ragione delle peculiarità culturali del soggetto attivo, gli orientamenti della Cassazione hanno manifestato un tendenziale atteggiamento di *indifferenza*, con punte di aperta *diffidenza*, nei confronti della (invocata) motivazione culturale. Per di più, nel respingere le allegazioni difensive volte a far leva su tale motivazione per conseguire effetti a vario titolo favorevoli, si sono sovente utilizzate cadenze argomentative non esattamente “diplomatiche”, oltre che non sempre perspicue³⁴.

A titolo esemplificativo di questa tendenza va senz'altro evocata una risalente decisione conclusiva di un procedimento per maltrattamenti in famiglia a carico di un individuo di origini mediorientali, accusato di ripetute violenze, fisiche e psicologiche, nei confronti della moglie e dei figli minori. Il ricorso difensivo, con argomenti per la verità pretestuosi, insisteva nell'invo-

³³ Negli studi monografici v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 364; A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 94 ss.; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, cit., p. 165 ss.; A. PROVERA, *Tra frontiere e confini*, cit., p. 221 ss. Più sinteticamente, P. SCEVI, *Riflessioni su reati culturalmente motivati*, cit., 10 ss.; volendo, già C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali*, cit., p. 272 ss.

³⁴ Per qualche ulteriore approfondimento sul tema sia consentito il rinvio a C. GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana*, cit., p. 189 ss.

care la scriminante del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) giacché le vittime avrebbero acconsentito all'uso delle "maniere forti" da parte dell'imputato, in ossequio al «concetto della convivenza familiare e delle potestà spettanti al capo-famiglia diverso da quello corrente in Italia»; in particolare, i familiari avrebbero potuto «validamente disporre della gerarchia e delle abitudini di vita interne al loro nucleo, senza che interventi esterni possano giungere a sanzionare comportamenti recepiti come legittimi».

Tali allegazioni, evidentemente traballanti, sono state ritenute «in assoluto contrasto con le norme che stanno a base dell'ordinamento giuridico italiano» e in particolare con i principi costituzionali (artt. 2, 3, 29 e 30 Cost.) che sanciscono la pari dignità sociale dei coniugi, l'eguaglianza senza distinzione di sesso, i diritti della famiglia e i doveri verso i figli»; principi i quali, si aggiunge, «costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto e di fatto nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che suonano come *barbari* a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona»³⁵. Si tratta invero di una sentenza "capostipite", giacché la relativa massima, per quanto non immune da critiche, è stata in seguito sovente replicata³⁶.

In una decisione di qualche anno successiva, relativa a un altro procedimento per maltrattamenti in famiglia, i medesimi principi sanciti negli artt. 2, 29 e 31 Cost. sono stati nuovamente richiamati quali baluardi dinanzi ai quali una «cultura *arretrata e poco sensibile* alla valorizzazione e alla salvaguardia dell'infanzia deve cedere il passo»³⁷.

Nella medesima prospettiva, vale la pena di menzionare un

³⁵ Cass., Sez. VI, 24 novembre 1999, Bajrami, in *Riv. pen.*, 2000, p. 238, (enfasi aggiunta).

³⁶ *Ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2003, Khouider, in *Riv. pen.*, 2003, p. 220 (fattispecie in tema di maltrattamenti perpetrati nei confronti della moglie).

³⁷ Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2007, Bel Baida in *Dir. imm. citt.*, 2007, n. 2, p. 179 (enfasi aggiunta), con nota di P. L. ZANCHETTA, *Fazzoletti, spugnette, accendini e minori stranieri, ivi*, p. 105. Nel caso di specie, l'agente aveva impiegato il nipote minorenni nell'attività di commercio ambulante e accattonaggio, invocando poi la prassi corrispondente in voga presso la popolazione d'origine, nonché i sacrifici cui egli era costretto per la cura del giovane, a fondamento della richiesta, per la verità piuttosto eccentrica, di applicazione della

ulteriore procedimento, avente ad oggetto l'utilizzo minori nell'accattonaggio, nell'ambito del quale tra i capi d'imputazione figurava, oltre al reato di maltrattamenti in famiglia, anche quello di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.). Anche in questo caso le argomentazioni difensive apparivano alquanto ardite, in quanto volte ad invocare vuoi la scriminante del consenso dell'avente diritto, vuoi quella dell'esercizio del diritto, quest'ultima fondata sulla consuetudine invalsa presso talune popolazioni nomadi di impiegare i minori nella raccolta dell'elemosina (c.d. *mangel*). Ora, la Cassazione ha avuto gioco facile nel rilevare che i diritti in gioco non sono disponibili – a maggior ragione da parte di soggetti minorenni – e che non esiste alcun “diritto”, sul quale la scriminante dell'art. 51 c.p. possa far leva, ad impiegare minori in attività lavorative o di accattonaggio, sottraendoli all'istruzione scolastica obbligatoria: «la consuetudine può avere una valenza scriminante ai sensi dell'art. 51 c.p., solo in quanto sia richiamata da una legge»³⁸. Tanto sarebbe bastato, senza che fosse necessario precisare che «anche un popolo allogeno come quello degli zingari, quando si insedia nel territorio italiano, deve osservare le norme dell'ordinamento giuridico vigente in questo territorio»³⁹.

Al di là del discutibile tenore lessicale di questi passaggi motivazionali (costumi “barbari”, cultura “arretrata”) va sottolineato come la selezione degli argomenti utili a respingere le istanze difensive si sia rivelata nella sostanza non sempre accurata. Vero è che nei casi appena menzionati le impostazioni difensive risultavano il più delle volte francamente avventate. Ma è pur vero che se il richiamo all'intangibilità di alcuni principi e beni dotati di ancoraggio costituzionale può a ragion veduta escludere la praticabilità del meccanismo scriminante⁴⁰, tale richiamo non appare altrettanto calzante laddove si tratti non

circostanza attenuante dei “motivi di particolare valore morale o sociale” (art. 62 n. 1 c.p.).

³⁸ Cass., Sez. III, 26 ottobre 2006, Djordjevic, in *C.e.d.*, n. 236022.

³⁹ *Ivi*, § 6.2.

⁴⁰ Imperniato, ad esempio, sull'esercizio del diritto (art. 51 c.p.) a professare liberamente la propria religione (art. 19 Cost.) o a perpetuare le proprie tradizioni culturali, istanze invece necessariamente subordinate al rispetto di beni fondamentali quali l'integrità fisica, la salute, la libertà personale, la dignità, i diritti dell'infanzia; o sul consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), non operante quando siano in gioco beni “non disponibili”, come quelli appena menzionati, specie se appartenenti a soggetti minori.

di stabilire ciò che è (tipico e) antigiuridico, quanto piuttosto di soppesare l'incidenza della motivazione culturale sulla valutazione del *quantum* (e, in casi estremi, dell'*an*) di colpevolezza individuale.

Ed invece, le medesime argomentazioni, incentrate per l'appunto sulla inviolabilità dei diritti in gioco, sono state replicate per rigettare argomentazioni spese sui diversi versanti dell'elemento soggettivo e della colpevolezza.

È quanto accaduto in svariati altri procedimenti, sempre in materia di maltrattamenti in famiglia, nell'ambito dei quali la difesa aveva invocato l'assenza dell'elemento soggettivo, a causa della (tutta da dimostrare, beninteso) incapacità dell'agente di cogliere la dimensione offensiva e il disvalore della propria condotta, in quanto "tollerata" nel contesto d'origine, specie se commessa dal capofamiglia. Anche in questi casi la Cassazione ha sistematicamente richiamato la summenzionata sentenza capostipite⁴¹, affermando che gli artt. 2, 3, 29, 30 Cost. «costituiscono infatti uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione, di diritto e di fatto, nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come *antistorici* a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero»⁴².

A ben vedere, in questi casi il richiamo all'inviolabilità dei principi costituzionali non coglie più nel segno, giacché riconoscere al condizionamento culturale – ove comprovato in sede processuale – una qualche incidenza sul procedimento motivazionale (con riflessi sull'elemento soggettivo, o solamente sul

⁴¹ Cfr., *supra*, nota 35.

⁴² Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2008, Fahmi, cit. (procedimento per maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, violazione degli obblighi di assistenza familiare e sequestro di persona perpetrati da un cittadino marocchino nei confronti della moglie); enfasi aggiunta, a sottolineare l'utilizzo dell'attributo "antistorici", edulcorato rispetto a quello di "barbari", impiegato nella massima precedente (cfr., *supra*, nota 35) per il resto invece richiamata alla lettera. In senso conforme, Cass., Sez. VI, 30 marzo 2012, n. 12089, in *Foro it.*, 2012, II, c. 533, ove pure si nega qualsiasi rilievo all'asserita motivazione culturale del padre nordafricano che sottoponeva a ripetute vessazioni la figlia minore. Sempre in materia di elemento soggettivo, già in precedenza, Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2003, cit.; e, nella giurisprudenza di merito, Pret. Torino, 4 novembre 1991, Husejinovic, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1647 ss. (uso di minori nell'accattonaggio); Trib. Torino, 21 ottobre 2002, in *Quest. giust.*, 2003, p. 666 (impiego di minori nella commissione di furti).

quantum di colpevolezza) non implica certo o l'attribuzione di una "patente di liceità" a comportamenti o consuetudini lesive dei diritti fondamentali e tanto meno «l'introduzione di prassi barbare» o «antistoriche» nella società civile.

Più limitatamente, ferma restando la tipicità e l'antigiuridicità del fatto, tale riconoscimento tenderebbe solo a personalizzare il giudizio di colpevolezza, che non dovrebbe trascurare l'intensa capacità orientativa esercitabile dalla cultura di provenienza sul comportamento dell'agente. Si tratta del resto di un'osservazione apertamente condivisa in giurisprudenza proprio nella decisione più recente, sulla quale si avrà modo di tornare⁴³.

Al contrario, anche nell'ambito di un procedimento nel quale il "fattore culturale" veniva invocato solo al limitatissimo fine di conseguire un diverso esito del bilanciamento tra circostanze eterogenee, la Cassazione ha ribadito che «la diversa cultura d'origine può essere presa in positiva considerazione solo nei limiti in cui la stessa non confligga in modo frontale con i valori espressi dalla nostra Carta Costituzionale»⁴⁴. Si tratta di un'asserzione dal sapore *tranchant*, tanto esplicativa dell'atteggiamento iniziale della giurisprudenza nei riguardi dei reati culturalmente orientati, quanto discutibile laddove non se ne circoscriva l'ambito di riferimento: distinguendo, cioè, a seconda che si abbia di mira la valutazione della dimensione oggettiva del fatto tipico o dell'antigiuridicità, anziché il giudizio di colpevolezza dell'agente, per lo meno in relazione al *quantum* ai fini di individualizzazione della pena, ambito elettivo per la valorizzazione di ogni peculiarità soggettiva del reo⁴⁵.

⁴³ Cfr., *infra*, par. 7.

⁴⁴ Cass., Sez. I, 1° agosto 2008, Mohammad, in *Dejure*, relativa a un procedimento per omicidio commesso per vendicare un affronto, nell'ambito del quale la difesa lamentava la mancata prevalenza delle circostanze c.d. "generiche" (art. 62-*bis* c.p.) sulle aggravanti contestate, sottolineando come la reazione spropositata dell'imputato rispetto all'offesa subita fosse almeno in parte spiegabile con la sopravvalutazione dell'onore nella cultura di provenienza.

⁴⁵ In argomento v., in generale, M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Giapichelli, Torino, 2021.

6. (segue) ... e la successiva emersione di orientamenti decisionali flessibili

Al fianco di pronunce ancora in sintonia con l'impostazione sopra illustrata, si sono in seguito andate diffondendo decisioni caratterizzate da una, seppure parziale, apertura nei riguardi della valorizzazione della matrice culturale della condotta illecita. D'altronde, che le elaborazioni della dottrina avessero oramai fatto breccia anche in giurisprudenza è dimostrato dalla motivazione di una sentenza già richiamata, nella quale, pur nel respingere le richieste difensive, la Cassazione rievoca ampiamente i termini del dibattito in materia di reati culturali, arrivando a ipotizzare – seppure solamente in un *obiter dictum*, in mancanza di specifica richiesta difensiva – la valorizzazione della matrice culturale della condotta nell'ambito della commisurazione infraeditale⁴⁶.

Con alcune significative eccezioni⁴⁷, quasi tutte le pronunce riconducibili a questo orientamento più flessibile hanno limitato le ricadute *in bonam partem* del fattore culturale alla sola entità della pena, vuoi in relazione all'applicabilità delle circostanze (con esclusione delle aggravanti o concessione delle attenuanti) o al loro bilanciamento, vuoi limitatamente alla commisurazione infraeditale.

In questa prospettiva, va segnalato quell'orientamento favorevole ad operare una valutazione in chiave soggettivistica e dunque “culturalmente sensibile” della natura abietta e/o futile

⁴⁶ Ovvero «nel quadro multiforme delle variabili apprestate dall'art. 133 c.p., in punto di personalizzazione e adeguatezza della pena» (Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2008, cit.).

⁴⁷ Ad esempio, Cass., Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 43646, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3706, che ha ritenuto scusabile l'*ignorantia legis* “culturalmente fondata” in relazione al reato di esercizio abusivo della professione medica (art. 348 c.p., con particolare riferimento alla mancata consapevolezza circa la natura di “atto medico” dell'intervento di circoncisione maschile, che si sarebbe risolta, nel caso di specie, in errore sul precetto; volendo C. GRANDI, *Problemi in materia di errore scusabile nell'esercizio abusivo di professione medica*, in *St. iur.*, 2012, p. 961 ss.). Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Rovigo, Sez. Adria, 9 febbraio 2010, Berisha, che ha escluso l'elemento soggettivo del reato di abbandono di minori in capo a un soggetto di etnia rom, accusato di aver lasciato incustodite all'ingresso di un supermercato le figlie minori di 13 e 7 anni (nell'escludere il dolo di abbandono, ex art 47 c.p., il giudice ha accolto il rilievo per cui nella cultura di appartenenza dell'imputato la maturità psicofisica – e con essa l'autosufficienza – dei fanciulli si considera raggiunta già prima dei 14 anni).

dei motivi nel quadro dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 1 c.p. Ad esempio, va ricordata la decisione in cui, operando un opportuno distinguo tra la (ovvia) non condivisibilità dei motivi omicidari e la loro verosimile incidenza sul procedimento motivazionale del reo, la Cassazione ha ritenuto che «per quanto i motivi che hanno mosso l'imputato non siano assolutamente condivisibili nella moderna società occidentale, gli stessi non possono essere definiti futili, non potendosi definire né lieve né banale la spinta che ha mosso l'imputato ad agire»⁴⁸. Va peraltro precisato che a tale orientamento se ne contrappone un altro volto invece ad escludere, sulla falsariga delle argomentazioni tradizionali, che il giudizio sulla futilità del motivo possa essere calibrato sulle specifiche convinzioni del reo, quando esse siano espressive di un orientamento culturale «inaccettabile», in quanto capace di produrre una compressione di «principi e beni fondamentali»⁴⁹.

Ancora, all'esito di un ulteriore e più recente procedimento per maltrattamenti in famiglia, la Cassazione ha riconosciuto a due genitori di nazionalità nordafricana le attenuanti c.d. generiche, prendendo atto come la cultura d'origine avesse loro precluso la consapevolezza dell'inidoneità della propria condotta a fronteggiare la patologia comportamentale del figlio⁵⁰.

⁴⁸ Così Cass., Sez. I, 18 dicembre 2013, n. 51059, in *Giur. it.*, 2014, p. 978 ss., con nota di F. BASILE, *Motivi futili ad agire: ma futili per chi quando il reato è "culturalmente" motivato?*. In particolare, la Corte ha escluso che possano essere ritenuti futili – nella prospettiva soggettivistica dell'agente – motivi ad agire connessi al rispetto dell'onore familiare e della fede religiosa: «nel caso in esame l'imputato ha agito – secondo la sentenza impugnata – perché si è sentito disonorato dalla figlia, la quale non solo aveva avuto rapporti sessuali senza essere sposata e da minore, ma aveva avuto tali rapporti con un giovane di fede religiosa diversa, violando quindi anche i precetti dell'Islam». Analogamente Cass., Sez. I, 21 febbraio 2012, n. 6796, in *Dejure*.

⁴⁹ Cass., Sez. I, 18 marzo 2016, n. 11591, in *C.e.d.*, n. 266559.

⁵⁰ Confermando dunque l'applicazione dell'art. 62-bis c.p. disposta dalla sentenza di merito, che aveva «evidenziato la inadeguatezza etno-culturale degli imputati – che li induceva a ritenere consentite punizioni corporali che nel paese di origine non costituiscono illecito – ma, soprattutto, la incapacità culturale degli imputati di rendersi conto della patologia (iperattività e disturbo dell'attenzione) poi diagnosticata al minore [...] e la loro conseguente incapacità di gestirne comportamenti oppositivi e provocatori che venivano erroneamente ricondotti ad aspetti caratteriali che si proponevano di contenere con metodi, certamente non consentiti ed erroneamente ritenuti educativi» (Cass., Sez. VI, 6 marzo 2017, n. 10906, in *Dejure*).

Ulteriori esempi di valorizzazione del fattore culturale nel quadro della commisurazione della pena sono rinvenibili anche nella giurisprudenza di merito. Ad esempio, in un procedimento per maltrattamenti in famiglia a carico di un soggetto proveniente dal sud-est asiatico, pur rigettando le istanze difensive volte ad ottenere risultati più cospicui, il Tribunale di Milano ha riconosciuto quanto meno che “nella dosimetria della pena va, invece, tenuto conto delle componenti culturali di origine del reo, proporzionandola in misura inferiore rispetto al medio editta-
le”⁵¹.

7. La proficuità del dialogo tra teoria e prassi in due recenti decisioni di legittimità

Tra le (sporadiche) decisioni che hanno conferito alla matrice culturale effetti esorbitanti l’ambito della commisurazione della pena vanno senz’altro rievocate le sentenze pronunciate nell’ambito di un procedimento in materia di violenza sessuale su minore.

L’imputato, un uomo di origini albanesi, aveva commesso ripetuti atti sessuali sul figlioletto di soli cinque anni (palpeggiamenti e contatti di natura orale delle parti intime), il quale aveva in seguito riferito i fatti in modo del tutto ingenuo alle insegnan-

⁵¹ Trib. Milano, 19 settembre 2014, in *Dejure*; già in precedenza v. Trib. Genova, 23 ottobre 2003, Rhiyat, in *Dir. giust.*, 2004, n. 11, p. 91, con approfondita ricostruzione dei confini entro i quali la motivazione culturale della condotta può essere valorizzata, pur nel quadro di una decisione che ha negato l’applicabilità all’imputato delle circostanze attenuanti c.d. “generiche” ex art. 62-bis c.p.: «in tema di reati contro la famiglia, allorché le parti provengono per nazionalità e quindi cultura, religione, formazione, tavola di valori di riferimento da contesti istituzionali e sociali del tutto diversi da quelli dello Stato ospite alla giurisdizione del quale sono sottoposti, è opportuno che il giudice per la completezza della conoscenza degli elementi oggettivi e soggettivi che sono la base della sua decisione si interroghi [...] sull’influenza che quei dati originari possano aver avuto sul fatto commesso in Italia [...] Non si tratta, sia ben chiaro, di accedere ad una forma surrettizia di introduzione e supervisione di istituti di altri ordinamenti giuridici nella valutazione del fatto e della personalità dell’autore, quasi si volesse indirettamente appannare il principio di territorialità della legge [...]». Si tratta dunque di considerare, seppure ai limitati fini della commisurazione della pena, «come possono aver inciso sulla condotta [...] dell’imputato la [...] cultura, religione, formazione, tavola di valori di riferimento di contesti istituzionali e sociali del tutto diversi dal nostro».

ti, offrendo lo spunto per le successive indagini, condotte anche attraverso videoriprese. Il succedersi delle decisioni nei diversi gradi del giudizio si è rivelato di straordinario interesse, anche per l'altalenanza degli esiti e delle ricostruzioni dogmatiche offerte in sede di merito, ripercorse nella dotta motivazione della sentenza di legittimità⁵².

In sintesi, il giudice di primo grado assolveva per difetto dell'elemento soggettivo: gli atti in questione, benché oggettivamente "sessuali", non sarebbero stati sorretti dal dolo corrispondente, in quanto l'agente avrebbe attribuito loro il significato assunto nel contesto culturale d'origine; in particolare, una certa tradizione ammetterebbe che il padre possa prendere contatto con gli organi genitali del figlio maschio, anche attraverso le modalità particolarmente invasive del caso di specie, in segno di affetto virile e in assenza di qualsivoglia significato lascivo⁵³.

La Corte d'appello, invece, continuando ad accreditare la ricostruzione difensiva in ordine alla matrice culturale del fatto e adottando la nozione *soggettivistica* di atto sessuale⁵⁴, giungeva

⁵² Cass., Sez. III, 2 luglio 2018, n. 29613, p.m. in c. Q.N. e Q.E., in *Giur. it.*, 2018, c. 2246, con nota di F. BASILE, *Quanto conta la "cultura"? La Cassazione torna sui reati c.d. culturalmente motivati*; e in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1429 ss., con nota di A. PROVERA, *Carezze o violenze? La Cassazione affronta il problema dei reati sessuali a presunto orientamento culturale*.

⁵³ In particolare, ad avviso del tribunale mancava qualsivoglia «elemento aggiuntivo rispetto alla materialità del fatto che induca a pensare che la condotta dell'imputato, nato e cresciuto in un diverso contesto culturale, fosse accompagnata dalla coscienza del carattere oggettivamente sessuale secondo la nostra cultura di riferimento, del bacio e tanto più del succhiotto sul pene del bambino anche quando effettuato dal genitore, per cui detta condotta integra di regola il reato di violenza sessuale salva la ricorrenza di specifiche e univoche circostanze di contorno idonee a provare l'assenza di qualsivoglia stimolo sessuale alla base del comportamento» (p. 11 della sentenza di primo grado, richiamata dalla decisione di legittimità in commento, § 3.3.1).

⁵⁴ In base alla quale per rientrare nei confini del tipo "atto sessuale" la condotta deve essere anche soggettivamente indirizzata a soddisfare la concupiscenza del soggetto agente. Si tratta, come è stato puntualmente rilevato (F. BASILE, *Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*, cit., p. 10) di un orientamento da tempo respinto dalla dominante giurisprudenza di legittimità: da ultima Cass., Sez. III, 12 marzo 2021, n. 13278, in *Dejure*: «In tema di violenza sessuale, l'atto deve essere definito come "sessuale" sul piano obiettivo, non su quello soggettivo delle intenzioni dell'agente.[...] Ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale non è perciò necessario che la condotta sia specificamente finalizzata al soddisfacimento del piacere sessuale dell'agente, essendo sufficiente che

a escludere ancor più in radice la stessa *tipicità oggettiva* del reato, in quanto, per l'appunto, gli atti in questione non avrebbe presentato la necessaria connotazione "sessuale"⁵⁵.

I variabili effetti *in bonam partem* discendenti dalla valorizzazione della matrice culturale della condotta sanciti nei primi due gradi di giudizio, tuttavia, svaniscono in sede di legittimità.

All'esito di un'ampia e aggiornata ricostruzione del dibattito dottrinale sui reati culturalmente motivati⁵⁶, la Cassazione ritiene infatti che la sentenza impugnata non avesse adeguatamente motivato la *plausibilità* dell'allegazione della difesa secondo la quale la condotta dell'imputato fosse inquadrabile nella (e motivata dalla) tradizione culturale del paese d'origine, sottovalutando peraltro i numerosi riscontri in senso contrario offerti dalla pubblica accusa.

Più in particolare, si osserva, tale tradizione non risultava oggettivamente comprovata, essendo stata solamente riferita dall'imputato e dai familiari: «anche a volere accedere alla tesi difensiva», la tradizione in parola sarebbe oggi «limitata solo alle zone rurali» e risulterebbe per di più «circostritta alla mera carezza bene-augurale», non certo estesa a contatti ulteriormente invasivi, come quelli di natura orale. Per di più, la condotta in esame contrasta «anche con le prescrizioni del codice penale albanese (art. 100 e ss.)»; infine, «non poteva essere neppure ammessa una non consapevolezza della illiceità da parte degli imputati, che erano da tempo residenti in Italia e non potevano ignorarne le leggi, se non inescusabilmente»⁵⁷.

Insomma, nel disporre l'annullamento della sentenza impugnata, la Cassazione non si limita affatto al "pigro" richiamo ai principi costituzionali quale «sbarramento invalicabile» alla considerazione del fattore culturale, così come reiterato nella giurisprudenza più risalente, la quale viene pure menzionata (§ 3.3), ma con accurata obliterazione delle già segnalate discutibili

questi sia consapevole della natura oggettivamente "sessuale" dell'atto posto in essere volontariamente».

⁵⁵ Nella decisione di secondo grado si è ritenuto che la condotta dell'imputato sul piano materiale si fosse tradotta in meri «gesti di affetto e di orgoglio paterno nei confronti del figlio maschio, assolutamente privi di qualsiasi implicazione di carattere sessuale e indicati come rispondenti a tradizioni di zone rurali interne dell'Albania, Paese di origine degli imputati» (cfr. il richiamo testuale nella sentenza di legittimità, § 3.1.2).

⁵⁶ V. § 3.3 ss. del provvedimento in esame.

⁵⁷ *Ivi*, § 4.1 e 4.2.

scelte lessicali⁵⁸. Al contrario, i giudici di legittimità “prendono sul serio” le argomentazioni difensive, respingendole anche attraverso l’applicazione al fatto concreto di alcuni dei molteplici indici in cui si articolano i *test* messi a punto dalla dottrina: la *natura* della presunta norma culturale richiamata (giuridica o meno); qualora non si tratti di norma giuridica, l’eventuale esistenza di una contrapposta norma di diritto positivo che vieti la medesima condotta *anche* nel contesto d’origine; il grado di vincolatività e di osservanza della regola culturale in tale contesto (generalizzato o limitato a contesti e sotto-gruppi specifici); il grado di integrazione dell’agente nel contesto di accoglienza, anche in considerazione del tempo di permanenza; non ultimo, il grado di offensività del fatto (illecito c.d. bagatellare o “senza vittima”, oppure reato caratterizzato da un’offesa significativa a beni di rango primario)⁵⁹.

L’accuratezza e la ricchezza dell’apparato argomentativo della decisione appena illustrata⁶⁰ ne rendevano auspicabile l’adozione a modello nella giurisprudenza successiva. È quanto effettivamente accaduto (almeno) in relazione alla più recente delle sentenze che si inscrivono nel filone esaminato: si trattava di un procedimento per il reato di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) a seguito della “vendita in sposa” della propria figlia da parte del reo, a fronte di un compenso corrisposto dal “patriarca” di un’altra famiglia, nel quadro di un matrimonio combinato rispetto al quale la vittima neppure era stata interpellata⁶¹.

Dalla lettura della motivazione emergono plurimi profili di

⁵⁸ Cfr., *supra*, par. 3.

⁵⁹ Per una compiuta illustrazione degli indici in questione, v. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 361 ss.; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo*, cit., p. 292 ss. «Calando nel caso di specie» tali indici, la Cassazione conclude nel senso per cui «la dichiarata ignoranza da parte degli imputati e della loro famiglia, circa l’offensività della condotta posta in essere ai danni del figlio minore, così come l’ignoranza sull’esistenza della norma penale incriminatrice di essa non appare idonea ad integrare una causa di non colpevolezza degli imputati stessi che oltre a risultare ben integrati nel tessuto sociale ove vivevano e lavoravano da anni (tanto che i fatti emergono nel contesto scolastico ove il proprio figlio era collocato), allegano a propria discolta una ignoranza che non assumerebbe rilevanza anche nel paese di origine, ove i medesimi fatti risultano sanzionati penalmente».

⁶⁰ Sottolineata, ad esempio, da A. PROVERA, *Carezze o violenze?*, cit., p. 1434.

⁶¹ Cass., Sez. V, 13 maggio 2021, H. V., in *Sistema pen.*, 15 febbraio 2022, con nota di G. PEPÉ, *Matrimoni forzati e “prezzo della sposa”*: la Cas-

interesse, a cominciare dai contenuti delle argomentazioni difensive incentrate sull'assenza dell'elemento soggettivo: giacché l'imputato avrebbe aderito a modelli comportamentali diffusi nel contesto culturale di provenienza, egli non si sarebbe avveduto della natura offensiva del fatto, mancando dunque un elemento indispensabile per la sussistenza del dolo. Più in particolare, la difesa lamenta la mancata considerazione da parte dei giudici del merito del fatto che l'imputato non abbia «agito nel nome di una mera “tradizione” della comunità rom, ma abbia posto in essere comportamenti conformi a quelli stabiliti da un vero e proprio “ordinamento giuridico” in cui detta comunità si riconosce»⁶². In altre parole, anche la difesa pare consapevole della circostanza per cui la richiesta incentrata sul fattore culturale possa godere di maggiori *chances* di accoglimento ove la relativa tradizione venga inquadrata in un preciso contesto *giuridico*, caratterizzato da un significativo livello di vincolatività e da un'osservanza generalizzata all'interno del gruppo di riferimento. Ed invece, i giudici dell'appello, che pure avevano riconosciuto l'esistenza del condizionamento culturale nel quadro delle attenuanti c.d. generiche, ne avevano tuttavia negato rilievo in sede di valutazione dell'elemento psicologico, trascurando il fatto che l'imputato avesse agito «nella convinzione di comportarsi in conformità a quello che egli considera il proprio *ordinamento giudico primario*»⁶³.

Anche in questo caso, come quasi sempre in passato, il tentativo di valorizzare la matrice culturale della condotta in sede di valutazione sull'esistenza dell'elemento soggettivo non ha avuto successo in sede di legittimità. Il rigetto di questo profilo del ricorso non ha comunque impedito alla Cassazione di apprezzare su altro versante il dato culturale, all'esito di un percorso argomentativo davvero pregevole, scandito nei seguenti passaggi fondamentali.

In prima battuta, viene accuratamente inquadrata la tematica dei “reati culturali” (§ 4.1), dei quali si richiama la definizione

sazione ribadisce l'irrelevanza di tradizioni e culture lesive della libertà individuale; e in Cass. pen., 2022, p. 204, con osservazioni di I. MOTTA.

⁶² *Ivi*, § 2.2.1 «In tale ottica, il citato “prezzo della sposa” corrisponderebbe ad un antico e consolidato istituto giuridico che attribuisce al medesimo non già la natura di corrispettivo di una compravendita, bensì la funzione di risarcire la famiglia della sposa per la perdita di un proprio componente e di garantire l'agiatezza della famiglia dello sposo».

⁶³ *Ivi*, § 2.2.2 (enfasi aggiunta).

elaborata in dottrina e si evidenziano le origini nell'antinomia normativa tra regola culturale e precetto penale⁶⁴.

In seconda battuta, si riconosce la pervasività del “fattore culturale”, il quale è in grado di «percorrere trasversalmente la struttura del reato, potendo intersecare tanto il profilo della tipicità del fatto e della sua offensività, come quello dell'antigiuridicità, ma altresì quelli della colpevolezza e della commisurazione del trattamento sanzionatorio, quantomeno nella prospettiva della personalizzazione del giudizio di colpevolezza».

In seguito, dopo aver richiamato i principi costituzionali e sovranazionali posti a presidio dei diritti fondamentali, inclusa la tutela dell'identità culturale e religiosa, si esclude la configurabilità di una clausola “scriminante culturale” ogniqualvolta la pretesa di perpetuare pratiche tradizionali si traduca nella violazione di preminenti beni individuali (§ 4.4).

Ciononostante, ed ecco il passaggio più rilevante in questa sede, si precisa che «l'esclusione dell'incidenza del “fattore culturale” sulla rilevanza penale della condotta lesiva di beni fondamentali, nelle sue oggettive connotazioni considerata, non impedisce in astratto che lo stesso fattore possa assumere invece rilevanza in riferimento ad altri elementi strutturali del reato ovvero alla determinazione del trattamento sanzionatorio, sia con riferimento alla commisurazione della pena all'interno della cornice edittale, che al riconoscimento delle attenuanti generiche ovvero di altre attenuanti comuni o speciali ove configurabili» (§ 4.5).

Esattamente il distinguo, sul quale si è in precedenza insistito⁶⁵, tra gli ambiti della tipicità e dell'antigiuridicità da un lato, e quello relativo al giudizio (almeno sul *quantum*) di colpevolezza dall'altro lato.

Applicando tali principi al caso di specie, «il titolo di reato contestato esclude qualsivoglia possibilità di attribuire valenza scriminante alla supposta volontà [dell'agente] di aderire alle regole ed alle consuetudini della comunità Rom, atteso che il bene giuridico tutelato dall'art. 600 c.p. è la libertà individuale intesa come *status libertatis* [...] la cui negazione comporta l'annientamento della stessa personalità dell'individuo» (§ 5.1). Parimenti, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, sebbene «l'imputato possa aver agito aderendo a modelli comportamentali quantome-

⁶⁴ Cfr., *supra*, par. 2.

⁶⁵ Cfr., *supra*, par. 3.

no tollerati nella sua cultura di riferimento», dalle risultanze processuali egli risultava perfettamente consapevole dell'illiceità della sua condotta», anche in virtù della «risalente presenza nel territorio italiano» (§ 5.2) ⁶⁶.

Viceversa, respingendo sul punto il ricorso proposto dalla pubblica accusa, vengono confermate le attenuanti generiche già riconosciute in secondo grado alla luce della «particolare condizione sub-culturale» dell'imputato. Sotto questo profilo, ad avviso della Cassazione «il giudice dell'appello, facendo corretta applicazione dei principi illustrati in precedenza, ha infatti semplicemente individuato l'ambito in cui può assumere una qualche rilevanza nel caso di specie il condizionamento culturale dell'imputato e cioè quello della commisurazione del trattamento sanzionatorio» (§ 5.3).

Nel quadro di una giurisprudenza che denota oramai piena dimestichezza con la categoria concettuale dei reati culturalmente orientati, la coppia di pronunce da ultimo illustrate evidenzia quanta strada sia stata percorsa dalle prime decisioni rievocate in questa breve rassegna ⁶⁷. Un esempio paradigmatico della proficuità del dialogo collaborativo tra dottrina e giurisprudenza, tra teoria e prassi, in una materia caratterizzata da notevoli complessità sistematiche e rilevanti implicazioni politico-criminali.

⁶⁶ A questo riguardo viene richiamata la già citata sentenza n. 29613 del 2018, nella quale la Sezione III aveva condivisibilmente osservato come «sia necessario valutare la natura della regola culturale in adesione alla quale la condotta è stata posta in essere - se cioè di matrice religiosa, consuetudinaria o positiva (prevista cioè all'ordinamento giuridico di eventuale originaria appartenenza) - nonché il suo carattere vincolante per l'agente, ma altresì il livello di integrazione di quest'ultimo nel contesto sociale dominante» (§ 4.5).

⁶⁷ Cfr., *supra*, par. 5.

IL GOVERNO DELLE POLITICHE MIGRATORIE TRA CRIMINALIZZAZIONE E GIUSTIFICAZIONE

EMANUELE LA ROSA

SOMMARIO: 1. Il diritto penale dell'immigrazione nel prisma del c.d. "diritto penale del nemico". – 2. La criminalizzazione "diretta" dell'immigrato irregolare. – 3. Dalla criminalizzazione del migrante alla criminalizzazione di chi lo "soccorre" e/o "aiuta": profili generali. – 4. Il delitto di "Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare". – 5. (segue) La c.d. "scriminante umanitaria". – 6. La repressione "diretta" del "soccorso in mare": dal c.d. "decreto Salvini *bis*" al c.d. "decreto Lamorgese". – 7. Considerazioni conclusive.

1. Il diritto penale dell'immigrazione nel prisma del c.d. "diritto penale del nemico"

Non si dice nulla di nuovo quando si afferma che la regolamentazione degli straordinari flussi migratori che caratterizzano la realtà contemporanea e che sono, a loro volta conseguenza di emergenze umanitarie che certamente non accenneranno a diminuire nei prossimi anni – una realtà quindi con la quale non potremo non fare i conti – sembra occuparsi sempre meno dei diritti del migrante, per privilegiare la declinazione punitiva del fenomeno, in ragione di una sempre più marcata assimilazione tra immigrazione e criminalità (assimilazione tutt'altro che incontrovertibile)¹.

¹ F. FORZATI, *Il diritto penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il d.l. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disegualianza sanzionatoria*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 3, p. 1 ss. In argomento, L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 1, p. 101 ss.; L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 28 ss.; G.L. GATTA, *La*

Vi è di più. Il diritto penale dell'immigrazione è diventato una sorta di laboratorio, nel quale si sono sperimentate delle vere e proprie tecniche di mutazione genetica del tradizionale arsenale garantistico del diritto penale liberale². Tutto ciò legittimato dalla volontà di perseguire una preminente esigenza di respingimento di un (presunto?) nemico esterno.

E qui entra in gioco il paradigma, più volte evocato, del “diritto penale del nemico”.

Ora rileggere il diritto penale dell'immigrazione attraverso la lente di questo particolare modello concettuale non rappresenta uno sforzo particolarmente originale. D'altro canto, se questo paradigma si adatta bene a descrivere una certa realtà normativa non v'è motivo di rinunciarvi.

Perché si può affermare che il diritto penale dell'immigrazione è espressione del paradigma del *Feindstrafrecht*?

Per rispondere a questa domanda, occorre preliminarmente chiarire cosa si intende per “diritto penale del nemico”: un diritto penale “differenziato”, che, da un lato, si caratterizza per una palese contrazione delle fondamentali garanzie sostanziali e processuali, dall'altro, si contraddistingue per l'essere rivolto verso determinati “tipi d'autore”, ritenuti presuntivamente pericolosi³.

Ora, se è vero che uno degli elementi fondamentali che caratterizzano il “diritto penale del nemico” è l'impossibilità di istituire una comunicazione tra lo Stato (e le comunità che esso

criminalizzazione della clandestinità tra scelte nazionali e contesto europeo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 189 ss.; A. CAVALIERE, *Punire per ottenere “sicurezza”: corsi e ricorsi di una illusione repressiva*, in *Leg. pen. (web)*, 20 aprile 2021; Id., *La vita dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema pen.*, 2022, n. 4; G. LOSAPPIO, *Insicurezza marginale e diritto penale dell'immigrazione*, in G. LOSAPPIO (a cura di), *Popolazione migrante*. Atti del convegno multidisciplinare Taranto, 24 maggio 2019, in *Quad. dip. jonico (web)*, 2020, n. 14, p. 14 ss. Si vedano anche i contributi pubblicati nel volume V. MILITELLO-A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2015.

² F. FORZATI, *Il diritto penale*, cit., p. 5.

³ Nella vastissima letteratura sul tema, si segnalano, senza pretesa alcuna di esaustività, AA.VV., *Diritto penale del nemico*, fascicolo monografico di *Quest. giust.*, 2006, n. 4; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.; M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano 2007; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.; A. CAVALIERE, *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *costituzionalismo.it*, 2018, p. 125 ss.

rappresenta) e l'infrattore/nemico, al punto che le sanzioni previste assumono una funzione di mera esclusione del soggetto dal corpo sociale, è evidente che ciò sembra rinvenirsi nelle sanzioni previste per gli immigrati irregolari (espulsioni, internamenti, limiti di accesso alle pene alternative): misure ispirate a una filosofia "special preventiva", cioè l'esclusione dal consesso sociale di un elemento non altrimenti assimilabile.

Sono dinamiche in atto da tempo, che la legislazione della fine del secondo decennio del millennio in corso ha solo accentuato fin quasi ad estremizzarle⁴. Dinamiche che interessano tanto le norme incriminatrici in senso stretto, quanto la disciplina amministrativa di contorno: entrambe sono chiaramente ispirate ad una logica di esclusione nella misura in cui cercano di limitare, ostacolare o escludere ogni processo di assimilazione o di integrazione.

Ne viene fuori un approccio "derogatorio" del sistema delle garanzie (anche procedurali), che si realizza attraverso meccanismi e strategie politico-criminali diverse ma convergenti, riconducibili al fenomeno della c.d. "crimmigration"⁵, cioè della fusione/sovrapposizione tra diritto penale e gestione amministrativa del fenomeno migratorio, i cui tratti essenziali sono: la consistente limitazione della libertà personale del migrante, soprattutto attraverso il ricorso alla detenzione amministrativa; la predisposizione di fattispecie penali a tutela del diritto dell'immigrazione; la previsione di sanzioni o, comunque, di misure amministrative che incidono in senso restrittivo sull'accesso o sulla

⁴ Sulle derive populistiche e illiberali del diritto penale dell'immigrazione, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 101 ss. Tra i numerosi contributi, A. SPENA, *La Crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 495 ss.; A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 522 ss.; S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico*, cit., p. 1389 ss.; G.L. GATTA, *La pena nell'era della "Crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 675 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 25 ss.; A. CAVALIERE, *Punire per ottenere "sicurezza"*, cit., p. 19 ss.

G.L. GATTA-V. MITSILEGAS-S. ZIRULIA (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Hart Publishing, Oxford, 2021.

⁵ L'espressione è stata coniata da J. STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, p. 367 ss.

permanenza dello straniero sul territorio dello Stato in conseguenza della commissione di illeciti penali.

Non sembra azzardato affermare che la *crimmigration* si pone, rispetto al diritto penale del nemico in un rapporto di specie a genere. Si tratta, infatti, di un sistema teso al controllo sociale e all'esclusione di coloro che, sulla base di scelte politiche, risultano indesiderati.

Non a caso tutto il sistema è orientato verso un obiettivo ben preciso: l'espulsione dello straniero (qualificato come) indesiderabile⁶.

2. La criminalizzazione “diretta” dell’immigrato irregolare

Al centro dei meccanismi di *crimmigration* si pone ovviamente la repressione penale dell’immigrazione irregolare.

I reati in materia denotano un atteggiamento criminalizzante e iper-repressivo, volto a neutralizzare l’immigrato irregolare, in quanto straniero – e per ciò solo considerato socialmente pericoloso – anche attraverso l’impiego di discutibili pratiche di esclusione coatta dal consesso sociale, prima ancora che di allontanamento fisico dallo Stato.

Pratiche che, peraltro, difficilmente sortiscono gli effetti auspicati (o meglio declamati).

Emerge qui uno dei paradossi del diritto penale del nemico applicato all’immigrazione: la sua sostanziale mancanza di efficacia. Le politiche di rigore (più affermato che praticato o praticabile) non hanno manifestato una efficacia deterrente, ma semmai hanno incrementato il tasso di clandestinità (che rappresenta a sua volta un potenziale fattore criminogeno).

Non è certo un caso. Per sua natura, il *Feindstrafrecht* tende ad intersecarsi con un altro (inquietante) *topos* della contemporanea politica criminale: il populismo penale, cioè l’uso simbolico del diritto penale quale strumento di creazione di consenso

⁶ A. SPENA, *La crimmigration*, cit., p. 502, osserva come «anziché comprendere l’incremento dei flussi migratori in entrata come fenomeno strutturale, inevitabile, da governare mediante un radicale ripensamento di politiche culturali e sociali e la ricerca di forme di cooperazione internazionale adeguate, lo Stato ha continuato invece a vedervi, in primo piano, una questione di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, solo proporzionalmente macroscopica rispetto al passato».

politico, vuoi attraverso un sistematico assecondare del senso di insicurezza diffuso nelle società contemporanee, vuoi instillando e alimentando la suddetta sensazione di insicurezza (attraverso il sapiente uso dei media e della propaganda in genere)⁷.

Da questo punto di vista, tutta la recente legislazione in materia di immigrazione e di rifugiati e richiedenti asilo è affetta da un insuperabile vizio di origine: un coacervo di disposizioni simboliche, utili soltanto a lenire il senso di sgomento generato dall'approdo dello straniero, al punto che «nella loro formulazione le ragioni della paura sono prevalse sulle ragioni della logica, prima ancora che sulle ragioni del diritto»⁸.

Emblematico è il reato di ingresso o soggiorno clandestino nel territorio dello Stato previsto dall'art. 10-*bis* t.u. immigrazione, introdotto dall'art. 1 comma 16, lett. *a*, legge 15 luglio 2009, n. 94. In tal caso, infatti, non è tanto la sanzione (meramente contravvenzionale) a svelare la *ratio* “antagonista” della norma, quanto il precetto, che incrimina lo straniero che fa ingresso o che si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni dello stesso t.u. immigrazione⁹.

⁷ In argomento, da ultimo, L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, n. 1, p. 79 ss. Fondamentale sul ruolo del diritto penale come strumento di distorsione delle dinamiche di formazione del consenso politico, J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, 2007 (trad. it. *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008). Nella dottrina italiana sulle molteplici interrelazioni tra consenso sociale e diritto penale, fondamentale C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.

Peraltro, il populismo penale non è semplicemente un meccanismo collaterale e prossimo del diritto penale del nemico, ma ne rappresenta una delle sue matrici originarie (M. CANCIO MELIA, “*Diritto penale del nemico?*”, in AA.VV., *Diritto penale del nemico*, cit., p. 69 ss.). Ciò unitamente al c.d. “diritto penale simbolico” e al c.d. “punitivismo” (la “passione del punire” di cui ha parlato recentemente D. PULITANÒ, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 364).

⁸ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove autonomie*, 2013, p. 368. Per descrivere i meccanismi culturali e politici che tendono ad associare l'immigrazione a tutta un'altra serie di fenomeni criminali, fortemente lesivi dell'ordine pubblico e generanti insicurezza sociale (criminalità organizzata, disordine urbano etc.) si è parlato di “tautologia della paura” (espressione coniata da A. DAL LAGO, *La tautologia della paura*, in *Rass. it. soc.*, 1999, p. 5 ss.

⁹ A. CAVALIERE, *La vita dei migranti*, cit., 60 ss., M.T. COLLICA, *Il reato di*

Sotto la parvenza del controllo dei flussi migratori, sembra emergere una logica di criminalizzazione legata al pregiudizio degli immigrati irregolari come soggetti presuntivamente pericolosi per l'ordine pubblico. La sanzione penale, dunque, potrebbe non essere tanto riferibile a quello che il migrante ha fatto, ma a quello che si presume possa fare, secondo un deformato paradigma squisitamente prevenzionistico legato ad una mera condizione soggettiva. In ogni caso, sia che si consideri tutelato l'interesse alla regolarità dei flussi migratori, sia che si creda meno ingenuamente che la *ratio* sottesa è in realtà volta più verso supposti profili di sicurezza e ordine pubblico, lo statuto penale del migrante è comunque caratterizzato da presunzioni di pericolosità motivate (ma non giustificate) dall'appartenenza alla categoria geopolitica del "non cittadino".

Si tratta di un reato di mera disobbedienza contrastante con i principi di offensività, personalità della responsabilità penale, funzione rieducativa della pena, sussidiarietà ed effettività del diritto penale¹⁰.

E analoghe considerazioni valgono per le ulteriori ipotesi di reati di mera trasgressione previste dalla disciplina dell'immigrazione: si tratta dei reati di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, art. 14 commi 5-ter e 5-quater t.u. immigrazione, e di inosservanza del divieto di reingresso, art. 13 commi 13 e 13-bis t.u. immigrazione.

Un tessuto normativo nel quale la prospettiva del diritto penale del nemico aveva trovato la sua massima espressione nella circostanza aggravante prevista dall'art. 61 comma 1 n. 11-bis c.p. – introdotta dalla citata legge n. 94 del 2009 –, e applicabile a qualsiasi reato commesso dallo straniero che si trovasse «illegalmente sul territorio nazionale»: una evidente (e intollerabile) concessione al c.d. "diritto penale d'autore", giustamente caduta sotto la scure della Corte costituzionale¹¹.

immigrazione clandestina, tra (in)effettività e simbolismo, in *Riv. OIDU*, Gli speciali, suppl. n. 1/2020, p. 315 ss.

¹⁰ A. CAVALIERE, *La vita dei migranti*, cit., p. 67.

¹¹ Corte cost., 5 luglio 2010, n. 249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1373 ss. con nota di L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*; in *Quest. giust.*, 2010, p. 147 ss., con nota di M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte Costituzionale*. Sui profili di incostituzionalità dell'aggravante della clandestinità, si veda anche G.L. GATTA, *Aggravante della "clandestinità" (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza*

Al netto di questo giustissimo provvedimento ablativo, ci si trova, comunque, di fronte a un diritto penale di polizia in buona parte sterilmente simbolico, ma non per questo meno intollerabile, perché foriero di un'inutile stigmatizzazione del migrante quale criminale¹². Se è vero che il mercato dei servizi legato al traffico di migranti clandestini ha ormai assunto una posizione centrale tra gli interessi della criminalità organizzata transnazionale, non si deve mai perdere di vista che il «migrante è prima di tutto il soggetto passivo, piuttosto che l'autore o il concorrente dei relativi reati»¹³.

3. Dalla criminalizzazione del migrante alla criminalizzazione di chi lo “soccorre” e/o “aiuta”

Non è questa la sede per soffermarsi analiticamente sulla disciplina da ultimo richiamata.

Preme piuttosto concentrare l'attenzione su un altro profilo.

Secondo un meccanismo ampiamente noto ed indagato, le matrici di incriminazione – e quelle riconducibili al paradigma del “diritto penale del nemico” più di altre – presentano una naturale forza espansiva, che le porta a replicarsi, dilatando l'area dell'incriminazione in maniera incontrollata (in spregio al principio di *extrema ratio* e alla necessaria dimensione frammentaria che dovrebbe contraddistinguere un intervento penale che aspiri a definirsi autenticamente “liberale”).

A questa tendenza non sfugge certo la *crimmigration*, nella misura in cui il fuoco dell'attenzione si è andato via via spostando dal migrante verso chi presta aiuto al migrante: un mezzo ulteriore per colpire, sia pure indirettamente, lo stesso straniero irregolare¹⁴.

Non si tratta di novità assoluta. È un dato presente da tempo nella nostra legislazione: chi accoglie il migrante irregolare ne

calpestate, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 713 ss., e G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, *ivi*, 2008, p. 1634 ss.

¹² A. CAVALIERE, *La vita dei migranti*, cit., p. 63.

¹³ F. FORZATI, *Il diritto penale*, cit., p. 15.

¹⁴ C. RUGGIERO, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal “decreto Minniti” al “decreto sicurezza bis”*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 2, p. 3 e p. 22 ss.

condivide il medesimo destino, con la differenza che non può essere espulso in sostituzione della pena¹⁵.

Si pensi alle ipotesi di favoreggiamento abitativo e di favoreggiamento lavorativo, previste rispettivamente dall'art. 12 comma 5-*bis* t.u. immigrazione, e dall'art. 22 comma 12 t.u. immigrazione. A dispetto delle apparenze, tali incriminazioni non prendono di mira forme di sfruttamento economico del migrante.

Quando si minaccia l'applicazione di una sanzione penale nei confronti del «datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso ... ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato», quindi anche di chi offre un lavoro onestamente retribuito, si prescinde da una tutela del migrante dallo sfruttamento delle sue energie lavorative o da trattamenti inumani e degradanti (che costituiscono solo eventuali circostanze aggravanti). Allo stesso modo, quando si punisce chi «dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione» non si vuole certo tutelare il migrante nei confronti di chi approfitta della sua condizione di irregolarità e/o di disagio. Vero che la punibilità è subordinata «al fine di trarre ingiusto profitto», ma quest'ultimo può derivare pure dall'evasione fiscale derivante dalla locazione 'in nero', a fronte della conformità del canone a condizioni di mercato¹⁶.

È evidente lo scopo di fare "terra bruciata" intorno al migrante irregolare, catturando nella rete dell'illegalità tutti, stranieri e cittadini. Il fatto che nei confronti del cittadino che accoglie l'applicazione della pena sia più sporadica non rende la previsione meno odiosa. Si tratta di una ulteriore conferma di quella

¹⁵ In argomento, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 130.

¹⁶ Lo rileva A. CAVALIERE, *La vita dei migranti*, cit., p. 65, che sottolinea anche l'ipocrisia delle due disposizioni e il loro essere strumento di un'ulteriore esclusione sociale: «in realtà, migliaia di migranti irregolari in Italia dormono in baracche catapecchie od opifici abbandonati, in condizioni igienicosanitarie vergognose, oppure per strada o sotto i ponti, esposti alle intemperie e alle aggressioni notturne. E migliaia di migranti irregolari subiscono uno sfruttamento lavorativo favorito proprio dalla loro condizione di persone 'invisibili', *sans papiers*».

forza espansiva del paradigma del diritto penale del nemico, di cui si è detto all'inizio del presente contributo.

E proprio su queste dinamiche di criminalizzazione che coinvolgono non il migrante, ma chi gli presta soccorso che ci si concentrerà nel prosieguo della trattazione.

Del resto, se nel corso degli ultimi 10 anni si è assistito ad una evoluzione in forza della quale lo strumento penale ha perso la sua centralità nel definire la strategia di contrasto all'immigrazione irregolare e lo straniero non in regola è diventato destinatario di una reazione penale in larga misura simbolica e ineffettiva (con tutto quanto di negativo questo comporta), a partire dal 2017 l'attenzione si è spostata sul nuovo nemico: i membri delle ONG impegnati in operazioni di *search and rescue* nel Mar Mediterraneo.

Perché si può usare il plurale? Perché queste dinamiche di criminalizzazione si manifestano su almeno due diversi piani, peraltro destinati a interferire reciprocamente.

Il primo, più immediato, è quello della criminalizzazione diretta, cioè la previsione di norme incriminatrici – come quelle appena ricordate e altre su cui si tornerà più avanti – che sono rivolte espressamente e chiaramente nei confronti di chi aiuta il migrante.

Accanto a questo fenomeno di criminalizzazione diretta, però, è da tempo in atto anche un fenomeno di criminalizzazione indiretta. Si allude, per esempio, a quell'insieme di meccanismi attraverso i quali il soccorritore, chi aiuta il migrante, viene indicato, a sua volta, all'attenzione dell'opinione pubblica come un "nemico". Attraverso questa particolare modalità di "narrazione" si finisce col criminalizzare ogni forma di soccorso o di aiuto.

È un fenomeno che si è innescato a partire dal 2015/2016. Non c'è dubbio, infatti, che nel corso degli ultimi anni la "narrazione" intorno alle operazioni di soccorso in mare sia progressivamente mutata.

Fino a quel momento il soccorso era, nel contesto delle attività che ruotano intorno al fenomeno dell'immigrazione, l'unico aspetto che costituiva oggetto di un'attenzione positiva da parte dell'opinione pubblica. In questa prima fase, il soccorso in mare sembrava rappresentare l'unico aspetto del fenomeno migratorio ad essere guardato – in controtendenza rispetto a tutti gli altri (la gestione dell'accoglienza, l'asilo politico), associati alla paura, all'intolleranza e allo scontro politico – con un certo

favore da parte dell'opinione pubblica: è come se i volti e le storie delle persone approdate sulle coste italiane si incorniciassero nel quadro della solidarietà e dell'accoglienza, attribuendo al racconto del soccorso in mare «la potenza espressiva per umanizzare il fenomeno delle migrazioni»¹⁷.

Successivamente, a partire dalla fine del 2016, il clima nei confronti dei soccorritori muta rapidamente e, sempre più spesso, i soggetti impegnati nel salvataggio sono accusati di complicità con i trafficanti di migranti¹⁸.

In breve tempo, a fronte di una realtà che nella sua essenza è rimasta pressoché uguale a se stessa, si assiste ad un vero e proprio mutamento della narrazione intorno al fenomeno del soccorso in mare.

A ciò ha contribuito, innanzi tutto, una spregiudicata campagna politico-mediatica, che ha diffuso nell'opinione pubblica il “sospetto” che dietro le attività di ricerca e soccorso in mare si celino non già scopi di natura umanitaria, ma (indicibili) interessi economici e criminali; sospetto che avvince in modo particolare le ONG, il cui ruolo è progressivamente cresciuto a seguito della interruzione, a fine 2014, dell'operazione *Mare nostrum*, che – come noto – prevedeva l'impiego di navi della Marina militare italiana per portare soccorso ai natanti in difficoltà anche in prossimità delle acque territoriali libiche. I media italiani hanno cominciato a pubblicare articoli che accusavano tali ONG di collusione con gli *smugglers* e di coinvolgimento nel c.d. “*business* del traffico di esseri umani”.

Ora fintanto che questo mutamento di narrazione è frutto di una campagna mediatica ci si trova di fronte ad un fenomeno certo discutibile ma in qualche modo fisiologico.

E tutto sommato si resta entro i confini di un fisiologico dibattito pubblico quando sono esponenti politici ad accusare le ONG di avere incoraggiato la partenza dei migranti dalla Libia, attraverso le loro attività di salvataggio. In questo senso, particolarmente significative – se non altro perché hanno dato la stura ad una legittimazione pubblica della violenza verbale nei con-

¹⁷ P. BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Quest. giust. (web)*, 4 aprile 2017.

¹⁸ Per una ricostruzione di questo mutamento negli umori dell'opinione pubblica, L. MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 225 ss.

fronti dei “soccorritori” – appaiono le dichiarazioni dell’allora vicepresidente della Camera dei deputati, che aveva etichettato le ONG “taxi del mare”, e quella, del futuro Ministro dell’interno, che aveva definito le ONG che aiutano i migranti come “vice-trafficienti”.

Si va, invece, oltre questa fisiologia quando questa narrazione viene fatta propria da soggetti investiti di un ruolo non solo pubblico, ma istituzionalmente destinato all’accertamento delle responsabilità.

Basti pensare alle ripetute esternazioni del Procuratore della Repubblica di Catania in forza delle quali, pur mancando riscontri probatori tali da sorreggere una accusa in giudizio, si sarebbe comunque potuta nutrire una ragionevole certezza circa le complicità dei membri delle ONG impegnate nel soccorso con i trafficanti attivi nell’area del Mediterraneo¹⁹. Si tratta di affermazioni quanto meno discutibili, specie in considerazione della delicata funzione esercitata da chi le ha pronunciate. Se poi si tiene conto della “credibilità” di cui il magistrato gode in virtù del suo ruolo, si comprende bene come quel tipo di narrazione mediatica cui si è fatto cenno subisca un vero e proprio salto di qualità²⁰.

Da quanto detto, in ogni caso, emerge una sorta di integrazione a vari livelli tra varie forme di comunicazione “allusiva”, “suggestiva”, il cui prodotto è proprio quella strategia di criminalizzazione indiretta di cui qui si discute²¹.

¹⁹ Esternazioni ribadite il 22 marzo 2017 nel corso di una audizione davanti al Comitato parlamentare di controllo sull’attuazione dell’Accordo di Schengen, di vigilanza sull’attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione. Lo ricorda A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1861.

²⁰ In argomento, A. DI MARTINO, *Strategie comunicative di indagini penali per agevolazione della migrazione irregolare. Noterelle di sociologia della comunicazione giudiziaria*, in *Dir. imm. citt.*, 2019, p. 1 ss., che mette in guardia dai rischi connessi ad un uso poco ponderato delle comunicazioni giudiziarie, dal momento che, riverberandosi la scelta comunicativa sulla stessa qualificazione giuridica dei fatti, si determina un «“circolo ermeneutico” degno di speciale attenzione critica dall’esterno».

²¹ P. MUSARÒ-P. PARMIGGIANI, *Taxi o ambulanze del mare? Politiche dell’immagine nella crisi dei migranti nel Mediterraneo*, in *Problemi dell’informazione*, 2018, p. 87 ss.

4. Il delitto di “Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare”

Come detto, la strategia di “demonizzazione”, di criminalizzazione indiretta delle attività di soccorso in mare si fonda su un preciso assunto criminologico: quello secondo cui l’implementazione delle attività SAR potrebbe paradossalmente favorire la strategia delle organizzazioni criminali impegnate nel traffico di migranti, le quali abbandonano i soggetti trasportati su imbarcazioni fatiscenti, confidando sull’intervento di salvataggio²². La tesi secondo cui la presenza nelle acque del Mediterraneo di ONG in attività di *Search and Rescue* funge da *pull factor* nei confronti dell’immigrazione clandestina e delle attività criminali ad essa collegate ha trovato (e trova) ampia risonanza nel dibattito pubblico.

Si tratta, tuttavia, di una tesi smentita da numerose indagini empiriche²³. Questi studi evidenziano come altri siano i fattori che influenzano il flusso migratorio: le condizioni strutturali dei Paesi di origine, la necessità di fuga da situazioni di disperazione e di ricerca di un futuro migliore. Il tutto facilitato, questo sì, dalla presenza di network criminali; ed è verso questi ultimi che deve essere indirizzata l’azione di contrasto.

Peraltro, anche a voler ipotizzare, per assurdo, la sussistenza di un sia pur limitato *pull effect*, questo non potrebbe giustificare, in nessun caso, il ricorso ad automatismi punitivi, attesa la possibile mancanza di anti giuridicità o di colpevolezza del soccorritore rispetto al reato di *Favoreggiamento dell’ingresso irregolare*. Né su tali valutazioni può incidere la violazione del Codice di Condotta la cui sottoscrizione è stata imposta alle ONG

²² Di «fattore di oggettiva facilitazione del traffico o, più genericamente, di attrazione verso l’Italia di un numero assai cospicuo di migranti (*pull factor*), cui si deve indirettamente l’alto numero di vittime», parla S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico alla tratta e al traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1393.

²³ E. CUSUMANO-M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: A Pull Factor of Irregular Migration? Migration Policy Centre*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Briefs*, 2019, n. 22, p. 1 ss.; C. AMENTA-P. DI BETTA-C. FERRARA, *La crisi dei migranti nel Mediterraneo centrale: le operazioni di Search and Rescue non sono un fattore di attrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2021, n. 2, p. 16 ss.; C. DEIANA-V. MAHESHRI-G. MASTROBUONI, *Migration at Sea: Unintended Consequences of Search and Rescue Operations*, 23 settembre 2020, in gla-uk/media/Media_753272_smxx.pdf.

da parte dell'Italia²⁴. Criminalizzare le attività di soccorso, produce il non certo auspicabile effetto di aumentare i pericoli per la vita dei migranti durante la traversata senza contribuire in modo significativo a ridurre le partenze irregolari²⁵.

L'importanza di fuggire da ogni sorta di automatismo punitivo, del resto, ha trovato conferma in una prassi giurisprudenziale volta ad escludere l'ineluttabile rilevanza penale di ogni ipotesi di soccorso. Al contrario, le finalità solidaristiche – se attuate entro i confini di una precisa cornice giuridica – portano ad escluderla nella stragrande maggioranza dei casi. La questione è, semmai, l'individuazione dello strumento giuridico per far valere la non punibilità del soccorritore²⁶.

A questo punto occorre fare ancora una volta un passo indietro.

Nel contesto di un clima di crescente ostilità nei confronti delle attività di soccorso e ricerca in mare si è registrato l'avvio di svariati procedimenti penali nei confronti delle ONG e dei loro equipaggi, indagati per il delitto previsto all'art. 12 t.u. immigrazione, che punisce il favoreggiamento dell'ingresso del migrante irregolare nel territorio dello stato, oltre che della permanenza e del soggiorno²⁷.

²⁴ In argomento, A. RAUTI, *Il codice di condotta per le ONG ed il controllo sul mare extraterritoriale*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 899 ss.

²⁵ E. CUSUMANO-M. VILLA, *Sea Rescue*, cit., p. 7, sottolineano come maggiore efficacia per la tutela della vita dei migranti e, nello stesso tempo, per disincentivare le partenze possono avere operazioni di pattugliamento affidate a mezzi navali governativi, sul modello dell'operazione *Mare nostrum*.

²⁶ In argomento, tra gli altri, C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare*, *Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, p. 18 ss.; L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 225 ss.; S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, n. 1, p. 134 ss.; M. FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in *Leg. pen. (web)*, 25 giugno 2018; F. PISCONTI, *Profili penalistici del soccorso in mare*, in G. LOSAPPIO (a cura di), *Popolazione migrante*, cit., p. 116 ss.; D.A. AMBROSELLI, *Dai decreti sicurezza al decreto immigrazione: spunti di riflessione sul caso Sea Watch tra diritto costituzionale e diritto internazionale*, in *Dir. pubbl. eur. – rassegna online*, 2021, n. 1 p. 219 ss.; R. FONTI-V. VALENTINI, *Il caso Sea Watch 3 e il gioco delle tre carte: una decisione che non si condivide (proprio perché si comprende)*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, 1 ss.; V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *disCrimen*, 5 agosto 2019.

²⁷ A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., p.1859 ss.

In effetti una applicazione di questa norma anche nei confronti del “soccorritore” non può essere considerata una possibilità da escludere aprioristicamente. Sarebbe non solo corretto, ma addirittura doveroso ove si dovesse raggiungere la prova che il soccorritore ha agito di concerto con il trafficante; una collusione che metterebbe in ombra le finalità umanitarie – ammesso che siano presenti – che animano il suo agire. In questi casi si può dimostrare che il soccorritore ha agito consapevolmente e deliberatamente come *longa manus* del trafficante, contribuendo a mettere in pericolo la vita dei migranti che pretenderebbe di aiutare.

È, però, al di fuori di queste ipotesi – quantitativamente piuttosto limitate – che l’applicazione della norma risulta fortemente discutibile.

Va detto, a onor del vero, che il testo dell’art. 12 commi 1 e 3 t.u. immigrazione non sembrerebbe consentire una esclusione della tipicità di condotte che agevolino, in qualsiasi modo, l’arrivo in Italia di stranieri privi di titolo per l’ingresso, anche se commesse con finalità solidaristiche. Se, infatti, il reato di favoreggiamento della permanenza dello straniero irregolarmente presente nel territorio italiano è punibile, ai sensi dell’art. 12 commi 5 e 5-*bis* t.u. immigrazione, solo se commesso con la finalità «di trarre un ingiusto profitto», per il favoreggiamento dell’ingresso la tipicità non è circoscritta da un analogo dolo specifico²⁸.

A dispetto di questa indicazione, in dottrina non si è mancato di escludere *ab origine* la tipicità del fatto. A tale conclusione, per esempio, si è giunti ritenendo che non vi sarebbe alcuna violazione della normativa italiana in materia di immigrazione, atteso che i soggetti fatti sbarcare sul suolo italiano non sono migranti, bensì naufraghi, il cui trasferimento in Italia avviene “alla luce del sole” attraverso una costante ricerca di dialogo con le autorità²⁹. Pur essendo, quindi, pacifico che i beneficiari del salvataggio non siano in possesso dei requisiti per l’ingresso regolare in territorio italiano, è innegabile che l’attività di soccorso in mare, anche se attuata da soggetti privati, non può che essere imposta e coordinata dallo Stato, in osservanza della normativa, in-

²⁸ In argomento, L. MASERA, *L’incriminazione*, cit., p. 231 ss.

²⁹ S. ZIRULIA, *Non c’è smuggling senza ingiusto profitto*, in *Dir. pen. cont.* – *Riv. trim.*, 2020, n. 3, p. 148.

ternazionale, europea e nazionale. A fronte della necessità di completare le operazioni di soccorso e di condurre i naufraghi in un *place of safety* (POS), l'esigenza del controllo sui flussi migratori non può che risultare soccombente³⁰.

Il tenore letterale della disposizione non pare però consentire tali letture restrittive. Del resto, il mancato riferimento al dolo di ingiusto profitto per il reato di *Favoreggiamento dell'ingresso* è un chiaro riflesso della scelta del legislatore di non costruire le ipotesi normative come disposizioni a tutela dei migranti irregolari, le cui vite vengono deliberatamente messe in pericolo e la cui dignità personale viene offesa da autori generalmente appartenenti ad organizzazioni criminali, che gestiscono il traffico di migranti per finalità di lucro³¹. Ciò che rileva non è la tutela *del* migrante, ma la tutela dell'ordine pubblico, della "regolarità dei flussi" *dal* migrante³². In altri termini, è la stessa identificazione dell'oggetto di tutela nel "controllo dei flussi" a far sì che le condotte solidaristiche di privati o ONG – addirittura anche quando si tratti di mettere al sicuro vite umane – siano tipiche: «perché, secondo il T.U. Immigrazione, costoro aiutano i migranti a violare le regole in materia di immigrazione e vanno puniti, allo stesso modo di chi aiuta i migranti a scopo di lucro, esponendoli a trattamenti inumani e degradanti e/o mettendone a rischio l'incolumità»³³.

Va detto che in sede giudiziaria, le diverse indagini aperte ai sensi dell'art. 12 t.u. immigrazione nei confronti di attivisti ed operatori delle ONG si sono concluse, in larga parte, con richieste di assoluzione da parte delle stesse procure.

A questo risultato si è giunti attraverso l'uso delle scriminanti.

La giurisprudenza in materia è oscillante. In caso d'immediato pericolo di naufragio, si è ritenuta applicabile la scriminante dell'art. 51 c.p., attesa la doverosità del soccorso sulla base della normativa interna e internazionale. In altre ipotesi, il fatto

³⁰ S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici*, cit., p. 138.

³¹ COSÌ, A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti*, cit., p. 64, secondo cui l'equiparazione della solidarietà al traffico di migranti rappresenterebbe una irragionevole violazione dell'art. 3 Cost.

³² F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI-F. MASTELLONI-A. SBRACCIA-E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, Torino, 2021, p. 136, p. 140.

³³ A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti*, cit., p. 64.

è stato ricondotto all'ambito di applicazione dell'art. 54 c.p. In particolare, anche allo scopo di estendere la giurisdizione italiana a fatti commessi in acque internazionali, si è configurata una sorta di reità mediata, attraverso l'applicazione del terzo comma dell'ultima disposizione citata: i soccorritori non sono punibili, in quanto hanno agito sotto la "minaccia" (*sic!*) dei trafficanti, che hanno creato la situazione di pericolo per i migranti e perciò meritano di essere puniti.

Oltre alle perplessità che questa soluzione solleva dal punto di vista dei principi e delle categorie della dommatica penalistica, bisogna evidenziarne gli effetti indiretti: l'immagine del soccorritore appartenente a una ONG quale strumento di scafisti e trafficanti contribuisce svalutarne il ruolo agli occhi dell'opinione pubblica. Ciò produce, nell'immaginario collettivo, la trasfigurazione del soccorritore in "nemico"; l'idea solidaristica – della *fraternité*, per usare il linguaggio di una recente decisione del Consiglio costituzionale francese³⁴ – cede il passo a politiche di "criminalizzazione" delle ONG (con il beneplacito di un'opinione pubblica "anestetizzata"). In questo modo si rafforza la tendenza ad attrarre anche quanti prestino soccorso o aiuto a migranti e/o rifugiati nella logica del diritto penale del nemico; logica che permea la legislazione italiana (e non solo) in materia di immigrazione, ma che, in tempi più recenti, sta contagiando anche le politiche attuate nei confronti di rifugiati e richiedenti protezione internazionale.

Una corretta applicazione delle norme interne e sovranazionali non dovrebbe cedere il passo ad alcun apriorismo punitivo.

Sole ove non ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 51 c.p., il comportamento dei soccorritori andrebbe valutato attraverso la lente dell'esimente dello "stato di necessità": applicando non già l'art. 54 comma 3 c.p., bensì il primo comma della medesima disposizione, ricomprendendo, per esempio, nella nozione di "pericolo attuale di danno grave alla persona" la situazione derivante dal mancato approdo in un porto sicuro (POS).

Discorso in parte diverso va fatto con riferimento alla legittima difesa. La scriminante è stata riconosciuta in capo ad alcuni migranti che si erano ribellati alla decisione del comandante del-

³⁴ *Conseil constitutionnel*, décision n. 2018-717/718 QPC, in *conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm*.

la nave soccorritrice (il rimorchiatore italiano *Vos Thalassa*), assunta su indicazione del centro di coordinamento marittimo italiano, di ricondurli in Libia (con conseguente esposizione al pericolo attuale di offese ingiuste per la vita e l'integrità fisica)³⁵: ciò sul presupposto che avrebbero agito per valere il far valere il «diritto al non respingimento verso un luogo non sicuro» (segnatamente per evitare la riconsegna allo Stato libico, dove sarebbero stati esposti al concreto pericolo di violenze e trattamenti inumani o degradanti)³⁶.

Più difficile sembrerebbe ipotizzare un'applicazione dell'art. 52 c.p. a favore del comandante e dell'equipaggio della nave soccorritrice. Senonché, sulla base delle argomentazioni sviluppate nella decisione da ultimo ricordata, la scriminate della legittima difesa (*rectius*, sotto forma di soccorso di necessità) potrebbe essere riconosciuta ai soccorritori che trasportino i migranti soccorsi in territorio italiano onde evitare il loro trasporto in un luogo non sicuro.

È evidente come, alla luce di tali premesse, gli spazi per una criminalizzazione dell'attività delle ONG risultano estremamente limitati.

Non è un caso che, ad oggi, in un solo caso l'ipotesi di complicità tra ONG e organizzazioni criminali ha retto al vaglio della magistratura giudicante, sia pure in fase cautelare³⁷.

Il riferimento è ad una vicenda che ha coinvolto la nave *Iuventa*, in gestione della ONG *Jugend Rettet*. Secondo la ricostruzione accusatoria, l'equipaggio di tale mezzo non avrebbe soccorso imbarcazioni alla deriva, ma avrebbe preso accordi con le organizzazioni criminali che gestiscono le partenze dal nord Africa, in modo da raccogliere da queste i migranti in fuga dalla Libia (restituendo in più occasioni ai trafficanti i natanti utilizza-

³⁵ G.i.p. Trapani, 23 maggio 2019, in *Dir. pen. cont. (web)*, 24 giugno 2019, con nota di L. MASERA, *La legittima difesa del migrante e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*. In argomento, P.M. Sabella, *Il caso Vos Thalassa: il "carosello" delle scriminanti in un apparente conflitto fra legge penale e principio di non-refoulement*, in *Giustizia insieme (web)*, 15 ottobre 2020.

³⁶ Cass., Sez. VI, 26 aprile 2022, n. 15869, in *foronews*, 27 aprile 2022.

³⁷ Il riferimento è al provvedimento del G.i.p. Trib. Trapani, 2 agosto 2017 – poi confermato in Cassazione – col quale è stato disposto il sequestro preventivo dell'imbarcazione. Sul punto, R. BARBERINI, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in *Quest. giust. (web)*, 18 settembre 2017.

ti per il trasferimento). In effetti, laddove una simile ricostruzione dei fatti dovesse trovare conferma nel giudizio di merito – al momento in corso – parrebbe difficile escludere il concorso nel reato di cui all’art. 12 commi 3 e 3-bis t.u. immigrazione; *a fortiori* se si tiene conto della tendenza giurisprudenziale a dilatare i già ampi confini della tipicità del delitto.

Tornando al tema che fa da *fil rouge* a questo contributo, poco importa che nessuno di questi procedimenti penali si sia concluso con una condanna degli imputati. Preme sottolineare come, secondo un meccanismo ben noto, il solo fatto che si avvii un procedimento penale a carico degli appartenenti ad una ONG ingenera nell’opinione pubblica una immagine (sia pure solo suggestiva) di colpevolezza, che la successiva assoluzione non è in grado di cancellare. In questo modo, le due dimensioni della criminalizzazione diretta e della criminalizzazione indiretta si toccano fino ad intrecciarsi inestricabilmente.

Emerge in ogni caso una sorta di iato tra la previsione normativa, che potrebbe prestarsi ad una criminalizzazione diretta del soccorso, e la prassi giudiziaria dalla quale risulta che tale criminalizzazione diretta non si concretizza. Ciò perché il nostro sistema penale è dotato – come si è visto – di strumenti che impediscono l’applicazione della sanzione penale.

5. (segue) La c.d. “scriminante umanitaria”

Non si può affrontare il tema delle cause di giustificazione applicabili al favoreggiamento dell’immigrazione irregolare senza spendere qualche considerazione su una causa di giustificazione che, al contrario di quelle cui si è fin qui fatto cenno, non può trovare applicazione al caso di specie per effetto di una precisa scelta del legislatore. Il riferimento è alla c.d. “scriminante umanitaria”, prevista dall’art. 12 comma 2 t.u. immigrazione, in forza di cui «Fermo restando quanto previsto dall’art. 54 c.p. non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato».

È evidente la maggiore estensione applicativa rispetto alla previsione codicistica: da un lato, non è necessario che la persona verso la quale si esercita l’attività di soccorso e l’assistenza umanitaria si trovi in una situazione di pericolo di danno grave alla persona, essendo sufficiente che lo straniero versi in una

condizione di bisogno; dall'altro, "costrizione", "necessità" e "inevitabilità altrimenti del pericolo" non rientrano tra i presupposti richiesti per l'applicazione della scriminante speciale.

Tra questi ultimi, rientra, invece, la specificazione dell'area entro la quale può essere prestato il soccorso: l'espreso riferimento al territorio "italiano" limita l'ambito di applicazione della disposizione ai casi di favoreggiamento del soggiorno e della permanenza sul territorio dello Stato, con esclusione dell'ingresso³⁸.

A onor del vero, non sono mancati tentativi di superare le strettoie del dato positivo, vuoi attraverso la prospettazione di una applicazione analogica del summenzionato requisito³⁹, vuoi valorizzando l'espressione «comunque presenti», da leggere nel senso che per la sussistenza della scriminante sarebbe sufficiente che gli stranieri si trovino in Italia, a prescindere dal modo in cui vi sono giunti (ivi compreso il caso di soccorso in mare)⁴⁰.

Quest'ultima lettura lascerebbe comunque fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 12 comma 2 t.u. immigrazione, tutte le attività che si collocano in una fase precedente l'ingresso degli stranieri irregolari in territorio italiano, ivi comprese le attività di soccorso in mare di cui qui ci si occupa.

D'altro canto, la possibilità di una estensione analogica sembra preclusa dalla constatazione che la delimitazione dell'ambito di applicazione della norma di favore è frutto di una espressa e consapevole scelta del legislatore⁴¹.

³⁸ Non a caso, nella vicenda giudiziaria che interessa l'ex sindaco di Riace Domenico Lucano, il pur ricco elenco dei capi d'imputazione compare il favoreggiamento dell'ingresso, ma non quello del soggiorno (che pure era stato contestato in fase di indagini preliminari). Si tratta, verosimilmente, di una conseguenza dell'implicito riconoscimento dell'applicabilità della "scriminante umanitaria", attese le finalità solidaristiche che – come riconosciuto anche nella sentenza di condanna – animavano l'agire dell'imputato. In argomento, G. MENTASTI, *Caso Lucano: guida alla lettura del dispositivo della sentenza di primo grado*, in *Sistema pen.*, 8 dicembre 2021; A. NATALE, *Alcune riflessioni sparse a partire dalla cd. Vicenda Lucano*, in *Quest. giust. (web)*, 18 ottobre 2021.

³⁹ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle immigrazioni illegali*, in L. DEGLI INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 88.

⁴⁰ M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, in *Quest. giust. (web)*, 19 aprile 2018.

⁴¹ S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici dell'attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, n. 1, p. 143.

Ora sulla legittimità di questa soluzione si potrebbe discutere. In effetti la normativa sovranazionale, e segnatamente la direttiva 2002/90/CE, riconosceva la possibilità per gli Stati di prevedere la scriminante umanitaria non soltanto per il favoreggiamento del soggiorno e della permanenza, ma anche per quello dell'ingresso⁴². La scelta del legislatore italiano potrebbe essere motivata sulla base della ritenuta diversità oggettiva delle due situazioni, atteso che nel primo caso si tratta di favorire soggetti comunque già presenti del territorio dello Stato (quindi in costanza di una situazione di irregolarità già in atto), mentre nel secondo si tratterebbe di favorire l'instaurarsi di ulteriori situazioni di irregolarità oltre che un aumento del numero di stranieri privi di un valido documento di soggiorno⁴³.

Si tratta di una argomentazione niente affatto invincibile, specie se si rilegge la questione alla luce di quella che è la *ratio* propria delle cause di giustificazione: il bilanciamento tra beni tra loro in conflitto. Se si mettono sui due piatti di una bilancia, da un lato, l'interesse tutelato dalla disciplina penale in materia di immigrazione, e cioè la regolare gestione amministrativa dei flussi migratori, e, dall'altro, quelli che sono gli interessi che entrano in gioco nel momento in cui si tratta di soccorrere un migrante in pericolo, ci si rende conto che non sussiste una reale possibilità di contemperamento tra questi contro interessi.

E allora un profilo sul quale sarebbe auspicabile un intervento se non da parte del legislatore, quanto meno da parte della Corte costituzionale potrebbe essere questo: estendere l'ambito di applicazione della scriminante umanitaria anche al favoreggiamento dell'ingresso. Del resto, ci sono Paesi europei dove è stata adottata questa soluzione. Si pensi per esempio alla Fin-

⁴² L'art. 1 comma 2 della direttiva stabilisce, infatti, che «Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata». Il riferimento è a «chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri».

⁴³ È questo l'argomento utilizzato dal *Conseil constitutionnel* francese nella decisione n. 2018-717/718 QPC, in conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm. Lo ricorda S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling*, cit., p. 164.

landia, alla Spagna, al Belgio⁴⁴. È vero che si richiede che il soggetto abbia agito con la esclusiva finalità umanitaria, ma è comunque un passo avanti rispetto alla situazione italiana.

Bisogna, peraltro, prendere atto che nella maggior parte degli ordinamenti europei è prevalsa la lettura restrittiva accolta dal legislatore italiano. È anche il caso della Francia, dove pure ha avuto forte risalto una pronuncia del *Conseil constitutionnel* del 2018 che ha dichiarato parzialmente illegittima la disciplina francese della scriminante umanitaria⁴⁵ per contrasto con il principio di *fraternité*; ebbene la declaratoria di illegittimità ha riguardato soltanto la non applicabilità della scriminante al caso di c.d. “trasferimenti secondari”, cioè a condotte che favorissero lo spostamento di stranieri già presenti da una parte all'altra del territorio francese⁴⁶. Quindi anche in Francia rimane la non applicabilità della scriminante al “Favoreggiamento dell'ingresso”.

⁴⁴ Sul punto, S. ZIRULIA, *Non c'è smuggling*, cit., p. 166.

⁴⁵ *Conseil constitutionnel*, décision n. 2018-717/718 QPC, cit. In argomento, U.A. GATTI, *La fraternité da valore a principio. Considerazioni sulla sentenza del Conseil constitutionnel francese del 6 luglio 2018*, in *federalismi.it*, 29 ottobre 2018; M. DAICAMPI, *Emerzione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *Casi e Questioni – DPCE on line*, 2018, n. 3; S. BENVENUTI, *Il Conseil constitutionnel cancella il délit de solidarité... o no? L'aiuto all'ingresso, al soggiorno e alla circolazione di stranieri irregolari nel territorio francese in una recente decisione del Conseil constitutionnel*, in *Quest. giust. (web)*, 7 settembre 2018; U. ZINGALES, *Il Conseil Constitutionnel “dà vita” al principio di fraternité*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 31 gennaio 2019.

⁴⁶ Sul tema ha avuto modo di pronunciarsi anche la Corte cost., 10 marzo 2022, n. 63. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 comma 3 lett. d t.u. immigrazione, limitatamente alle parole «o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti», la Corte sottolinea l'importanza di distinguere dal punto di vista criminologico, prima, e da quello delle conseguenze giuridiche, poi, i casi di traffico organizzato di migranti da quelli di favoreggiamento individuale o altruistico. Sul punto, S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema pen.*, 23 marzo 2022. Per quanto sia importante il richiamo alla cautela che dovrebbe ispirare il legislatore quando decide di comminare anni di carcere per molteplici situazioni suscettibili di essere attratte in una così estesa area di rilevanza penale, non potendo non tenere conto del carattere solidaristico e altruistico di una fetta di tali condotte, va comunque osservato come, neppure in questo caso, la Corte si spinge a riconoscere il valore esimente della finalità solidaristica.

6. La repressione “diretta” del “soccorso in mare”: dal “decreto Salvini *bis*” al “decreto Lamorgese”

La tendenza verso la criminalizzazione delle attività di soccorso ha trovato una significativa conferma nell'introduzione della nuova figura di illecito prevista dal comma 6-*bis* dell'art. 12 t.u. immigrazione, con la quale l'arsenale repressivo in materia di contrasto all'immigrazione via mare ha ricevuto una ulteriore implementazione, densa di significati anche simbolico espressivi: si prevedeva la sanzione amministrativa pecuniaria da 150.000 a 1 milione di euro, nonché la confisca obbligatoria dell'imbarcazione, preceduta da sequestro cautelare, nei confronti del capitano di una nave (escluse le imbarcazioni militari e quelle in servizio governativo), che avesse trasgredito il divieto di ingresso, transito o sosta nel mare territoriale disposto, ai sensi dell'art. 11 comma 1 *ter* del medesimo testo normativo, dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, informandolo il Presidente del Consiglio dei ministri.

Introdotta con il d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (c.d. decreto Salvini *bis*), la previsione era una chiara manifestazione della c.d. “politica dei porti chiusi”, cioè della chiara volontà politica di “chiudere le porte” a chiunque tentasse di entrare nel territorio italiano, a prescindere dalla sua condizione giuridica (migrante economico, richiedente asilo, bisognoso di protezione umanitaria, minore non accompagnato, ecc...). Una politica che ha trovato la sua espressione massima proprio nell'attribuzione al Ministro dell'interno di un inedito potere di polizia della navigazione: un vero e proprio potere “provvedimentale”, suscettibile di incidere su situazioni concrete ed estraneo alle attività di coordinamento tra autorità italiane ed europee di controllo necessarie per la gestione delle attività di soccorso in mare. Un potere, quello attribuito al Ministero dell'interno, peraltro, destinato ad interferire, fin quasi a sovrapporsi con quello che l'art. 83 c. nav. attribuisce al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti⁴⁷.

⁴⁷ In argomento A. DI MARTINO-L. RICCI, *Il delitto*, cit., 3 ss.; S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 18 giugno 2019; E. LA ROSA, *Soccorso in mare e criminalizzazione “diretta” e “indiretta” delle ONG*, in *Riv. OIDU*, suppl. al n. 1/2020, p. 365-377.

A distanza di qualche anno, la nuova Ministra dell'interno, Luciana Lamorgese, si è fatta promotrice di un provvedimento che, almeno nelle intenzioni dichiarate, avrebbe dovuto rimuovere alcune delle novità introdotte nella legislazione precedente. Il risultato è il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (conv. con mod. con legge 18 dicembre 2020, n. 173).

Ad una prima lettura, sembra evidente l'intenzione del legislatore di comunicare giuridicamente alla collettività lo sforzo politico profuso per rendere la disciplina più compatibile con le fonti costituzionali ed internazionali di riferimento, recependo anche le considerazioni critiche formulate dal Presidente della Repubblica in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto Salvini *bis*⁴⁸.

V'è da chiedersi, però, se una analisi più attenta dei contenuti dell'intervento riformatore sia in grado di confermarne la portata narrativa e simbolica appena descritta.

Certo non sembra ci si trovi di fronte a quella "abrogazione dei decreti sicurezza approvati durante il Governo Conte I", della quale pure si era ampiamente discusso nel dibattito politico precedente l'emanazione del provvedimento di cui qui si discute, quanto piuttosto (e più modestamente) in presenza di una loro parziale revisione⁴⁹.

Sarebbe quanto meno ingeneroso negare che il più recente decreto legge "Lamorgese" esprima (almeno con riferimento al tema dell'immigrazione) una inversione di tendenza.

È, però, una inversione di tendenza non priva di timidezze e di talune ambiguità: ci sono alcune significative novità, ma queste – anche a non voler loro attribuire una portata perlopiù decla-

⁴⁸ Il riferimento è a S. MATTARELLA, *Lettera ai Presidenti di Senato, Camera e Consiglio dei ministri*, 8 agosto, 2019, *quirinale.it*. Il Presidente della Repubblica aveva sottolineato come la disciplina in questione determinasse una situazione di incertezza normativa, difficilmente dirimibile, atteso che il comandante della nave era contestualmente «tenuto ad osservare la normativa internazionale» in materia, ma anche le prescrizioni di segno opposto contenute nel provvedimento di quo; una ambiguità normativa viene peraltro risolta, attraverso la «discrezionalità di un atto amministrativo» che evidentemente non può garantire la "necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti", richiesta dalla Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 112 del 2019».

⁴⁹ C. CORSI, *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Forum quad. cost.* (*forumcostituzionale.it*), 2021, n. 1.

matoria e simbolica⁵⁰ – non sembrano in grado di stravolgere completamente l'impianto preesistente.

È innegabile come il decreto Lamorgese sia intervenuto meritoriamente sulla disciplina normativa in materia di immigrazione, ripristinando condizioni minime di umanità che i precedenti decreti sicurezza avevano travolto. Peraltro, questi provvedimenti, ostacolando ogni forma di integrazione sociale e di regolarizzazione della condizione di migrante, a dispetto del loro nome, avevano contribuito a creare oggettive situazioni di crescente insicurezza. Ciò in quanto finivano con lo spingere lo straniero verso la strada non solo della illegalità, ma spesso anche della criminalità⁵¹. Per una sorta di eterogenesi dei fini, l'effetto era diametralmente opposto a quello perseguito (o quanto meno dichiarato); la qual cosa è, in fin dei conti, una conseguenza della scelta di rinunciare al governo del fenomeno migratorio per concentrarsi sulle dimensioni patologiche del medesimo⁵².

La riforma della disciplina giuridica delle operazioni di salvataggio in mare, per altro verso, si colloca in una posizione di maggiore continuità rispetto al passato. Una continuità che si avverte, innanzi tutto, nella scelta di fondo di mantenere in vita l'illecito, sia pure in forme e con modalità in parte rinnovate e con una sanzione meno draconiana. Il decreto Lamorgese interviene sì sul ricordato comma 6-*bis* dell'art. 12 t.u. immigrazione, ma con una operazione efficacemente descritta come “gattopardesca”⁵³: da un lato, ha cancellato le sanzioni amministrative ivi previste – in linea con le osservazioni formulate dal Presidente della Repubblica nella lettera indirizzata ai presidenti delle camere all'atto della promulgazione della legge di conversione del decreto Salvini *bis* (8 agosto 2019) – dall'altro, ha introdotto un nuovo illecito penale che ripropone la tipicità della norma contestualmente abrogata.

L'illecito rimane e addirittura acquista la natura di illecito penale. Al netto di una più approfondita riflessione in merito alla reale portata di questa innovazione, non c'è dubbio che dal pun-

⁵⁰ In questo senso si esprime F. VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, co. II, del d.l. n. 130/2020*, in *Forum quad. cost. (forumcostituzionale.it)*, 2021, p. 108.

⁵¹ A. CAVALIERE, *La vita dei migranti*, cit., p. 49.

⁵² F. FORZATI, *Il diritto penale*, cit., p. 12.

⁵³ F. VENTURI, *La gattopardesca riforma*, cit., p. 1 ss.

to di vista simbolico espressivo il messaggio veicolato è quello secondo cui le attività di soccorso non sono di per sé lecite, ma lo sono solo se autorizzate.

Questo dato emerge in maniera ancora più chiara se si passa ad esaminare il contenuto specifico dell'art. 1 comma 2 d.l. n. 130 del 2020⁵⁴. I tratti operativi e assiologici che più caratterizzavano il regime normativo precedentemente delineato, infatti, persistono immutati (e solo parzialmente dissimulati): ciò pure a fronte di alcune significative novità.

Il primo periodo dell'art. 1 comma 2 d.l. n. 130 del 2020 attribuisce al Ministro dell'interno un potere interdittivo sostanzialmente identico a quello di cui già disponeva ai sensi dell'art. 11 comma 1-ter t.u. immigrazione. L'adozione del provvedimento è oggi subordinata alla presenza di soli «motivi di ordine e sicurezza pubblica», mentre non è stato riproposto il riferimento al «trasporto di stranieri irregolari di cui all'art. 19, par. 2, lett. g, Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare». Vero che l'innovazione potrebbe risultare più di forma che di sostanza⁵⁵, attesa la agevole possibilità di ricondurre i provvedimenti volti ad impedire l'ingresso di stranieri irregolari soccorsi in acque internazionali entro i “nuovi” presupposti applicativi del reato. Da un punto di vista del messaggio comunicativo veicolato, occorre registrare come la nuova formulazione risulti meno univocamente orientata al contrasto delle operazioni di *search and rescue* condotte dalle ONG; resta da capire se si è di fronte all'ennesima ipocrisia del legislatore o se si tratti di un segnale da valutare comunque positivamente. Non solo: dal momento che la disposizione conferma in esordio la vigenza integrale dell'art. 83 c. nav., rimane inalterato il rischio di interferenze e sovrapposizione tra le competenze del Ministro dell'interno e quelle del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti⁵⁶.

Un carattere maggiormente innovativo presenta il secondo

⁵⁴ A. DI MARTINO-L. RICCI, *Il delitto di inosservanza*, cit., p. 5.

⁵⁵ Così S. ZIRULIA, *Il diritto penale nel “Decreto Lamorgese”*, cit., p. 569, secondo cui la medesima valenza formale (più che sostanziale) deve essere riconosciuta ad altre due novità rispetto alla disciplina previgente: il mancato riferimento all'*ingresso* delle navi nelle acque territoriali italiane e la precisazione che l'informazione al Presidente del Consiglio dei ministri deve *precedere* l'adozione del provvedimento ministeriale d'interdizione.

⁵⁶ Ampiamente sul punto, A. DI MARTINO-L. RICCI, *Il delitto di inosservanza*, cit., p. 6 ss.

periodo dell'art. 1 comma 2, che esenta dalla disciplina restrittiva e punitiva qui presa in esame le «operazioni di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e soccorso in mare, emesse in base agli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare nonché dello statuto dei rifugiati fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria».

Sembrebbe salvaguardata, a determinate condizioni, la non punibilità dei soggetti impegnati in operazioni di soccorso in mare⁵⁷.

Dal punto di vista dei soccorritori, le condizioni richieste per escludere la rilevanza penale dell'operazione di soccorso sono: a) la sua immediata comunicazione al centro di coordinamento competente e allo Stato di bandiera dell'imbarcazione che presta il soccorso; b) il suo svolgimento nel rispetto delle indicazioni date dalla competente autorità per la ricerca ed il soggiorno in mare.

Il senso della previsione è chiaro: nell'esentare da responsabilità penale il solo comandante che effettui operazioni di soccorso in mare "regolari", ribadisce il postulato secondo cui le attività umanitarie (quand'anche svolte in adempimento dei pertinenti obblighi internazionali) sono meritevoli di riconoscimento e tutela giuridica solo se "obbediscono" alle decisioni amministrative in concreto assunte dal potere sovrano dello Stato.

Ora si può condividere la lettura volta a ridimensionale la portata effettiva di questi adempimenti comunicativi ed informativi posti a carico degli operatori, atteso che, fermo restando il dovere di cooperazione alle attività di salvataggio gravante su tutti gli Stati interessati all'evento SAR – competenti e costieri – e quello dello Stato di c.d. "primo contatto" di assumerne il

⁵⁷ La natura giuridica della previsione è controversa. Secondo la *Relazione su novità normative*, a cura dell'Ufficio del massimario e del ruolo, servizio penale, 22 dicembre 2020, in *cortedicassazione.it*, si tratta di una scriminante procedurale. Secondo una diversa ricostruzione, si tratterebbe di una «disposizione funzionale ad escludere in radice la sussistenza del potere ministeriale di interdizione navale» (S. ZIRULIA, *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese"*, cit., p. 571).

coordinamento – e, quindi, ‘dare indicazioni’ – finché non subentrino le Autorità formalmente competenti, il diritto internazionale già vieta di condurre i migranti salvati dalle acque in ‘luoghi insicuri’ e, quindi, già autorizza le navi soccorritrici a sorvolare sulle ‘indicazioni’ che confliggono con quel divieto⁵⁸.

Nondimeno, la previsione perpetua l’idea secondo cui soccorrere migranti in pericolo e condurli sulla terraferma è legittimo solo nella misura in cui gli Stati vengano informati e prestino il loro consenso allo sbarco⁵⁹.

L’effetto subliminale del messaggio veicolato può essere solo in parte attutito dalla precisazione secondo cui le istruzioni impartite devono essere «emesse in base agli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare nonché dello statuto dei rifugiati fermo restando quanto previsto dal Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria».

Una precisazione che è, nello stesso tempo, pleonastica e ambigua.

È pleonastica nella misura in cui si limita a richiamare obblighi racchiusi in strumenti sovranazionali ratificati dall’Italia, in quanto tali già vincolanti: è di assoluta evidenza che qualora le indicazioni fornite non rispettassero obiettivamente le fonti sovranazionali richiamate, ne deriverebbe la loro non vincolatività, rendendo l’interdizione ministeriale illegittima e pertanto suscettibile di essere disattesa senza incorrere in responsabilità penale.

È ambigua in quanto accosta (e confonde), da una parte, fonti su cui si fondano l’obbligo di soccorso e il divieto di *refoulement* e, dall’altro, il Protocollo Addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, stipulata a Palermo il 15 novembre 2000 e resa esecutiva in Italia con legge n. 146 del 2006, che contiene l’obbligo di incriminazione del traffico di migranti.

Il riferimento al Protocollo sullo *Smuggling* di migranti, in particolare, appare quanto meno improprio, se non addirittura

⁵⁸ COSÌ, V. VALENTINI, *Soccorsi in mare e permessi di soggiorno per protezione speciale. Appunti fantagiuridici attorno all’art. 1*, in *disCrimen*, 1° dicembre 2020.

⁵⁹ S. ZIRULIA, *Il diritto penale nel “Decreto Lamorgese”*, cit., p. 571.

pericoloso, perché sembra (non si capisce bene quanto consapevolmente) prendere posizione intorno al dibattito circa la possibilità di qualificare come traffico di migranti le operazioni di soccorso in mare. In buona sostanza, dal testo della disposizione qui richiamata emerge quanto meno una suggestione circa la possibilità che l'eventuale irregolarità delle operazioni di soccorso possa riverberarsi sulla astratta integrazione della fattispecie incriminatrice mediante la quale il nostro ordinamento interno soddisfa l'obbligo di incriminazione imposto dal Protocollo in parola⁶⁰.

Certo non contribuisce a chiarire i termini della questione la coesistenza di norme incriminatrici volte a reprimere, da un lato, la tratta di esseri umani (art. 601 c.p.), e, dall'altro, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 t.u. immigrazione). Vero che, in astratto, i rapporti tra le due ipotesi dovrebbero essere nitidi, nel senso della sostanziale incompatibilità tra le stesse: ciò, se non altro, perché nell'un caso il migrante sembra chiaramente vittima di un comportamento criminale, mentre nell'altro è parte attiva di un fenomeno di illegalità. Nella realtà effettuale, però, le cose sono decisamente meno nitide e quello che le fonti sovranazionali e le normative interne tratteggiano come un netto *discrimen* si rivela, invece, una linea di demarcazione estremamente porosa. Lo conferma un recente arresto della Suprema Corte, che, nell'affermare il principio secondo cui è possibile l'assorbimento del favoreggiamento dell'immigrazione nel più grave delitto di tratta di esseri umani (art. 601 c.p.)⁶¹,

⁶⁰ A. DI MARTINO-L. RICCI, *Il delitto di inosservanza*, cit., p. 12 ss.

⁶¹ Cass., Sez. I, 13 agosto 2021, n. 31650, in *Giur. it.*, 2022, p. 203, con nota di A. CAPUTO, *Sui rapporti tra i reati di tratta di persone e di favoreggiamento delle migrazioni illegali*. In argomento, ampiamente, anche per una analisi dei precedenti orientamenti giurisprudenziali, V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione col traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 86 ss., che evidenzia l'opportunità di una visione integrata, che tenga conto tanto della tutela dei diritti umani quanto di logiche più strettamente securitarie. Sul punto, v. anche F. PARISI, *Il contrasto al traffico di esseri umani tra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1763 ss.; L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e Trafficking in persons. La disciplina italiana*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 18 novembre 2016; F. URBAN, *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2018, n. 1, p. 122 ss.; C. STOPPIONI, *Tratta, sfruttamento e "smuggling": un'ipotesi di "finium regundorum" a*

di fatto, implicitamente ammette una possibile sovrapposizione tra le due norme incriminatrici, a dispetto dell'evidente differenza di bene giuridico tutelato.

Ad ogni modo, l'effetto simbolico espressivo è una reiterazione del messaggio secondo cui le operazioni di soccorso in mare possono essere assimilate al traffico di migranti, a dispetto del dato normativo e prasseologico che – come si è detto – smentisce chiaramente questa assimilazione. Anche da questo punto di vista, la scelta operata nell'art. 1 comma 2, d.l. n. 130 del 2020 appare decisamente censurabile.

Al netto delle modifiche contenutistiche – sulle quali ci si è brevemente soffermati – la scelta di sostituire un illecito amministrativo con la previsione di un reato potrebbe essere letta come segno della volontà di inasprire il trattamento sanzionatorio nei confronti dei “soccorritori”. La stessa scelta di una collocazione sistematica “più defilata”⁶² – espressione di un certo pudore nell'ostentare la scelta compiuta – potrebbe avvalorare questa impressione.

In realtà, la soluzione adottata sembra piuttosto finalizzata a ricondurre l'eventuale applicazione della sanzione al contesto di garanzie tipico del sistema penale.

La scelta in favore del modello dell'illecito amministrativo che era stata compiuta dal decreto Salvini *bis*, infatti, non deve trarre in inganno. L'impressione, emersa fin da subito dopo l'entrata in vigore di quell'atto normativo, è che la scelta dell'illecito amministrativo fosse strumentale a sottrarre il provvedimento del Ministro dell'interno al controllo della giurisprudenza penale, che, come sé avuto modo di osservare, aveva – attraverso il meccanismo dell'applicazione delle scriminanti – dato prova di opporre una qualche resistenza ai tentativi di criminalizzazione diretta delle attività di ricerca e soccorso in mare.

Vero che la previsione di un illecito amministrativo non esclude la possibilità di un controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento adottato dal Ministro dell'interno, ma si tratta di un controllo che in qualche modo viene posterga-

partire da una recente sentenza, in *Leg. pen.*, 2019, 1, p. 1 ss. Per una proposta di diversa regolamentazione giuridico-penale dello *smuggling of migrants*, P. BRONZO-E. CANNIZZARO-E. CIMIOTTA-M.T. TRAPASSO-U. TRIULZI, *Il traffico di migranti: una proposta normativa*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3456 ss.

⁶² Il nuovo reato non è più disciplinato all'interno del testo unico dell'immigrazione, né nel codice della navigazione (che pure richiama espressamente), ma rimane nel d.l. n. 130 del 2020.

to. In questo modo si verifica l'effetto – già descritto – per cui si applica una sanzione e si produce l'effetto “mediatico” di stigmatizzazione per il destinatario; la circostanza che questa sanzione venga poi dichiarata illegittima libera sì il destinatario dal “fardello” della sua esecuzione, ma non riesce ad annullare l'effetto mediatico precedentemente prodottosi. Non solo: anche il c.d. *chilling effect* – cioè l'effetto per il quale la semplice minaccia della sanzione intimidisca le ONG distogliendole, secondo un meccanismo di autocensura, dal compiere le operazioni di soccorso – si sarebbe comunque verificato.

Senza dimenticare, infine, la tipologia della sanzione adottata: una misura a dir poco “draconiana”, tanto da attirarsi la censura del Presidente della Repubblica, che, nella citata lettera che ha accompagnato la promulgazione della legge di conversione del decreto Salvini *bis*, rilevava l'assoluta sproporzione tra la sanzione e il concreto disvalore del fatto. Addirittura, nelle versioni precedenti del provvedimento non solo questa sanzione era in sé draconiana, ma era fortemente discutibile nelle modalità di calcolo. La sanzione era infatti proporzionata al numero di stranieri di cui si favoriva l'ingresso nel territorio italiano, finendo col fissare una sorta di “taglia” sulla solidarietà.

L'art. 1 comma 2 d.l. n. 130 del 2020, a fronte di una qualificazione della disobbedienza formalmente più grave, nella sostanza sottrae all'autorità un potere sanzionatorio assai incisivo e ridimensiona l'entità della sanzione riportandola entro la cornice edittale prevista nella prima versione Salvini *bis*.

Se è vero – come detto – che l'ideologia della sicurezza tende a trasferire poteri all'esecutivo, ad «“amministrativizzare” l'intervento penale e a far assumere connotati sostanzialmente penali o para penali ad illeciti e sanzioni formalmente amministrativi»⁶³, il ritorno alla sanzione penale smaschera, almeno, un'ipocrisia punitiva e produce una inversione di tendenza rispetto alle pratiche della *crimmigration*.

Ben poca cosa, si dirà! Ma almeno un (timido) passo in una direzione più consona ai canoni del diritto penale liberale e più sensibile alle istanze di solidarietà sottese all'art. 2 Cost.

In conclusione, sembra forse un po' eccessivo descrivere le novità introdotte dal decreto Lamorgese come una «approssima-

⁶³ A. CAVALIERE, *Punire per ottenere “sicurezza”*, cit. p. 20.

tiva cosmesi del paradigma punitivo del decreto sicurezza *bis*»⁶⁴, il quale continuerebbe a persistere pressoché inalterato nei suoi tratti operativi caratterizzanti.

Nondimeno, lo slancio innovatore della riforma e l’obiettivo (almeno) dichiarato di porre fine alla conflittuale stagione dei “porti chiusi” se non completamente vanificato, ne viene fuori (quanto meno) fortemente depotenziato, perpetuando una sostanziale subalternità alla retorica della sicurezza delle istanze solidaristiche di cui sono espressione le attività di soccorso in mare svolte dalle imbarcazioni delle ONG.

Vero che dopo l’entrata in vigore di questa disposizione non si sono verificate situazioni di stallo come quelle che avevano caratterizzato la stagione dei porti chiusi e che la norma è rimasta pressoché inapplicata. Tuttavia, la persistenza nell’ordinamento di una simile previsione rappresenta un segnale di continuità col passato che – occorre ribadirlo – potrebbe (non si capisce bene quanto intenzionalmente da parte del legislatore) alimentare un certo *chilling effect* rispetto a future operazioni di soccorso⁶⁵.

7. Considerazioni conclusive

Un dato che colpisce quando ci si confronta col tema dei rapporti tra diritto penale e politiche migratorie non è tanto la sua indiscutibile accentuata dimensione politica, quanto lo sfasamento tra evoluzione normativa e dibattito pubblico.

Detto in altri termini, all’evoluzione del quadro politico e sociale, al susseguirsi di compagini governative (almeno a parole) più sensibili ai temi dell’accoglienza e dell’integrazione (ma prima ancora alle ragioni “umane” ed “umanitarie” del soccorso), non sembra corrispondere un reale mutamento delle scelte legislative di fondo.

Certo al mutare del contesto politico, cambia la narrazione intorno al fenomeno: l’attenzione mediatica e la centralità nel dibattito pubblico attribuita al tema delle attività di soccorso possono anche essere venute meno, anche per l’emergere di nuove e

⁶⁴ F. VENTURI, *La gattopardesca riforma*, cit., p. 90.

⁶⁵ L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *federalismi.it*, 2019, n. 2, p. 18 ss.

più drammatiche urgenze (la pandemia, la guerra). Questo lascerebbe ipotizzare un mutamento di approccio da parte del legislatore, laddove invece si registra una sostanziale continuità delle soluzioni di politica del diritto di volta in volta adottate.

Del resto, la criminalizzazione delle attività di “soccorso in mare” non è nata e morta con le politiche del governo giallo-verde⁶⁶. Già il c.d. decreto Minniti (d.l. 20 febbraio 2017, n. 14), frutto di una ben diversa stagione politica, aveva aperto la strada a questa tendenza: l’introduzione del codice di condotta per le ONG già sottintendeva il messaggio che queste organizzazioni non necessariamente operassero per finalità umanitarie, ma anzi si sospettava potessero agire per fini ulteriori (e meno commendevoli)⁶⁷; in questo modo si era messo in moto quel «processo di delegittimazione pubblica delle attività di soccorso portate avanti dalle ONG, che è sfociato, con il successivo governo, nella messa in atto della politica dei “porti chiusi” e nell’adozione del “decreto sicurezza-bis”»⁶⁸. Quanto si è detto a proposito del decreto Lamorgese conferma che la “musica” delle scelte normative di fondo non è cambiata (o comunque non è cambiata quanto ci sarebbe potuti o dovuti aspettare)⁶⁹.

Ma vi è di più: la conferma di *questa continuità* sta nel fatto che, a dispetto del mutamento delle stagioni politiche, il reato di immigrazione clandestina è rimasto in vigore. Ciò sebbene nel 2014 ci fosse stata una precisa delega legislativa per la sua abrogazione; una delega talmente precisa da farne ipotizzare in dottrina una sorta di carattere *self executing* sul modello di quello

⁶⁶ F. FORZATI, *Il diritto penale*, cit., p. 7 ss. Più ampiamente sulla continuità delle tendenze securitarie nell’ambito del diritto penale dell’immigrazione, ID., *La sicurezza tra diritto penale e potere punitivo*, ESI, Napoli, 2021, pp. 33 ss.

⁶⁷ Senza trascurare la sostanziale continuità delle linee di fondo della politica criminale in materia di gestione dei flussi migratori con i precedenti pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009.

⁶⁸ C. RUGGIERO, *Le linee di tendenza*, cit., p. 23.

⁶⁹ In termini ancora più critici, F. VENTURI, *La gattopardesca riforma*, cit., p. 105 s., secondo cui per segnare una reale rottura con l’impianto giuridico previgente sarebbe stato sufficiente stabilire che «la clausola di “non applicazione” della disciplina dell’art. 1 comma 2 d.l. n. 130 del 2020 valesse per tutte le operazioni di soccorso in mare di naufraghi, prescindendo da qualsiasi riferimento al rispetto delle indicazioni fornite dalle autorità pubbliche competenti».

attribuito a talune direttive europee⁷⁰. Tesi certo un po' ardita e che, condivisibilmente, non ha trovato molti sostenitori – anche in seno alla dottrina costituzionalista – ma che segnala l'anomalia di una delega rimasta inattuata dal Governo espressione della stessa maggioranza parlamentare che l'aveva formulata. Il decreto Lamorgese avrebbe potuto essere una occasione per riconsiderare l'abrogazione di quel reato e, invece, non se ne è fatto nulla.

Torna qui di grande attualità la considerazione di Stefano Rodotà secondo cui «le perversioni degli ordinamenti giuridici possono nascere in un loro riposto angolo, ma poi irresistibilmente si diffondono e contagiano l'intero sistema»⁷¹.

Questo è particolarmente vero per il paradigma del diritto penale del nemico applicato al tema del contrasto all'immigrazione irregolare.

Anche perché una delle caratteristiche del diritto penale del nemico e delle dinamiche populistiche più in generale è quella di ingenerare un meccanismo di assuefazione al progressivo sacrificio dei diritti, delle libertà e delle garanzie. Si tratta di una situazione nota come “*boiled frog syndrome*”, nella quale cittadini e operatori del diritto si trovano inesorabilmente intrappolati. All'inizio l'adozione di misure “forti” (anche se derogatorie o addirittura eccezionali) nei confronti di soggetti percepiti come “estranei” (se non come “nemici”) determina un sentimento di rassicurazione rispetto alle paure dell'uomo medio (la legislazione americana post 11 settembre – a partire dal c.d. *Patriot Act* – costituisce un esempio emblematico di queste dinamiche); al punto che si è disposti – dietro la promessa di maggiore sicurezza – a mettere in discussione secolari conquiste in termini di diritti e di garanzie. Il cittadino «accetta una restrizione delle sue libertà in nome della “sicurezza”»⁷²; col tempo, però, questa sorta di “stato di eccezione” si normalizza e a quel punto risulta estremamente difficile tornare indietro.

⁷⁰ C. SOTIS, *Punire per un fatto che la legge ha stabilito non essere più reato?*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 3 novembre 2015.

⁷¹ S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. BOVERO, (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 56. Di «perversione del diritto penale» con riferimento al “diritto penale del nemico” parla L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 799.

⁷² L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 3.

È esattamente quello che è successo con le politiche migratorie: l'ansia della sicurezza e l'illusione che potesse essere superata con un minimo sacrificio dei diritti e delle libertà dello straniero, ha finito col far accettare limitazioni sempre crescenti e col determinare una progressiva indifferenza per le sorti e le vite di milioni di disperati. Una disumanizzazione del diritto alla quale non è possibile rassegnarsi.

L'ARRIVO DEI MIGRANTI, TRA RESPINGIMENTI, “ACCOGLIENZA” E COERCIZIONE

ELENA VALENTINI

SOMMARIO: 1. Premessa: le diverse strategie di confinamento dello straniero. – 2. La fase dell'arrivo: i moventi di un'irriducibile insofferenza al rispetto della legge. – 3. L'evitamento dell'approdo. – 4. L'invisibilizzazione dell'approdo. – 5. Gli ostacoli alla presentazione della richiesta di asilo: lacune, ambiguità e ipocrisie del sistema *hotspot*. – 6. Conclusioni.

1. Premessa: le diverse strategie di confinamento dello straniero

Nel prendere la parola, è necessaria una premessa, che spieghi perché il tema introdotto dal titolo di questa relazione viene affrontato da una processualpenalista.

La ragione sta nel fatto che il diritto degli stranieri ci pone davanti a diverse forme di coercizione – volte tutte a scongiurare la dispersione fisica del migrante nella prospettiva del suo rimpatrio¹ – che, anche quando sono governate dal diritto amministrativo, ricordano da vicino istituti tipici del sistema penale e processuale penale, come l'accompagnamento coattivo e la detenzione a titolo di pena o di custodia cautelare.

Nel corso del tempo, la volontà di approntare strumenti preposti al controllo fisico dello straniero presente sul territorio nazionale – una vera e propria ossessione del legislatore italiano – ha infatti dato vita a svariate strategie.

Un primo strumento di controllo – più blando, e che dunque

¹ Rimpatrio magari ancora solo futuribile: come avviene nelle ipotesi di detenzione all'entrata, o di trattenimento riservato al richiedente protezione internazionale (cfr. quanto velocemente si dirà *infra*, in questo par.).

non chiama in causa l'art. 13 Cost. – si può cogliere nel combinato disposto di alcune regole congegnate in modo da ridurre la libertà di movimento del richiedente asilo: sia a livello sovraordinato che interno, infatti, la disciplina in materia di protezione internazionale tende a vincolare la permanenza del cosiddetto “asilante” all'interno del centro (aperto) destinato ad ospitarlo fino alla conclusione della procedura innescata dall'istanza di protezione internazionale, subordinando non solo la concessione delle condizioni materiali di accoglienza, ma anche l'esame della domanda all'effettiva residenza (e permanenza) dello straniero in tale luogo².

Benché, oltre ad esser preposto a esigenze organizzative, serva anche a sorvegliare i movimenti del richiedente asilo, questo insieme di norme non determina una vera e propria limitazione della libertà personale. Nondimeno, esso si iscrive in un disegno più ampio, contribuendo senz'altro alla diffusa percezione dello straniero come individuo da collocare in un luogo isolato e separato dalla comunità dei cittadini.

Esclusa la natura coercitiva del cosiddetto “confinamento umanitario”³, si deve dar conto delle altre strategie messe in campo dal legislatore italiano, caratterizzate – queste sì – dal ricorso a vere e proprie limitazioni della libertà personale, anche molto penetranti.

La prima – molto *in auge* all'inizio del nuovo millennio, ed ispirata alla logica del «diritto penale del nemico» – vede entrare in scena i più classici fra gli strumenti di detenzione, ossia quelli offerti dal diritto e dalla procedura penale. In particolare, il periodo compreso tra il 2002 e il 2011 è stato marcato tanto dal progressivo inasprimento della risposta sanzionatoria riservata a determinate condotte, tipiche dello straniero irregolare, quanto

² Per il caso di allontanamento ingiustificato dai centri di prima accoglienza o di accoglienza straordinaria prima di aver sostenuto il colloquio personale con la commissione territoriale, l'art. 13, d.lgs. n. 142 del 2015 prevede infatti la revoca dell'accoglienza, mentre l'art. 23-*bis* d.lgs. n. 25 del 2008 (introdotto nel 2015) contempla la possibilità di sospendere l'esame della richiesta di protezione. A cascata, da questo comportamento possono derivare anche ricadute negative sul diritto all'iscrizione anagrafica.

³ Così è stato efficacemente etichettato in dottrina il complesso di regole appena menzionato nel testo: v. G. CAMPESI, *Chiedere asilo in tempo di crisi. Accoglienza, confinamento e detenzione ai margini d'Europa*, in C. MARCHETTI-B. PINELLI (a cura di), *Confini d'Europa. Modelli di controllo e inclusioni informali*, Cortina, Milano, 2017, reperibile anche sul sito *academia.edu*, p. 1.

dall'introduzione di inedite ipotesi di reato. Se infatti il successivo e contestato varo del reato di clandestinità – con il “Pacchetto sicurezza” del 2009, che ha inserito l'art. 10-*bis* in seno al d. lgs. n. 286 del 1998 – ha assunto una valenza più che altro propagandistica (testimoniata dalla natura sostanzialmente simbolica della pena per esso prevista), è il trattamento riservato ai delitti di illecito reingresso nel territorio dello Stato (descritti dai commi 13 e seguenti dell'art. 13 t.u. immigrazione) e di inottemperanza ingiustificata all'ordine di allontanamento impartito dal questore (di cui ai commi 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 14 t.u. immigrazione) ad essere paradigmatico, poiché oggetto di una straordinaria *escalation* punitiva, realizzatasi nel biennio 2002-2004.

La storia di queste due classi di fattispecie incriminatrici⁴ – passata prima per il relativo innesto e poi per l'ipertrofico innalzamento della risposta sanzionatoria loro riservata – disvela la volontà di propiziare il potenziale confinamento in massa di buona parte degli stranieri irregolari presenti in Italia, destinati (anche se solo in astratto) al regime carcerario sostanzialmente in quanto tali. Tale volontà è stata assecondata ideando una formidabile saldatura tra diritto e procedura penale, che ha visto il suo esempio più nitido nella parabola del reato di inottemperanza dell'ordine di allontanamento impartito dal questore: la cattività detentiva dello straniero indagato e imputato per tale fattispecie (come pure per quella di cui all'art. 13 comma 13 ss. t.u. immigrazione) era infatti destinata a operare prima a titolo di arresto (obbligatorio), poi di custodia cautelare in carcere, e, infine (all'esito di un rito marcato dalle tappe forzate del giudizio direttissimo atipico obbligatorio), a titolo di pena.

Questa diabolica spirale di coercizione, ascrivibile alla logica della cosiddetta *crimmigration*⁵, è stata perseguita e alimen-

⁴ Con le loro specificazioni: v. i commi 13 e 13-*bis* dell'art. 13 t.u. immigrazione.

⁵ L'efficace neologismo – una crasi che (intuibilmente) allude al fenomeno della *criminalization of immigration law* – si deve a J. STUMPF, *The criminalization crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, p. 367 s. La letteratura in materia è molto ampia. Per gli autori italiani si segnalano, fra i numerosi, i lavori di: A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. dir.*, 2013, p. 17 s.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 101 s.; G.L. GATTA, *La pena*

tata fino al 2011, quando è intervenuta la sentenza El Dridi della Corte di giustizia dell'Unione europea: una pronuncia che, andando a colpire la comminatoria della pena detentiva per l'inottemperante all'ordine questorile di allontanamento⁶, ha posto le premesse per il sostanziale disinvestimento dalla leva penale quale mezzo elettivo per garantire il controllo fisico sulla popolazione straniera priva di titolo di soggiorno. Infatti, sebbene la sequenza coercitiva appena descritta tuttora rappresenti la risposta processuale e penale per i trasgressori al divieto di reingresso in Italia, il suo abbandono per l'inottemperante all'ordine di allontanamento ha avuto importanti e intuibili ricadute concrete, vista l'incidenza statistica di gran lunga maggiore di quest'ultima condotta rispetto a quella di chi, una volta fisicamente espulso, riesca poi clandestinamente a rientrare in Italia.

L'ultima fra le strategie preordinate al controllo fisico degli stranieri passa invece per l'allestimento di forme di detenzione regolate non dal diritto e dalla procedura penale, ma direttamente dal diritto amministrativo. Questa opzione accomuna molti ordinamenti, e, sul finire degli anni '90, è stata fatta propria anche dal legislatore italiano, per una serie di ragioni tra le quali, oltre

nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 675.

⁶ Corte giust. UE, Grande Sezione, 28 aprile 2011, Hassen El Dridi, § 59. La pronuncia si può leggere (fra l'altro) in *Dir. pen. cont. (web)*, 29 aprile 2011, con una nota di F. VIGANÒ. V. anche F. VIGANÒ-L. MASERA, *Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 4 maggio 2011; C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 904 ss.; R. BARBERINI, M. CASUCCI, *La Corte di giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14 co. 5 e la "direttiva rimpatri"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1615 ss.

Le motivazioni espresse nella pronuncia (che avrebbe potuto far leva anche sull'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dello straniero-imputato ex art. 14, comma 5-ter, t.u. immigrazione) riflettevano con ogni probabilità anche ragioni di natura "diplomatica"; così come segnalato da F. VIGANÒ-L. MASERA, *Addio art. 14*, cit., infatti, probabilmente «la Corte ha inteso evitare di enfatizzare il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali, in primis della libertà personale, dello straniero "irregolare", preferendo censurare il nostro Paese per la sua inefficienza nel conseguimento dell'obiettivo imposto dalla direttiva di allontanarlo dal territorio nazionale». In generale, sui rapporti tra la "direttiva rimpatri" e il diritto punitivo interno, v. F. SPITALERI, *Il rimpatri e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 229 ss. nonché R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, Editoriale scientifica, 2018, p. 115 ss.

alla volontà di "amministrativizzare" la libertà personale dello straniero – sottraendola ai ben più elevati *standard* garantistici imposti dal diritto e dalla procedura penale – paradossalmente si colloca anche il rifiuto (poi rinnegato nel 2009) di rendere penalmente rilevante l'ingresso illegale dello straniero nel nostro Paese.

Queste, in particolare, sono le tre possibili declinazioni del trattenimento – comunemente detto anche detenzione amministrativa – riscontrabili in svariati sistemi giuridici, e che vengono qui compendiate secondo l'ordine di introduzione nell'ordinamento giuridico italiano⁷: la detenzione in uscita (o ablativa), inaugurata con la "legge Turco Napolitano" (legge 6 marzo 1998, n. 40), disciplinata dall'art. 14 t.u. immigrazione e pensata per gli stranieri di cui sia già stata decretata l'espulsione (o il respingimento), anche se in via non ancora definitiva⁸; la detenzione riservata al richiedente protezione internazionale, introdotta per la prima volta dalla "legge Bossi-Fini" (legge 30 luglio 2002, n. 189) e oggi regolata dall'art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015, che può operare nelle more della procedura innescata da un'istanza di protezione internazionale; infine, la detenzione all'arrivo, destinata a trovare applicazione in primissima battuta, subito dopo l'arrivo del migrante sul suolo nazionale.

Negli anni, tutte e tre queste forme di detenzione hanno visto allargare il proprio perimetro applicativo, con una dinamica – coerente con la natura *in primis* simbolica dell'istituto – peraltro ardua da conciliare con lo scarso numero dei posti disponibili nei centri chiusi⁹. Tanto che, quantomeno rispetto al tratteni-

⁷ Curiosamente (ma in realtà non si tratta di un caso, risultando del tutto conforme al diverso livello di "accettabilità" di una forma di detenzione comunque preposta a colpire persone neppure indiziate di aver commesso un reato), l'ordine di introduzione di tali istituti nell'ordinamento è opposto all'ipotetico percorso coercitivo che potrebbe interessare lo straniero approdato in Italia, e che in astratto potrebbe articolarsi in questi passaggi successivi: detenzione all'arrivo (presso un *hotspot*), detenzione riservata al richiedente protezione internazionale, detenzione ablativa (o in uscita), esecutiva di una eventuale espulsione successiva al rigetto della richiesta di asilo.

⁸ Ciò è reso possibile dal fatto che, a far data dalla "legge Bossi-Fini" (legge n. 189 del 2002), il provvedimento di espulsione è immediatamente esecutivo (e dunque può eseguirsi anche ove ancora soggetto a impugnazione).

⁹ Ad oggi, e come meglio vedremo, due sono le tipologie di centri chiusi, dove si realizza una vera e propria detenzione e che si contrappongono ai centri aperti (viceversa preposti all'accoglienza, e dai quali è possibile allontanarsi):

mento in uscita, la più recente tra le novelle intervenute in materia – la “riforma Lamorgese” (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con mod. in legge 18 dicembre 2020, n. 173) – il legislatore ha ritenuto necessario introdurre criteri di priorità (ora contenuti nel nuovo comma 1.1 dell’art. 14 t.u. immigrazione) per orientare il questore di fronte alla scelta su chi “ospitare” con precedenza nei centri di preparazione al rimpatrio (C.P.R.)¹⁰.

Sebbene si tratti di istituti formalmente ascrivibili al diritto amministrativo, e sebbene la disciplina italiana non impieghi esplicitamente la parola *detenzione*, ricorrendo piuttosto all’ipocrisia del termine *trattenimento*, ci si trova dinanzi a misure restrittive della libertà personale comunque molto vicine a quelle tipiche dell’ordinamento penale¹¹. E proprio in forza di ciò, esse sono subordinate al rispetto dei principi – costituzionali e convenzionali – che governano la possibilità di esercitare sul singolo forme più o meno marcate di coercizione. L’ombrello di regole sovraordinate è infatti il medesimo con il quale tipicamente deve confrontarsi il processualpenalista: il che stimola quest’ultimo ad occuparsi di tale normativa nel suo complesso.

2. La fase dell’arrivo: i moventi di un’irriducibile insofferenza al rispetto della legge

Così spiegate le ragioni che mi hanno indotta a occuparmi di questi temi, con il mio intervento mi concentrerò sulla fase dell’arrivo, particolarmente calda e connotata da una gestione oltremodo opaca da parte della pubblica autorità.

Quanto diremo ci consentirà di constatare che, nonostante –

accanto ai centri di crisi (i cosiddetti *hotspot*, istituiti dalla “riforma Minniti”: d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con legge 13 aprile 2017, n. 46), i centri di preparazione al rimpatrio (C.P.R.), la cui attuale denominazione, voluta dalla medesima “riforma Minniti”, ha sostituito quella di «centri di identificazione ed espulsione» (C.I.E.), precedentemente introdotta con il “Pacchetto Sicurezza” del 2008 (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con mod. in legge 24 luglio 2008, n. 125) e che aveva a sua volta sostituito quella, ancora precedente, di «centri di permanenza temporanea e assistenza» (C.P.T.A.).

¹⁰ I commi 1.1 e 2-*bis* sono stati inseriti dall’art. 3 del d.l. n. 130 del 2020.

¹¹ Sulla “questione lessicale” v. fra gli altri D. LOPRIENO, “*Trattenere e punire*”. *La detenzione amministrativa dello straniero*, ESI, Napoli, 2018, 29 s., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici su questo aspetto, tutt’altro che secondario poiché rivestito di alta valenza simbolica.

con indebito ritardo e con gravi lacune – a partire dal 2017-2018 il nostro ordinamento interno si sia effettivamente dotato di una disciplina intesa a governare (nel rispetto della riserva di legge *ex art. 13 Cost.* e della base legale pretesa dall'*art. 5 Conv. e.d.u.*) la detenzione all'arrivo e le attività preposte alla gestione del migrante appena approdato sul territorio nazionale, tale fase è tuttora connotata da un eclatante scollamento tra diritto scritto e prassi, insito in tre diverse dinamiche patologiche. Comuni anche alla gestione delle frontiere esterne di altri Paesi dell'Unione europea, tali dinamiche tendono a operare "con preferenza" decrescente, e si sostanziano: innanzitutto nella propensione a ostacolare l'approdo dello straniero sul territorio italiano (ed europeo); in seconda battuta, in quella a rendere invisibile lo straniero effettivamente giunto sul territorio nazionale; in ultima battuta (e, per così dire, "in subordine"), nella tendenza ad ostacolare la presentazione di una richiesta di asilo da parte dello straniero di cui non sia stato possibile "invisibilizzare" l'ingresso.

Sullo sfondo, sono necessarie alcune consapevolezze, di cui è forse superfluo dar conto, ma che risultano comunque imprescindibili per cogliere il movente delle pratiche che si andranno velocemente a descrivere.

Innanzitutto, va tenuto ben presente che, salve eccezioni, la disciplina comunitaria subordina la possibilità stessa di presentare domanda di protezione internazionale al raggiungimento, da parte del diretto interessato, del territorio (o quantomeno di una frontiera esterna) dell'Unione europea¹².

In secondo luogo, si deve considerare quanto sia decisiva la logica del cosiddetto "sistema Dublino", che – come noto – tendenzialmente obbliga alla presa in carico della domanda d'asilo il Paese di primo approdo nel territorio dell'Unione, così esponendo gli Stati con frontiere esterne, come l'Italia, a una pressione migratoria oltremodo ardua da gestire¹³.

Infine, per comprendere il contesto complessivo è natural-

¹² In tema si veda da ultimo l'approfondita analisi di C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio sulle rotte del Mediterraneo*, ESI, Napoli, 2021, segnatamente p. 53 ss.

¹³ Si consideri inoltre che, chiudendo la rotta balcanica, la stipula dell'accordo congiunto tra l'Unione europea e la Turchia ha reso dal 2016 il Mediterraneo l'unico canale di accesso verso l'Europa.

mente cruciale anche la distinzione tra migranti economici e forzati; con una categoria, la prima, che ha subito una vera e propria metamorfosi nella narrazione collettiva, essendo stata oggetto dapprima di paternalistica benevolenza (nel periodo in cui gli stranieri erano prevalentemente vissuti e descritti come forza lavoro a basso costo funzionale alla nostra economia e da indirizzare a mestieri ormai sgraditi agli autoctoni¹⁴), e in seguito di una vera e propria stigmatizzazione, negli ultimi anni indotta anche dalla necessità di far fronte alla massa di potenziali richiedenti asilo che premono per entrare in Europa¹⁵.

In tale contesto, la progressiva chiusura (dal 2012 ad oggi) delle frontiere europee che ha seguito ed affiancato questo mutamento del discorso pubblico (con la sostanziale eliminazione dei canali di accesso legale in Italia e in Europa) ha finito per trasformare «la richiesta di protezione internazionale nell'unica possibilità, per i migranti, di accedere a uno *status* legale»¹⁶.

Tutti insieme, questi fattori hanno quindi generato, oltre all'inconfessabile tendenza a negare (in tutte le accezioni di questo verbo) l'approdo in Italia di potenziali richiedenti asilo, anche l'ulteriore propensione a forzare l'inquadramento dello straniero nella categoria "reietta" del migrante economico, così da poterne disporre ed eseguire un rapido rimpatrio.

¹⁴ Per alcune stimolanti riflessioni su questa dinamica (definita dall'autore come un «incredibile corto circuito») v. A. SBRACCIA, *Pericolosi e funzionali, gli stranieri nel pensiero socio-criminologico*, in F. CURI-F. MARTELLONI-A. SBRACCIA-E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 47.

¹⁵ Stando a una rappresentazione diffusa, lo straniero viene dunque raffigurato quale «soggetto doppiamente indesiderabile: ora in quanto percepito secondo le fattezze dello straniero-*parassita*, di quello che con sprezzo vien detto "migrante economico", competitore ontologico dei "nostri poveri", ai quali contende il lavoro, la casa, e in generale il sostegno dello Stato; ora in quanto percepito secondo le fattezze dello straniero-*nemico*, che delinque e molesta la pubblica tranquillità, indossando, a seconda dei periodi, la maschera dello spacciatore maghrebino, dello stupratore nigeriano, del rapinatore in villa rumeno, del terrorista (sempre, comunque) musulmano oltre che straniero»: così A. SPENA, *Il «gelo metallico dello Stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, n. 2, p. 450.

¹⁶ Così A. SCURBA, *Al confine dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Quest. giust.*, 2018, n. 2, p. 147.

3. L'evitamento dell'approdo

L'interesse nascosto ad eludere la disciplina in materia di asilo si traduce per prima cosa in espedienti tesi a evitare l'avvento dello straniero in Italia.

Ciò si realizza innanzitutto ricorrendo ai respingimenti: in un modo, tuttavia, spesso tutt'altro che rispettoso del dato legale.

Come noto, il respingimento identifica la risposta – che sulla carta dovrebbe essere subitanea – al tentativo di ingresso (il respingimento *immediato*, di cui al primo comma dell'art. 10 t.u. immigrazione) o all'intervenuto ingresso irregolare nel territorio dello Stato da parte del non cittadino sprovvisto dei requisiti per entrare in Italia (il respingimento *differito*, che dovrebbe realizzarsi «subito dopo» l'approdo sul suolo nazionale, o in seguito a un approdo che sia stato reso necessario da esigenze di pubblico soccorso, come tipicamente avviene dopo i salvataggi in mare: art. 10 comma 2 t.u. immigrazione).

I presupposti del respingimento – in entrambe le due diverse declinazioni – sono gli stessi dell'espulsione prefettizia volta a colpire l'ingresso e il soggiorno irregolari. Tuttavia, l'operatività dell'istituto è interamente affidata all'autorità di pubblica sicurezza, sulla carta chiamata alla massima rapidità di emissione ed esecuzione (in forma coattiva) del provvedimento¹⁷.

Senonché, al pari dell'espulsione, anche il respingimento è soggetto a limiti, puntualmente ricordati dall'art. 19 t.u. immigrazione. Semplificando all'osso, possiamo dire che i respingimenti (come le espulsioni) non possono operare nei confronti di soggetti che, ove allontanati dall'Italia (e dall'Unione europea), sarebbero esposti al rischio di trattamenti inumani o degradanti o a forme di discriminazione o persecuzione riconducibili alle fattispecie a fronte delle quali tipicamente il migrante avrebbe diritto ad accedere a una qualche forma di protezione (e dunque, in sostanza, a rimanere in Italia e nell'Unione europea).

Intuibilmente, è proprio qui che si incontra una prima forzatura del dato normativo: in particolare, con il fiorire di alcune prassi volte a scongiurare l'arrivo dello straniero sul territorio

¹⁷ Proprio per tale ragione, da sempre si riscontra la tendenza a slabbare i (pur elastici) confini cronologici del respingimento differito, il cui ambito operativo (solo tratteggiato dalla genericità di quel «subito dopo» racchiuso nell'art. 10 comma 2 t.u. immigrazione) tende a sovrapporsi con quello dell'espulsione prefettizia.

italiano ed europeo, e ciò anche nei casi (tutt'altro che remoti) in cui questi possa presentare una domanda di asilo.

Una tra queste pratiche – che ha operato in più occasioni nel 2009 – è quella dei respingimenti collettivi in alto mare (ossia in acque internazionali), e si è realizzata in attuazione di accordi bilaterali, conclusi con l'allora Governo libico presieduto da Gheddafi e finalizzati al contrasto dell'immigrazione clandestina. L'*escamotage* – lesivo tanto del diritto sovranazionale quanto di quello interno – è però stato bocciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con la nota sentenza Hirsi Jamaa contro Italia, del 2011, poiché in conflitto (fra l'altro) con l'art. 4 Prot. 4 Conv. e.d.u., che sancisce il divieto di espulsioni collettive¹⁸.

In seguito, e in particolare grazie alla stipula del noto *Memorandum* di intesa Italia-Libia nel 2017¹⁹, a questa politica si sarebbe sostituita quella dei respingimenti “per delega”, conseguenti all'istituzione di un modello di controllo delle frontiere esternalizzato, con cui l'Italia si è impegnata a fornire aiuto finanziario e tecnico alla Libia al fine di impedire le partenze, e che vede la Guardia costiera libica chiamata ad intercettare i migranti e ricondurli sulla costa africana. Quantomeno nella fase immediatamente successiva alla sua conclusione, l'accordo con il governo di Al-Sarrāj ha comportato una drastica riduzione

¹⁸ Corte e.d.u., Gr. Ch., 23 febbraio 2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia. La pronuncia scaturiva dal ricorso di ventiquattro cittadini somali ed eritrei facenti parte del gruppo di circa duecento persone che, il 6 maggio 2009, veniva intercettato da motovedette italiane all'interno della zona “SAR” (Search and Rescue) di responsabilità maltese mentre, su tre imbarcazioni, tentava di raggiungere via mare l'Italia. Tali persone venivano trasferite a bordo delle navi italiane e riportate in Libia, da dove erano partite, in conformità con gli accordi bilaterali fra Italia e Libia, senza essere state previamente identificate e informate circa la loro reale destinazione.

La questione pregiudiziale dell'extraterritorialità avanzata dal Governo italiano davanti alla Corte europea è stata respinta sul presupposto che la giurisdizione (della Corte medesima) viene in rilievo *ex se* all'interno del territorio dello Stato, ove il potere coercitivo è esercitato *naturaliter*, ma ben può sussistere in tutti quei casi in cui un singolo agisca in nome dello Stato ma al di fuori del suo territorio (come è avvenuto, appunto, con i respingimenti in alto mare, quando navi militari italiane hanno imbarcato i naufraghi in acque internazionali per riportarli direttamente il Libia).

¹⁹ *Memorandum* d'intesa sulla «Cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento delle sicurezza delle frontiere», 2 febbraio 2017 (disponibile all'indirizzo governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf).

degli arrivi provenienti in Italia via mare²⁰; e ciò dunque ricorrendo a un espediente volto a schivare gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nondimeno, e confidando nel riconoscimento della giurisdizione dell'organo di giustizia sovranazionale, anche la pratica dei "respingimenti per delega" è stata sottoposta all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo, con un ricorso – "S.S. contro Italia" – tuttora in attesa di definizione²¹.

4. L'invisibilizzazione dell'approdo

Se i respingimenti in acque internazionali o "per delega" puntano a scongiurare l'approdo degli stranieri sul suolo italiano (ed europeo), altre pratiche si concentrano invece sul passaggio immediatamente successivo. È il caso di quelli che potremmo chiamare "respingimenti invisibili": respingimenti di persone che, pur avendo messo piede in Italia, non vengono formalmente registrate come tali, sempre allo scopo di non attivare le garanzie e le tutele conseguenti al loro ingresso. In tali ipotesi, l'invisibilizzazione dello straniero passa anche per l'uso della forza esercitata direttamente dall'autorità di pubblica sicurezza italiana, ancorché in modo sottaciuto e clandestino.

È bene tener presente che i "respingimenti invisibili" possono operare non soltanto verso l'esterno, ma anche in corrispondenza dei confini interni, che dividono tra loro diversi Stati membri dell'Unione europea: è il caso dei respingimenti informali che abitualmente si verificano alla frontiera tra il nostro Paese e la Slovenia. Questa prassi consente appunto di rendere invisibile lo straniero, che, prelevato in territorio italiano, viene ricondotto a forza oltre confine senza che tale attività venga minimamente documentata. Una simile pratica elude due volte la legge: non solo infatti il singolo non si vede fisicamente conse-

²⁰ Per approfondimenti sul punto si veda, fra gli altri, G. CRESCINI GIULIA-A. PASQUERO-C.L. CECCHINI-S. FACHILE, *L'attività delle organizzazioni internazionali in Libia e le problematiche ripercussioni sull'esternalizzazione del diritto di asilo*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 1, p. 178 ss.

²¹ Per un'analisi ragionata del ricorso pendente a Strasburgo, v. A. FAZZINI, *Il caso "S.S. and Others v. Italy" nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, f. 2, p. 87 ss.

gnare il decreto di respingimento differito, ma nei suoi confronti non viene neppure emesso un decreto di accompagnamento coattivo; un provvedimento, quest'ultimo, che a sua volta, dopo le innovazioni introdotte all'art. 10 t.u. immigrazione dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (conv. con mod. dalla legge. 1° dicembre 2018, n. 132) non solo deve essere emesso, ma andrebbe anche necessariamente sottoposto alla convalida del giudice di pace.

Anche questo espediente ci pone dinanzi all'importanza del lessico, ove si consideri che, sollecitato a rispondere in proposito, pur "confessando" il ricorso a tali pratiche, nell'agosto del 2020 il Viminale ha smentito possa parlarsi di respingimenti illegali, preferendo menzionare «procedure informali di riammissione», operanti «per prassi consolidata» sulla scorta di un accordo di riammissione Italia-Slovenia siglato nel 1996 (otto anni prima dell'entrata del Paese balcanico nell'Unione europea e dunque quando il confine italo-sloveno segnava ancora una frontiera esterna dell'Unione). Sempre stando a questo chiarimento del Ministero, tali «procedure di riammissione» non comporterebbero «la redazione di un provvedimento formale», potendo essere applicate «anche qualora sia manifestata [da parte dei migranti] l'intenzione di richiedere protezione internazionale»²².

Parlando di riammissione (da parte della Slovenia), la tesi del Ministero dell'interno abilmente pone l'accento su un'attività speculare a quella caratteristica del respingimento. Sennonché, la slovena è solo la prima di una vera e propria catena di "riammissioni informali", essendo seguita da quella in Croazia e, dopo, da quella in Bosnia: riammissioni, tutte, finalizzate

²² Si tratta della risposta data dal Ministero degli interni (nella persona di Achille Variati, Sottosegretario di Stato per l'interno) all'interrogazione parlamentare presentata (dal deputato Riccardo Magi) in ordine alle prassi seguite in attuazione dell'accordo bilaterale di riammissione sottoscritto con la Slovenia nel 1996 e mai ratificato dal Parlamento italiano; risposta nella quale, a giustificazione di tale prassi, si può leggere, oltre a quanto brevemente riassunto nel testo, anche che «il principio della unicità della domanda di asilo e della certezza del suo esame è garantito allo straniero richiedente asilo all'interno dell'Unione europea, a prescindere dallo Stato individuato quale competente ad esaminare la domanda. Conseguentemente, nessuna violazione del diritto di asilo può configurarsi in una procedura di riammissione nel territorio sloveno, anche tenendo conto che non può essere consentito allo straniero, pur bisogno di protezione e aiuto, di scegliere il Paese in cui essere eventualmente accolto». V. il Resoconto stenografico dell'Assemblea - Seduta n. 379 di venerdì 24 luglio 2020, consultabile sul sito istituzionale della Camera dei Deputati.

non ad accogliere, quanto piuttosto ad allontanare lo straniero indesiderato dal proprio Paese e dal territorio dell'Unione. Infatti, alla riammissione in Bosnia consegue quasi sempre l'allontanamento coattivo dall'Europa (per di più con modalità spesso violente).

È dunque sulla scorta di tale dato di fatto se nel gennaio 2021, a fronte di una nuova interrogazione parlamentare, i contenuti di quella precedente risposta sono stati smentiti dal Ministro Lamorgese, che ha negato l'operatività di una tale prassi nei confronti dei richiedenti asilo²³. Tuttavia, al di là delle parole, numerose sono le testimonianze circa la persistente vitalità di tali azioni, spesso esercitate anche ai danni di potenziali richiedenti asilo giunti in Italia dopo aver percorso la rotta balcanica.

La ragione per cui il decreto di respingimento non viene redatto è chiara: evitare che l'operazione possa essere sottoposta a sindacato giudiziale; al contempo, rendere molto difficile la prova, da parte del migrante, di aver messo piede in Italia (e più in generale nell'Unione europea), con tutte le conseguenze che ne derivano²⁴. Una difficoltà probatoria, questa, attestata anche da una nota vicenda approdata alla cognizione del Tribunale di Roma, e riguardante un cittadino pakistano (M.Z.), richiedente asilo che nel luglio del 2020 dall'Italia era stato "riammesso" in Slovenia, poi in Croazia e quindi in Bosnia: dopo aver accolto il ricorso urgente presentato da M.Z., ordinando alle amministrazioni competenti di permetterne l'ingresso nel territorio nazionale così da garantirgli la possibilità di avanzare richiesta d'asilo in Italia²⁵, in seconda battuta il Tribunale di Roma ha infatti accol-

²³ V. il Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 450 di mercoledì 13 gennaio 2021, disponibile sul sito della Camera, in cui si può leggere la risposta del Ministro degli interni agli interroganti Palazzotto e Fornaro, ove fra l'altro si può leggere questo passaggio: «la Slovenia aderisce alla Convenzione di Ginevra, [...] e, inoltre, la stessa Slovenia, come la Croazia, sono considerati Paesi sicuri sul piano del rispetto dei diritti umani e delle Convenzioni internazionali. Pertanto, le procedure di riammissione riguardano uno Stato europeo, la Slovenia, nel quale vigono normative internazionali europee analoghe a quelle che vigono nel nostro Paese».

²⁴ Come già segnalato, il ruolo cruciale dell'approdo sul territorio nazionale discende dall'assenza (salve alcune eccezioni) del riconoscimento della possibilità di presentare richiesta di protezione internazionale senza trovarsi sul territorio dello Stato membro dell'Unione europea, o quantomeno alla sua frontiera.

²⁵ Trib. Roma, Sez. Diritti della persona e immigrazione, ord. 18 gennaio

to anche il reclamo proposto dal Ministero dell'Interno avverso tale prima ordinanza cautelare, ritenendo che il signor M.Z. non avesse fornito la prova di essere entrato nel nostro Paese e di aver precedentemente subito un respingimento informale verso la Slovenia²⁶.

Sempre allo scopo di invisibilizzare l'arrivo del migrante "indesiderato", deve poi registrarsi una prassi diversa, ma parimenti *contra legem*, ossia quella del trattenimento di fatto che si realizza nelle camere di sicurezza delle sale transito di porti e aeroporti (in specie internazionali, come quelli di Malpensa e Fiumicino): una forma di detenzione *extra ordinem*, funzionale al rimpatrio immediato dello straniero, che spesso si protrae anche per svariati giorni in attesa che il vettore riconduca lo straniero nel Paese da cui era partito²⁷.

Riflettendoci, queste pratiche realizzano un vero e proprio slittamento in ordine al concreto *modus operandi* di istituti caratterizzati da un ambito applicativo limitrofo e successivo: così come il respingimento differito opera sovente a distanza di giorni (talora anche di settimane) dall'avvenuto ingresso dello straniero sul territorio nazionale (con una chiara sovrapposizione rispetto allo spazio riservato all'espulsione²⁸), altrettanto spesso

2021, reperibile in *asgi.it*, che ha riscontrato l'illegittimità della procedura di riammissione attuata al confine orientale italiano sulla base dell'accordo siglato tra Italia e Slovenia nel 1996, mai ratificato dal Parlamento italiano. Oltre a violare le norme internazionali, europee e interne che regolano l'accesso alla procedura di asilo, tale pratica è eseguita senza la consegna agli interessati di alcun provvedimento e senza alcun esame delle situazioni individuali, dunque con chiara lesione del diritto di difesa e del diritto alla presentazione di un ricorso effettivo. Sempre secondo questo provvedimento, essa si realizza grazie a un trattenimento esperito senza alcun ordine dell'autorità giudiziaria e, non da ultimo, è in palese contrasto con l'obbligo di *non refoulement*.

In diretta applicazione dell'art. 10 comma 3 Cost., il tribunale ha dunque riconosciuto il diritto del ricorrente a fare immediato ingresso in Italia per presentare istanza di protezione internazionale, accesso che gli era appunto stato impedito dal comportamento illecito delle autorità italiane.

²⁶ Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione, ord. 3 maggio 2021, che si può leggere in *asgi.it*.

²⁷ In tema si segnala l'importante lavoro empirico e di documentazione svolto dai partecipanti al progetto *In limine*, curato da Asgi. In tema v., fra gli altri, A. MASSIMI-A. AMMIRATI, *Zone di transito internazionali degli aeroporti: zone grigie del diritto*, in *Quest. giust. (web)*, 9 dicembre 2019, nonché R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *Dir. imm. citt.*, 2019, n. 3, p. 47 ss.

²⁸ Come già segnalato *retro* (nota 17), ciò è reso possibile dalla vaghezza delle espressioni adoperate dall'art. 10 comma 2 t.u. immigrazione, che ha pro-

si qualifica come immediato un respingimento che non può operare istantaneamente, ma che richiede comunque un tempo "tecnico" (solo nella migliore delle ipotesi di alcune ore) per organizzare la ripartenza del soggetto, con una detenzione *de facto* destinata ad aver luogo, appunto, nelle cosiddette zone di transito.

Ciò implica una manifesta sfasatura tra legge e realtà, col ricorso a una *fictio iuris* (il mancato ingresso dello straniero nel Paese) tradita dal dato empirico, che vede la limitazione della libertà del migrante nelle zone di confine e che potrebbe astrattamente reggersi – ma in modo molto poco persuasivo e decisamente antigarantistico – solo assegnando ai luoghi di frontiera una extraterritorialità che li renda esenti dalla necessaria applicazione del diritto (tanto nazionale quanto sovranazionale)²⁹.

Al pari dell'accompagnamento coattivo con cui si dà esecuzione ai respingimenti invisibili al confine con la Slovenia, anche tale restrizione è del tutto sfornita di idonea base giuridica, non essendo prevista da alcuna disposizione legislativa. E anche in questo caso, la legittimità della detenzione non è sottoposta al vaglio dell'autorità giudiziaria, che sarebbe doveroso ai sensi tanto dell'art. 13 Cost. quanto dell'art. 5 Conv. e.d.u.

5. Gli ostacoli alla presentazione della richiesta di asilo: lacune, ambiguità e ipocrisie del sistema *hotspot*

Finora abbiamo passato in rassegna alcune prassi preordinate a non far arrivare lo straniero sul territorio nazionale (respingimenti in alto mare e "per delega") o a renderne invisibile l'arrivo, anche grazie all'esercizio *extra ordinem* di limitazioni della

piziato un impiego molto largheggiante dell'istituto, in contrasto con lo spirito della norma: v. l'ancora attuale analisi svolta da A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento "differito" intempestivo tra tutela della libertà personale e legittimità amministrativa*, in *Giur. merito*, 2012, p. 1141.

²⁹ Questa ricostruzione è stata sconfessata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sin dalla nota sentenza 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, che ha altresì ridimensionato anche l'altra impostazione teorica ipoteticamente atta a legittimare tale *modus operandi*, insita nell'adesione alla metafora della "prigione a tre pareti": stando alla Corte, la possibilità di lasciare volontariamente il territorio dello Stato (possibilità che identificerebbe appunto la "parete mancante") va infatti valutata non in astratto, ma in concreto, dovendo dunque essere esclusa ogniqualvolta il migrante, respinto, debba far rientro in Paesi dove i suoi diritti fondamentali sarebbero violati.

libertà personale (accompagnamento coattivo oltre la frontiera terrestre e detenzione nelle sale di transito, operati in via di fatto).

Altre azioni sono invece intese a ostacolare la presentazione della richiesta di protezione internazionale da parte dello straniero che non solo sia fisicamente giunto in Italia, ma di cui risulti anche *registrato* l'ingresso. Esse chiamano in causa la forma più nota di limitazione della libertà personale dei migranti in arrivo, che si realizza con il confinamento negli *hotspot* («punti di crisi»).

In proposito, va detto che per lungo tempo la detenzione all'arrivo non è stata disciplinata dalla legge. Come già premesso in esordio, pur individuando la prima forma di trattenimento idonea ad attingere lo straniero arrivato in Italia senza un valido titolo di ingresso, curiosamente essa è stata normata per via legale solo da pochi anni, in particolare grazie all'innesto dell'art. 10 *ter* nel Testo unico ad opera della “riforma Minniti”³⁰. Nondimeno, la pulsione della prassi a creare luoghi di confinamento ulteriori rispetto agli odierni C.P.R. ha dato vita a un'ipotesi di detenzione *extra ordinem*³¹, che ha preso piede e ha “lavorato” per lungo tempo prima di essere regolamentata (in modo peraltro parziale e deficitario, come subito si dirà) nella prospettiva di rispettare la riserva di legge.

L'emblema di tale prassi poteva essere individuato nel Centro di primo soccorso e assistenza (C.P.S.A.) di Lampedusa: un centro formalmente aperto, deputato al primo soccorso di migranti, che tuttavia per molti anni è stato gestito come se fosse un centro chiuso.

Come noto, il “modello” Lampedusa è stato sottoposto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, con la sen-

³⁰ V. art. 17, comma 1, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con mod. con legge 13 aprile 2017, n. 46.

³¹ L'efficace espressione è impiegata tra gli altri da L. MASERA (in *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in A.A.V.V., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Giappichelli, Torino, 2013, 90). Essa ben si presta a descrivere anche le limitazioni della libertà personale dei migranti verificatesi nelle note e avvilenti vicende (si pensi ad esempio ai casi “Diciotti” o “Gregoretti”) marcate da lunghe attese in mare in vista dell'autorizzazione all'approdo a terra di numerose navi impegnate in operazioni di soccorso (per approfondire questo aspetto v. fra gli altri F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, n. 3, p. 428 ss.).

tenza della Grande camera resa nel caso *Khlaifia* contro Italia del dicembre 2016, ha bocciato il relativo *modus operandi* perché in contrasto con l'art. 5 Conv. e.d.u. Segnatamente: per carenza di base legale; per l'assenza di un'ideale informazione circa i motivi della detenzione e per l'impossibilità di contestare la legittimità della misura privativa della libertà davanti a un giudice; e anche perché i ricorrenti non avevano potuto godere delle garanzie dell'*habeas corpus* applicabili al trattenimento (ossia la convalida giudiziale, in allora prevista solo per la detenzione amministrativa in uscita all'interno dei C.I.E.)³².

Questa importante pronuncia – che ha dunque appurato la violazione dei § 1, 2 e 4 dell'art. 5 Conv. e.d.u., a cui va aggiunta anche quella dell'art. 13, in relazione all'art. 3 – ha peraltro ridimensionato la storica portata di quanto già stabilito dalla Seconda sezione il 1 settembre 2015, con la decisione resa all'esito del primo grado di giudizio sul medesimo ricorso: decisione che aveva dichiarato anche una trasgressione del divieto di espulsioni collettive sancito dall'art. 4 Prot. 4 Conv. e.d.u.³³.

La pervicace inerzia dell'Italia nel predisporre una disciplina idonea a regolare la fase dell'approdo e la detenzione "in entrata" si spiega ponendo mente alla prassi, assai frequente in quegli anni, di non registrare tutti i nuovi giunti nel Paese: stranieri che, ancora una volta, venivano dunque resi invisibili, ancorché non nella prospettiva di escluderli dal territorio dell'Unione europea quanto in quella – opposta ma parimenti funzionale all'interesse italiano – di lasciar loro intraprendere clandestinamente l'agognato viaggio verso il Nord Europa. Tale prassi ha operato in particolare nei momenti di forte tensione migratoria, toccando il suo apice durante la cosiddetta "crisi dei rifugiati".

³² Corte e.d.u., Gr. Ch., 15 dicembre 2016, *Khlaifia* c. Italia. Tra i numerosi commenti alla pronuncia v. quello di F. CANCELLARO, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Quest. giust. (web)*, 11 gennaio 2017.

³³ L'art. 4 Prot. 4 Conv. e.d.u. vieta le espulsioni collettive, ed è a sua volta funzionale al rispetto del principio di *non refoulement*, ovvero del divieto di respingere qualcuno in uno Stato in cui la sua vita possa essere in pericolo o dove possa subire trattamenti inumani e degradanti.

Sulla decisione resa dalla Seconda sezione della Conv. e.d.u. si veda fra gli altri il commento di M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, n. 3-4, p. 50.

La carenza di una regolamentazione legale atta a normare le operazioni da svolgersi subito dopo lo sbarco è stata a lungo servente a una clamorosa politica di *laisser passer*, più volte censurata dall'Unione europea, tesa ad aggirare il "sistema Dublino" anche in risposta all'inottemperanza degli altri Stati membri agli impegni assunti circa la *relocation* dei richiedenti asilo³⁴. Infatti, le ragioni di questo temporeggiare sono tanto intuitive quanto sottaciute (né dichiarabili): per evitare di certificare di essere lo Stato di primo approdo nel territorio dell'Unione (informazione che fa scattare la "regola Dublino"), per anni l'Italia ha evitato di censire in modo puntuale tutti gli stranieri in arrivo, così assecondando la loro dispersione sul territorio nella prospettiva di lasciar loro abbandonare il Paese attraverso le frontiere settentrionali (espediente, questo, agevolato dalla sostanziale convergenza tra l'interesse del migrante e quello dell'apparato).

Chiaro come, in questa ambiguità di fondo, l'opacità normativa abbia giocato un suo ruolo, avendo reso più facile sfuggire agli obblighi scaturenti dal regolamento Eurodac, che impone alle autorità dello Stato membro di procedere alla identificazione degli stranieri intercettati sul territorio nazionale³⁵.

L'intervento del legislatore, quando è finalmente arrivato, si è rivelato difettoso e parziale, oltre che foriero di una disciplina inutilmente intricata. Nell'ottica di ottemperare all'Agenda europea delle migrazioni del 2015, che ha per la prima volta menzionato e descritto il metodo *hotspot*³⁶, la "riforma Minniti" del 2017 ha infatti introdotto l'art. 10 *ter* nel t.u. immigrazione, sta-

³⁴ Di politica del "lascia-passare" parla la Commissione europea nella comunicazione COM(2016) 120 final, 4 marzo 2016, *Ritorno a Schengen* – Tabella di marcia.

³⁵ Il reg. Eurodac (n. 603 del 2013) prevede un sistema informatico che gestisce una banca dati europea per il confronto delle impronte digitali dei richiedenti asilo e delle persone che hanno attraversato in maniera irregolare una frontiera esterna dell'Unione; esso è dunque funzionale all'applicazione del regolamento di Dublino III (n. 604 del 2013), poiché consente di determinare quale Paese è competente ad esaminare una richiesta d'asilo.

³⁶ *Agenda europea per la migrazione*, Commissione europea, Bruxelles, 13 maggio 2015, COM (2015) 240 final. Per la descrizione dell'origine di questo modello operativo, idealmente teso a instaurare un presidio centralizzato delle frontiere esterne dell'Unione ad opera dell'istituenda guardia di frontiera europea, v. G. CAMPESI, *Sicurezza, democrazia e diritti. A proposito della nuova Guardia costiera e di frontiera europea*, in *Studi quest. crim.*, 2016, n. 3, p. 12.

bilendo la necessità di condurre gli stranieri soccorsi in mare o comunque fermati sul territorio nazionale in appositi «centri di crisi». Tuttavia, tali luoghi sono stati identificati attraverso un rinvio normativo a tipologie di centri – quelli menzionati dalla “legge Puglia” del 1995 e gli Hubs regionali di cui al d. lgs. n. 142 del 2015 – qualificabili come centri aperti e non chiusi³⁷: un’opzione, questa, criticata da tutti i commentatori dell’art. 10-ter t.u. immigrazione, la cui introduzione non ha affatto consentito di superare il difetto di base legale già denunciato dalla Corte europea con la sentenza Khlaifia³⁸.

Nel suo complesso, la situazione normativa non è migliorata neppure con la “riforma Salvini” (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132), che, pur essendo intervenuta sulla disciplina della detenzione all’arrivo, lo ha fatto in modo tutt’altro che chiaro, se non negli intenti (indubbiamente volti a potenziare il ricorso al trattenimento). In particolare, all’esito di un’interpolazione operata non direttamente sull’art. 10-ter t.u. immigrazione ma sull’art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015, è oggi possibile riscontrare due diverse ipotesi di detenzione all’arrivo specificamente regolate dalla legge: il trattenimento nel C.P.R. disposto ai sensi dell’art. 10-ter comma 3 t.u. immigrazione, per il caso in cui lo straniero rifiuti reiteratamente di sottoporsi ai rilievi foto-dattiloscopici (e la cui durata massima è fissata in trenta giorni); il trattenimento dei richiedenti asilo nel centro di crisi, che, a seguito dell’innesto del comma 3-bis nell’art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015, può essere disposto al fine di «determinarne o verificarne l’identità o la cittadinanza». Un’ipotesi di detenzione amministrativa, quest’ultima, che fa discendere la possibile restrizione della libertà personale dal mero fatto che il migrante non rechi con sé i propri documenti (situazione in cui facilmente si trovano le persone costrette a fuggire dal proprio Paese), e che è destinata a realizzarsi per i primi tren-

³⁷ Per la distinzione tra centri aperti e chiusi v. *supra*, nota 9.

³⁸ Il dato è segnalato anche dalla dottrina processualpenalistica, tra cui F. CASSIBBA, *Il “trattenimento” del migrante irregolare nei «punti di crisi» ex art. 10-ter d.lgs n. 286 del 1998 nel prisma della convenzione europea*, in *Quest. giust. (web)*, 24 luglio 2017, p. 1 ss., e L. SCOMPARIN, *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali: Governo e Parlamento alla ricerca dell’efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Leg. pen. (web)*, 17 luglio 2017, p. 4.

ta giorni all'interno degli *hotspot*, per poi eventualmente protrarsi, all'interno dei C.P.R., per un periodo massimo di novanta giorni (prorogabili per altri trenta giorni ove lo straniero sia cittadino di un Paese con cui l'Italia abbia sottoscritto accordi in materia di rimpatri)³⁹.

Senonché, oltre ad essere farragginosa e di ardua lettura, la disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 10-ter t.u. immigrazione e 6 d. lgs. n. 142 del 2015 si presenta anche incompleta, non essendo idonea a coprire anche alla terza – e di ben più significativo impatto pratico – forma di trattenimento: quella che in tali luoghi continua a svolgersi in concreto, nella sostanza perpetuando quanto già censurato dalla Corte europea con la sentenza *Khlaifia*.

Infatti, pur prescrivendo (all'art. 10-ter t.u. immigrazione) la conduzione all'interno degli *hotspot* dello straniero «rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare», il legislatore seguita a non regolare la detenzione che ancora adesso empiricamente attinge coloro che non abbiano ancora presentato (neppure in forma embrionale) istanza di asilo: la prescrizione di accompagnamento nei centri di crisi (preposto ad esigenze di pubblico soccorso oltre che funzionale alle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico) non si associa infatti ad alcuna correlativa disciplina del trattenimento, che però tuttora si svolge per giorni e talvolta anche per settimane⁴⁰.

³⁹ I dubbi sulla tenuta della nuova disciplina con i principi sovraordinati sono stati denunciati sin da subito: v. il *Parere del garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018* n. 113, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*, 15 ottobre 2018, p. 5 e p. 8.

⁴⁰ Che il trattenimento “informale” nell'*hotspot* (e dunque quello non riconducibile all'art. 10-ter comma 3 t.u. immigrazione o all'art. 6 comma 3-bis d. lgs. n. 142 del 2015) sia del tutto sguarnito di base legale emerge anche considerando l'impossibilità di evocare l'operatività di altri istituti, quale *in primis* l'art. 11, d.l. 21 marzo 1978, n. 59, che regolamenta il fermo a fini identificativi di chiunque si rifiuti di rilasciare le proprie generalità. Sebbene quest'ultima disposizione possa apparire come quella più idonea allo scopo – accordando alla polizia il potere di «accompagnare nei propri uffici chiunque, richiestone, rifiuta di dichiarare le proprie generalità ed ivi trattenerlo per il tempo strettamente necessario al solo fine dell'identificazione» – il fatto che essa circoscriva la durata del fermo a fini identificativi entro le ventiquattro ore massime mal si presta a legittimare il *modus operandi* caratteristico dell'approccio *hot-*

Ciò fa sì che, anche oggi, la limitazione della libertà personale dei migranti all'interno degli *hotspot* continui nella maggior parte dei casi a risultare priva di base legale (e dunque non rispettosa della doppia riserva di legge *ex art. 13 comma 2 Cost.*⁴¹), a operare in assenza di un formale provvedimento applicativo e (di conseguenza) senza neppure la necessaria convalida giurisdizionale; nonché, naturalmente, senza la previsione di un termine di durata massima. Infatti, se la materiale conduzione dei nuovi arrivati (indipendentemente dalla loro qualificazione, quali richiedenti asilo o migranti economici) è espressamente prevista in termini generali dall'art. 10-ter comma 1 t.u. immigrazione, il trattenimento che – stando alla legge – può trovare applicazione all'interno dei centri di crisi è solo quello regolato dai commi 3 del medesimo art. 10-ter t.u. immigrazione e 3-bis dell'art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015.

Tuttora, dunque, permane uno scollamento tra *law in the books* e *law in action*, visto che, all'atto pratico, la detenzione nei centri di crisi – che sulla carta dovrebbe riguardare i soli stranieri riluttanti a farsi identificare (art. 10-ter comma 3 t.u. immigrazione) e i soli richiedenti asilo di cui non sia stato possibile determinare o verificare l'identità o la cittadinanza (art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015) – opera in modo ben più indiscriminato, andando a colpire anche coloro che non rientrano nelle due categorie espressamente menzionate dalla legge, e dunque anche gli stranieri che, pur non avendo ancora manifestato la volontà di presentare istanza di asilo, non si siano opposti alla propria identificazione.

Non solo: ad oggi (e dunque a distanza di più di tre anni dall'innesto del comma 3-bis nell'art. 6 del "decreto accoglienza"), non risulta siano mai stati adottati decreti di trattenimento a fini identificativi disposti nei confronti di richiedenti asilo; il che denota l'insofferenza dell'apparato verso l'applicazione di un istituto che, per quanto criticabile, quantomeno imporrebbe di procedere a una doverosa convalida⁴².

spot, che necessita di tempi più lunghi (così come del resto previsto dal reg. Eurodac, che obbliga a trasmettere al sistema informatico comune le impronte digitali entro 72 ore).

⁴¹ Una carenza che investe innanzitutto i modi del trattenimento (che andrebbero normati con fonti di rango legale): v. in tal senso C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti*, cit., p. 257.

⁴² V. in tal senso S. FACHILE-A. MASSIMI-L. LEO, *Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo*, in *Quest. giust. (web)*, 3 novembre

Sulla scorta di ciò, l'*hotspot* diventa una sorta di limbo giuridico, caratterizzato da mancanza di informazione e di accesso alla difesa: una situazione, che normalizza le prassi preesistenti al “decreto Minniti” del 2017, a ben vedere non così dissimile da quella del trattenimento nelle aree di transito di porti e aeroporti.

Il parallelismo è oltremodo calzante, ove si pensi che l'ambiguità giuridica ancora adesso caratteristica della disciplina dedicata alla fase dell'arrivo risulta perfettamente funzionale al *modus operandi* degli attori pubblici coinvolti nella gestione degli stranieri appena giunti sul territorio nazionale: un *modus operandi* orientato a un risultato del tutto omologo a quello cui mirano le prassi segnalate nei paragrafi precedenti, ossia quello di ostacolare la presentazione della richiesta di asilo. Infatti, al pari di quelle volte ad evitare l'arrivo dello straniero o a negare che tale arrivo sia mai avvenuto, anche questa pratica mira comunque a intralciare l'accesso alla procedura di asilo, pur in presenza di un approdo effettivamente registrato (e non fisicamente precluso o reso invisibile).

In particolare, e malgrado le fonti rilevanti in materia specifichino chiaramente che l'unico organo deputato all'esame delle domande di asilo è la commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale (v. art. 3 d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25), il dato empirico ci consegna una decisa sovraesposizione della polizia di frontiera, che, preposta a raccogliere le generalità o le informazioni relative alla nazionalità dello straniero, spinge ben oltre la propria attività istruttoria, assegnando un ruolo cruciale al cosiddetto “foglio notizie”: un documento nel quale, oltre a raccogliersi le generalità della persona, si indica anche il “movente” del suo progetto migratorio, attraverso la schematica contrapposizione grafica tra “richiesta asilo” e “*job searching*”.

Sebbene non sia oggetto di una disciplina legislativa (basti considerare che di tale modulo cartaceo non esistono versioni ufficiali⁴³), il – primitivo e provvisorio, ma spesso esiziale – incasellamento operato sulla scorta del “foglio notizie” individua

2019, G. FELICI-M. GANCITANO, *La detenzione dei migranti negli hotspots italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sistema pen.*, 2022, n. 1, p. 49.

⁴³ Il dato è segnalato anche dalla relazione di minoranza della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza (relatore: on. Erasmo Palazzotto), presentata alla Commissione il 26 ottobre 2016, p. 16 della versione pdf (reperibile sul sito istituzionale della Camera).

un tassello cruciale del metodo *hotspot*, quale utile strumento per inserire i migranti economici in circuiti preposti al loro rapido allontanamento dal suolo nazionale (ed europeo). Infatti, la *Road map* del Ministero dell'Interno recante prescrizioni (di natura squisitamente amministrativa) attuative delle indicazioni di *soft law* promananti dalla Commissione europea (e già racchiuse nell'Agenda europea delle migrazioni del 2015) dispone che al termine delle procedure di pre-identificazione e di compilazione del "foglio notizie" i migranti debbano essere registrati alternativamente come CAT 2 (ingresso irregolare) o come CAT 1 (richiedenti asilo e suscettibili di ricollocazione)⁴⁴.

Questa prima – e, sulla carta, meramente provvisoria – opera di classificazione, oggetto di semplici circolari amministrative, si basa su un'intervista svolta a ridosso dello sbarco, in un momento di particolare fragilità psicologica di persone confuse e fiduciose di ottenere un atteggiamento benevolo da parte della pubblica autorità mostrando la propria determinazione a cercare un lavoro⁴⁵.

Svolta questa prima intervista, gli stranieri inquadrati come richiedenti protezione internazionale avranno la possibilità di formalizzare la propria domanda presso la questura (che verrà verbalizzata nel noto "modello C3"); gli altri (sommariamente etichettati come migranti economici) verranno invece attinti da respingimento differito, da eseguirsi (in forma necessariamente coattiva) o in via immediata, o (qualora sussistano ostacoli transitori al rimpatrio) dopo una permanenza più o meno prolungata all'interno di un C.P.R.; oppure, ancora – e dunque senza neppure "passare" per un C.P.R. – dopo un'indebita protrazione dei tempi di permanenza *extra ordinem* all'interno dei punti di crisi.

Se poi anche la concreta esecuzione dell'allontanamento

⁴⁴ Per ottemperare alle indicazioni racchiuse nella *Agenda europea delle migrazioni* sono state elaborate una serie di circolari ministeriali (reperibili sul sito del Ministero dell'interno): v. Ministero dell'interno, *Road Map*, 28 settembre 2015; Ministero dell'interno, *Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno*, settembre 2015.

⁴⁵ La prescrizione, racchiusa nel primo comma dell'art. 10-ter t.u. immigrazione, stando alla quale allo straniero condotto nei punti di crisi va «assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito», non sembra infatti dotata di reale effettività.

dovesse risultare “bloccata” dalla successiva (e sempre possibile) presentazione di una richiesta di protezione internazionale, quel primo sommario incasellamento non resterebbe comunque privo di ricadute per il diretto interessato, ove si ponga mente alla disciplina in tema di procedura accelerata preposta all’esame delle domande di protezione internazionale da parte della Commissione territoriale⁴⁶.

Senza entrare nel dettaglio, si consideri infatti come il secondo comma dell’art. 28-*bis* d lgs. n. 25 del 2008 (c.d. “decreto procedure”), permetta l’instaurazione di tale iter accelerato nei confronti (fra gli altri) del «richiedente per il quale è stato disposto il trattenimento nelle strutture di cui all’articolo 10-*ter* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [*hotspot*], ovvero nei centri di cui all’articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [C.P.R.]»⁴⁷. Una disposizione, questa, che riflette una *ratio* analoga a quanto prescritto dall’art. 6 comma 3 d. lgs. n. 142 del 2015 (“decreto accoglienza”), stando al quale il richiedente asilo che si trova in un C.P.R. in attesa dell’esecuzione di un provvedimento di respingimento o di espulsione «rimane nel centro quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda [di protezione] è stata presentata al solo scopo di ritar-

⁴⁶ Una procedura – connotata da scansioni molto celeri e difficili da conciliare con un effettivo rispetto del diritto di difesa del migrante – che, al pari di quella “alla frontiera”, deve la sua attuale disciplina fondamentalmente alla riforma Salvini dell’autunno 2018.

In particolare, il d.l. n. 113 del 2018, chiarisce che tutti i richiedenti asilo trattenuti anche solo a fini identificativi saranno sottoposti a procedura accelerata (ai sensi dell’art. 28-*bis* comma 1, che richiama l’art. 28 comma 1 lett. c) e dunque saranno sentiti dalla Commissione territoriale entro sette giorni dall’inizio degli atti da parte della questura (che provvede “immediatamente” dopo la domanda di asilo). I richiedenti asilo trattenuti riceveranno la risposta nei successivi due giorni; in caso di diniego potranno restare in Italia per la presentazione del ricorso (entro quindici giorni) e – in caso di richiesta di sospensiva – fino a quando il Tribunale non avrà respinto tale richiesta. La decisione del giudice viene adottata sulla base delle doglianze racchiuse nel ricorso redatto da un difensore che ha avuto solo quindici giorni per preparare l’atto nell’interesse di una persona (il suo assistito) trattenuta in un *hotspot* o in un C.P.R. Per approfondimenti (e ricchi riferimenti documentali), v. S. FACHILE-A. MASSIMI-L. LEO, *Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo*, in *Quest. giust. (web)*, 3 novembre 2019.

⁴⁷ In tema si vedano fra gli altri G. CRESCINI-F. FERRI-L. GENNARI, *Le nuove disposizioni in materia di domanda reiterata, procedure accelerate e di frontiera*, in F. CURI (a cura di), *Il decreto Salvini, Pacini*, 2019, p. 121 ss.

dare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione»⁴⁸.

Mostrando di assegnare un significato pregiudicante alla circostanza che lo straniero sia "ospite" di un centro chiuso, entrambi i precetti appena riportati sono infatti ispirati da una analoga e malcelata diffidenza nei confronti di chi non abbia manifestato la volontà di chiedere asilo nei momenti subito successivi al proprio arrivo in Italia: un'eventualità, quest'ultima, che però molto spesso consegue al solo fatto che lo straniero sia stato artatamente etichettato come migrante economico – e dunque avviato verso un percorso di allontanamento scandito dall'esercizio dei poteri coercitivi regolati dagli artt. 13 e 14 t.u. immigrazione – proprio grazie a quell'iniziale selezione a ridosso dello sbarco, e dunque in forza della compilazione del "foglio notizie" gestita (e spesso pilotata) dalla polizia di frontiera.

Orbene: è inutile dire che, così disegnata dal legislatore del 2018, la disciplina della procedura accelerata non fa che incentivare l'applicazione del trattenimento, così alimentando un perverso circolo vizioso che, a monte, vede appunto una gestione poco trasparente della fase successiva all'approdo.

In questo quadro complessivo – e nonostante alcune pregevoli ma sporadiche prese di distanza giurisprudenziali⁴⁹ – la si-

⁴⁸ In questo caso, la durata del trattenimento è di dodici mesi. Il che ridimensiona notevolmente l'importanza dell'abbreviazione dei termini massimi di durata della detenzione in uscita (dell'art. 14 t.u. immigrazione) a novanta giorni operata con la "riforma Lamorgese" (d.l. n. 130 del 2020, conv. con mod. con legge n. 173 del 2020).

⁴⁹ V. Trib. Torino, Sez. I civ., ord. 22 ottobre 2015, est. Scotti, secondo cui non può desumersi la strumentalità della domanda dalle scarse e generiche informazioni contenute nel c.d. "foglio notizie" in uso alle questure. Il provvedimento, che ha fra l'altro osservato come l'istituto del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale non possa applicarsi ai migranti trattenuti in forza di un decreto di respingimento differito adottato ai sensi dell'art. 10, comma 2, t.u. immigrazione (visto che il comma 3 dell'art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015 si riferisce al solo migrante trattenuto in un C.P.R. «in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione ai sensi dell'art. 13 e 14» t.u. immigrazione), si può leggere al link dirittoimmigrazione.cittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-1-2017/15-trib-to-22-10-2015/file.

Tale approccio è stato condiviso anche dalla giurisprudenza di legittimità: v. Cass. civ., Sez. II, ord. 1 settembre 2020, n. 18189, e Sez. II, 3 settembre 2020, n. 18322, ove la Cassazione ha avuto modo di rivelare come la compilazione del foglio notizie non necessariamente avvenga alla presenza di un interprete. Ancora: v. Cass. civ., Sez. VI, 25 marzo 2015, in *C.e.d.*, n. 634730, nonché Sez. VI, 3 maggio 2017, *ivi*, n. 651965, secondo cui «qualora vi siano

tuazione attuale non è quindi così diversa da quella censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *Khlaifia*. Infatti, il dato di prassi ha comunque finito per travolgere quello (farraginoso e oscuro) stabilito per via legale col doppio intervento novellatore operato nel 2017 e nel 2018, così com'è clamorosamente dimostrato dal fatto che la disciplina del comma 3-*bis* dell'art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015 sia rimasta lettera morta, non avendo a tutt'oggi mai trovata concreta applicazione.

Questa fuga dalla legge è senz'altro dettata *in primis* dalle difficoltà organizzative cui essa imporrebbe di far fronte; ma – è innegabile – spesso risponde anche ad altre logiche.

Giunti a questo punto del discorso, si deve dar conto di un'ulteriore – e assai recente – novità. Durante la redazione di questo scritto è infatti stata definita la procedura di controllo dell'esecuzione della sentenza *Khlaifia* dinanzi al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (ai sensi dell'art. 46 Conv. e.d.u.); procedura che dal dicembre 2016 vedeva il nostro Paese “dietro alla lavagna”, con plurimi esami periodici cui non conseguiva mai la chiusura del monitoraggio⁵⁰.

Nell'ambito di tale attività di osservazione e verifica, non più tardi del marzo 2021 il Comitato dei ministri aveva confermato le proprie precedenti valutazioni, e dunque la ritenuta inadeguatezza del sistema *hotspot* italiano, dovuta alla persistente prassi di non informare i migranti sui motivi del loro trattenimento e l'impossibilità degli stessi di presentare un ricorso giu-

indicazioni che cittadini stranieri o apolidi, presenti ai valichi di frontiera in ingresso nel territorio nazionale, desiderino presentare una domanda di protezione internazionale, le autorità competenti hanno il dovere, ai sensi degli artt. 1, comma 2, e 3 del d.lgs. n. 142 del 2015 (di attuazione della direttiva del Consiglio CEE 26/06/2013 n. 32 art. 8), di fornire loro informazioni sulla possibilità di farlo, a pena di nullità dei conseguenti decreti di respingimento e trattenimento».

⁵⁰ 1419th meeting, 2 December 2021 (DH), H46-9 *Khlaifia and Others v. Italy* (Application No. 16483/12), Resolution CM/ResDH(2021)424 - Execution of the judgment of the European Court of Human Rights: v. *search-coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a4b405*.

Per alcune interessanti considerazioni in ordine alle prime tappe che hanno segnato la procedura di monitoraggio, v. F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi*, cit., p. 431 ss., nonché A. MASSIMI-F. FERRI, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Quest. giusti (web)*, 12 giugno 2019; sul recente epilogo della vicenda, v. le giuste critiche racchiuse nel documento Asgi intitolato *Trattenimento in hotspot: c'era un giudice a Strasburgo. Nota di approfondimento*, in *asgi.it*.

risdizionale effettivo contro il trattenimento: garanzie, queste, assicurate dai § 2 e 4 dell'art. 5 Conv. e.d.u.

Tuttavia – come anticipato, e piuttosto sorprendentemente – il 2 dicembre 2021 la procedura di supervisione dell'attuazione della sentenza è stata dichiarata conclusa⁵¹.

Più nello specifico, rispetto alla necessità di adottare misure generali per superare l'inottemperanza ai commi 1, 2 e 4 dell'art. 5 Conv. e.d.u., il Comitato ha ritenuto che, grazie agli interventi legislativi apportati (tutti però precedenti al marzo 2021!), l'attuale quadro normativo: fornisca una base giuridica chiara e accessibile in ordine alla detenzione amministrativa; richieda alle autorità di fornire informazioni alle persone interessate sui loro diritti e sui motivi della loro detenzione⁵²; preveda un controllo giurisdizionale automatico della legittimità di qualsiasi decisione di trattenimento.

Inoltre, sulla scorta del fatto che nel caso specifico i ricorrenti avevano conseguito un risarcimento, il Comitato ha ritenuto che la combinazione di rimedi civilistici preventivi e risarcitori di cui all'art. 700 c.p.c. e all'art. 2043 c.c. rassicuri circa la possibilità, per l'interessato, di sottoporre a un'autorità giudiziaria nazionale denunce relative alle proprie condizioni di vita e ottenere un idoneo risarcimento nel caso in cui queste si sostanzino un trattamento inumano o degradante.

6. Conclusioni

L'inattesa decisione del Comitato dei ministri delude le

⁵¹ E questo con un singolare tempismo, visto che, proprio negli stessi giorni, le cronache italiane davano notizia della morte di Abdel Latif, un cittadino tunisino con problemi psichiatrici deceduto all'ospedale San Camillo di Roma dopo aver subito il percorso coercitivo – paradigmatico – che si è descritto in queste pagine: trattenimento informale (e dunque senza convalida) presso l'*hotspot* di Lampedusa, senza aver avuto la possibilità di accedere alla domanda di protezione internazionale; permanenza su una nave quarantena; trasferimento nel C.P.R. di Roma Ponte Galeria dove è stata formalizzata la richiesta di protezione (con successivo annullamento del precedente decreto di respingimento).

⁵² Questa considerazione sembra assegnare un ruolo significativo all'interno di una disposizione – introdotta con la "riforma Lamorgese" del 2020 (l'ultima novella che ha inciso sulla disciplina qui in esame), e dunque già presente nel sistema quando si svolgeva il monitoraggio del marzo 2021 – racchiusa in coda al comma 3 dell'art. 10-ter t.u. immigrazione.

aspettative, e – vista la persistente vitalità delle prassi informali che marcano l’approccio *hotspot* – sembra da ascrivere a ragioni più politiche che altro.

Osservata nella sua parabola complessiva – e al di là della sua indubbia importanza – non pare, dunque, che la “vicenda Khlaifia contro Italia” sia riuscita a determinare un reale cambiamento. Dapprima, infatti, la sentenza della Grande Camera del 15 dicembre 2016 aveva sensibilmente ridimensionato la portata della sentenza resa dalla Seconda sezione della Corte europea nel giugno 2015 (che aveva ritenuto violato non solo l’art. 5 Conv. e.d.u., ma anche l’art. 4 Prot. 4, per trasgressione del divieto di espulsioni collettive); dal canto suo, la recente decisione del Comitato dei ministri finisce per vanificare anche la portata della seconda pronuncia, del dicembre 2016, accontentandosi di una versione – quella del Governo italiano – niente affatto corrispondente allo stato delle cose.

Tale epilogo ci porta a stilare un bilancio amaro, che non riguarda solo la detenzione informale negli *hotspot*, ma che accomuna tutte le situazioni – qui velocemente passate in rassegna – che vedono l’autorità di pubblica sicurezza far uso della coercizione in modo surrettizio e non formalizzato: dall’accompagnamento coattivo dei migranti oltre i confini con la Slovenia (clandestino) alla detenzione (parimenti clandestina) che abitualmente si svolge nelle sale di transito dei porti e degli aeroporti internazionali⁵³.

Al di là dei profili di compatibilità o meno con l’art. 5 Conv. e.d.u., tutte queste forme di restrizione della libertà personale che si realizzano *de facto* – si estrinsechino esse in una vera e propria detenzione o in un semplice accompagnamento coattivo fuori dai confini nazionali – realizzano una violazione dei principi costituzionali posti a presidio della libertà personale, non risultando rispettata né la riserva di legge né la riserva di provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria (che dovrebbe inter-

⁵³ Ipotesi, queste, a cui devono altresì sommarsi quella relativa al trattamento dei naufraghi a bordo di imbarcazioni delle autorità italiane, come pure quella dei migranti a bordo delle navi delle ONG a cui venga negato il porto di sbarco. Per un’analisi che evidenzia le specificità e differenze di queste due diverse fattispecie v. F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai “porti chiusi*, cit., p. 433 ss.

venire quantomeno a titolo di convalida, secondo quanto stabilito dal terzo comma dell'art. 13 Cost.)⁵⁴.

L'invisibilizzazione del ricorso alla coercizione – sulla quale il Comitato dei ministri ha evidentemente chiuso entrambi gli occhi, e che non riguarda solo l'esperienza *hotspot*, accomunando più in generale anche le altre prassi richiamate in queste pagine – determina, a cascata, un'altrettanto eclatante violazione del diritto di difesa, i cui effetti sono acuiti non solo dalla resistenza della pubblica autorità (*in primis* la polizia di frontiera) o dei gestori dei centri *hotspot* a mettere a disposizione le liste dei difensori disponibili a fornire assistenza legale agli stranieri, ma anche dalla tendenza, da parte dei medesimi soggetti, a ostacolare l'accesso ai centri chiusi, come pure qualsiasi contatto con i migranti comunque ristretti nella loro libertà personale, ai rappresentanti di organizzazioni a tutela dei diritti umani.

Al netto delle difficoltà organizzative e gestionali generate dal rigoroso rispetto del dato positivo, e che senz'altro contribuiscono a spiegare (senza arrivare a giustificarla) una così manifesta fuga dalla legalità costituzionale, entrambi i tradimenti – quello al diritto di difesa e quello ai principi stabiliti dai commi 2 e 3 dell'art. 13 Cost. – sono intimamente connessi tra loro, con un legame che identifica il movente ultimo e nascosto del perdurante e ostinato ricorso alla coercizione *extra ordinem*: rendere difficili i contatti degli stranieri appena giunti in Italia (e in Europa) con esponenti della società civile o rappresentanti di organizzazioni non governative, con operatori giuridici qualificati e, non ultimo, con un giudice (il giudice della convalida), così da agevolare un pronto e veloce rimpatrio e così riducendo il numero totale dei potenziali richiedenti asilo.

⁵⁴ Così come osservato in dottrina, «il paradosso è che proprio nei casi in cui il tasso di arbitrarietà è più accentuato, l'accesso a rimedi giurisdizionali capaci di accertare l'illegittimità della detenzione risulta particolarmente complesso» (F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi*, cit., p. 429).

GIUSTIZIA PENALE E STRANIERI: IL PROCESSO È UGUALE PER TUTTI?

ANGELO ZAPPULLA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Immigrazione clandestina, *crimmigration* e autonomi binari processuali. – 3. (segue) L'anticipata conclusione del procedimento penale. – 4. (segue) La custodia cautelare. – 5. (segue) L'arresto. – 6. (segue) Il fermo comune *ex art. 384 c.p.p.* – 7. (segue) Il giudizio direttissimo. – 8. (segue) La sospensione dell'ordine di esecuzione della pena. – 9. Processo penale e assistenza linguistica. – 10. (segue) Il diritto all'assistenza linguistica. – 11. (segue) L'*habitus* processuale di interprete e traduttore. – 12. (segue) Il diritto alla traduzione dell'ordine di esecuzione della pena. – 13. Riflessioni conclusive (in parte amare).

1. Premessa

Nella relazione che accompagnava la presentazione del progetto di ricerca giunto oggi al suo epilogo si legge un significativo riferimento all'esigenza di costruire «una “procedura penale inclusiva”», nel quale può cogliersi, non troppo sullo sfondo, un'implicita, ma netta, presa di posizione nel senso di un'inclusività ancora di là da venire, intradata lungo un percorso la cui meta non sembra vicina, nel quale ci si muove a tappe forzate e serrate, ma non sempre lineari.

Secondo le ultime rilevazioni Istat, al 1° gennaio 2022, il dato stimato degli stranieri residenti in Italia si attestava sulle 5.193.669 unità (di cui 2.531.043 maschi e 2.662.626 femmine)¹. Un numero in progressiva crescita² per il rappresentare

¹ V. *dati.istat.it*.

² «Per come sono le cose in questo momento, e promettono di essere ancora a lungo, è molto improbabile che le migrazioni di massa si arrestino improvvisamente per mancanza di stimoli o perché ci si ingegna sempre più per

il nostro Paese uno snodo nevralgico e privilegiato di una molteplicità di flussi migratori, differenziati quanto a motivazioni – demografiche, economiche, socio-politiche – e direttrici geografiche – africana, asiatica o dall’est europeo³ –, ma costanti⁴. Al fenomeno migratorio va aggiunto, inoltre, quello legato ai flussi turistici che vedono l’Europa prima meta al mondo⁵ e l’Italia una fra le prime in Europa. Ne consegue un’esponentiale crescita della presenza straniera pure nelle aule in cui viene amministrata la giustizia penale e non solo nelle fila dei soggetti sottoposti alle indagini e degli imputati, ma anche delle vittime, dei testimoni⁶ e dei terzi a qualsiasi titolo interessati (ad es., in materia di sequestri), con un sempre maggior numero di procedimenti ad autore e vittima entrambi stranieri.

Una varietà di fenomeni che rende ardua la costruzione di un impianto normativo completo e coerente. Non semplice è individuare, già a monte, una puntuale nozione di straniero o, almeno, una alla quale possa attribuirsi valenza omnicomprensiva rispetto alle svariate figure che, di volta in volta, acquisiscono rilievo, trattandosi di nozione ‘complessa’ che risente in via diretta della ‘complessità’ della compagine sociale di riferimento nei vari momenti storici considerati⁷.

In chiave definitoria e in prospettiva generalizzante, prevale

fermarle», così Z. BAUMAN, *Stranieri alle porte*, Laterza, Roma-Bari, 2021, p. 4. Di numeri decuplicati – da 500 mila a 5 milioni – nell’arco dei venticinque anni ricompresi fra il 1990 e il 2015, riferisce M. GIALUZ, *L’assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Wolters Kluwer, Cedam, 2018, p. 5; v. anche E. DI MOLFETTA, *La traduzione degli atti per lo straniero alloggiato: un diritto incompiuto tra incertezze legislative e resistenze giurisprudenziali*, in *Dir. imm. citt.*, 2019, n. 2, p. 114 s.

³ Cfr. M.I. MACIOTI-E. PUGLIESE, *L’esperienza migratoria. Immigrati e rifugiati in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 16 ss. e 30 ss.; E. PUGLIESE, *L’Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 73 ss.

⁴ Cfr. G. VARRASO, voce *Immigrazione* – (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 597; nonché M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 47 ss. Evidenzia, comunque, un’inversione di tendenza, F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in AA.VV., *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, 2^a ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 130.

⁵ Cfr. M. GIALUZ, *L’assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 5.

⁶ Cfr. M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, p. XV.

⁷ Cfr. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Cedam, Padova, 2011, p. 60 s.; A. PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della*

la locuzione ‘non cittadino’⁸, maggiormente in grado di abbracciare «in tutta la loro estensione i vari tipi di soggetti»⁹. La cornice concettuale di riferimento deve necessariamente essere la consapevolezza che le due nozioni comparate – cittadino e non cittadino – non possono essere avvicinate, in chiave di garanzie riconosciute ai loro componenti, al punto da essere integralmente sovrapposte, pena uno stravolgimento dello stesso quadro di riferimento costituzionale. A imporsi è, tuttavia, un lavoro multilivello evolutivamente teso al loro affiancamento, in una prospettiva di parziale etero-integrazione non solo sociale, ma, ancor prima, normativa, giacché «cittadini e non cittadini compongono due anelli reciprocamente intrecciati, dandosi un’area esclusivamente propria di ciascuno di essi ed una intermedia comune»¹⁰; nonostante non possa negarsi, comunque, come storicamente la nozione di cittadinanza qualifichi proprio «uno *status* che tende a separare chi lo possiede da tutti gli altri: uno strumento di esclusione»¹¹. Esclusione che non può attingere, però, i diritti inviolabili che spettano «ai singoli non in quan-

parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea, Giappichelli, Torino, 2018, p. 3 s.

⁸ Nella stratificata produzione normativa volta a regolamentare il fenomeno migratorio, straniero è, in particolare, «chi non è cittadino italiano e non è cittadino europeo», v. A. DI FRANCIA, *La condizione giuridica dello straniero in Italia nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1. Qualificazione confermata, *ex plurimis*, nella legge 7 aprile 2017, n. 47, *Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, la cui previsione definitoria, l’art. 2, dispone che «per minore straniero [...] si intende il minorenne non avente cittadinanza italiana o dell’Unione europea», nonché già nell’art. 1 t.u. immigrazione, che sancisce come «Il presente testo unico, in attuazione dell’articolo 10, secondo comma, della Costituzione, si applica [...] ai cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri». Per una ricostruzione storica della dicotomia cittadino-straniero, v. G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova, 1998, p. 30 ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova, 1997, p. 2 ss.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 4 ss.

⁹ A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *consultaonline*, 2015, p. 132. V. anche E. GROSSO, *Straniero (statuto costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Utet, Torino, 1999, p. 159.

¹⁰ A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini*, cit., p. 133.

¹¹ S. RODOTÀ, *Cittadinanza: una postfazione*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Bari, 1999, p. 318.

to partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»¹², non incasellabili in categorie differenziate.

All'interno dei confini del sistema penalistico, non può non evidenziarsi, tuttavia, come ormai il noto paradigma bellico del diritto penale del nemico, delineato da Jakobs¹³ e da declinarsi al plurale per essere sempre più numerosi i nemici¹⁴, i cui prototipi sono stati proprio «il terrorista, come l'immigrato, come l'esponente irriducibile della criminalità organizzata»¹⁵, inquina an-

¹² Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, che ha dichiarato infondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di costituzionalità degli artt. 13 commi 4, 5 e 6 e 14 commi 4 e 5 t.u. immigrazione.

¹³ V. G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985, n. 4, p. 751 ss.; v. anche ID., *I terroristi non hanno diritti*, in R.E. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 3 ss. Cfr., sul tema, M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, in R.E. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, cit., p. 20, per il quale 'diritto penale del nemico' è da ritenersi «un'espressione giuridicamente illegittima: violenza, non diritto o diritto illegittimo. Non così, a certe condizioni, il c.d. diritto penale di lotta, che rappresenta oggi una realtà e un concetto normativi ufficiali dell'Unione europea, peraltro suscettibili di diventare una forma di diritto penale del nemico, soprattutto nell'uso concreto che se ne può fare»; v. anche ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi quest. crim.*, 2007, n. 2, p. 55 ss. Sulla nozione di diritto penale di lotta, che si evolve e degenera in quella di diritto penale del nemico, cfr. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 13 ss.; L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI-B. PASTORE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 167; W. HASSEMER, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in A.M. STILE (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, ESI, Napoli, 2011, p. 83 ss.; M. PAVARINI, *La giustizia penale ostile: un'introduzione*, in *Studi quest. crim.*, 2007, n. 2, p. 7 ss.; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 197 s., che richiama lo «slogan liberticida della 'War against crime', la cui stessa semantica esprime il progressivo attenuarsi della differenza (che dovrebbe essere ontologica e strutturale, non già fenomenica e contingente) tra guerra e diritto»; F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 669 ss.; nonché, più in generale, v. M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007. In prospettiva storica, v. P. MARCHETTI, *Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in *Quad. fiorentini*, 2009, p. 1011 ss.

¹⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 702 ss.

¹⁵ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice*

che gli scenari di un processo penale mai particolarmente accogliente nei confronti dello straniero che varchi a qualsiasi titolo le sue porte. Le naturali logiche sistematiche sembrano irrimediabilmente alterate dal prevalere del sentimento della paura, «probabilmente il più sinistro dei tanti demoni che si annidano nelle società aperte del nostro tempo»¹⁶ e che trova piena «corrispondenza negli schemi cognitivi di una cittadinanza impaurita e ontologicamente insicura»¹⁷. S'invoca, allora, a gran voce e a più livelli, una maggiore efficacia dei risultati repressivi, nell'intento di perseguire proprio quella «sorta di bene giuridico unificante e superiore»¹⁸, «nuovo centro gravitazionale» «di un diritto penale per molti aspetti anomalo»¹⁹, che si identifica, all'interno di una vera e propria «ossessione securitaria»²⁰, in un ordine sociale da garantire e mantenere sempre più spesso anche attraverso «politiche della sicurezza innervate per infiltrazione nelle dinamiche processuali penali»²¹. Un contesto politico-criminale all'interno

delle indagini preliminari a quello postdibattimentale, in AA.VV., *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2016, n. speciale, p. 113.

¹⁶ Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 160; cfr. anche S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, in *Immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. speciale I, p. 57 s.

¹⁷ A. SBRACCIA, *Pericolosi e funzionali, gli stranieri nel pensiero socio-criminologico*, in AA.VV., *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 31; cfr. anche L. MASERA, «Terra bruciata» attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 28 s.

¹⁸ Così, descrivendo l'ormai prevalente «percezione dell'opinione pubblica», G. FORNASARI, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1051. Cfr. A. SPENA, *Il «gelo metallico dello Stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 450 ss.

¹⁹ F. CURI, *Il diritto penale speciale*, cit., p. 109.

²⁰ A. CERETTI-R. CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, cit., p. 3.

²¹ G. DI CHIARA, *Politiche della sicurezza e libertà personale dell'accusato tra incubazioni dell'insicurezza sociale e manovre reattive*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1587. Sulla concettuale distinzione, ma anche contestuale collegamento, «tra efficacia del diritto e sicurezza dei beni», cfr. G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, cit., p. 6. Sull'impossibilità di ricomprendere la sicurezza in quanto tale fra i beni giuridici meritevoli di tutela, cfr. W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in M. DONINI-M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, Bologna,

del quale «l'identificazione dello straniero con il nemico è perfettamente funzionale»²² al raggiungimento degli scopi prefissati; con uno straniero irregolare che, anzi, «ultimo arrivato dei “nemici”», è subito assunto a «“nemico numero uno” da additare all'opinione pubblica come fattore decisivo di quella “sensazione di insicurezza”»²³, mentre inascoltato rimane l'accorato monito della Corte costituzionale per un imprescindibile capovolgimento di prospettiva che consenta di affrontare il contenimento delle dinamiche migratorie innanzitutto come «un grave problema sociale, umanitario ed economico, che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica»²⁴.

Anche nello specifico terreno del giudizio penale, al non cittadino andrebbero riservate le medesime «garanzie processuali generalmente riconosciute a tutti coloro che, a vario titolo, sono coinvolti nell'ambito di un procedimento penale»²⁵; procedi-

2011, p. 59 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 1 ss. e 73 ss. Sulla sicurezza «come diritto individuale», piuttosto che «come esigenza collettiva», v. E. ZANON, *Un diritto fondamentale alla sicurezza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1555. Sulle molteplici declinazioni della nozione di sicurezza, cfr. T.F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali*, in S. VIDA (a cura di), *Diritti umani. Teorie, analisi, applicazioni*, Bononia University Press, Bologna, 2008, p. 1 ss.

²² F. CURI, *Il diritto penale speciale*, cit., p. 109. Sul tema, cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 1, p. 101 s. (spec. p. 130 s.); V. MAIELLO, *Il “diritto tradito” nella disciplina penalistica dei casi di espulsione dello straniero contenuta nella legge n. 189/02*, in *Critica dir.*, 2004, p. 42 s.; G. RICCARDI, *La doppia ‘percezione’ della clandestinità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: l'aggravante ‘illegittima’ ed il reato ‘ragionevole’ nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, *ivi*, 2010, p. 82; *Id.*, *Il «pendolarismo» della Corte costituzionale nel sindacato di ragionevolezza: a proposito dell'irrazionale, ma ragionevole, disciplina sanzionatoria dell'immigrazione*, *ivi*, 2007, p. 48 s. (spec. p. 62 s.).

²³ L. MASERA, *Il diritto penale “dei nemici” – La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 806.

²⁴ Corte cost., 2 febbraio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, p. 151, con nota di D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, che ha dichiarato inammissibili, fra le altre, «le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-*quinquies*, del d.lgs. n. 286 del 1998, come sostituito dall'art. 1 della legge n. 271 del 2004, nella parte in cui prevede l'arresto obbligatorio dello straniero che si trattenga nel territorio dello Stato in violazione del precedente comma 5-*ter*, primo periodo». V., *infra*, par. 6.

²⁵ R. DEL COCO-E. PISTOIA, *Presentazione*, in R. DEL COCO-E. PISTOIA (a

mento che, tuttavia, diviene oggetto di forti tensioni distorsive ogniqualvolta necessiti attivare meccanismi di tutela *ad hoc* per il conseguimento di tale postulata eguaglianza. La peculiare situazione soggettiva del non cittadino spinge in primo piano, infatti, la questione dell'effettività delle garanzie, necessitandosi un rinsaldamento del suo *status* in chiave compensativa rispetto al cittadino²⁶, per il trattarsi di un soggetto particolarmente fragile, nella figura del quale, comunemente, si rivelano compresenti una pluralità di profili di vulnerabilità, che si sommano l'un l'altro accentuando la loro gravità²⁷. E se la nozione stessa di vulnerabilità viene, più comunemente, associata alla figura della vittima e, successivamente, ma sempre a partire da quest'ultima, a quella del dichiarante, essa può essere propria di ogni soggetto a causa delle condizioni personali che lo caratterizzano, dovendosi avere per acquisita, sullo sfondo, la consapevolezza – partendo dal noto insegnamento di Carnelutti – che il coinvolgimento in un procedimento penale pone già, di per sé, chiunque vi intervenga in chiave non professionale – come il magistrato, l'avvocato, i tecnici in genere – in condizioni di fisiologica debolezza e sofferenza²⁸, particolarmente amplificate se si è estranei non solo al contesto giuridico di riferimento, ma, già a monte, anche a quello sociale.

cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Cacucci, Bari, 2014, p. VII.

²⁶ In prospettiva sociologicamente più ampia, si sottolinea come «stranieri sono coloro che, essendo “esterni” dal punto di vista geografico e della cittadinanza, vengono accolti come interni ma in una condizione di inferiorità», S. TABBONI, *Lo Straniero e l'Altro*, Liguori, Napoli, 2006, p. 2.

²⁷ Con riferimento alla figura del «migrante/delinquente», si esprime in termini di «una “doppia fragilità”»: per un verso, una fragilità che deriva dalla precarizzazione che costituisce quasi una regola delle condizioni individuali, economiche e sociali dei migranti [...]; per altro verso, una fragilità *speciale*, immediatamente riconducibile alla disciplina giuridica», A. CAPUTO, *La “doppia fragilità” del migrante e il processo penale*, in G. SPANGHER-A. MARANDOLA (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 344 s.; cfr. anche G. MAROTTA-G. VASATURO, *Vulnerabilità e processo penale nella prospettiva criminologica*, *ivi*, p. 149.

²⁸ «Il processo penale, anche a prescindere dal suo esito e considerando anche le sue vicende “interne”, ha sicuramente ricadute fortemente negative sotto una varietà di profili», così G. SPANGHER, *Colpevole o innocente? Riflessioni sul metodo e sugli obiettivi della ricerca*, in G. SPANGHER (a cura di), *La vittima del processo penale. I danni da attività processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 3.

È, comunque, lo stesso schema normativo ‘ordinario’ del 1988 ad adattarsi meglio alla figura di un imputato italiano e benestante²⁹. Il modello tendenzialmente accusatorio risulta, infatti, per chi vi è coinvolto, maggiormente oneroso, in prospettiva non solo economica, ed è in grado di accentuare già a monte le difficoltà di comprensione di ciò che in esso si dice, si celebra e si rischia. Il tutto con il costante pericolo di palesi frizioni con il canone di non discriminazione di cui agli artt. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e 3 Cost., «pietra angolare sulla quale dovrebbe fondarsi la democrazia nell’epoca contemporanea»³⁰.

In tale complesso panorama, le interrelazioni e le interferenze fra *status* di straniero/non cittadino e procedimento penale si rivelano innumerevoli ed estremamente variegata, creandosi un contesto normativo particolarmente frammentato, disorganico e provvisorio, anche a causa dell’alta sensibilità della materia rispetto alla volubilità delle opzioni politiche³¹ volte ad assecondare acriticamente le istanze di un elettorato sempre più sofferente e insofferente. Un contesto all’interno del quale può non essere impossibile far emergere, comunque, alcuni sottili *file rouges* comuni in grado di legare insieme una sorta di micro-sistema processuale dello straniero.

2. Immigrazione clandestina, *crimmigration* e autonomi binari processuali

Le mosse possono essere prese, innanzitutto, dall’incalzante fenomeno riconducibile, da poco meno di un ventennio, alla c.d. *crimmigration*³², con cui si individua il crescente ricorso allo «strumentario penale e parapenale nella gestione dei flussi mi-

²⁹ Cfr. F. RUGGIERI, *Ricchi e poveri nel processo*, in AA.Vv., “Processo e garanzie della persona” – Atti del Convegno in onore di Mario Chiavario, in *Leg. pen. online*, n. speciale, 19 ottobre 2020, p. 180 s.

³⁰ M. GIALUZ, *L’assistenza linguistica*, cit., p. XVII.

³¹ Cfr. S. LORUSSO, *Strappi e scoriatoie*, cit., p. 50.

³² Crasi fra i lemmi *crime* e *migration*, che si deve a J.P. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, 2006, p. 367 ss.; EAD., *Crimmigration: encountering the leviathan*, in S. PICKERING-J. HAM (edited by), in *The Routledge handbook on Crime and International Migration*, Routledge, Abingdon-New York, 2015, p. 237 ss.; cfr. anche S. PICKERING-J. HAM, *Introduction*, *ivi*, p. 5 s.

gratori»³³, con un significativo effetto trascinatore anche della connessa disciplina processuale, frutto di una saldatura fra i due livelli – sostanziale/processuale – che diviene «sempre più viva e vitale»³⁴.

Ritorna utile, in proposito, l'abusata metafora del doppio binario, anzi dei molteplici binari di una 'stazione' processuale sempre più affollata, meritando attenzione l'itinerario riservato all'imputato immigrato irregolare. E già la figura del binario autonomo porta con sé un primo chiaro tassello per una risposta all'interrogativo contenuto nel titolo del presente intervento. Un tipico binario del sistema penale, quello in esame, nel quale lo strumento processuale viene sottoposto a forti tensioni distorsive, che ne causano, «secondo una perversa spirale»³⁵, una radicale e innaturale metamorfosi da strumento di accertamento e ricostruzione di possibili fatti illeciti e delle relative responsabilità a mezzo di contrasto e lotta 'contro' la criminalità (come si legge ormai in innumerevoli intitolazioni legislative), in essa com-

³³ V. MILITELLO-A. SPENA, "La cruna dell'ago": il migrante fra mobilità e controllo, in V. MILITELLO-A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 10; cfr. anche G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, *ivi*, p. 187 ss.; M. PROVERA, *The criminalization of irregular migration in the European Union*, *ivi*, p. 195 ss.; nonché, F. CURI, *Il diritto penale speciale*, *cit.*, p. 136 ss.; A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 495 ss. Per la comparazione del fenomeno in Europa e negli Stati Uniti d'America, v. G.L. GATTA, *Global Trends in 'Crimmigration' Policies: From the EU to the USA*, in G.L. GATTA-V. MITSILEGAS-S. ZIRULLA (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Hart, Oxford, 2021, p. 47 ss.; *Id.*, *La pena nell'era della "Crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, t. II, Giuffrè, Milano, 2018, p. 987 ss., nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 679 ss.

³⁴ E. AMODIO, *Vitalità della codificazione nell'esperienza penale postmoderna*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1976. Di particolare interesse, in tema di interrelazioni fra la sfera sostanziale e quella processuale del sistema penale, si rivela il modello c.d. integrato di scienza penale, che salda insieme, in una prospettiva logicamente e funzionalmente progressiva, criminologia, diritto penale, teoria della sanzione, diritto processuale, criminalistica, sul quale v. R. ORLANDI, *Processo penale e neutralizzazione della pericolosità*, in S. MOCCIA-A. CAVALIERE (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, ESI, Napoli, 2016, p. 191.

³⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., ESI, Napoli, 1997, p. 8.

presa pure quella riconducibile ai fenomeni d'immigrazione clandestina. E merita anche in questa sede sottolineare che «quando si afferma che il processo è un'arma contro il crimine siamo in presenza, come diceva Borghese a proposito di D'Annunzio, di una giacca abbottonata non in giusta aderenza con le asole»³⁶.

Quel che acquisisce specifico rilievo è, in particolare, il binario del tutto autonomo riservato allo straniero che sia destinatario di un decreto di espulsione da parte dell'autorità amministrativa e che non può dirsi correre realmente parallelo rispetto agli altri, bruschi rivelandosi, invece, gli scarti laterali. Un binario lungo il quale viaggia un treno bicefalo mosso da due diverse locomotive aventi come destinazione stazioni differenti: la locomotiva processual-penalistica per l'accertamento di fatti e responsabilità penali e quella di natura amministrativa diretta verso la più rapida esecuzione del provvedimento d'espulsione. Due locomotive che si condizionano e forse anche intralciano a vicenda, ma tenute insieme dal comune «obiettivo di rafforzare l'effettività»³⁷ dell'allontanamento dell'immigrato dal territorio nazionale.

Le due locomotive non sono allestite, tuttavia, con analoga motorizzazione e a quella processuale è riservato un ruolo servente rispetto a quella amministrativa. A emergere è un'evidente *favor expulsionis*³⁸ conseguenza diretta e necessitata delle logiche di esclusione che ormai caratterizzano e pervadono, già a monte, il diritto penale sostanziale, nella distorta spirale dell'in-

³⁶ Così, in materia di contrasto alla criminalità organizzata, ma con parole dalla più ampia portata e sempre di attualità, G. GIOSTRA, *Il processo penale «contro» la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, atti della giornata di studio, Macerata, 13 maggio 1993, Giuffrè, Milano, 1995, p. 155, che aggiunge «altri sono gli strumenti di lotta alla criminalità; altra è la funzione del processo penale, che semmai è deputato a valutare i risultati di tale lotta».

³⁷ A. CAPUTO, *Immigrazione e procedimento penale*, in G. GARUTI (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, tomo I, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, Utet, Torino, 2011, p. 529; nello stesso senso, cfr. E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in AA.VV., *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 200.

³⁸ Sulle numerose forme di espulsione dello straniero contemplate dall'ordinamento, v. E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., p. 203 ss.; G. VARRASO, voce *Immigrazione - (dir. proc. pen.)*, cit., p. 600 ss.

criminatione dello stesso *status* di irregolare³⁹; «quel che conta è arrivare all'espulsione dello straniero»⁴⁰ quanto prima, innescando una non virtuosa competizione fra autorità amministrativa e autorità giurisdizionale⁴¹. Si delinea un micro-sistema riservato allo straniero clandestino in cui a mantenere il ruolo di assoluto protagonista è proprio il diritto amministrativo, rispetto al quale la componente penalistica si pone in chiave di mero comprimario⁴². Si assiste, così, a una torsione verso l'attuazione delle politiche migratorie ancor prima di quelle criminali; fenomeno nel cui ambito il processo penale, con i suoi strumenti 'forti', viene relegato alla funzione ancillare di ricca ed efficace 'cassetta degli attrezzi' per meglio e prima raggiungere lo scopo principale. Nei confronti del clandestino, la virata è apertamente verso le logiche di *zero tolerance*⁴³, che, però, quando poste a obiettivo principale, rischiano di minare «l'effettività delle garanzie giurisdizionali e in particolare del diritto di difesa», con prevalenza delle «politiche della sicurezza [...] sulle garanzie

³⁹ Cfr. M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, in S. MOCCIA-A. CAVALLIERE (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, cit., p. 124; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Immigrazione*, cit., p. 5 ss.; Id., *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata minoriforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 5 s.

⁴⁰ E. MARZADURI, *Un iter giudiziario più snello e veloce che risponda alle insofferenze della collettività*, in *Guida dir.*, 2009, n. 33, p. 19. Cfr. F. CURI, *Il diritto penale speciale*, cit., p. 129; A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, cit., p. 495 ss.; E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., p. 199 s.

⁴¹ Cfr. S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie*, cit., p. 52; G. VARRASO, voce *Immigrazione – (dir. proc. pen.)*, cit., p. 599.

⁴² Cfr. E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., p. 199, che evidenzia come, «oggi, la procedura penale riveste un ruolo tutto sommato gregario nella costruzione normativa edificata per il controllo delle frontiere». Sul versante sostanziale, rilevano «reati a carattere marcatamente sanzionatorio, in forza dei quali la sanzione penale è posta a presidio dei provvedimenti amministrativi di allontanamento dello straniero irregolare», così A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Immigrazione*, cit., p. 10; cfr. anche Id., *La "doppia fragilità" del migrante*, cit., p. 353, dove si esprime in termini di «dimostrazione del carattere macroscopicamente servile rivestito dalle fattispecie incriminatrici sostanziali rispetto alla [...] centralità delle funzioni amministrative preordinate all'espulsione».

⁴³ Sull'ideologia statunitense della *zero tolerance* e sulla sua «mondializzazione», v. L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*, ed. it., Feltrinelli, Milano, 2000, p. 20 s.

del 'giusto processo'»⁴⁴, attraverso evidenti «tratti di specialità al ribasso»⁴⁵. E le principali tensioni si realizzano sul duplice e alternativo piano della creazione di corsie preferenziali per una anticipata chiusura del processo o per una sua accelerata celebrazione, in cambio o per ottenere l'immediata fuoriuscita dello straniero dal Paese.

La velocità di marcia del 'treno per stranieri' è dettata, in primo luogo, dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione di straniero*, e dalle sue molteplici e costanti stratificazioni.

3. (segue) L'anticipata conclusione del procedimento penale

A essere perseguita è, quindi, una sorta di fuga dal processo funzionale all'allontanamento del clandestino del quale non si sia riuscito a evitare l'ingresso sul suolo nazionale.

L'esecuzione dell'intera gamma delle varie forme di espulsione amministrativa⁴⁶ dello straniero che sia «sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere» è vincolata alla richiesta, da parte del questore (con esclusione di iniziative *ex officio*⁴⁷), di un «nulla osta all'autorità giudiziaria» (art. 13 comma 3 t.u. immigrazione).

La subordinazione degli interessi dell'*iter* amministrativo a quelli del processo penale, tuttavia, è solo apparente, giacché i margini valutativi riservati all'autorità giudiziaria sono estremamente ridotti⁴⁸ ed etero condizionati rispetto alla specifica posizione dell'espellendo straniero imputato⁴⁹. A poter inibire l'allontanamento con conseguente prosecuzione dell'*iter* processuale è, infatti, esclusivamente la «presenza di inderogabili esigenze

⁴⁴ Citazioni da S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie*, cit., p. 52.

⁴⁵ E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., p. 297.

⁴⁶ Cfr. A. CAPUTO, *La "doppia fragilità" del migrante*, cit., p. 354.

⁴⁷ Cfr. A. CAPUTO, voce *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, agg., Treccani, Roma, 2004, p. 3.

⁴⁸ Cfr. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 60 s.

⁴⁹ Cfr. D. VIGONI, *Le norme in materia di immigrazione clandestina*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 191. Cfr. Cass. civ., sez. I, 16 novembre 2000, n. 14853, in *C.e.d.*, n. 541764, sui rapporti tra nulla osta ed espulsione amministrativa.

processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa», secondo la previsione di cui all'art. 13 comma 3 t.u. immigrazione, per come integrato sul punto con la legge n. 189 del 2002. Nessun rilievo hanno, invece, in argomento la gravità o la tipologia delle fattispecie contestate, tutte passibili, pertanto, pure le più gravi, di nulla osta⁵⁰, giacché anche in un sistema sempre propenso alla creazione di doppi binari, quando la meta è l'espulsione dell'immigrato indesiderato, la 'tratta' percorribile rimane unica e ne guadagna in velocità. A trattenere lo straniero è, quindi, non l'essere diretto destinatario di un addebito penale, bensì il suo poter essere fonte per l'accertamento della responsabilità di altri⁵¹, le cui posizioni, quando «imputati in procedimenti per reati connessi», non sono oggetto di specifica conoscenza dell'autorità che procede nei confronti dello straniero da espellere ed è chiamata a delibare il relativo nulla osta. Estremamente vago e di arduo riempimento contenutistico è, invece, il riferimento espresso «all'interesse della persona offesa», certo non riconducibile alla sua sicurezza, difficilmente messa in pericolo dall'allontanamento dello straniero accusato di un reato in suo danno; né meritevole di tutela rafforzata sembra poter essere un interesse personale dell'offeso alla condanna.

All'intervenuta espulsione conseguirà, stante la forzata assenza dell'imputato straniero dal proprio procedimento, la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere per l'intervenuto raggiungimento del prioritario interesse alla fuoriuscita di un indesiderato dal territorio nazionale, ciò che rende ormai inutile

⁵⁰ Sull'originario catalogo di reati che, invece, ai sensi dell'art. 13 comma 3-sexies (abrogato con l'art. 3 comma 7 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. con mod. in legge 31 luglio 2005, n. 155), avrebbero inibito il perfezionarsi della fattispecie autorizzatoria, v. A. CAPUTO, *La "doppia fragilità" del migrante*, cit., p. 354. Evidenza come l'«esigenza di un'estromissione tempestiva del migrante dal territorio dello Stato» sia in grado di surclassare «la tensione verso un accertamento giurisdizionale completo», S. LORUSSO, *Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino*, cit., p. 53; analogamente anche S. CARNEVALE, *Stranieri al processo: meccanismi di esclusione e accertamento penale*, in O. GIOLO-M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 122.

⁵¹ Cfr. G. VARRASO, voce *Immigrazione* – (*dir. proc. pen.*), cit., p. 613.

il giudizio penale, palesandone proprio il ruolo meramente servente in funzione dell'espulsione.

Estremamente discutibile, infine, la prospettata ricostruzione, ad opera già della Corte costituzionale, dell'opzione normativa in favore di una pronuncia di non luogo a procedere quale «“beneficio” per l'imputato, stante la rinuncia all'esercizio della potestà punitiva dello Stato [...] che ne consegue»⁵². A fronte di tale troppo astratta considerazione, sull'altro piatto della bilancia trova posto la contestuale rinuncia coattiva dello straniero all'esercizio del diritto a ottenere una pronuncia di assoluzione nel merito della *res iudicanda*. E non riesce a qualificare la scelta verso un obbligatorio non luogo a procedere come “beneficio” per l'imputato straniero espulso neanche la pragmatica considerazione delle «maggiori difficoltà che egli può incontrare nell'esercizio delle facoltà difensive, una volta allontanato dal territorio dello Stato»⁵³. Ostacoli innegabili, quelli che gli si prospettano, ma che non giustificano una radicale ablazione delle garanzie, imponendo, al contrario, un consolidamento delle stesse in prospettiva compensativa rispetto alle riconosciute difficoltà. Si assiste cioè a una pericolosa inversione logica dei termini del problema, attraverso la rinuncia a mettere lo straniero espulso nelle condizioni di affrontare efficacemente il processo con piena garanzia dell'inviolabile diritto di difesa⁵⁴, preferendo, invece, privarlo, *sic et simpliciter*, del diritto a un completo accertamento giurisdizionale, mediante la duplice e contestuale espulsione dal Paese e dal giudizio.

⁵² Corte cost., ord. 7 aprile 2006, n. 143, che ha dichiarato la «manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13 comma 3-*quater* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), introdotto dall'art. 12, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifiche alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), sollevate [...] in riferimento all'art. 3 della Costituzione».

⁵³ Corte cost., ord. 7 aprile 2006, n. 143, cit.

⁵⁴ Cfr. G. MANTOVANI, *L'espulsione dello straniero sottoposto a procedimento penale: un doppio vulnus al diritto di difesa*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 547; v. anche A. CAPUTO, *La “doppia fragilità” del migrante*, cit., p. 360, che sottolinea come «la fortuna che, nell'applicazione giurisprudenziale e negli orientamenti del legislatore, ha accompagnato la sentenza di non luogo a procedere per intervenuta espulsione non esclude certo i dubbi di illegittimità costituzionale [...] e, in primo luogo, quelli relativi alla compatibilità dell'istituto con il diritto dell'imputato a veder riconosciuta giurisdizionalmente la propria innocenza».

4. (segue) La custodia cautelare

In ambito cautelare, con l'art. 1 comma 26, lett. *f*, legge 15 luglio 2009, n. 94, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, l'art. 12 t.u. immigrazione subisce una significativa interpolazione⁵⁵, con l'inserimento del comma 4-*bis*, attraverso il quale, in maniera pantografica, anche le eterogenee forme aggravate del procurato ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato di cui al precedente terzo comma⁵⁶ vengono fatte scivolare all'interno del vincolante schema delle deroghe all'adeguatezza cautelare proprio già del secondo periodo del terzo comma dell'art. 275 c.p.p., con il suo originario multiforme catalogo di affastellate fattispecie riconnesse alla presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere.

Non può non evidenziarsi, in proposito, la precisa opzione normativa volta ad abbandonare l'ordito codicistico, privilegiando l'autonomo terreno della legislazione speciale. Una scelta valorizzata da un legislatore che, viceversa, aveva già notevolmente e in maniera reiterata dilatato proprio la portata dell'art. 275 comma 3, secondo periodo, c.p.p., fin quasi a svuotare di contenuto lo stesso criterio dell'idoneità «in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto», proclamato in apertura della medesima previsione (art. 275 com-

⁵⁵ Con la riforma del 2009, a essere aggiornato sarà anche il catalogo di cui all'art. 407 comma 2 c.p.p., relativo alle fattispecie che consentono indagini dalla durata biennale, attraverso l'inserimento, nel n. 7-*bis* della lett. *a*, «dei delitti previsti dall'art. 12 comma 3 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni», con un'ingiustificata giustapposizione rispetto ai diversi delitti di pedofilia e violenza sessuale, già precedentemente allocati nel n. 7-*bis*, mentre più opportuna sarebbe stata la previsione di un numero autonomo da riservare alla materia dell'immigrazione clandestina. La comparsa nella lista di cui all'art. 407 comma 2 c.p.p., oltre al dilatarsi dei termini di durata massima delle indagini preliminari, porta con sé anche l'ulteriore dilatarsi dei termini di durata massima della custodia cautelare di cui all'art. 303 comma 1, lett. *a*, n. 3 e lett. *b*, n. 3-*bis*, c.p.p.

⁵⁶ Su cui v. Cass., Sez. Un., 21 giugno 2018, Mizanur, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1454, con osservazioni di N.C. GRIMALDI e nota di L. PELLEGRINI, *Procurato ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato (art. 12, comma 3, d.lg. n. 286 del 1998): circostanza aggravante o fattispecie autonoma?*, nonché in *Dir. pen. cont. (web)*, 14 dicembre 2018, con nota di G. SAVIO, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla qualificazione come circostanze aggravanti delle fattispecie previste dall'art. 12 co. 3 del T.U. immigrazione*; cfr. anche F. CURRI, *Il diritto penale speciale*, cit., p. 170 ss.

ma 1 c.p.p.). Un depauperamento perseguito negli anni e frutto dell'esser divenuta la presunzione assoluta di adeguatezza cautelare un rassicurante antidoto rispetto alle sopravvenute e incalzanti paure di una collettività cronicamente affetta da ansia costante, che guarda con grande e rassegnata sfiducia all'efficacia di un'esecuzione delle condanne definitive, che interviene sempre in maniera tardiva. Ansia che viene placata ormai solo da un accresciuto rigore nelle more dell'accertamento processuale⁵⁷, quando è maggiormente avvertito il trauma sociale causato dall'accadimento delittuoso, ma con buona pace delle logiche di *extrema ratio*, imposte dalla costituzionale presunzione d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost.).

In tale contesto, a fronte di un art. 275 comma 3, secondo periodo, c.p.p., divenuto affollato contenitore destinato a una raccolta indifferenziata di fattispecie estremamente eterogenee, l'analoga deroga all'adeguatezza riservata al peculiare settore dei reati in materia d'immigrazione viene lasciata *extra codicem*⁵⁸, con una scelta che lascia intravedere – ed ecco una delle filigrane di cui in premessa – l'intento politico di tenere il migrante ai margini della società e, a tal fine, è bene che si ritrovi ai margini anche sul piano processuale, in ossequio a logiche simbolicamente non inclusive. Il codice di rito, cioè, non deve venir contaminato dal binario lungo il quale far viaggiare i clandestini sottoposti a procedimento penale. Il tracciato, però, pur se separato, non poteva che dipanarsi lungo linee parallele, ciò che ha reso inevitabile, attraverso la pronuncia n. 331 del 2011⁵⁹, l'intervento demolitore della Corte costituzionale – che troveremo spesso virtuosa protagonista nella nostra narra-

⁵⁷ Cfr. E. MARZADURI, *Un iter giudiziario più snello e veloce*, cit., p. 19; S. RUGGERI, *Commento all'art. 2 d.l. 23.2.2009 n. 11, conv., con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 – Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 449.

⁵⁸ Per le prime critiche rispetto all'opzione normativa, v. E. MARZADURI, *Un iter giudiziario più snello e veloce*, cit., p. 20, secondo cui era l'art. 275 comma 3 c.p.p. la «disposizione che assai più opportunamente avrebbe dovuto accogliere anche questa innovazione»; L. MASERA, «*Terra bruciata*» attorno al clandestino, cit., p. 70.

⁵⁹ Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 331, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4554, con nota di L. SCOMPANIN, *Anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere si trasforma da assoluta in relativa*.

zione –, per la censura dell'art. 12 comma 4-*bis* t.u. immigrazione nel suo non far salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Si è avuto, così, in favore di una duplice presunzione relativa, un allineamento con il costante e coerente percorso demolitorio intrapreso dalla Corte attraverso le analoghe pronunce che, nel volgere di un lustro, hanno picconato il modello rappresentato dall'art. 275 comma 3 c.p.p.⁶⁰, fino al completo *restyling* avuto- si con legge 16 aprile 2015, n. 47.

5. (segue) L'arresto

È pure il terreno pre-cautelare a riservare significativi – pur se, anche in questo caso, non innovativi – spazi di specialità e aggravamento in chiave securitaria della disciplina che coinvolge lo straniero.

La via più breve e semplice è rappresentata, innanzitutto, dal dilatare il catalogo dei reati passibili di arresto in flagranza obbligatorio. È quanto realizzato, con il comma 4 del menzionato art. 12 t.u. immigrazione, rispetto alle fattispecie incriminatrici di cui ai precedenti commi 1 e 3⁶¹. Ancora una volta, tuttavia, sarebbe stata sistematicamente preferibile un'originaria diretta interpolazione del *corpus* codicistico e, in particolare, dell'inevi-

⁶⁰ Cfr. Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265; Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2149, con commento di A. MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, *ivi*, 2011, p. 295, con nota di A. MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite* e L. SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*; Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110; Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57, in *Giur. cost.*, 2013, p. 863, con nota di A. MARANDOLA, *Sull'(in)adeguatezza della custodia inframuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero il punto di «non ritorno» degli automatismi in sede cautelare*; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 213; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 232; Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48.

⁶¹ La previsione, pur rimanendo inalterata nella parte che interessa nel testo, è stata oggetto di attenzione con gli interventi novellistici compiuti con il d.lgs. 13 aprile 1999, n. 113 (art. 2 comma 1) e con la legge 15 luglio 2009, n. 94 (art. 1 comma 26, lett. e).

tabilmente enciclopedico catalogo di fattispecie caratterizzate da grave allarme sociale di cui all'art. 380 comma 2 c.p.p. Anche in questo caso, invece, l'iniziale opzione normativa è stata nel senso di una disciplina e di un posizionamento del migrante sempre *extra codicem*. Monadi limitative della libertà personale, sottratte all'ombrello codicistico, rischiano, tuttavia, di rivelarsi maggiormente sensibili a possibili crepe rispetto alla tenuta del sistema di garanzie proprie dell'architettura processuale. È, pertanto, con l'art. 3-*bis* comma 2 d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con mod. in legge 17 aprile 2015, n. 43, che il legislatore sembra manifestare opportuna resipiscenza, inserendo analoga – ma non identica – previsione nell'art. 380 comma 2 c.p.p., arricchito, così, di un'aggiuntiva lett. *m-ter*. Ma la disposizione originaria di cui all'art. 12 comma 4 t.u. immigrazione non scompare, quasi in una logica da *repetita iuvant* in ausilio di possibili operatori disattenti; ma nel mondo del diritto *repetita* non solo sono inutili, ma rischiano piuttosto di rivelarsi dannose. E ciò ancor più in presenza di un ricorso a tecniche normative differenti: il richiamo di natura ovviamente recettizia ai commi 1 e 3 utilizzato all'interno dell'unitario *corpus* dell'art. 12 t.u. immigrazione e quello, invece, recettizio-descrittivo usato nell'art. 380 comma 2, lett. *m-ter*, c.p.p.

Un'evidente progressione in termini di maggiore rigore si realizza, poi, nei confronti dello straniero rientrante illegalmente nel territorio dello Stato e destinatario di un provvedimento di respingimento con accompagnamento alla frontiera (art. 10 comma 2-*quinquies* t.u. immigrazione) o di espulsione (art. 13 comma 13-*ter* t.u. immigrazione)⁶², nei cui confronti dovrà procedersi ad arresto obbligatorio «anche fuori dei casi di flagranza», con una semplificazione della possibilità di pre-cautela condizionata dalla natura di reato permanente attribuita alle fattispecie di riferimento⁶³. La restrizione della libertà personale viene sottratta, così, ancora una volta, alla logica dell'*extrema ratio*, intimamente agganciata al rigore dei «casi eccezionali di neces-

⁶² Sull'evoluzione normativa che ha caratterizzato il legame fra i reati collegati alle espulsioni e l'arresto, v. A. CAPUTO, *Immigrazione e procedimento penale*, cit., p. 563 s.

⁶³ Per una rassegna delle ipotesi di arresto fuori flagranza, v. G. MANTOVANI, *Arresto, fermo e allontanamento d'urgenza dalla casa familiare*, in D. NEGRI (a cura di), *Le indagini preliminari*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 96 s.

sità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge» di cui all'art. 13 comma 3 Cost.⁶⁴. Per il migrante irregolare, le restrizioni divengono, invece, la regola e non l'eccezione, delineandosi uno spesso *fil rouge* che lega saldamente insieme le analoghe previsioni di cui agli artt. 10 comma 2-*quinquies*, 12 comma 4 e 13 comma 13-*ter* t.u. immigrazione⁶⁵. A conseguirne sarà, inoltre, 'a cascata' la possibilità di applicazione, in sede di convalida⁶⁶, di una misura cautelare coercitiva «anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli articoli 274, comma 1, lettera c), e 280» c.p.p. (art. 391 comma 5 c.p.p., come modificato con l'art. 12 legge 26 marzo 2001, n. 128). Limiti che è da ritenere possano essere valicati, tuttavia, esclusivamente in caso di intervenuta convalida dell'arresto, quando cioè la misura precautelare, pur orfana della flagranza, si saldi e tenga in un *continuum* con la misura cautelare, cui la prima apre la strada e tende. S'impone, cioè, la logica di servente relazione espressamente postulata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 223 del

⁶⁴ Criticamente, v., già, V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 99; nonché A. DE CARO, *La riforma del giudizio direttissimo*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza. D.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 173, che si esprime in termini di «palese violazione dei criteri indicati dall'art. 13 Cost.»; L. FILIPPI, *Ma l'arresto per il solo titolo di reato non è conforme all'art. 13 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2020, p. 3547 ss., pur se relativamente alla diversa ipotesi di arresto fuori flagranza prevista nell'art. 9 legge 27 dicembre 1956, n. 1423, *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza pubblica e la pubblica moralità*, previsione ritenuta, tuttavia, pienamente conforme al dettato dell'art. 13 Cost., dalla stessa Corte costituzionale. Come può leggersi, fra l'altro, in Corte cost., 17 maggio 1989, n. 293, la rinuncia alla verifica della flagranza viene giustificata – richiamandosi anche precedenti pronunce – con il possibile verificarsi di contesti di urgenza che impongano la limitazione della libertà personale, sottolineandosi come l'iniziativa coinvolga soggetti nei cui confronti si siano verificate situazioni di pericolosità sociale e che abbiano violato gli obblighi loro imposti, ipotesi non del tutto dissimili da quella di trasgressione ad opera dello straniero rispetto ai provvedimenti di espulsione, di cui all'art. 13 commi 13 e 13-*bis* t.u. immigrazione.

⁶⁵ Cfr. A. CAPUTO, *Immigrazione e procedimento penale*, cit., p. 530 e 565; E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., p. 299.

⁶⁶ A dire il vero, manca, nell'art. 13 comma 13-*ter* t.u. immigrazione, ogni riferimento al procedimento di convalida (come comune, tuttavia, anche a molte altre analoghe previsioni), ma la garanzia giurisdizionale «dovrebbe comunque risultare linearmente dall'art. 13 c. 3 Cost. – trattandosi di misura di polizia», così M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 9^a ed., Utet, Milano, 2022, p. 963.

luglio 2004, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 comma 5-*quiquies* t.u. immigrazione, «nella parte in cui stabilisce che per il reato previsto dal comma 5-*ter* del medesimo art. 14 è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto»⁶⁷. Incostituzionalità derivante dall'essere previsto «l'arresto obbligatorio per un reato contravvenzionale, per di più sanzionato con una pena detentiva, l'arresto da sei mesi a un anno, di gran lunga inferiore a quella per cui il codice ammette la possibilità di disporre misure coercitive», con conseguente preclusione per «il giudice chiamato a pronunciarsi sulla convalida dell'arresto per il reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, del decreto legislativo n. 286 del 1998 [...] di disporre la custodia cautelare in carcere e, più in generale, qualsiasi misura coercitiva»⁶⁸. Ma per il legislatore non è la materia della libertà personale a dover subire condizionamenti dagli equilibri qualificatori e sanzionatori prescelti in fase di incriminazione delle condotte dello straniero, bensì sono questi ultimi a non dover integrare ostacolo alle restrizioni e a doversi piegare in funzione del raggiungimento del risultato securitario. L'immediata risposta all'intervento garantista della Corte costituzionale è stata finalizzata, quindi, a una sua brusca e fulminea neutralizzazione⁶⁹, attraverso un, «tutt'altro che ragionevole»⁷⁰ se non «abnorme»⁷¹, irrigidimento sanzionatorio delle fattispecie coinvolte e la mutazione gene-

⁶⁷ Cfr. Corte cost., 15 luglio 2004, n. 223, in *Giur. cost.* 2004, p. 2358, con nota di S. ALLEGREZZA, *Incostituzionale l'arresto obbligatorio dello straniero inottemperante all'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale*, *ivi*, p. 4697, e in *Cass. pen.*, 2004, p. 3990, con nota di E. GALLUCCI, *Illegittima la previsione dell'arresto da parte della polizia giudiziaria dell'autore di contravvenzioni*, e in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 299, con nota di E. CALCAGNO, *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*; in argomento cfr. anche A. CAPUTO, *Immigrazione e procedimento penale*, cit., p. 565; G. MANTOVANI, *Arresto, fermo e allontanamento d'urgenza dalla casa familiare*, cit., p. 77. In prospettiva più generale, definisce quelle pre-cautelari «sub cautele: precludono all'eventuale misura disposta dal giudice; e ne garantiscono l'esecuzione», F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 488.

⁶⁸ Corte cost., 15 luglio 2004, n. 223, cit., § 3.1.

⁶⁹ Di «un orientamento teso a sterilizzare il significato della pronuncia del giudice delle leggi», riferisce A. CAPUTO, *Immigrazione e procedimento penale*, cit., p. 565.

⁷⁰ G. VARRASO, voce *Immigrazione* – (*dir. proc. pen.*), cit., p. 617.

⁷¹ Così, E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., p. 299, che stigmatizza l'aver «eretto un severissimo apparato repressivo».

tica delle contravvenzioni in delitti, operati con il d.l. 14 settembre 2004, n. 241, *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione*, conv. con mod. in legge 12 novembre 2004, n. 271⁷².

È da riconoscersi, inoltre, come l'irrelevanza dello stato di flagranza, dando vita a una misura pre-cautelare eterodossa, orfana di specifici presupposti normativi⁷³, riduca considerevolmente i margini valutativi del giudice per le indagini preliminari chiamato alla convalida⁷⁴. L'arresto obbligatorio *sine* flagranza si trasforma, infatti, in un arresto dalla conseguente convalida anch'essa pressoché obbligatoria, con evidente svilimento della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., che viene assorbita, così, in quella di legge, che rimane l'unico reale argine a un operare dell'autorità di pubblica sicurezza ancorato al solo titolo di reato. Se, infatti, il giudice della convalida è comunemente chiamato a verificare «se ricorrano gli estremi della flagranza e sia configurabile, con riguardo alle connotazioni del caso concreto, una delle ipotesi criminose che consentono l'arresto»⁷⁵, la scomparsa della flagranza e una fattispecie incriminatrice di non complessa ricostruzione fattuale, qualificano in chiave meramente notarile il suo operato in caso di arresto per illecito ingresso nel territorio dello Stato dello straniero espulso, di cui all'art. 13 t.u. immigrazione, circoscrivendosi il compito del giudice alla mera verifica della «corretta qualificazione giuridica data al fatto dagli organi di polizia giudiziaria»⁷⁶.

⁷² Opzioni normative ritenute insindacabili da Corte cost., 2 febbraio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, p. 176, con nota di D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, pur se la Corte non manca di «rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri e le disarmonie del quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato». La Corte non si contraddice, poi, con Corte cost., 7 marzo 2008, n. 52.

⁷³ Cfr. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 963.

⁷⁴ Cfr. A. DE CARO, *La riforma del giudizio direttissimo*, cit., p. 173.

⁷⁵ Cass., Sez. IV, 27 gennaio 2005, n. 19289, De Stefano, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 50.

⁷⁶ G. VARRASO, voce *Immigrazione* – (*dir. proc. pen.*), cit., p. 617.

6. (segue) Il fermo comune *ex art. 384 c.p.p.*

Spostando lo sguardo alle misure pre-cautelari disciplinate, in chiave generale, all'interno dell'ordito codicistico, ai sensi dell'art. 384 comma 1 c.p.p., come interpolato con l'art. 11 legge 26 marzo 2001, n. 128, *Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini*, merita sottolineare che il «fondato pericolo di fuga [...] della persona gravemente indiziata di» gravi delitti, presupposto per l'esecuzione di un fermo, può essere desunto anche dall'«impossibilità di identificazione dell'indiziato». L'intervento novellistico del 2001 ha avuto carattere generale e non si inserisce in alcun espresso schema di doppio binario, essendo applicabile a qualsiasi «persona gravemente indiziata di» gravi delitti, ma a essere estremamente nitido sullo sfondo è il riferimento alle concrete difficoltà operative di investigatori alle prese con indiziati, non necessariamente stranieri, ma principalmente stranieri, individuati, ma non compiutamente identificabili, spesso anche per il reiterato ricorso a una molteplicità di *alias*. In filigrana si intravede, allora, ancora una volta, il *fil rouge* della logica del nemico e del senso di insicurezza che vi è alla base, causato da colui che non si conosce e che non si fa riconoscere. Un'interpolazione, questa, di inizio millennio, dall'evidente intento pedagogico-catechizzante, finalizzata a un innalzamento del livello di attenzione degli investigatori, delineandosi una sorta di *favor* verso la pre-cautela a carico di chi non brilla per particolari intenti collaborativi. Di una novella che amplia la porta di accesso a una limitazione pre-cautelare della libertà personale si impone, però, una interpretazione restrittiva, rigorosamente orientata «in una prospettiva costituzionalmente ortodossa»⁷⁷, unica via per una piena compatibilità con i, già menzionati, «casi eccezionali di necessità ed urgenza», postulati in Costituzione (art. 13 comma 3 Cost.), i soli in grado di legittimare un intervento affidato provvisoriamente all'autorità di pubblica sicurezza. L'innesto normativo è da considerarsi, pertanto, alla stregua di una mera esemplificazione di uno dei molteplici possibili marcatori qualificati di pericolo di fuga; magari uno dei maggiormente puntuali proprio quando si incappi in uno straniero, ma pur sempre un mero indizio, che assume rilievo solo «se

⁷⁷ P. SECHI, *Commento all'art. 11 l. 26 marzo 2001, n. 128*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 444.

la circostanza risulti idonea a far ritenere in concreto sussistente tale pericolo»⁷⁸ di fuga. Pericolo che rimane, quindi, anche in queste ipotesi, un autonomo presupposto da dimostrare di volta in volta, senza che l'impossibilità di identificare il soggetto possa da sola e in astratto assurgere a indice in grado di innescare automatismi legittimanti la pre-cautela, quale sintomo inequivoco di pericolo di allontanamento⁷⁹. Il mancato riferimento a qualsivoglia specifico comportamento ostruzionistico del soggetto da fermare conduce, pertanto, esclusivamente all'ovvia sottolineatura secondo cui la «probabilità che l'inquisito faccia perdere le proprie tracce è maggiore qualora di tale soggetto non si conoscano neanche le generalità»⁸⁰. Una diversa «presunzione *iuris et de iure* della sussistenza del pericolo di fuga in tutti i casi in cui sia difficile accertare [...] le esatte generalità dell'indagato» comporterebbe, invece, uno stravolgimento della «natura dell'istituto del fermo»⁸¹, allontanando, come detto, dai «casi eccezionali», colonna fondante l'intera architettura dell'art. 13 comma 3 Cost.

L'intervento riformistico si rivela, pertanto, almeno superfluo, dal momento che il possibile rilievo di indizi qualificati di fuga non era certo escluso dal silenzio della previsione e rischia oggi di entrare in frizione con un'altra più mirata previsio-

⁷⁸ Così, in un procedimento per ricettazione e commercio di prodotti con marchi contraffatti a carico di due soggetti «ai quali risultavano attribuite più identità dal casellario centrale del Ministero dell'Interno», Cass., Sez. II, 7 aprile 2010, p.m. in c. Sambe Mamadou, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2193. Cfr. pure, in senso parzialmente conforme, e anche in tema di pericolo di fuga quale esigenza cautelare, *ex art.* 274 comma 1, lett. b, c.p.p., Cass., Sez. I, 10 gennaio 2006, n. 5244, in *Riv. pen.*, 2007, p. 327; Cass., Sez. III, 18 dicembre 2003, n. 4089, *ivi*, 2005, p. 498; Cass., Sez. IV, 2 luglio 2002, n. 31065, in *C.e.d.*, n. 222228; Cass., Sez. I, 9 febbraio 1998, n. 780, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 116; Cass., Sez. II, 4 dicembre 1997, n. 6924, in *Cass. pen.*, 1999, p. 182; Cass., Sez. I, 14 ottobre 1996, n. 5178, *ivi*, 1997, p. 3073; Cass., Sez. III, 5 luglio 1994, n. 2250, *ivi*, 1995, p. 1573; Cass., Sez. VI, 10 febbraio 1994, n. 450, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1253; Cass., Sez. I, 21 ottobre 2003, n. 4352, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2225; Cass., Sez. I, 9 febbraio 1998, n. 780.

⁷⁹ Cfr. P. SECHI, *Commento all'art. 11 l. 26 marzo 2001, n. 128*, cit., p. 444.

⁸⁰ R. GIOVAGNOLI, *L'applicazione delle misure cautelari in sede di convalida dell'arresto: ulteriori deroghe al requisito del limite di pena*, in G. SPANGLER (coord. da), *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (c.d. "pacchetto sicurezza")*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 193.

⁸¹ Cass., Sez. II, 7 aprile 2010, p.m. in c. Sambe Mamadou, cit., in motivazione.

ne, l'art. 349 comma 4 c.p.p.⁸². Se l'intento del legislatore era impedire la fuga, l'art. 384 c.p.p. era, infatti, già sufficiente, mentre, sul differente piano dell'«identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini», la polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 349 comma 4 c.p.p., era già legittimata a procedere a una sorta di 'fermo identificativo' mediante accompagnamento coattivo presso i propri uffici⁸³, di natura non precautelare⁸⁴, che guarda già espressamente anche al non cittadino, nel prevedere una dilatazione «non oltre le ventiquattro ore», del trattenimento presso gli uffici della polizia giudiziaria, qualora «occorra l'assistenza dell'autorità consolare o di un interprete», «evidenti ipotesi riferibili a stranieri»⁸⁵.

7. (segue) Il giudizio direttissimo

Ritornando ancora alla legislazione speciale in materia di immigrazione clandestina, alla generalizzata obbligatorietà dell'arresto (eventualmente anche fuori flagranza) si salda l'ulteriore previsione *extra codicem* di ipotesi di giudizio direttissimo anch'esso obbligatorio (artt. 10 comma 2-*quinquies*, 13 comma 13-*ter* e 14 comma 7-*ter* t.u. immigrazione)⁸⁶, in un *continuum* procedimentale teso a un 'fulmineo' traghettamento del migrante indesiderato verso condanna ed espulsione.

A far data dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, *Misure urgenti in materia di sicurezza*, conv. con mod. in legge 24 luglio 2008, n. 125, in realtà, anche la disciplina codicistica conosce il giudizio direttissimo conseguente ad arresto già convalidato dal giudice per le indagini preliminari quale ipotesi obbligatoria, in seguito alla sostituzione, nell'art. 449 comma 4 c.p.p., della locuzione «può, altresì, procedere» con il modo verbale apparentemente vincolante «procede». La novella codicistica, dall'evidente fun-

⁸² Cfr. R. GIOVAGNOLI, *L'applicazione delle misure cautelari in sede di convalida dell'arresto*, cit., p. 193.

⁸³ Cfr. P. FELICIONI, voce *Identificazione personale*, in *Enc. giur.*, vol. VII, 2007, p. 229.

⁸⁴ Cfr. R. GIOVAGNOLI, *L'applicazione delle misure cautelari in sede di convalida dell'arresto*, cit., p. 194.

⁸⁵ G. FRIGO, *Straniero «cacciato» senza garanzie*, in *Guida dir.*, 2005, n. 33, 2007, p. 80.

⁸⁶ Cfr. E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo*, cit., p. 299; G. VARRASO, voce *Immigrazione - (dir. proc. pen.)*, cit., p. 617 s.

zione pedagogica più che precettiva, contiene, tuttavia, un'importante clausola di salvezza, volta a mitigare proprio la declamata obbligatorietà e relativa all'eventualità che si riveli necessario proseguire con le indagini. L'invalidabile obbligatorietà del giudizio direttissimo nei confronti dello straniero *in vinculis de paupera*, invece, il pubblico ministero, che dovrebbe mantenere il dominio delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, di ogni alternativa rispetto al diretto traghettamento dell'arrestato dalla 'cella' alla fase dibattimentale e ciò anche qualora il *dominus* delle indagini dovesse necessitare di un completamento investigativo⁸⁷. Pure in queste ultime ipotesi, infatti, l'originaria iniziativa coercitiva della polizia giudiziaria condizionerebbe irrimediabilmente il successivo *iter* processuale, incanalandolo lungo il binario dell'anticipazione dibattimentale, imponendo al pubblico ministero la modalità di esercizio dell'azione. La non celata *intentio legis* è, a ogni evidenza, quella di ottenere, mediante il binomio arresto obbligatorio-direttissimo obbligatorio, un automatico meccanismo di rapido approdo dibattimentale di ogni *notitia criminis* riconnessa ai mancati allontanamenti dal territorio statale, che vengono comunemente a conoscenza degli investigatori proprio in seguito all'arresto del migrante irregolare.

Un fragile supporto in favore di una diversa interpretazione che consenta al pubblico ministero di riappropriarsi delle proprie prerogative investigative e della piena titolarità nell'esercizio dell'azione penale può essere rintracciato, tuttavia, nella clausola generale, contenuta nelle norme di coordinamento del codice di rito, che estende la complessiva portata operativa di quest'ultimo, solennemente statuita nell'art. 1 c.p.p., ai «procedimenti relativi a tutti i reati anche se previsti da leggi speciali» (art. 207 coord. c.p.p.). Se ne può ricavare che le atipicità degli istituti processuali «dovranno essere ristrette nei limiti di una reale marginalità»⁸⁸, evitandosi frammentazione e pluralità di percorsi procedimentali, il tutto in ossequio al «primato delle norme

⁸⁷ Cfr. G. VARRASO, voce *Immigrazione* – (*dir. proc. pen.*), cit., p. 618.

⁸⁸ E. MARZADURI, *Commento all'art. 1*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Utet, Torino, 1989, p. 66; cfr. A. GIARDA, *Commento all'art. 1*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 3^a ed., vol. I, Wolters Kluwer-Ipsos, Milano, 2017, p. 291.

processuali di carattere generale che, se non derogate in via espressa o del tutto incompatibili con la stessa *lex posterior specialis*, ne integrano la disciplina, dovendosi preferire una lettura che riduca al minimo i caratteri di atipicità dei riti *extra codicem*»⁸⁹. Ne consegue la specialità dei soli casi di attivazione del rito atipico, con la prevalenza, invece, della struttura tipica e dei relativi equilibri e, in particolare, dei modi, delle tempistiche codicistiche e del presupposto di una raggiunta completezza investigativa, giacché le lacune nel materiale a disposizione del pubblico ministero impongono ulteriori indagini nei tempi massimi previsti nell'art. 449 comma 4 c.p.p.⁹⁰, decorsi i quali dovrà procedersi con le forme ordinarie, non giustificandosi più la rinuncia all'udienza preliminare. Mentre, qualora non vi sia margine per un'integrazione investigativa, l'unica strada percorribile rimane la richiesta di archiviazione.

8. (segue) La sospensione dell'ordine di esecuzione della pena

Un, pur breve, cenno merita, infine, 'l'attacco a tenaglia' subito dallo straniero irregolare, sul piano delle astratte previsioni sostanziali di parte generale e su quello, solo apparentemente distante, dell'avvio della fase dell'esecuzione penale, successivamente al passaggio in giudicato di una pronuncia di condanna.

Attacco realizzatosi attraverso il menzionato d.l. n. 92 del 2008, con il cui art. 1 comma 1, lett. *f*, era stata giustapposta al catalogo delle circostanze aggravanti comuni la nuova ipotesi della clandestinità, coinvolgente chi avesse «commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale» (art. 61 comma 1, n. 11-*bis*, c.p.)⁹¹, in ossequio a un supposto indice di presunta maggiore pericolosità determinato dallo stigma del

⁸⁹ G. VARRASO, voce *Immigrazione* – (*dir. proc. pen.*), cit., p. 618.

⁹⁰ Cfr. G.i.p. Trib. Pisa, 6 agosto 2008, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p. 87, in tema di rispetto dei termini di cui all'art. 449 c.p.p. e «giudizio direttissimo previsto dall'art. 14 comma 5-*quinquies*, d.lg. 286/98», nello specifico «fissato a distanza di ben quattro mesi dall'arresto», p. 88.

⁹¹ Sulla novella, v. G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634; G.L. GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in *AA.VV.*, "Decreto sicurezza": tutte le novità, Ipsoa, Milano, 2008, p. 27 s.; L. MASERA, *Le misure del pacchetto sicurezza in materia di immigrazione*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ, (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappi-

‘peccato originale’ conseguente all’ingresso in clandestinità nel nostro Paese, ciò che avrebbe dovuto rendere, in maniera automatica, maggiormente grave qualsivoglia reato commesso dallo straniero irregolare. Un’innovativa, ma non sorprendente, aggravante il cui riconoscimento, chiudendo un ideale cerchio di riprovazione verso un autore scomodo, piuttosto che verso una modalità di illecito⁹², inibiva, poi, al momento del passaggio in giudicato della condanna, la sospensione della relativo ordine di esecuzione, con una nuova ipotesi, innestata, con l’art. 2 comma 1, lett. *m*, d.l. n. 92 del 2008, nel corpo, troppo spesso oggetto di attenzioni novellistiche, dell’art. 656 comma 9, lett. *a*, c.p.p.

Un’ulteriore causa ostativa della sospensione delle pene detentive brevi del tutto estranea rispetto all’originario contenuto della medesima lett. *a*, riconducibile, invece, non a caratteristiche personali del condannato, bensì all’astratta gravità dei reati accertati, la cui graduazione ai fini dell’individuazione delle fattispecie ostative è affidata alla discrezionalità del legislatore⁹³. Una causa ostativa eterogenea, inoltre, anche rispetto alla pregressa condizione processuale di privazione della libertà personale del condannato di cui alla lett. *b* del medesimo art. 656 comma 9 c.p.p. Ed è stato necessario attendere, ancora una volta, il meritorio intervento della Corte costituzionale – costretta ai ‘lavori forzati’ a protezione dello straniero –, affinché il sistema fosse emendato⁹⁴, in entrambi i versanti

chelli, Torino, 2008, p. 5 s.; A. PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Immigrazione*, cit., p. 42 s.

⁹² Cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 101 s.

⁹³ Come sottolineato, ad esempio, da Corte cost., 27 settembre 2019, n. 216, che ha ritenuto non irragionevole la scelta del legislatore di inibire, sulla base di una presunzione di pericolo, la sospensione dell’ordine di esecuzione rispetto alle condanne per furto in abitazione, di cui all’art. 624-bis comma 1 c.p., diversamente dalle altre ipotesi di furto aggravato o, in particolare, di furto con strappo, il cui originario inserimento nel *corpus* dell’art. 656 comma 9, lett. *a*, c.p.p. era stato dichiarato incostituzionale con la precedente Corte cost., 1° giugno 2016, n. 125, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1003, con nota di L. CARACENI, *Ancora una bocciatura per l’art. 656 comma 9 c.p.p.: ripristinata, seppur in parte, la ragionevolezza del meccanismo di sospensione delle pene detentive brevi* e in *Cass. pen.*, 2016, p. 3179, con osservazioni di E. APRILE.

⁹⁴ V. Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2996, con nota di F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?* e p. 3984, con nota di D. VICOLI, *Con la circostanza aggravante della clandestinità, cade anche il divieto di sospendere l’ordine di esecuzione*, nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1349, con nota di L. MASERA, *Corte*

sostanziale⁹⁵ e processuale⁹⁶, da un'irragionevole, perché in aperta violazione del principio di offensività, figura costruita intorno a una tipologia di autore, caratterizzato solo dal marchio di straniero irregolarmente su un patrio suolo da difendere a qualsiasi prezzo da invasori che spaventano o, forse, *recitius*, che si vuole spaventino.

9. Processo penale e assistenza linguistica

Nell'ambito di un ulteriore piano di riflessione, deve sottolinearsi come “straniero” voglia dire, in primo luogo, multilin-

costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3741, con nota di F. NUZZO, *Appunti sulla incostituzionalità dell'art. 61, n. 11-bis, c.p.* e in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1172, con nota di L. DEGL'INNOCENTI-S. TOVANI, *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. Aggravante di clandestinità*; v. anche D. PERRONE, *L'aggravante della clandestinità: un ritorno alle presunzioni di pericolosità sociale scongiurato dalla Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 2010, p. 317; G. RICCARDI, *La doppia 'percezione' della clandestinità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: l'aggravante 'illegittima' ed il reato 'ragionevole' nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, cit., p. 81; F. RINALDI, *Con il "discriminante" (dell'aggravante di clandestinità) l'"equazione" (di costituzionalità) risulta impossibile. Un dispositivo retto da una motivazione quasi "matematica"*, in www.forumcostituzionale.it.

⁹⁵ In termini di «esito obbligato», rispetto a una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis c.p., si esprimeva già G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 747; nello stesso senso, cfr. G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, *ivi*, 2008, p. 1634 s. Ne è derivata, per le condanne già in esecuzione, l'applicabilità dell'art. 673 c.p.p. per la rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione, v. Cass., Sez. I, 24 febbraio 2012, n. 19361, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, p. 526; sulle conseguenze della dichiarazione d'incostituzionalità sui giudizi in corso, v. Cass., Sez. VI, 17 novembre 2010, Natri, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1348, con nota di M. GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento?*.

⁹⁶ Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, cit., ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11-bis, del codice penale; [... e], in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, limitatamente alle parole "e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11-bis), del medesimo codice», giacché la scomparsa dal panorama normativo dell'aggravante presupposto del limite processuale rendeva parzialmente priva di oggetto la menzionata lett. a del comma 9 dell'art. 656 c.p.p.

guismo e, conseguentemente, possibili difficoltà comunicative in grado di amplificare il disagio di soggetti a qualsiasi titolo coinvolti nell'ambito di un procedimento penale⁹⁷ a loro *extra-neus*.

D'interesse, in proposito, la riflessione, dalla prospettiva del linguista, di Tullio De Mauro, che, parafrasando le parole del Don Giovanni mozartiano – «*In Europa son già 103*» –, stigmatizza proprio l'eccessivo multilinguismo⁹⁸ in grado di minare le democrazie moderne, giacché condizione fondante di vita della *pólis* è la comunanza di espressione⁹⁹. In Italia, in particolare, le lingue 'altre' comunemente parlate dagli stranieri residenti sono, nell'ordine di maggiore diffusione, il rumeno, l'arabo, l'albanese, lo spagnolo, il cinese, il russo, l'ucraino, il francese e gli idiomi della ex-Jugoslavia, cui dovrebbe aggiungersi poi, per quel che qui interessa, il molto più variegato e complesso mondo delle lingue parlate dai non residenti che anche per mero accidente incappino nelle maglie della giustizia italiana, con un sistema processuale che deve far i conti quotidianamente con una realtà che richiama alla mente l'episodio della *Genesi* della Torre di Babele, quando «il Signore», vedendo «la città e la torre che i figli degli uomini stavano costruendo», disse «scendiamo dunque e confondiamo la loro lingua, perché non comprendano più l'uno la lingua dell'altro» e «il Signore confuse la lingua di tutta la terra»¹⁰⁰.

Sul piano normativo, non possono non prendersi le mosse dal par. 2 dell'art. 82 del Trattato di Lisbona, nel suo prevedere l'adozione, da parte di Parlamento europeo e Consiglio, di norme minime che concernano, fra l'altro, i diritti delle persone nel processo penale e, più in particolare, dalla Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 30 novembre 2009, relativa alla c.d. *roadmap* 'per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali', poi integrata nel 'programma di Stoccolma' del Consiglio europeo (2010/C 115/01).

⁹⁷ «Nelle democrazie contemporanee, uno degli ostacoli più rilevanti di accesso alla giustizia è rappresentato dalla lingua», così M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. XV. Cfr. anche G. MAROTTA-G. VASATURO, *Vulnerabilità e processo penale*, cit., p. 149.

⁹⁸ Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 5.

⁹⁹ Cfr. T. DE MAURO, *In Europa son già 103. Troppe lingue per una democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

¹⁰⁰ *Genesi*, 11, 5-9.

Con la citata Risoluzione del novembre 2009, il Consiglio dell'Unione Europea rinsalda le fondamenta della ancora non completa costruzione di uno spazio europeo di giustizia, sicurezza e libertà, affiancando all'evoluzione del principio del mutuo riconoscimento, architrave della cooperazione giudiziaria, i primi mattoni di ciò che del mutuo riconoscimento avrebbe dovuto rappresentare il precedente logico, ovvero l'armonizzazione delle singole normative processuali, attraverso l'individuazione di fasce minime di diritti indefettibili.

L'originaria *roadmap* indicava le sei priorità del Consiglio in una progressione estremamente significativa che vedeva in vetta il diritto all'interpretazione e alla traduzione. «Il primo “diritto europeo” riconosciuto ai protagonisti del processo penale»¹⁰¹, implementato con la Direttiva 2010/64/UE¹⁰², quale diritto fondamentale della difesa, che integra «*the first EU fair trial law*», secondo la definizione di Sarah Ludford, *rappporteur* durante la trattazione nell'aula del Parlamento europeo¹⁰³. Un diritto presupposto di ogni altro nella prospettiva di un contesto multilinguistico e multiculturale nel quale «la fiducia reciproca dipende anzitutto dalla qualità comunicativa»¹⁰⁴. Non si trattava, in realtà, di garantire un autonomo diritto, al quale far seguire, poi, la garanzia di altri, cercando meramente di delineare una arbitraria gerarchia di valori, nell'ambito della quale da qualche parte dovevasi pur cominciare. Un'Europa senza confini interni per i suoi cittadini e non solo per le sue merci, presuppone, infatti, un contesto territoriale all'interno del quale ci si possa comprendere anche a prescindere dalle competenze del singolo e ciò specialmente nei momenti più delicati della vita di ogni soggetto, quale certamente è il coinvolgimento, a qualsiasi titolo, in un procedimento penale.

Il diritto alla interpretazione e alla traduzione è, pertanto, quale diritto a una piena consapevolezza del proprio ruolo processuale, il diritto che, in cima a una sorta di scala funzionale, è in grado di condizionare la piena effettività di quelli ulteriori,

¹⁰¹ M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. XV.

¹⁰² Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Gazz. Uff. UE*, 26 ottobre 2010.

¹⁰³ Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 98.

¹⁰⁴ M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, p. XV.

che contribuisce a integrare, come un vero «meta-diritto, ossia una posizione giuridica soggettiva funzionalmente prioritaria rispetto a ogni altro diritto»¹⁰⁵.

10. (segue) Il diritto all'assistenza linguistica

Aristotele, nella sua *Politica*, evidenziava come «la voce è segno del piacere e del dolore e perciò l'hanno anche gli altri animali, in quanto la loro natura giunge fino ad avere e a significare agli altri la sensazione del piacere e del dolore. Invece la parola serve a indicare l'utile e il dannoso, e perciò anche il giusto e l'ingiusto. E questo è proprio dell'uomo rispetto agli altri animali: esser l'unico ad avere nozione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto»¹⁰⁶. E di estremo significato è proprio l'accostamento parola-giustizia, dove il linguaggio è anche piena comprensione del significato di ciò che viene detto e statuito e del come viene statuito.

E se la comunicazione e, quindi, la lingua rappresentano un elemento connaturato alla dimensione umana, il multilinguismo è una delle caratteristiche, certo non esclusiva, ma maggiormente qualificante il panorama eurounitario. Nel prisma continentale, il diritto all'assistenza linguistica è un fondamentale diritto di cittadinanza, quale cittadinanza europea, in grado di propagare i propri benefici effetti, sulla spinta del principio di non discriminazione, in favore di qualsiasi soggetto alloglotto. Come tale, è un diritto che supplisce all'insuccesso del sogno di una nuova lingua europea artificiale: l'esperanto. Sogno nato a fine ottocento e tanto di moda alla fine degli anni novanta dello scorso secolo. Il processo penale è luogo di conflitti e conflittualità, nel quale si scaricano tensioni forti, ciò che permette di richiamare la stessa etimologia del nome esperanto: la lingua dell'esperante, di colui che spera nella pace e nella giustizia che

¹⁰⁵ M. GIALUZ, *op. loc. ult. cit.*, p. XV; cfr. anche L. PARLATO, *L'assistenza linguistica come presupposto delle garanzie dello straniero*, in V. MILITELLO-A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti*, cit., p. 87 ss.

¹⁰⁶ ARISTOTELE, *Politica*, trad. it. C.A. Viano, vol. I, BUR, Milano, 2002, p. 77 ss.; cfr., in proposito, J.J. ROUSSEAU, *Saggio sull'origine delle lingue*, trad. it. G. Gentile, Guida, Napoli, 1984, p. 43, che proprio, rifacendosi al pensiero aristotelico, sottolinea come «la parola distingue l'uomo fra gli animali: il linguaggio distingue le nazioni tra loro».

può garantirla. E nella prospettiva del legislatore europeo, la tutela linguistica finisce con il travalicare l'esplicazione delle sole prerogative difensive, acquisendo, invece, una più ampia e avvolgente portata di componente primaria per la garanzia di un equo processo, con un legame funzionale che può farsi risalire già alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 1999, nel loro postulare la costruzione di «uno spazio autentico di sicurezza, in cui i cittadini possano rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nel loro»¹⁰⁷.

In tale contesto, il diritto all'assistenza linguistica non può essere ricondotto al solo *status* di straniero o apolide, dovendosene ampliare la portata anche al cittadino non in grado di padroneggiare la lingua italiana, ipotesi da ritenere sempre più limitata, ma non inverosimile, pur se «fino a prova contraria, il cittadino è presunto italoglotta»¹⁰⁸. Di converso, rispetto allo straniero, la portata del diritto va circoscritta, rivelandosi la nomina dell'interprete o del traduttore imprescindibile atto dovuto solo in presenza dell'infedeltà presupposto di un'accertata incapacità di comprensione della lingua italiana¹⁰⁹, da verificare, di volta in volta, in concreto, eventualmente su esplicita sollecitazione delle parti e con elementi di convincimento ricavabili anche dalle precedenti attività processuali dell'imputato¹¹⁰ incompatibili con una garanzia che il soggetto deve 'meritare', divenendo altrimenti esclusivo aggravio per l'erario e il procedimento. Siamo in presenza, pertanto, di un diritto la cui operatività è ancorata a un tecnico onere della prova in capo al beneficiario,

¹⁰⁷ *Conclusioni della Presidenza. Consiglio Europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 303.

¹⁰⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 328. Circa la previsione della presunzione di conoscenza della lingua italiana da parte del cittadino italiano fino a prova contraria, di cui all'art. 143 comma 4 (già comma 1) c.p.p., si sottolinea nella *Rel. testo def. c.p.p.*, p. 179, come, in un contesto di «poche modifiche di carattere formale», sia stata inserita «al fine di evitare possibili "strumentalizzazioni"».

¹⁰⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 29 maggio 2008, Ivanov, in *C.e.d.*, n. 239693; nonché, circa la posizione di un testimone di lingua romena, Cass., Sez. III, 22 aprile 2021, Lo Presti, *ivi*, n. 281347-01; conf. Cass., Sez. II, 19 giugno 2018, Khadraoui, *ivi*, n. 273246-01.

¹¹⁰ Cfr., Cass., Sez. II, 19 giugno 2018, Khadraoui, cit., che ha valorizzato la circostanza della personale presentazione da parte di un imputato di lingua araba dell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

configurandosi «una lesione del diritto di difesa [...] solo qualora [l'imputato] evidenzi il concreto e reale pregiudizio alle sue prerogative derivante dalla mancata traduzione»¹¹¹. Ci si trova innanzi a una logica compensativa in parte analoga a quella alle spalle del diverso diritto al gratuito patrocinio: in entrambi i casi l'imputato difetta di un patrimonio, prettamente economico, nella seconda ipotesi, di natura linguistica e, quindi, conoscitiva, nella prima.

A far scattare il diritto all'interpretazione sono sia la non conoscenza della lingua italiana che la difficoltà di comprensione della stessa¹¹², situazioni da non assimilare, conseguendone un'ampia discrezionalità nelle mani del giudice nel posizionamento dell'asticella in grado di cernere le difficoltà che escludono una comprensione piena della lingua e, conseguentemente, una partecipazione consapevole al procedimento, dalle difficoltà da qualificare come solo relative in grado di far perdere mere *nuanze* semantiche non significative, gestibili con una media diligenza del soggetto interessato (dovendosi comprendere in questa ampia categoria pure lo stesso giudice)¹¹³.

Come ben noto, il diritto all'interpretazione e quello complementare, ma distinto, alla traduzione sono ormai codicistica-

¹¹¹ Cass., Sez. VI, 6 aprile 2017, M.L., in *C.e.d.*, n. 270491, che ha ritenuto «inammissibile il motivo di ricorso relativo all'omessa traduzione del provvedimento di fermo del ricorrente, rilevando l'aspecificità della censura, valutata alla luce sia delle modalità di svolgimento dell'udienza di convalida in cui il ricorrente, assistito da un interprete, era stato reso edotto dei fatti contestati e degli elementi di accusa a suo carico, sia della successiva traduzione dell'ordinanza applicativa della misura cautelare emessa dal G.i.p.»; analogamente, Cass., Sez. VI, 10 maggio 2016, n. 22814, *ivi*, n. 267941; Cass., Sez. VI, 29 settembre 2015, n. 45457, *ivi*, n. 265521.

¹¹² Cfr., Cass., Sez. II, 19 giugno 2018, Khadraoui, *cit.*; Cass., Sez. II, 4 febbraio 2016, T., in *C.e.d.*, n. 266238.

¹¹³ Natura paradigmatica, circa la problematicità nel definire, di volta in volta, il concreto livello di difficoltà nel cogliere le sfumature semantiche può avere la nota vicenda processuale che ha coinvolto la cittadina americana Amanda Knox, nell'ambito della quale un ruolo fondamentale ha avuto la corretta traduzione dell'espressione, utilizzata dall'imputata in una conversazione privata, «*see you later*», riconducibile a un generico e non impegnativo «ci vediamo» o a uno specifico «ci vediamo dopo», che poteva far presupporre un preciso appuntamento fra gli interlocutori (Amanda Knox e il suo datore di lavoro, Patrick Lumumba), cfr. Corte e.d.u., sez. I, 24 gennaio 2019, Knox c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 2, p. 155, con nota di M. GIALUZ, *La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox*, p. 163.

mente sdoppiati già nella rubrica dell'art. 143 c.p.p., *Diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali*, per come novellato con d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, *Attuazione della Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*¹¹⁴. Analoga esplicita autonomia non si rinviene, invece, nel testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che circoscrive la propria attenzione, nell'art. 6 § 3, lett. *a*, alla sola interpretazione, mentre la traduzione conquista spazio e autonomia alla fine degli anni settanta, grazie allo specifico lavoro della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹⁵. L'insegnamento della Corte europea è, comunque, nel senso della sufficienza dell'aver reso consapevole l'interessato del contenuto di un atto «in una lingua a lui comprensibile»¹¹⁶, senza che si imponga la traduzione scritta di ogni prova documentale o di ogni componente del fascicolo processuale. Traduzione necessaria solo qualora siano le condizioni concrete a richiederla per garantire la comprensione medesima, secondo il tradizionale approccio casistico della Corte. Se diritto all'assistenza di un interprete e/o di un traduttore si muovono già a braccetto nell'art. 8 § 2 dell'*American Convention on Human Rights* del 1969, tale rilievo congiunto si avrà, al di qua dell'oceano, esclusivamente con la Direttiva 2010/64/UE, frutto di una sorta di codificazione proprio della feconda giurisprudenza della Corte europea (ed è fenomeno, quello del diritto di matrice forense, ormai ben noto anche al legislatore nazionale). Direttiva che, pur dovendo indicare norme minime di garanzia e armonizzazione, si è spinta, in realtà, anche oltre gli *standard* precedentemente delineati in via giurisprudenziale.

¹¹⁴ Cfr., per le questioni di diritto intertemporale relative al diritto alla traduzione della sentenza in favore di un alloglotto, nonostante in un verbale di sequestro fosse stato attestato «che l'imputato conosce poco la lingua italiana e non è in grado di leggere gli atti redatti in italiano», Cass., Sez. II, 6 aprile 2016, n. 13697, in *Proc. pen. giust. (web)*.

¹¹⁵ Cfr., inizialmente, Corte e.d.u., 28 novembre 1978, Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania, § 48; e successivamente, Corte e.d.u., 19 dicembre 1989, Kamasinski c. Austria, § 74; Corte e.d.u., Sez. III, 18 novembre 2004, Akbingöl c. Germania; Corte e.d.u., Sez. III, 24 febbraio 2005, Husain c. Italia; per giungere almeno fino a Corte e.d.u., Sez. II, 14 ottobre 2014, Baytar c. Italia, § 49. Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 54, nota 54.

¹¹⁶ Corte e.d.u., 24 febbraio 2015, Husain c. Italia, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3175.

In ambito domestico, l'art. 143 comma 1 c.p.p. si caratterizza per ciò che non sempre si rivela un vero dono, ovvero l'estrema sintesi nel richiamare in apertura la figura dell'«imputato che non conosce la lingua italiana». Maggiormente e più opportunamente analitiche si presentano, invece, le Convenzioni internazionali alle quali, secondo l'espresso dettato dell'alinea dell'art. 2 legge-delega 1987, il codice avrebbe dovuto rifarsi e che fanno riferimento a un imputato che «non comprende o non parla la lingua usata nell'udienza» (art. 6 § 3, lett. e, Conv. e.d.u. e art. 14 § 3, lett. f, Patto int. dir. civ. pol.), plasticamente esplicitando la imprescindibile bi-direzionalità della comunicazione. Bi-direzionalità che la traslazione costituzionale di fine millennio dell'art. 6 Conv. e.d.u. nell'art. 111 Cost. ha riproposto anche nella nostra Carta fondamentale, nel cui *corpus* era, comunque, già individuabile il diritto all'interpretazione come un diritto individuale dell'imputato, diretto a consentirgli quella partecipazione cosciente al procedimento che è parte imprescindibile dell'inviolabile diritto di difesa da garantire, *ex art.* 24 comma 2 Cost., in «favore di ogni uomo (cittadino o straniero)»¹¹⁷.

Il diritto all'interpretazione e alla traduzione ha subito un'evoluzione normativa non particolarmente virtuosa lungo una successione di novelle inutilmente articolata, frutto delle continue sollecitazioni europee, rispetto alle quali raramente l'ordinamento è riuscito a farsi trovare pronto e con le carte in regola. L'art. 143 c.p.p. è stato oggetto, in particolare, di un'ampia riscrittura con il d.lgs. n. 32 del 2014, imposta dalle imperative indicazioni europee, ma tardiva rispetto alla Direttiva 2010/64/UE. Nell'intervallo di lunga attesa prima dell'attuazione della Direttiva del 2010, erano intervenute, inoltre, anche: la Direttiva 2012/13/UE, in materia di comunicazione dei diritti che, nonostante l'evidente natura complementare e integrativa rispetto alla precedente, ha ricevuto attuazione con un decreto legislativo

¹¹⁷ Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, § 2, p. 62, con note di E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali* e V. ANGIOLINI, *Rigetto interpretativo di «di principio» e «regole» legislative* e in *Giur. it.*, 1993, I, c. 1613, con nota di P.P. RIVELLO, *Una tematica spesso trascurata: il procedimento a carico dei soggetti alloggiati*. La Corte ha escluso, in particolare, che l'originaria lettera dell'art. 143 c.p.p. sul diritto all'interprete potesse essere circoscritta ai soli atti orali, interpretazione «nient'affatto plausibile», così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 329.

autonomo, pur se solo di poco successivo rispetto al n. 32 di marzo, ovvero il d.lgs. n. 101 del 2014¹¹⁸; nonché la Direttiva 2012/29/UE, sui diritti minimi da garantire in favore della vittima del reato che, in tema di ampliamento degli spazi operativi della tutela linguistica, riprende principi già della decisione quadro 2001/220/GAI e ha avuto attuazione anch'essa autonoma con il d.lgs. n. 212 del 2015¹¹⁹. Il primo dei tre decreti legislativi appena citati ha necessitato, inoltre, anche di un intervento correttivo e integrativo mediante l'ulteriore d.lgs. n. 129 del 2016¹²⁰. Una *res melius perpensa*, quest'ultima, che rende superfluo ogni commento sulla qualità dell'intervento di due anni prima, mentre a far riflettere è la tempistica della respiscenza non sopravvenuta con gli altri due decreti temporalmente intermedi.

Il catalogo delle cc.dd. direttive di Stoccolma trova concretizzazione europea nel breve periodo di un biennio, attraverso iniziative inserite in un sistema dalle tappe e dalle scadenze sufficientemente predeterminate, cui avrebbe dovuto far seguito una risposta nazionale altrettanto coerentemente sistematica, specialmente nel momento in cui i primi ritardi attuativi hanno collocato le iniziative interne in un contesto di carte europee tutte scoperte, conoscendosi già il contenuto di tre direttive fra loro intimamente interconnesse. L'attuazione dei dettami europei si rivela, invece, frammentata ed eccessivamente didascalica rispetto alle indicazioni contenute nelle singole direttive e, comunque, di corto respiro e *low profile*¹²¹, preoccupata di pervenire a uno scolastico adempimento, *step by step*, del compito assegnato dalle istituzioni europee piuttosto che protesa al perse-

¹¹⁸ D.lgs. 1° luglio 2014, n. 101, *Attuazione della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*.

¹¹⁹ D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, *Attuazione della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*.

¹²⁰ D.lgs. 23 giugno 2016, n. 129, *Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, recante attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penale*.

¹²¹ Cfr. S. CIAMPI, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 24 settembre 2014, p. 21.

guimento di una più ampia visione di sistema e raccordo fra gli interventi che si rivelano, così, slegati.

Un fiato corto del legislatore che si fa sentire pure nel rischio di risposte concrete lontane dagli elevati *standard* di qualità immaginati a livello europeo. *Standard* difficilmente raggiungibili quando a essere stretto sia anche il portafoglio degli uffici giudiziari, ciò che condiziona, sempre quale deprecabile ma ben saldo *fil rouge*, gran parte dell'applicazione giurisprudenziale del diritto all'interpretazione e alla traduzione, indirizzando verso interpretazioni restrittive del parametro dell'essenzialità dell'atto «per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico» di cui al comma 3 dell'art. 143 c.p.p. Un parametro il cui riempimento di contenuto rischia di essere condizionato proprio dall'ulteriore chiave non scritta di carattere economico, che dovrebbe restare fuori dall'aula giudiziaria, ma che, invece, rischia di allontanare dalla medesima interpreti e traduttori. Ancora ben lontana rimane quindi – nonostante l'ingresso anche di «interpretariato e traduzione» fra le categorie «sempre previste» nell'albo dei periti istituito presso ogni tribunale (art. 67 comma 2 disp. att. c.p.p.)¹²² – la chimera di una efficiente professionalizzazione delle figure di riferimento¹²³, che assicuri la qualità del servizio, *rectius* della garanzia, come avrebbe imposto la piena attuazione dell'art. 5 Direttiva 2010/64/UE, dedicato «alla qualità della interpretazione e traduzione». Qualità rispetto alla quale non del tutto superata può dirsi l'amara constatazione di una realtà nella quale «siamo quasi 'all'età della pietra'»¹²⁴. Dell'assistenza interpretativa deve verificarsi, infatti, che possa definirsi «concreta ed effettiva»¹²⁵; parametri che non possono ricondursi alla mera nomina dello specialista, dovendosi riscontrare la qualità della prestazione anche mediante un «controllo a posteriori per quanto riguarda il valore dell'interpretariato fornito»¹²⁶.

¹²² Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 327 s.

¹²³ M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, p. 320 s.

¹²⁴ M. BARGIS, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla Direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, in M. BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 114.

¹²⁵ Corte e.d.u., 4 novembre 2010, Katrisch c. Francia.

¹²⁶ Corte e.d.u., sez. I, 24 gennaio 2019, Knox c. Italia, cit.

La scommessa sulla qualità dell'interpretazione può essere vinta anche con uno sguardo proiettato verso il futuro che valorizzi le vastissime potenzialità dell'Intelligenza artificiale, come coglie anche il libro bianco curato nel 2018 dalla *Task force* dell'Agencia per l'Italia Digitale, *L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino*, ove nell'ampio catalogo dei già possibili utilizzi nella Pubblica amministrazione e, in particolare, nel sistema giudiziario viene ricompresa la possibilità «di comunicare in lingue che non conosciamo»¹²⁷.

Infine, nell'ambito dell'assistenza fornita anche a chi «deve fare una dichiarazione [e] non conosce la lingua italiana» (art. 143-*bis* comma 1 c.p.p.), il diritto all'interprete va esteso pure al testimone¹²⁸ e a tutte le figure a esso equiparate sul versante del rischio di incriminazioni per ipotesi di falso dichiarativo, come chi deponga innanzi al pubblico ministero, al procuratore della Corte penale internazionale o al difensore (artt. 371-*bis*, 371-*ter* e 372 c.p.)¹²⁹. In tali ipotesi, comunque, salvi i rischi

¹²⁷ *Task force* dell'Agencia per l'Italia Digitale, Libro bianco *L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino*, 2018, p. 9. La figura dell'imputato straniero può incrociare, inoltre, la materia dell'Intelligenza artificiale anche sotto altri aspetti, non necessariamente virtuosi. Si evidenzia, infatti, in esordio al *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, pubblicato il 19 febbraio 2020 dalla Commissione europea (COM/2020/65 final, p. 1), come «l'intelligenza artificiale si sta sviluppando rapidamente [e c]ambierà le nostre vite», migliorandone molteplici aspetti, rendendo molti servizi e sistemi più efficienti e aumentando la sicurezza dei cittadini, ma, «al tempo stesso, l'intelligenza artificiale (IA) comporta una serie di rischi potenziali, quali meccanismi decisionali opachi, discriminazioni basate sul genere o di altro tipo», comprese quelle che possono derivare dalla nazionalità. Alcuni algoritmi dell'intelligenza artificiale, ad esempio, «se usati per prevedere il rischio di recidiva di atti delittuosi, possono riflettere distorsioni legate alla razza e al genere, prevedendo probabilità di rischio di recidiva diverse per le donne rispetto agli uomini, oppure per i cittadini di un determinato paese rispetto agli stranieri», con il concreto pericolo dell'accentuarsi di gravi diseguaglianze (in questi termini, S. TOLAN-M. MIRON-E. GOMEZ-C. CASTILLO, *Why Machine Learning May Lead to Unfairness: Evidence from Risk Assessment for Juvenile Justice in Catalonia*, Best Paper Award, International Conference on AI and Law, 2019, richiamati proprio dalla Commissione europea, nel *Libro bianco*, p. 13).

¹²⁸ Cfr. Cass., Sez. III, 22 aprile 2021, Lo Presti, cit.

¹²⁹ «La mancata nomina di un interprete non è causa d'inutilizzabilità né di nullità delle dichiarazioni rese da persona alloggota che non conosca la lingua italiana», così, in una fattispecie in cui «sia la denuncia della persona offesa che il verbale delle sommarie informazioni rese da un'amica erano stati redatti dagli operanti direttamente in lingua italiana, traducendo dall'inglese»,

dell'introduzione nel giudizio di dichiarazioni inattendibili¹³⁰, l'ulteriore questione di una possibile responsabilità penale per false dichiarazioni di chi possa provare di non aver ben compreso il significato delle domande che gli venivano poste si sposta sull'autonomo piano dell'accertamento dell'elemento soggettivo dell'*immutatio veri*.

11. (segue) *L'habitus* processuale di interprete e traduttore

La prescelta architettura processuale condiziona inevitabilmente anche il ruolo dei soggetti che la popolano. È per tale motivo che, nell'art. 326 c.p.p. 1930, l'interprete assumeva l'esplícita veste di ausiliario del giudice. Il riferimento all'interpretazione di uno scritto, una dichiarazione o una deposizione si aveva, infatti, nel contesto di una previsione con protagonista esclusivo il decidente, l'unico soggetto richiamato in tutti e tre i commi della norma, ciò che poneva in secondo piano anche la distinzione concettuale fra le due diverse figure e funzioni dell'interprete e del traduttore. Era lo stesso paradigma inquisitorio a giustificare una scelta esplicitamente focalizzata sulle esigenze di comprensione del solo organo giurisdizionale, guardandosi all'imputato attraverso una lente in parte deformante che lo vedeva principalmente non quale soggetto processuale, bensì quale mero oggetto di prova¹³¹. In tale contesto, «era animale da pena l'imputato e poco male se avesse capito poco o niente dell'evento giudiziario; bastava il difensore, con eventuali soccorsi del giudice onnisciente»¹³², l'unico la cui effettiva comprensione del discutere processuale fosse importante e che andava soccorso per «superare eventuali barriere linguistiche»¹³³.

Risalgono ai fermenti garantistici della metà degli anni '70 gli sforzi maggiormente significativi nella direzione del riconoscimento anche di un diritto a un interprete di parte che fornisce

Cass., Sez. III, 13 febbraio 2020, S., in *C.e.d.*, n. 279276-01; conf. Cass., Sez. II, 18 settembre 2008, Fati, *ivi*, n. 242049.

¹³⁰ V. Cass., Sez. III, 2 ottobre 2013, P., in *C.e.d.*, n. 257597, secondo cui l'assenza dell'interprete può incidere solo sull'attendibilità delle dichiarazioni.

¹³¹ Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 279.

¹³² Utili, anche ai nostri fini, le parole di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 242, in materia di attitudine all'autodifesa dell'imputato incapace.

¹³³ M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 279.

piena attuazione ai principi riconducibili al dettato dell'art. 6 Conv. e.d.u.¹³⁴, cercandosi varchi per una duplicazione dei ruoli. Due ausiliari per due beneficiari; due ausiliari perché due sono i piani sui quali deve operare l'assistenza linguistica: uno oggettivo con nomina d'ufficio e uno soggettivo con nomina di fiducia, onde evitare una sorta di servitore di due padroni. Ed è già l'art. 119 prog. prel. del 1978 a cambiare prospettiva rispetto al codice allora vigente, con una scelta poi confermata nell'attuale art. 143 c.p.p. che – lo si legge nella Relazione al progetto preliminare –, «conferendo allo straniero [*rectius* all'imputato anche non straniero, come poi emendato in sede di redazione del Progetto definitivo di c.p.p.¹³⁵] che non conosce la lingua italiana il diritto di fruire gratuitamente di un interprete per comprendere l'accusa formulata contro di lui e seguire il compimento degli atti processuali a cui partecipa, si uniforma, in attuazione della legge-delega, agli impegni internazionali sottoscritti dall'Italia a questo riguardo»¹³⁶ e, in particolare, all'obbligo di garantire il diritto di «farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza», di cui all'art. 6 § 3, lett. e, Conv. e.d.u., previsione riproposta in modo analogo anche nell'art. 14 § 3, lett. f, Patto int. dir. civ. pol.

In seguito alla virata verso il modello processuale tendenzialmente accusatorio, nel quale protagonista non è più la parola scritta, ma quella orale e le parti acquisiscono entrambe un ruolo attivo nella formazione del materiale cognitivo da offrire al giudice, si accentua, ove possibile, l'esigenza che «lo scibile processuale dev'essere comune ai contraddittori»¹³⁷, che divengono destinatari di una serie di garanzie partecipative, che comportano anche una «vera e propria mutazione genetica» in chiave evolutiva della figura dell'interprete, funzionalmente interessato da una sorta di «rotazione copernicana»¹³⁸. Come accaduto, an-

¹³⁴ Cfr. G. GIOSTRA, *Il diritto dell'imputato straniero all'interprete*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 439, a commento e critica di una netta e comune posizione giurisprudenziale di chiusura rispetto alla valenza garantistica della figura dell'interprete di matrice convenzionale.

¹³⁵ V. *Rel. testo def. c.p.p.*, p. 179.

¹³⁶ *Rel. prog. prel. c.p.p.*, p. 52.

¹³⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 329.

¹³⁸ Le citazioni da S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale: diritto all'interprete e tutela delle minoranze riconosciute*, Cedam, Padova, 2010, p. 44.

che se per differenti ragioni e in senso non figurato, al pubblico ministero, così pure l'interprete, nella non casuale scenografia delle aule penali ove a ogni ruolo corrisponde anche una precisa collocazione scenica, scende idealmente dall'alto dello scranno del giudice e, non più ausiliario al servizio dell'autorità, si avvicina all'imputato quale ausiliario suo; di quell'imputato che adesso apre, quale protagonista assoluto, l'art. 143 c.p.p.

Prima che al processo, infatti, interprete e traduttore servono all'imputato, come confermato anche nel comma 5 dell'art. 143 c.p.p., che relativizza la conoscenza della lingua straniera da parte di giudice, pubblico ministero o ufficiale di polizia giudiziaria. Inevitabilmente, però, l'interprete, nell'agire in ausilio dell'imputato, interviene, al medesimo tempo, pure in ausilio del giudice, giacché un «imputato che non conosce la lingua italiana» (art. 143 comma 1 c.p.p.), oltre a essere un imputato che kafkianamente non comprende la propria posizione nel processo, è pure un imputato che non sa farsi comprendere, non permettendo la conoscenza altrui, perché la comunicazione è sempre, per definizione, un'attività circolare, tra una fonte di informazioni e un destinatario delle medesime ed entrambi devono essere nelle condizioni di coglierne il flusso. Ciò evidenzia ancora la delicata posizione dell'interprete (e del traduttore) che, funzionalmente chiamato a servire in maniera oggettiva il processo al fine di far conoscere la verità¹³⁹, può trovarsi a rivestire gli scomodi panni del 'servitore di due padroni'; e se certo non gli si confà il nome di 'Truffaldino', proprio del protagonista del capolavoro goldoniano, rischia, tuttavia, di servirli male entrambi, con l'aggravante che nessuno dei 'due padroni' di Arlecchino sapeva di condividere il servo, mentre l'imputato alloglotto vede scelto il proprio ausiliario da chi deve giudicarlo. A poter nascere inquinato è il fondamentale rapporto di fiducia che deve crearsi con chi rappresenta il canale obbligato di conoscenza e comprensione. Ciò in un contesto normativo nel quale i possibili motivi di riconsunzione, di cui al combinato-disposto degli artt. 144 e 145 c.p.p.¹⁴⁰, sono finalizzati esclusivamente a garantire

¹³⁹ Cfr. E. LUPO, *Commento agli artt. 146-147*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 193.

¹⁴⁰ Riconsunzione e astensione dell'interprete trovano disciplina nell'art. 145 c.p.p., che richiama espressamente i casi di incapacità e incompatibilità

la qualità dell'interpretazione, con il concreto pericolo che le parti possano «trovarsi come interprete anche una persona nei cui confronti abbiano una grave e reciproca inimicizia»¹⁴¹, diversamente da quanto previsto, ad esempio, per il perito, nell'art. 223 c.p.p. che richiama i più ampi casi di astensione/ricusazione del giudice di cui all'art. 36 c.p.p.

A rimarcare la centralità del diritto all'interpretazione e il cambio di passo avutosi, anche sul punto, con la riforma del 1988 è stata la Corte costituzionale, attraverso l'importante sentenza n. 10 del 1993¹⁴², con la quale, ben prima delle note 'sentenze gemelle'¹⁴³ nn. 348 e 349 del 2007¹⁴⁴, sulla portata dell'art. 117 comma 1 Cost., ha posto nella corretta luce e collocazione, rispetto al diritto interno, le previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, mediante una decisione interpretativa di principio, in grado di delineare una via nuova nella strada della gerarchia fra i trattati e le fonti interne. In tale contesto nuovo, «il diritto dell'imputato ad essere immediatamente e dettagliatamente informato nella lingua da lui conosciuta della natura e dei motivi dell'imputazione contestatagli dev'esser considerato un diritto soggettivo perfetto, direttamente azionabile»¹⁴⁵, e la disposizione che lo prevede deve essere letta come «una clausola generale, di ampia applicazione, destinata ad espandersi e a specificarsi, nell'ambito dei fini normativamente

di cui all'art. 144 c.p.p.; la lettera di entrambe le previsioni fa esclusivo riferimento al solo interprete, ma la loro operatività va estesa anche alla ricusazione del traduttore. Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 336 s.

¹⁴¹ G. UBERTIS, *Commento agli artt. 144-145*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1989, p. 156.

¹⁴² Cfr. Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, cit.

¹⁴³ Cfr. M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564.

¹⁴⁴ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

¹⁴⁵ Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, cit., § 2. In senso analogo, v. già Corte cost., 24 febbraio 1992, n. 62, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale degli artt. 22 e 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), in combinato disposto con l'art. 122 c.p.c., nella parte in cui non consentono ai cittadini italiani appartenenti alla minoranza linguistica slovena nel processo di opposizione ad ordinanze-ingiunzioni applicative di sanzioni amministrative davanti al pretore avente competenza su un territorio dove sia insediata la predetta minoranza, di usare, su loro richiesta, la lingua materna nei propri atti, usufruendo per questi della traduzione nella lingua italiana, nonché di ricevere tradotti nella propria lingua gli atti dell'autorità giudiziaria e le risposte della controparte».

riconosciuti, di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedano, quali il tipo di atto cui la persona sottoposta a procedimento deve partecipare ovvero il genere di ausilio di cui la stessa abbisogna»¹⁴⁶. Ne consegue una chiara ricostruzione sistematica e di principio in grado di dilatare, oltre gli angusti margini della comprensione del solo addebito, i confini di una previsione, l'art. 143 c.p.p., che esce definitivamente dai ristretti limiti di statuizione di mera agevolazione tecnica, per guadagnarsi il riconoscimento di imprescindibile architrave di garanzia, giacché la norma, «pur mantenendo all'interprete le funzioni tipiche del collaboratore dell'autorità giudiziaria (secondo comma), marca nettamente la differenza con la precedente disciplina assegnando primariamente allo stesso una connotazione e un ruolo propri di istituti preordinati alla tutela della difesa, tanto da configurare il ricorso all'interprete come oggetto di un preciso diritto dell'imputato e da qualificare la relativa funzione in termini di "assistenza" (primo comma)»¹⁴⁷. E a scrollare definitivamente di dosso dall'interprete la veste di mero consulente tecnico sarà la stessa Corte costituzionale con la più recente pronuncia n. 254 del 2007¹⁴⁸.

Nonostante un'iniziale applicazione restrittiva dell'art. 143 c.p.p., secondo logiche di retroguardia che limitavano la portata del diritto alla traduzione ai soli atti orali¹⁴⁹, i binari erano ormai tracciati lungo una direttrice che avrebbe dovuto inibire alla giurisprudenza di legittimità di guardare ancora al passato, giacché la garanzia linguistica deve operare, «stando al tenore letterale dello stesso art. 143 c.p.p., ogni volta che l'imputato abbia bisogno della traduzione nella lingua da lui conosciuta in ordine a tutti gli atti a lui indirizzati, sia scritti che orali»¹⁵⁰.

Con la riscrittura dell'art. 143 c.p.p., avutasi con la novella

¹⁴⁶ Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, cit., § 3.

¹⁴⁷ Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, cit., § 3.

¹⁴⁸ Corte cost., 6 luglio 2007, n. 254, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2522, con osservazioni di P. SECHI, *Straniero non abbiente e diritto a un interprete* e di S. REPETTO, *L'ammissione degli stranieri al patrocinio a spese dello Stato e l'obbligo del condizionale*; sulla pronuncia, v. anche *infra* in questo paragrafo.

¹⁴⁹ Cfr. S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, cit., p. 127 ss.

¹⁵⁰ Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, cit., § 4.

del 2014, si consolida un'impostazione binaria¹⁵¹ caratterizzata dalla *summa divisio* in atti a traduzione obbligatoria (art. 143 comma 2 c.p.p.) e atti a traduzione facoltativa (art. 143 comma 3 c.p.p.). Ne deriva, innanzitutto e per richiamare solo le realtà più significative, il diritto alla traduzione dell'informazione di garanzia e dell'informazione sul diritto di difesa¹⁵², del decreto di rinvio a giudizio¹⁵³, del decreto che dispone il giudizio immediato, dell'ordinanza cautelare¹⁵⁴, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari¹⁵⁵ e della sentenza¹⁵⁶. Non mancano, tuttavia, non sempre condivisibili deviazioni dagli schemi maggiormente garantisti, come succede, ad esempio, per l'ordinanza cautelare, quando emessa in sede di convalida¹⁵⁷.

¹⁵¹ Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 425.

¹⁵² V. già Cass., Sez. IV, 10 giugno 2009, T.M., in *DeJure*.

¹⁵³ Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 437 ss.

¹⁵⁴ M. GIALUZ, *op. ult. cit.*, p. 281 s. e 430 s. Cfr. anche, prima della riscrittura dell'art. 143 c.p.p., G. LEO, *Provvedimenti restrittivi della libertà e traduzione per lo straniero che non comprenda la lingua italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1369; S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, cit., p. 189 ss.

¹⁵⁵ V., già, Cass., Sez. Un., 26 settembre 2006, Cieslinsky, in *C.e.d.*, n. 234835-01, per la statuizione che l'omessa traduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari in una lingua nota all'indagato, che non comprenda la lingua italiana, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio sottoposta all'ordinario regime di sanatorie previsto per tale categoria di nullità. In dottrina, v. S. MORISCO, *Imputato alloglotta e avviso di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415-bis c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 469.

¹⁵⁶ V. Cass., Sez. II, 28 aprile 2022, n. 22465, in *Dir. giust.*, 10 giugno 2022, circa l'obbligo di traduzione delle sentenze di primo grado e di appello; in dottrina, v. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 439. Per gli orientamenti restrittivi precedenti alla novella del 2014, cfr. A.P. CASATI, *Il diritto all'assistenza di un interprete e/o traduttore qualificato*, in A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 250. Per tale orientamento, v., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 3 giugno 2010, Hassan, in *C.e.d.*, n. 247760; Cass., Sez. I, 21 ottobre 2009, Yang, *ivi*, n. 245564; Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2008, Dermina, *ivi*, n. 242227; Cass., Sez. II, 7 maggio 2008, Margel, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p. 635; Cass., Sez. VI, 18 settembre 1997, Ben Kalifa, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 986, con nota critica di D. CURTOTTI NAPPI, *Resistenze giurisprudenziali al pieno riconoscimento del diritto all'interprete*.

¹⁵⁷ Cfr., Cass., Sez. I, 8 ottobre 2014, n. 48299, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1502, con nota critica di A. MARI, *Il nuovo art. 143 c.p.p. e i vecchi problemi in tema di traduzione dell'ordinanza cautelare personale*. Prima della novella

È, comunque, sempre l'insegnamento della Corte costituzionale a ribadire la portata del meta-diritto linguistico, pregiudiziale rispetto a un'effettiva ed efficace esplicazione del diritto di difesa e di autodifesa dell'imputato, che «non sia in grado di comprendere i discorsi altrui o di esprimersi essendo compreso», ciò che impone «forme speciali di tutela» funzionali al riconoscimento di quel fondamentale «diritto individuale [...], diretto a consentirgli quella partecipazione cosciente al procedimento che [...] è parte ineliminabile del diritto di difesa»¹⁵⁸.

Se negli anni '90 dello scorso millennio il giudice delle leggi trova un solido appiglio di garanzia nell'art. 24 Cost., il panorama costituzionale muta, anche sul punto, con l'ingresso nell'art. 111 Cost. dei principi dell'equo processo, pantograficamente traslati dall'art. 6 Conv. e.d.u., diritto all'interpretazione compreso¹⁵⁹, con un riferimento che viene relegato *in cauda* al terzo comma, perdendo, nella prima parte di quest'ultimo, il qualificante legame con l'informazione sulla natura e i motivi dell'accusa, proprio, invece, della lett. *a* del comma 3 della previsione sovranazionale.

Un legame imprescindibile e da ricostruire con una sorta d'interpretazione convenzionalmente orientata. Mantengono attualità, anche in proposito, le riflessioni di chi, già a primo commento della riforma costituzionale, lamentava «il “vizio assurdo” degli equilibrismi» novellistici di un legislatore che avrebbe meglio operato, battendo «la strada [...] di una costituzionalizzazione, integrale e *sine glossa*, del complessivo *corpus* normativo

del 2014, cfr., fra le altre, Cass., Sez. II, 11 dicembre 2013, Bernal Diaz, in *C.e.d.*, n. 259422; Cass., Sez. I, 19 giugno 2012, Bindac, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3593; Cass., Sez. I, 14 luglio 2011, Ben Naasr, in *C.e.d.*, n. 250830; Cass., Sez. IV, 17 novembre 2010, Perez Carmona, *ivi*, n. 249330; Cass., Sez. II, 24 ottobre 2007, Asoltani, *ivi*, n. 238808.

¹⁵⁸ Corte cost., 22 luglio 1999, n. 341, che, attraverso l'affermazione, in motivazione, di principi dalla portata generale in materia di consapevole partecipazione al procedimento, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 119 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede che l'imputato sordo, muto o sordomuto, indipendentemente dal fatto che sappia o meno leggere e scrivere, ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete, scelto di preferenza fra le persone abituate a trattare con lui, al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa». Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 282 s. nonché p. 406 s.

¹⁵⁹ Cfr. D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 235 ss.

ricavabile dalla Convenzione»¹⁶⁰. E a mancare in Costituzione, nel raffronto con il testo europeo, è anche la gratuità dell'interpretazione, presente, invece, nel progetto della Commissione Bicamerale del 1997 e, comunque, nell'art. 143 c.p.p.¹⁶¹. E non è difficile immaginare quali motivazioni extra-processuali possano avere condizionato il riformatore, preoccupato dagli oneri economici che il diritto in questione comporta; una malcelata mera esigenza di cassa che poco si concilia con l'analitica opera di costituzionalizzazione dei principi funzionali all'equità processuale. Il silenzio costituzionale non ha impedito, tuttavia, alla Corte costituzionale di estendere la portata del patrocinio a spese dello Stato anche alla nomina di un interprete da parte dello straniero ammesso al beneficio economico, in quanto «l'imputato deve poter comprendere, nella lingua da lui conosciuta, il significato degli atti e delle attività processuali, ai fini di un concreto ed effettivo esercizio del proprio diritto alla difesa»¹⁶² e all'auto-difesa, espletabile solo da chi sia nelle condizioni di comprendere la lingua del processo. La Corte, in realtà, fa molto di più che sollevare economicamente il non abbiente, va indirettamente, ma consapevolmente, a monte del problema, riconoscendo un vero e proprio diritto alla nomina di un interprete di parte, di fiducia non meno che il difensore, con cui il primo collabora e ai colloqui con il quale parteciperà. Trova, così, legittimazione, nelle parole della Corte, una figura che il codice non conosce e la sentenza va considerata, pertanto, "additiva di istituto", concludendosi con un monito inequivoco: «resta fermo che il legislatore dovrà compiutamente disciplinare la materia inerente a questa figura di interprete»¹⁶³. Un monito rimasto, purtroppo e alla stregua di tanti altri, ancora nelle pieghe della sentenza, confermandosi il pessimismo che vi si leggeva chiaramente in

¹⁶⁰ M. CHIAVARIO, *Così il «vizio assurdo» degli equilibrismi condiziona il difficile cammino delle riforme*, in *Guida dir.*, 1999, n. 27, p. 10.

¹⁶¹ Sull'assistenza linguistica, quale «diritto sociale senza copertura finanziaria», v. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 349.

¹⁶² Cfr. Corte cost., 6 luglio 2007, n. 254, cit. con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 24 Cost., dell'art. 102 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, «nella parte in cui non prevede la possibilità, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, di nominare un proprio interprete».

¹⁶³ Corte cost., 6 luglio 2007, n. 254, cit., § 2.

filigrana ¹⁶⁴ rispetto all'esplicita implementazione di una sorta di «araba fenice» ¹⁶⁵.

L'occasione maggiormente favorevole per raccogliere la puntuale indicazione della Corte costituzionale è stata fornita dall'attuazione, sette anni dopo la sentenza, della Direttiva europea 2010/64/UE ¹⁶⁶, mediante il d.lgs. n. 32 del 2014 rimasto, però, silente sul punto, ciò che potrebbe condurre a dar rilievo al criterio ermeneutico dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, specialmente nel momento in cui la legge di attuazione ha esteso gli spazi operativi dell'interprete nominato dal giudice anche ai rapporti fra imputato e difensore. È da preferirsi, tuttavia, una lettura che faccia prevalere, di fronte a non esaustivi interventi normativi di attuazione delle prescrizioni europee, la clausola di non retrocessione rispetto a un'esplicita presa di posizione del giudice delle leggi ¹⁶⁷.

12. (segue) Il diritto alla traduzione dell'ordine di esecuzione della pena

Specificità e autonoma considerazione merita, infine, la posizione del condannato alloglotto che non conosca la lingua italiana e che deve essere messo nelle condizioni di comprendere anche il fondamento della restrizione della libertà personale, avendo diritto alla traduzione in una lingua a lui nota dell'ordine di esecuzione, pena la nullità del medesimo ¹⁶⁸, che può farsi valere in sede d'incidente d'esecuzione ¹⁶⁹. Una nullità che colpisce

¹⁶⁴ Cfr. D. CURTOTTI NAPPI, *La spinta garantista della Corte costituzionale verso la difesa dello straniero non abbiente*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4450.

¹⁶⁵ M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 308.

¹⁶⁶ Cfr. M. GIALUZ, *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 4 novembre 2013, p. 9.

¹⁶⁷ Cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 309 s.

¹⁶⁸ Cfr. S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 134; V. MACCORA, *La disciplina dell'art. 656 c.p.p. ed i provvedimenti di urgenza di competenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla l. 27 maggio 1998, n. 165*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (Legge 27 maggio 1998, n. 165)*, Cedam, Padova 1999, p. 77; G. RANALDI, *L'esecuzione leale*, in G. RANALDI-A. GAITO (a cura di), *Esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 15 s.

¹⁶⁹ Cfr. Cass., Sez. I, 30 novembre 2005, n. 2727, Gallego Guerra, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 645.

l'ordine non tradotto esclusivamente quale presupposto per l'esercizio dei diritti e delle facoltà del condannato, ma che non si ripercuote sulle carcerazioni eventualmente già instaurate, la cui esecuzione non dipende dall'atto nullo, ma trova la propria genesi funzionale e titolo giustificativo direttamente nella sentenza passata in giudicato ai sensi dell'art. 650 comma 1 c.p.p.¹⁷⁰.

All'interno della dicotomia traduzione/interpretazione, tuttavia, anche il più restrittivo orientamento che esclude la necessità della traduzione dell'ordine di esecuzione della pena emesso nei confronti di uno straniero alloggato riconosce, comunque, «il diritto di quest'ultimo, una volta eseguito l'ordine, di essere assistito da un interprete che gliene renda compiutamente noto il contenuto all'atto dell'ingresso nell'istituto penitenziario, ovvero all'udienza fissata per la discussione dell'eventuale incidente di esecuzione»¹⁷¹. Evidente, in casi del genere, il condizionamento derivante dalla concreta esigenza di bilanciare il diritto alla conoscenza dell'accusa e della legittimazione della limitazione della libertà personale, con le difficoltà di addivenire a una traduzione in tempi compatibili con la necessità di evitare la fuga dello straniero condannato. Diverse le ipotesi di possibile sospensione dell'ordine di esecuzione *ex* comma 5 dell'art. 656 c.p.p., nelle quali dalla effettiva conoscenza dell'ordine sospeso, già tradotto nel proprio idioma, deriva la possibilità di presentare, da liberi, le istanze volte alla concessione di misure alternative.

13. Riflessioni conclusive (in parte amare)

In conclusione, a emergere è una non confortante conferma, anche in ambito processual-penalistico, dell'etimologia del lemma 'straniero' da *extranĕum*¹⁷², quale corpo estraneo a un pro-

¹⁷⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 20768, Ognyanov, in *C.e.d.*, n. 272835.

¹⁷¹ Cass., Sez. II, 14 marzo 2002, Ciausu, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3064, per una fattispecie relativa all'arresto alla frontiera di un condannato, con sentenza passata in giudicato emessa in contumacia, che faceva ritorno in territorio italiano.

¹⁷² Cfr. A. PUGIOTTO, *Prefazione*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, atti del seminario, Ferrara, 26 gennaio 2001, Giappichelli, Torino, 2001, p. XI.

cesso che dovrebbe accoglierlo, ma che non riesce a metterlo a proprio agio. Si intravede un micro-sistema nel quale il legislatore nazionale interviene in prospettiva di garanzia sol perché l'Europa, come un precettore, rispettato ma poco amato, assegna i compiti da svolgere. Compiti rispetto ai quali rimaniamo troppo spesso indietro sia temporalmente che sostanzialmente, con una giurisprudenza di legittimità che, in presenza dello straniero, dimostra di non amare ruoli proattivi, prediletti, invece, in altri contesti, nei quali, non di rado, sono le sue soluzioni, già operative nella prassi, a venir recepite in interventi novellistici di evidente matrice pretoria, con una sempre più frequente inversione dell'ordine dei fattori nell'*iter* riformistico. Situazione solo parzialmente compensata da un meritorio lavoro in chiave garantista della Corte costituzionale, particolarmente vigile in materia di diritti processuali dello straniero¹⁷³.

In termini più generali, non può non prendersi atto del come «negli Stati democratico-pluralistici contemporanei lo straniero immigrato agisce come fattore di “disturbo” delle categorie giuridiche tradizionali»; senza esclusione per quelle, estremamente sensibili¹⁷⁴, processual-penalistiche anche all'interno delle quali «lo straniero è in grado di portare a emersione le ambiguità e le tensioni immanenti a quelle categorie giuridiche, ponendosi come indicatore del rapporto tra l'individuo e il potere»¹⁷⁵, pure quello esercitato entro gli schemi del processo.

In tale panorama, l'essere a proprio agio a bordo della, per nulla comoda, macchina processuale può avere un solo significato: godere delle stesse garanzie proprie degli altri soggetti coinvolti, imputati, vittime e testimoni cittadini o, meglio, far sì che le medesime garanzie, pur non coincidendo, siano di uguale efficacia per tutte le categorie di soggetti, *rectius* possano operare in maniera che non si debba più parlare in termini di differenti categorie di soggetti processuali, alcune delle quali rele-

¹⁷³ In prospettiva generale, sul «ruolo delle Corti costituzionali nel processo di costituzionalizzazione dei diritti degli stranieri», v. M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, Carocci, Roma, 2011, p. 181 s.

¹⁷⁴ Sempre attuali le parole di L. LUCCHINI, *Della dignità politica del diritto penale. Prolusione al corso di diritto e procedura penale*, Tip. Sordo-Muti di Lazzari, Siena, 1878, p. 7 e 24 e Id., *Elementi di procedura penale*, 2^a ed., G. Barbera, Firenze, 1899, p. 7, circa il processo penale come «l'indice più sicuro del grado di civiltà [...] di una nazione».

¹⁷⁵ Cit. da M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, cit., p. 9.

gate ai margini del sistema, quali ospiti poco graditi, imponenti, invece, per ogni persona – parafrasando l’art. 3 Cost. – ‘pari dignità processuale ed eguaglianza sostanziale davanti alla legge, senza distinzione di lingua e di nazionalità’.

Il tutto alla costante, pur se faticosa, ricerca di «una “procedura penale inclusiva”», riprendendo ancora una volta le significative parole contenute nella presentazione del progetto di ricerca che oggi ha visto il proprio atto conclusivo¹⁷⁶.

¹⁷⁶ V., *retro*, par. 1.

INTERVENTI

LA LIBERTÀ “DEGLI ALTRI”: *IMMIGRATION DETENTION*
NEL DUALISMO UNIONE EUROPEA-CONVENZIONE
EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

LORENZO BERNARDINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le coordinate normative della Convenzione europea dei diritti dell’uomo in materia di libertà degli stranieri. – 3. *Immigration detention* nel contesto dell’Unione europea. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il diritto alla libertà personale è una delle prerogative individuali più antiche, la libertà “negativa” per eccellenza, vale a dire quella che permette ad ogni essere umano di godere della propria *presumption of liberty* fino a che l’Autorità costituita, in casi tassativi e sufficientemente precisi, eserciti il proprio potere coercitivo¹. Sul punto, va rilevato che tutte le grandi dichiarazioni contemporanee sui diritti fondamentali prevedono attualmente – con formule pressoché identiche – il diritto alla «libertà» e alla «sicurezza»². Essi sono tradizionalmente garantiti a tutti, non solo a coloro che hanno un legame di cittadinanza con lo Stato ove si trovano³. Tale assunto è stato ribadito, in sede internazionale, dal *Comitato per la protezione dei diritti dei*

¹ Enfatizza questo aspetto del diritto alla libertà D. WILSHER, *Whither presumption of liberty? Constitutional law and immigration detention*, in MICHAEL J. FLYNN-MATTHEW B. FLYNN (a cura di), *Challenging Immigration Detention. Academics, Activists and Policy-makers*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 66-81.

² V., ad esempio, l’art. 5 Conv. e.d.u. (su cui *infra* § 2) o l’art. 6 Carta dir. fond. UE (su cui *infra* § 3), ma anche l’art. 9 Patto int. dir. civ. pol.

³ Tale impostazione è pacificamente riconosciuta dal diritto internazionale, come ribadito da UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment (No. 15): The position of the Aliens under the Covenant*, HRI/GEN/1Rev.1, § 1 e 7.

lavoratori migranti e le loro famiglie (CMW), che nel settembre 2021 ha emanato un commento *ad hoc* sulla detenzione degli stranieri, ove è stato ribadito che il diritto alla libertà si applica a «*all forms of detention*» e deve essere assicurato «*to all persons without discrimination*»⁴.

2. Le coordinate normative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà degli stranieri

Il sistema delineato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, scolpisce il diritto alla libertà personale all'art. 5 Conv. e.d.u., nei seguenti termini: «*Everyone has the right to liberty and security of person*». Il riferimento a «*all persons*» è perentorio, il grado di libertà di cui tutti devono godere è il medesimo, senza spazio per alcuna sfumatura che possa originare dal possesso o meno di uno *status civitatis*⁵. Tuttavia, all'interno della lista di eccezioni tassative a tale diritto, si rinviene una disposizione che, sebbene applicabile ad una «*person*» genericamente intesa, si riferisce *de visu* alla situazione dello straniero:

«*No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law ...*

(f) *the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition*».

Così, sia la volontà di prevenire l'entrata non autorizzata (*pre-admittance detention*) che l'implementazione di procedure di rimpatrio (*pre-deportation detention*) rappresentano le sole due situazioni – tassativamente enunciate – in cui l'autorità sta-

⁴ CMW, *General comment No. 5 (2020) on migrants' rights to liberty and freedom from arbitrary detention*, 23 settembre 2021, CMW/C/GC/5, § 10.

⁵ Va sottolineato, con riferimento alla posizione dei migranti, che l'art. 5 Conv. e.d.u. «*does not provide for a right to entry, a right not to be expelled or a general right to asylum to persons whose safety is threatened in their country of origin*» (M. PICHOU, *Reception or Detention Centres? The detention of migrants and the EU 'Hotspot' Approach in the light of the European Convention on Human Rights*, in *Critical Quarterly for Legislation and Law*, 2(2016), p. 116).

tale può detenere un “non-cittadino” nella cornice dell’art. 5 § 1 lett. f Conv. e.d.u.⁶.

Le garanzie convenzionali connesse ad una situazione di privazione della libertà – rigorosamente riportata entro l’art. 5 Conv. e.d.u. – comprendono, in particolare, il diritto di essere informati delle ragioni della propria detenzione (art. 5, § 2), il diritto di *habeas corpus* (art. 5 § 4) e il diritto alla riparazione per illegittima detenzione (art. 5 § 5). Come è noto, esse si attivano qualora un individuo patisca una limitazione tale della propria libertà personale da concretizzare una «privazione» e non una semplice limitazione della stessa⁷.

Pertanto, l’accertamento di questa circostanza non è di poco conto, anzi costituisce il *prius* logico da valutare *in concreto* per consentire o meno alla persona detenuta di beneficiare del “cordone sanitario” dell’art. 5. Proprio questo passaggio presenta delle problematiche peculiari che si sono manifestate solamente con riferimento alla detenzione amministrativa degli stranieri. In tali casi, una certa «flessibilità» è stata riscontrata dalla dottrina⁸. A partire dai criteri enunciati *illo tempore* in *Guzzardi* (tipo, durata, effetti e modalità di esecuzione) per distinguere una situazione di «restrizione» – irrilevante ai sensi dell’art. 5 Conv. e.d.u. – da una di «privazione», la Corte di Strasburgo ha riconosciuto di trovarsi talvolta di fronte ad una «*matter of pure opinion*»⁹. Quando ad essere detenuti, poi, sono gli stranieri, l’approccio seguito a livello convenzionale è stato quello di considerare fattori *prima facie* inconferenti con l’accertamento *de quo* (ad es. la pressione migratoria ai confini)¹⁰. In *Ilias e Ahmed*, poi, la Corte ha proposto una “griglia” di circostanze da considerare per statuire sull’applicabilità o meno dell’art. 5 Conv.

⁶ Si veda *ex multis* S. VELLUTI, *Reforming the Common European Asylum System. Legislative Developments and Judicial Activism of European Court*, Springer, Berlino-Heidelberg, 2014, p. 84 ss. e giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo *ivi* citata. Sul punto si veda anche C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 285 ss.

⁷ M. PICHOU, *Reception or Detention Centres?*, cit., p. 126 s.

⁸ F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 48.

⁹ Corte e.d.u., 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, § 93.

¹⁰ Corte e.d.u., Gr. Ch., 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, § 228.

e.d.u. nel caso concreto, sostituendo *de facto* – e solo per gli stranieri (!) – i criteri *Guzzardi* sopra menzionati¹¹. Eclatante, a questo proposito, che venga suggerito di considerare non solo la situazione concreta al confine ma, soprattutto, le scelte dei migranti detenuti e la *ratio* delle misure asseritamente detentive loro applicate¹². Discutibile, peraltro, che tale impostazione sia stata confermata *de plano* da una recente decisione e sembri dunque ormai consolidata in seno alla Corte¹³.

In secondo luogo – con la sentenza *Chahal*, decisione invero aspramente contestata in dottrina e mai oggetto di *revirement* – la Corte di Strasburgo ha preso una posizione molto netta nel negare la rilevanza del principio di necessità nella valutazione della *lawfulness* della detenzione amministrativa degli stranieri¹⁴: la privazione di libertà ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. *f* Conv. e.d.u. diventerebbe così una misura di «*first resort*»¹⁵, senza bisogno – per le autorità nazionali – di considerare la disponibilità *in casu* di misure alternative meno gravose (c.d. *Alternatives to Detention* – *ATD*). Nondimeno, l'art. 5 Conv. e.d.u., come è noto, si pone perentoriamente come presidio inviolabile nel garantire che il singolo non venga mai, ed in nessuna forma, sottoposto ad una detenzione «arbitraria»¹⁶ o «ingiustificata»¹⁷: può correttamente affermarsi che una detenzione “non necessaria” si possa considerare legittima (e quindi “non arbitraria”) nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo?

Infine, le garanzie processuali conferite allo straniero privato della libertà sembrano indebolite rispetto a quelle garantite al detenuto nel contesto di procedimenti penali. Ad es., le informazioni da fornirsi al migrante in merito alle ragioni della misura privativa della libertà possono essere «*less complete*» rispetto

¹¹ *Ivi*, § 217. Lo stesso approccio è confermato in Corte e.d.u., Gr. Ch., 21 novembre 2019, Z.A. c. Russia, § 138.

¹² *Ivi*, § 220-230.

¹³ Corte e.d.u., 2 marzo 2021, R.R. c. Ungheria, § 74.

¹⁴ Corte e.d.u., Gr. Ch., 15 novembre 1996, *Chahal* c. Regno Unito, § 112.

¹⁵ Riprendo, *mutatis mutandis*, l'espressione di A. EDWARDS, *Measures of First Resort: Alternatives to Immigration Detention in Comparative Perspective*, in *The Equal Rights Review*, 7(2011), p. 117-142.

¹⁶ Corte e.d.u., 24 ottobre 1979, *Winterwerp* c. Paesi Bassi, § 39.

¹⁷ V., sul punto, le riflessioni di R.A. EDWARDS, *Police powers and Article 5 ECHR: Time for a New Approach to the Interpretation of the Right to Liberty*, in *Liverpool Law Review*, 41(2020), p. 331-356.

ad altre situazioni analoghe¹⁸ e la forma scritta – invero incredibilmente – non è richiesta a pena di violazione dell’art. 5 § 2 Conv. e.d.u.¹⁹. Peraltro, il diritto di *habeas corpus* (art. 5 § 4 Conv. e.d.u.) non verrebbe compiutamente garantito a quegli stranieri che, in attesa della decisione dell’autorità giudiziaria sulla *lawfulness* della loro detenzione, venissero comunque rimpatriati senza attendere la decisione del magistrato competente²⁰. Lo stesso discorso può farsi per quei migranti che vengono detenuti per brevissimo tempo e subito espulsi senza possibilità di fare ricorso contro il provvedimento detentivo: può dirsi che il diritto di *habeas corpus* sia stato garantito «*not only in theory but also in practice*»²¹? In tutte queste circostanze, salvo rare eccezioni, la Corte ha sempre risposto affermativamente a tale interrogativo, così confermando la propria «deferenza»²² – presente, come si è visto, non solo *in parte qua* – nei confronti della sovranità statale dei Paesi membri.

3. *Immigration detention* nel contesto dell’Unione europea

La libertà “degli altri” nel diritto UE è stata regolata in modo molto diverso. È vero che, da un lato, l’art. 6 Carta dir. fond. UE riprende *verbatim* l’art. 5 Conv. e.d.u. («*Everyone has the right to liberty and security of person*») e dunque sembra *prima facie* rilanciare la vocazione universalistica propria del sistema

¹⁸ Corte e.d.u., 23 luglio 2013, Suso Musa c. Malta, § 113.

¹⁹ Si veda, per analogia, Corte e.d.u., 31 marzo 2011, Nowak c. Ucraina, § 63: «*when a person is arrested on suspicion of having committed a crime, Article 5 § 2 neither requires that the necessary information be given in a particular form, nor that it consists of a complete list of the charges held against the arrested person*».

²⁰ È il caso, ad es., analizzato in Corte e.d.u., 12 febbraio 2009, Nolan e K. c. Russia, § 101, dove il giudice di Strasburgo ha stabilito che la situazione di uno straniero detenuto per poco tempo, che venga rimpatriato *prima* che lo stesso abbia potuto ricorrere contro la misura detentiva, non pone particolari problemi con riferimento all’art. 5, § 4 Conv. e.d.u., atteso che il migrante – essendo stato rimpatriato – si sarebbe *de facto* riappropriato della propria libertà personale.

²¹ Corte e.d.u., Gr. Ch., 15 dicembre 2016, Khlaifia c. Italia, § 130 e giurisprudenza *ivi* citata.

²² Riprendo qui l’espressione di J. RUIZ RAMOS, *The Strasbourg Reversal after the ‘Refugee Crisis’: ECtHR Deference to State Sovereignty in Asylum Detention Cases*, in *EU Migration Blog*, 12 luglio 2021.

convenzionale; dall'altro, va nondimeno rilevato che a livello di diritto secondario, il legislatore eurounitario ha inteso elaborare un sistema normativo *ad hoc* solo ed esclusivamente per gli stranieri privati della loro libertà personale. A secondo del suo *status*, infatti, egli può essere detenuto in assenza di *notitia criminis* ai sensi: (a) dell'art. 15 direttiva n. 115 del 2008 se "irregolare"²³; (b) ai sensi dell'art. 8 direttiva n. 33 del 2013 se richiedente asilo²⁴; (c) ai sensi dell'art. 18 reg. (UE) n. 604 del 2013 se richiedente asilo da trasferire in altro Stato membro²⁵. Il concetto di «cittadino di Paese terzo», per ovvie ragioni, viene dunque utilizzato per distinguere coloro che possono essere incarcerati per motivi di immigrazione dai «cittadini dell'Unione» (che, in linea di principio, subiscono la detenzione nel contesto di un procedimento penale)²⁶. È chiaro il capovolgimento con il sistema convenzionale ove la cittadinanza non è mai elemento rilevante – quantomeno a livello normativo – ai fini della privazione della libertà personale (poiché, come si è visto, la giurisprudenza sull'art. 5 § 1 lett. *f* ha *de facto* stabilito una tutela deteriore proprio per gli stranieri).

Tuttavia, per certi aspetti, il legislatore dell'Unione europea sembrerebbe più attento alla natura di «*first rank*»²⁷ del diritto alla libertà personale. Innanzitutto, la detenzione amministrativa va ordinata esclusivamente quando misure meno coercitive non sono disponibili *in concreto* (necessità) e vanno calibrate secondo il principio di proporzionalità (imponendo, ad es., che la durata del provvedimento detentivo sia la più breve possibile, tenu-

²³ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante "norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", OJ L 348, 24 dicembre 2008, p. 98-107.

²⁴ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 giugno 2013, recante "norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)", OJ L 180, 29 giugno 2013, p. 96-116.

²⁵ Reg. (UE) n. 604 del 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide*, OJ L 180, 29 giugno 2013, p. 31-59

²⁶ V. *amplius* Corte giust. C-329/11, Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne, Presa di Posizione dell'AG Ján Mazák, 26 ottobre 2011, § 24 e 27-28.

²⁷ La terminologia è di Corte e.d.u., 3 ottobre 2006, MacKay c. Regno Unito, § 30.

to conto dello scopo da raggiungere a seconda del caso di specie)²⁸.

In secondo luogo, per i migranti irregolari e per i richiedenti asilo da trasferire presso un altro Stato membro nell’ambito delle procedure di Dublino una durata massima della detenzione è stata espressamente stabilita (per gli irregolari si parla di 6 mesi, prorogabili eccezionalmente fino a 18 mesi; per i “richiedenti Dublino” circa 3 mesi)²⁹. Per i richiedenti asilo da non trasferire, tuttavia, non viene stabilito alcun limite di tempo³⁰.

Nondimeno, va censurata la decisione della Corte di giustizia UE di ritenere il diritto al contraddittorio come “relativo” ed “eventuale”. Nel caso G. e R.³¹, infatti, un tribunale olandese aveva riconosciuto che a due stranieri “irregolari” non era stato garantito il diritto al contraddittorio durante la procedura per la proroga della detenzione cui gli stessi erano sottoposti. Tuttavia, non aveva disposto la loro liberazione immediata in quanto, secondo il diritto interno, una tale irregolarità non portava *per se* al termine della misura di privazione della libertà in questione. In sede di rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia UE veniva richiesta di statuire se fosse conforme al diritto dell’Unione che non vi fosse un preciso obbligo, per il tribunale di uno Stato membro, di rilasciare immediatamente lo straniero detenuto qualora fosse stata accertata una violazione del diritto di difesa. La Corte decise che disporre la liberazione immediata non potrebbe mai essere un atto automatico e conseguente al riconoscimento della violazione in questione (ciò avrebbe l’effetto di privare la “direttiva rimpatri” del proprio *effet utile*) bensì l’autorità nazionale dovrà sempre verificare *ex post* – e caso per caso – se alla luce di tale irregolarità l’esito della procedura avrebbe potuto essere differente (e solo in quest’ultimo caso, quindi, ordinare la scarcerazione del detenuto)³². Un approccio discutibile e prodromico alla degradazione del diritto al contraddittorio a mero “accessorio” della procedura di detenzione amministrativa dise-

²⁸ V. art 15, § 1, direttiva n. 115 del 2008; art. 8, § 2, direttiva n. 33 del 2013; art. 28, § 1, 2 e 3, reg. (UE) n. 604 del 2013.

²⁹ V. art. 15, § 5 e 6, direttiva 2008/115; art. 28, § 3, reg. 604/2013.

³⁰ L. SLINGENBERG, *The Reception of Asylum Seekers under International Law: Between Sovereignty and Equality*, Bloomsbury, Oxford, 2014, p. 83.

³¹ Corte giust., sent. 10 settembre 2013, C-383/13, PPU M.G. e N.R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

³² *Ivi*, § 39-45.

gnata dalla “direttiva rimpatri”³³, approccio che ignora tuttavia la disposizione di cui all’art. 15 § 2 che prevede la liberazione immediata del migrante qualora la detenzione non fosse stata ritenuta *lawful* dall’autorità competente³⁴. Difficile, a fronte di tali criticità, smentire chi – analizzando il sistema eurounitario di gestione dell’immigrazione – ha definito gli Stati membri dell’Unione europea come meri «Stati espulsori»³⁵.

4. Considerazioni conclusive

La detenzione amministrativa degli stranieri è ancora ben lungi dall’essere messa in discussione ed infatti è ancora il metodo più adoperato dagli Stati membri per governare i flussi migratori ed esercitare il potere coercitivo per difendere i propri confini. Di più, come è stato autorevolmente osservato, «la restrizione della libertà personale da parte dell’autorità amministrativa (...) *da eccezione si è fatta regola*»³⁶. Tuttavia, a fronte di un utilizzo ordinario di questo strumento simil-punitivo da parte degli Stati³⁷, si assiste a quel fenomeno giuridico-culturale definito in dottrina «*immigration detention exceptionalism*»³⁸, termine con il quale s’intendono enfatizzare le circostanze squisitamente emergenziali nelle quali le norme sulla privazione della libertà degli stranieri vengono congegnate, con rilevanti deroghe *in peius* per la protezione dei loro diritti fondamentali (rispetto ai *cives* di quel determinato Paese).

Le implicazioni in tema di diritto alla libertà, come si è visto, coinvolgono entrambi i sistemi regionali europei³⁹, e non

³³ P. DE BRUYCKKER-S. MANANASHVILI, *Audi alteram partem in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States: G & R*, in *Common Market Law Review*, 52(2015), p. 586.

³⁴ Sulla questione v. *amplius* T. DUIJKERSLOOT, *Consequences of the Violation by Administrative Authorities of the Right to be heard under EU Law*, in *Rev. of European Administrative Law*, 7/1(2014), p. 91 ss.

³⁵ H.C. SILVEIRA GORSKI, *Stati espulsori e semipersone nell’Unione europea*, in *St. Quest. Crim.*, 2010, V, f. 1, p. 60 s.

³⁶ Questo lo sconcertante rilievo di R. NIRO, *Spunti sul diritto speciale dei migranti e l’eclissi dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2021, p. 195, enfasi aggiunta.

³⁷ V. *inter alia* L. FALSONE, *The Effectiveness of Administrative Detention of Migrants in Relation to Return Rates*, in *Glob. Jur.*, 21/1(2021), p. 143-164.

³⁸ C. COSTELLO, *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, in *Current Legal Problems*, 68(2015), p. 147.

³⁹ Secondo H.C. SILVEIRA GORSKI, *Stati espulsori*, cit., p. 75, l’esistenza di

permettono di comprendere quale sia – nel complesso – l’ordinamento più rispettoso dei diritti fondamentali dei migranti detenuti. Un punto in comune, tuttavia, può essere sottolineato, vale a dire la circostanza, invero proveniente dal diritto internazionale, secondo cui la privazione di libertà degli stranieri rappresenta un «*necessary adjunct*» della sovranità e che sia innegabile che gli Stati abbiano il diritto di detenere ed espellere i “non cittadini” dal loro territorio⁴⁰. *Rebus sic stantibus*, la sensazione sconcertante – sia con riferimento all’Unione europea che per il Consiglio d’Europa – è quella di trovarsi di fronte ad un regime di detenzione generalizzata piuttosto che di *extrema ratio*⁴¹.

centri di detenzione per stranieri costituisce *per se* «un grave attentato contro i diritti della persona e mette in questione la tenuta dello Stato di diritto».

⁴⁰ Corte e.d.u., Gr. Ch., 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito, § 65. Come ricorda J. RUIZ RAMOS, *The Strasbourg Reversal*, cit., la Corte di Strasburgo – anche nei casi relativi alla detenzione degli stranieri – introduce sempre la propria linea argomentativa *in casu* con l’assunto per cui gli Stati hanno il diritto sovrano di controllare l’ingresso degli stranieri sul proprio territorio (la c.d. *Strasbourg reversal*). Il *focus* della Corte, pertanto, resta confinato, in prima battuta, al riconoscimento delle prerogative statali.

⁴¹ Questo il bilancio di I. MAJCHER-M. FLYNN-M. GRANGE, *Immigration detention in the European Union*, Springer, Cham, 2020, p. 452.

ASSISTENZA LINGUISTICA NEL PROCEDIMENTO
PENALE E IDIOMI RARI:
QUALE LINGUA UTILIZZARE?

NICOLA PASCUCCI

SOMMARIO: 1. Centralità dell'assistenza linguistica e problemi di effettività. – 2. Idiomi scarsamente diffusi e limiti all'uso delle lingue veicolari. – 3. Idiomi rari e *relay*: possibili soluzioni interpretative nel silenzio del legislatore.

1. Centralità dell'assistenza linguistica e problemi di effettività

In questo convegno dedicato agli stranieri in Italia vorrei soffermarmi brevemente su uno specifico aspetto dell'assistenza linguistica nel procedimento penale: il caso in cui, a causa della rarità della lingua o del dialetto parlato dall'imputato, sia difficilmente reperibile un esperto linguistico in grado di assisterlo. Il tema è strettamente correlato al fenomeno dell'immigrazione: capita infatti molto spesso che lo straniero coinvolto in un procedimento penale non solo non comprenda e non parli l'italiano, ma nemmeno una lingua diffusa a livello internazionale come l'inglese, il francese o lo spagnolo (le c.d. lingue veicolari), limitandosi a padroneggiare il proprio idioma d'origine, sovente poco diffuso sul nostro territorio, per il quale non è semplice reperire un assistente linguistico qualificato.

La questione si lega ad un altro problema difficilmente risolvibile, cioè la formazione dell'esperto: le lingue maggiormente necessarie nelle procure e nei tribunali non sono infatti quelle più insegnate nelle scuole e nelle università¹. Secondo una ricer-

¹ Al riguardo, v. C. GARWOOD-I. PREZIOSI, *Un modello per un interpretariato giudiziario efficiente e di qualità in Italia: un approccio realistico all'ap-*

ca del 2013 condotta presso il Tribunale di Trieste, l'inglese è solo la quarta lingua più richiesta, preceduta dall'albanese, dal rumeno e dall'arabo e seguita da altri idiomi non veicolari². Si può poi considerare, ad esempio, l'ampia varietà di lingue e di dialetti parlati in Cina e in India, che rendono di volta in volta complesso nominare un assistente linguistico.

Il problema è di primario rilievo, in quanto l'assistenza linguistica è condizione imprescindibile affinché l'indagato e l'imputato partecipino in modo consapevole agli atti del procedimento: senza di essa la loro presenza si ridurrebbe ad una «mera 'comparsa'»³. Non a caso, in dottrina si definisce l'assistenza linguistica come un «meta-diritto» fondamentale, cioè un diritto che viene logicamente prima degli altri, in difetto del quale questi ultimi non potrebbero realizzarsi⁴. L'assistenza linguistica precede logicamente quella tecnica. È proprio questo il discrimine rispetto all'assistenza del difensore, la quale, diversamente dalla prima, non è gratuita, salvo che sussistano i presupposti reddituali per accedere al patrocinio a spese dello Stato⁵.

Tra l'altro, il diritto all'interprete è sancito sia dall'art. 6 § 3 lett. e Conv. e.d.u. sia dall'art. 111 comma 3 Cost. Anche grazie all'intervento del legislatore eurounitario con la direttiva 2010/64/UE⁶, oggi l'assistenza linguistica ricomprende a pieno titolo

plicazione della Direttiva 2010/64/UE, in M. RUDVIN-C. SPINZI (a cura di), *Mediazione linguistica e interpretariato. Regolamentazione, problematiche presenti e prospettive future in ambito giuridico*, Clueb, Bologna, 2013, p. 94 s.

² F. MOMETTI, *Il diritto all'assistenza linguistica dell'imputato straniero nel procedimento penale. Indagine conoscitiva presso il tribunale di Trieste*, in C. FALBO-M. VIEZZI (a cura di), *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, Eut, Trieste, 2014, p. 49 ss., spec. p. 51.

³ L'espressione è di G. GIOSTRA, *Il diritto dell'imputato straniero all'interprete*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 441.

⁴ M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018, p. 138 ss.

⁵ M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica*, cit., p. 181 s.

⁶ Direttiva 2010/64/UE «sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali». La direttiva è stata emanata nell'ambito di un più vasto progetto di rafforzamento e armonizzazione delle garanzie processuali in favore degli indagati e degli imputati, promosso con una «tabella di marcia» adottata mediante risoluzione del Consiglio il 30 novembre 2009. Essa è stata successivamente inserita nel c.d. programma di Stoccolma, approvato dal Consiglio europeo il 10 dicembre 2009: CONSIGLIO EUROPEO, *Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *G.U.U.E.*, 4 maggio 2010, C 115, § 2.4-Diritti della persona nei procedimenti penali.

non solo l'interpretazione, relativa agli atti orali, ma anche la traduzione, che riguarda invece la trasposizione degli atti scritti fondamentali ai fini difensivi, che un tempo non riceveva un riconoscimento generalizzato⁷. La Convenzione europea, infatti, cita esclusivamente l'interprete, cosicché il diritto alla traduzione si è affermato solo ad opera della Corte di Strasburgo e comunque in modo lacunoso e insoddisfacente, sia sotto il profilo dell'ampiezza della garanzia che dal punto di vista dell'adeguatezza del servizio⁸.

Negli ultimi anni, il legislatore italiano è intervenuto più volte sugli artt. 143 ss. c.p.p. e sulle disposizioni attuative del codice di rito in materia di assistenza linguistica: ai d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 e 23 giugno 2016, n. 129, che hanno recepito la direttiva 2010/64/UE, si è aggiunto il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, finalizzato ad adeguare l'ordinamento interno alla direttiva 2012/29/UE sulla tutela delle vittime di reato, il quale ha introdotto l'art. 143-*bis* c.p.p., contenente la disciplina sulle tradizionali funzioni dell'esperto linguistico a supporto dell'autorità procedente⁹ e sull'assistenza linguistica in favore della persona offesa.

⁷ Osserva come la Direttiva 2012/64/UE conferisca autonomia normativa ai diritti all'interpretazione e alla traduzione, differenziandosi rispetto agli atti sopranazionali anteriori che riconoscevano espressamente solo la prima, S. MONJEAN-DECAUDIN, *L'Union européenne consacre le droit à l'assistance linguistique dans les procédures pénales. Commentaire de la directive relative aux droits à l'interprétation et à la traduction dans les procédures pénales*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 767.

⁸ Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, il fatto che l'art. 6 § 3 lett. e Conv. e.d.u. citi soltanto l'interprete consente di ritenere di solito non necessaria la traduzione scritta degli atti del procedimento, essendo sufficiente un'assistenza linguistica orale. L'unico atto da tradurre di regola per iscritto sarebbe quello contenente gli addebiti. Inoltre, la Corte e.d.u. non esige il possesso da parte dell'assistente linguistico di una particolare qualificazione professionale (*ex multis*, Corte e.d.u., 24 gennaio 2002, Ucak c. Regno Unito) e considera adeguato il servizio ogniqualvolta consenta all'alloggiato di ottenere una cognizione generale e complessiva del contenuto dell'atto (Corte e.d.u., 12 gennaio 2010, H.K. c. Belgio).

⁹ Tali funzioni, già contemplate nel codice del 1930, erano inizialmente regolate nel comma 2 dell'art. 143 c.p.p., poi abrogato dal d.lgs. n. 32 del 2014. Le previsioni sono state reinserite nell'art. 143-*bis* comma 1 c.p.p. dal d.lgs. n. 212 del 2015.

2. Idiomi scarsamente diffusi e limiti all'uso delle lingue veicolari

Gli artt. 143 ss. c.p.p. non si soffermano sulla lingua in cui interpretare o tradurre gli atti del procedimento. Né è generalizzabile la soluzione adottata dagli artt. 169 comma 3 c.p.p. e 63 disp. att. c.p.p., in cui si prescrive l'utilizzo della lingua ufficiale dello Stato di nascita per la prima notifica all'indagato straniero all'estero¹⁰. Essa riguarda infatti un'ipotesi del tutto particolare: non essendosi ancora instaurato un contatto diretto con l'autorità procedente, non è stata neppure possibile una verifica preventiva delle concrete esigenze linguistiche del soggetto straniero, che invece, negli altri casi, l'autorità giudiziaria è obbligata ad effettuare ai sensi dell'art. 143 comma 4 c.p.p.¹¹.

Non preoccupandosi della lingua da utilizzare, la disciplina non affronta neppure il problema degli idiomi scarsamente diffusi, lasciando dunque la questione, particolarmente delicata e densa di conseguenze, alle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza¹².

¹⁰ Le due disposizioni pongono, in realtà, alcuni problemi di coordinamento: la prima riguarda testualmente il solo invito ad eleggere domicilio contenuto nell'atto notificato, che, stando al tenore letterale della previsione, dovrebbe essere formulato *ab origine* in lingua straniera, mentre la seconda si riferisce in generale all'«avviso redatto in lingua italiana e sottoscritto dall'autorità giudiziaria che procede», il quale, in ossequio all'art. 109 comma 1 c.p.p., verrebbe redatto in italiano e poi tradotto. Ad ogni buon conto, l'art. 169 comma 3 c.p.p. prescrive di utilizzare la «lingua dell'imputato straniero», da intendersi, ai sensi dell'art. 63 disp. att. c.p.p., come la «lingua ufficiale dello stato in cui l'imputato risulta essere nato». Per una trattazione generale, v., per tutti, T. LUZI, *Commento all'art. 169 c.p.p.*, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (a cura di), *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, 3^a ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2020, p. 611 s.; P. VENTURA, *Commento all'art. 63 disp. att. c.p.p.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5^a ed., Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2017, p. 720 ss.

¹¹ Similmente, D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 382 ss.

¹² Durante l'iter legislativo per l'approvazione del d.lgs. n. 32 del 2014, la Commissione giustizia della Camera dei deputati aveva proposto, senza successo, di inserire un periodo nell'art. 143 comma 4 c.p.p. allo scopo di contemplare l'uso delle lingue veicolari: v. *Parere approvato dalla II Commissione permanente (Giustizia)-Camera dei Deputati allo schema di decreto legislativo recante recepimento della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (Atto n. 64)*, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari-XVII legisl.*, 18 febbraio 2014, p. 33, 35 s.

Ci si chiede in particolare se, ove sia indisponibile un esperto nella lingua o nel dialetto raro dell'imputato, si possa ricorrere ad un esperto in una lingua parlata a livello internazionale (inglese, francese, spagnolo)¹³. Infatti, se è vero che l'uso della lingua madre garantisce maggior effettività all'autodifesa dell'allongotto, è pure indubitabile che la nomina di interpreti e traduttori poco qualificati o i possibili ritardi nell'indicazione dell'esperto – problemi connessi alla difficoltà di reperire assistenti linguistici in idiomi poco diffusi – rischiano di comprometterne la partecipazione consapevole al procedimento¹⁴.

L'uso delle lingue più diffuse a livello globale è esplicitamente ammesso dalla disciplina sull'immigrazione e sulla protezione internazionale, ove non sia possibile la traduzione dei provvedimenti in un idioma compreso dall'interessato¹⁵. Parte della giurisprudenza in tema di procedure espulsive, soprattutto in passato, ha addirittura ritenuto sufficiente, ai fini della sostituzione della lingua madre con un idioma veicolare, una semplice dichiarazione dell'amministrazione indicante le ragioni dell'impossibilità di tradurre l'atto in un idioma conosciuto dal destinatario¹⁶.

¹³ Dottrina e giurisprudenza maggioritarie ammettono l'uso delle lingue veicolari, seppur con soluzioni interpretative più o meno ampie. In dottrina v., *ex multis*, M. CHIAVARIO, *La tutela linguistica dello straniero nel nuovo processo penale italiano*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III – *Il nuovo processo penale. Studi di diritto straniero e comparato*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 133; D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue*, cit., p. 381 ss.; M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica*, cit., p. 315 ss.; F. GIUNCHEDI, *Diritto all'interprete per lo straniero. Progresso o involuzione?*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1860 s.; S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interprete e tutela delle minoranze linguistiche*, Cedam, Padova, 2010, p. 156 s.; D. VIGONI, *Minoranze, stranieri e processo penale*, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Utet, Torino, 1995, p. 384. In giurisprudenza v., per tutte, *Cass.*, Sez. V, 11 luglio 2018, S., in *C.e.d.*, n. 274136.

¹⁴ Nello stesso senso, D. CURTOTTI, *La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative*, in *Proc. pen. giust. (web)*, 2014, n. 5, p. 124.

¹⁵ Così dispongono gli artt. 2 comma 6 e 13 comma 7 t.u. immigrazione e l'art. 3 d.p.R. 31 agosto 1999, n. 394 (regolamento attuativo t.u. immigrazione), che individuano, quali lingue veicolari, l'inglese, il francese e lo spagnolo, «con preferenza per quella indicata dall'interessato». Analogamente dispone l'art. 10 comma 4 d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 sul riconoscimento e sulla revoca dello status di rifugiato, che contempla anche l'arabo.

¹⁶ Per tutte, *Cass. civ.*, Sez. VI-1, 27 luglio 2010, n. 17572, in *C.e.d.*, n.

Ebbene, al riguardo occorre intendersi: nel procedimento penale l'impiego di una lingua veicolare è configurabile esclusivamente ove l'imputato abbia buona conoscenza della stessa. Benché il legislatore italiano nulla preveda, la possibilità di nominare un esperto in una lingua veicolare è consentita, a tale condizione, sia dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁷, sia dal *Considerando* n. 22 direttiva 2010/64/UE, secondo cui l'assistenza linguistica può essere prestata anche in un idioma diverso dalla lingua madre, purché sia parlato e compreso dall'indagato o dall'imputato in maniera tale da garantire il pieno esercizio dei suoi diritti difensivi.

Qualora invece l'imputato non conosca a sufficienza tali lingue, deve escludersi il loro utilizzo ai fini dell'assistenza linguistica nel procedimento penale¹⁸. Lo scopo dell'attività interpretativa e traduttiva è far comprendere all'indagato e all'imputato gli atti del procedimento e consentirgli di partecipare attivamente allo stesso: utilizzando una lingua che, seppur molto diffusa a livello internazionale, non sia da lui parlata e compresa, egli resterebbe inconsapevole degli atti procedurali e non potrebbe neppure esprimersi efficacemente in interrogatori, udienze, richieste o memorie. Il servizio si ridurrebbe ad un'attività meramente formale senza alcuna utilità difensiva, in palese contrasto con l'art. 24 comma 2 Cost. Del resto, gli artt. 111 comma

614310; Cass. civ., Sez. I, 16 aprile 2002, n. 5465, *ivi*, n. 554789. Critico nei confronti di questo orientamento è P.P. RIVELLO, *Le conseguenze del mancato rispetto delle garanzie linguistiche nell'ambito del procedimento di espulsione*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, p. 27 ss., che osserva come detta interpretazione formalistica trascuri la finalità alla base della traduzione, cioè la salvaguardia del diritto di difesa. Tale scopo è altresì evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 22 giugno 2000, n. 227. Secondo un diverso orientamento, l'amministrazione deve motivare l'impossibilità di tradurre l'atto nella lingua abituale dell'alloggiato ed il giudice deve ritenere plausibile tale impossibilità: *ex multis*, Cass. civ., Sez. VI, 7 marzo 2017, n. 5650, in *DeJure*; Cass. civ., Sez. VI-1, 8 marzo 2012, n. 3678, in *C.e.d.*, n. 621594; Cass. civ., Sez. VI-1, 8 marzo 2012, n. 3676, *ivi*, n. 621535. Per approfondimenti, v. E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 137 ss.

¹⁷ Corte e.d.u., 26 maggio 2005, Parlanti c. Germania, § 2; Corte e.d.u., 19 dicembre 1989, Brozicek c. Italia, § 41.

¹⁸ Nello stesso senso, M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 320; P.P. RIVELLO, *La traduzione degli atti*, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto processuale penale*, vol. II – *Gli atti nel processo penale*, a cura di P.P. Rivello, Giappichelli, Torino, 2018, p. 235.

3 Cost., 6 § 3 Conv. e.d.u. e 14 § 3 Patto int. dir. civ. pol., nel sancire le garanzie linguistiche dell'imputato, si riferiscono ad una lingua da lui padroneggiata e non ad un idioma scelto in base all'astratto parametro della sua diffusione internazionale.

Alle medesime conclusioni si giunge attraverso un'interpretazione sistematica: il codice rigetta infatti ogni automatismo in ordine alla scelta della lingua, come dimostrano i commi 1 e 1-bis degli artt. 293 e 386 c.p.p., concernenti le comunicazioni sui diritti (c.d. *letters of rights*) da fornire all'imputato sottoposto a custodia cautelare, all'arrestato e al fermato¹⁹. Nell'ipotesi di indisponibilità della comunicazione scritta in una lingua comprensibile al destinatario alloglotto, tali norme, lungi dal prevedere la consegna di versioni in una lingua veicolare da lui non conosciuta, dispongono l'anticipazione orale delle informazioni (s'intende, in un idioma compreso dall'interessato), fermo restando l'obbligo di fornire al più presto la citata comunicazione scritta, una volta disponibile²⁰.

In ogni caso, la scelta di una lingua internazionalmente diffusa va vagliata con estrema attenzione. Non è possibile preferire quest'ultima valutando esclusivamente i possibili benefici in termini di speditezza: il diritto di difesa è infatti un «primario valore di giustizia», che prevale sull'economia processuale²¹. È comunque opportuno prediligere la lingua abituale dell'alloglotto²², anche in assenza di tecnici linguistici idonei nel proprio circondario. In tale situazione, l'autorità procedente può ricorrere alle modalità di conferimento dell'incarico *ex art. 146 comma 2-bis c.p.p.* e alle tecnologie per la comunicazione a distanza *ex art. 51-bis comma 5 disp. att. c.p.p.*, al fine di facilitare l'espletamento del servizio da parte di esperti residenti nella cir-

¹⁹ L'obbligo di consegnare le c.d. *letters of rights* è stato introdotto dal d.lgs. 1° luglio 2014, n. 101, che ha recepito la direttiva 2012/13/UE «sul diritto all'informazione nei procedimenti penali», anch'essa emanata in attuazione del c.d. programma di Stoccolma.

²⁰ Volendo, v. N. PASCUCCI, *La persona alloglotta sottoposta alle indagini e la traduzione degli atti*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 137 s.

²¹ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3^a ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 113 ss.

²² Diversamente, M. CHIAVARIO, *La tutela linguistica dello straniero*, cit., p. 133, secondo cui, per evitare «defatiganti ricerche di "praticanti" (magari mediocri)», va dapprima accertata la conoscenza da parte dell'interessato di «lingue aventi indiscusse caratteristiche di "internazionalità"», per poi ricorrere, solo in caso negativo, alla lingua madre dell'alloglotto.

coscrizione di un diverso tribunale²³. Ove occorra tradurre atti standardizzati come le informazioni di garanzia e sul diritto di difesa, è anche possibile servirsi di moduli precedentemente tradotti in diversi idiomi, nei quali sia sufficiente aggiungere o modificare i dati del destinatario e del procedimento. Qualora non sia in alcun modo reperibile un esperto nell'idioma raro né risulti disponibile la previa traduzione di un atto standardizzato, dovrebbe allora nominarsi un interprete o un traduttore in una lingua veicolare ben padroneggiata dall'imputato²⁴.

3. Idiomi rari e *relay*: possibili soluzioni interpretative nel silenzio del legislatore

Un altro modo per superare l'indisponibilità di assistenti nella lingua rara dell'imputato è l'utilizzo della tecnica denominata *relay*, consistente nella nomina di più interpreti o traduttori: uno che renda il messaggio dall'italiano ad una lingua veicolare (ad esempio l'inglese) e un altro che lo trasponga da quest'ultima alla lingua madre del beneficiario, o viceversa. Il suo impiego, in questo contesto, va però considerato residuale, presentando insidie ancora maggiori rispetto alla nomina di un esperto in una lingua veicolare ben padroneggiata dall'imputato²⁵.

Gli artt. 143 ss. c.p.p. e 51-*bis* s. disp. att. c.p.p. non contengono previsioni al riguardo.

Un'indicazione in senso negativo potrebbe ricavarsi dal confronto tra detta disciplina e l'art. 119 c.p.p., dedicato alla partecipazione del sordo e del muto agli atti del procedimento: gli artt. 143 ss. c.p.p. e 51-*bis* s. disp. att. c.p.p. usano infatti il sin-

²³ L'uso di tecnologie come «la videoconferenza, il telefono o Internet» è consentita all'interprete anche dall'art. 2 § 6 direttiva 2010/64/UE, purché la sua presenza fisica «non sia necessaria al fine di tutelare l'equità del procedimento».

²⁴ Al riguardo, v. D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue*, cit., p. 383 s., spec. nota 71, secondo la quale deve preferirsi, salvo ipotesi eccezionali, l'uso della lingua madre dell'alloglotto.

²⁵ In altri casi la nomina di più esperti garantisce invece, di regola, una maggior qualità del servizio, come in presenza di atti scritti molto estesi, ove l'opera di un solo esperto non sia sufficiente a causa dei tempi stringenti entro cui effettuare la traduzione, oppure in udienze dibattimentali lunghe e articolate, durante le quali potrebbe prediligersi un avvicendamento degli interpreti. In argomento, M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica*, cit., p. 340 s.

golare per riferirsi all'interprete e al traduttore, mentre l'art. 119 c.p.p. contempla la possibilità di nominare «uno o più interpreti». Questo, però, non sembra un rilievo decisivo: anche gli artt. 220 ss. c.p.p. in tema di perizia utilizzano il singolare in relazione al perito, pur prevedendo, all'art. 221 comma 2 c.p.p., la possibilità di nominare «più persone» in presenza di indagini o valutazioni molto complesse o richiedenti «distinte conoscenze in differenti discipline». Potrebbe anzi ipotizzarsi l'applicazione analogica dell'art. 221 comma 2 c.p.p. all'assistenza linguistica, proprio al fine di consentire il *relay*²⁶.

Tale tecnica presenta però dei limiti evidenti: tramite questo “doppio passaggio” la comunicazione, sia scritta che orale, rischia di adulterarsi in modo significativo, soprattutto qualora uno o entrambi gli assistenti linguistici nominati dall'autorità procedente posseggano una qualificazione professionale non particolarmente elevata, ad esempio a causa dell'indisponibilità di esperti con una specifica formazione accademica in ragione della rarità della lingua abituale dell'interessato²⁷.

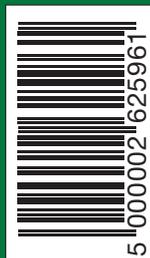
In conclusione, pur non potendo vietarsi detta specifica modalità, è opportuno circoscriverne l'applicabilità a situazioni del tutto eccezionali, nelle quali la mancanza di un interprete o di un traduttore nella lingua madre dell'alloglotto (o in una lingua veicolare ben conosciuta da quest'ultimo) sia assoluta e non sussista neppure la possibilità di nominarne uno al di fuori del proprio circondario, che operi tramite tecnologie di comunicazione a distanza²⁸. L'autorità procedente deve in ogni caso vigilare affinché sia garantita la qualità sufficiente dell'assistenza linguistica, in modo da consentire all'indagato e all'imputato il pieno e consapevole esercizio dei propri diritti difensivi.

²⁶ Della medesima opinione è M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica*, cit., p. 340.

²⁷ In dottrina si tende ad ammettere il *relay*, rilevandone però le insidie: S. SAU, *Commento all'art. 143 c.p.p.*, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 518.

²⁸ Nello stesso senso, M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica*, cit., p. 340.

Questo volume raccoglie gli atti del convegno *Stranieri in Italia. Una riflessione a più voci*, tenutosi a Macerata il 25 novembre 2021, a conclusione del progetto di ricerca *Diritto, Diritti e Società Inclusiva (strumenti giuridici innovativi per la costruzione di una società multiculturale) (Innovation4Inclusion)*, che costituisce una delle iniziative di implementazione del progetto “Dipartimento di Eccellenza” del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Ateneo maceratese. Il tema, di grande complessità, viene esplorato dagli Autori sotto due punti di vista, emblematici della condizione dello straniero in Italia e dell’attenzione che gli è riservata dall’ordinamento giuridico: i diritti (nella peculiare prospettiva dei diritti politici e del diritto di “accesso alla terra”); il sistema penale (declinato nella prospettiva penalistica e processualpenalistica). Sotto entrambe le angolazioni, la riflessione schiude uno scenario di grande interesse, fatto di considerazioni sovente amare sui ritardi del legislatore, ma anche di spunti esegetici originali e preziose prospettive di riforma per traghettare l’ordinamento giuridico italiano verso la costruzione di una società multietnica e inclusiva.



€ 30,00 I.V.A. INCLUSA