



DEMOCRAZIA E SICUREZZA – DEMOCRACY AND SECURITY REVIEW

Anno XI, n. 1, 2021



Roma TrE-Press
2021



Democrazia e Sicurezza - Democracy & Security Review

Anno XI, n. 1, 2021 (contenuti chiusi il 5 aprile 2021)

Direzione, redazione e impaginazione:

Laboratorio Multimediale e di Comparazione Giuridica
Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Scienze politiche
via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma
www.democraziaesicurezza.it - redazione@democraziaesicurezza.it



Iscrizione presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011

Rivista scientifica (ANVUR) per l'Area 12 - Scienze giuridiche
e l'Area 14 - Scienze politiche e sociali ai fini dell'ASN.

Salvo diversamente indicato, gli articoli sono sottoposti a doppia procedura di revisione anonima (*double blind peer review*).

Elaborazione grafica della copertina

MOSQUITO mosquitoroma.it

Caratteri grafici utilizzati

Aller e Avenir (copertina); Century Gothic (titoli interni); Palatino Linotype (testo).

Edizioni *Roma Tre-Press* ©

Roma, aprile 2021

ISSN 2239-804X

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NCND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma Tre-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma.

Direttore responsabile

Salvatore Bonfiglio

Comitato editoriale

Francesco Antonelli, Salvatore Bonfiglio (Direttore scientifico), Mario Carta, Artemi Rallo Lombarte (Condirettore), Pamela Martino, Giuseppe Ricotta, Massimo Rubechi

Consiglio scientifico

Domenico Amirante, Fabrizio Battistelli, Paolo Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Francesco Clementi, Mario De Caro, Jean-Philippe Derosier, Carlo Focarelli, Rosario Garcia Mahamut, Hermann Groß, Andrew Hoskins, Martin Innes, Luis Jimena Quesada, Luis Maria Lopez Guerra, Stelio Mangiameli, Maria Luisa Maniscalco, Kostas Mavrias, David Mongoin, Lina Panella, Cristina Pauner Chulvi, Otto Pfersmann, Artemi Rallo Lombarte, Angelo Rinella, Marco Ruotolo, Cheryl Saunders, Giovanna Spagnuolo, Raffaele Torino, Alessandro Torre, Matthew C. Waxman

Redazione

Coordinamento: Gabriele Maestri

Osservatorio sulla normativa: Massimo Rubechi (coordinatore), Jessica De Vivo, Valentina Fiorillo, Gian Marco Pellos, Giulia Renzi, Giuliaserena Stegher

Osservatorio sulla giurisprudenza: Pamela Martino (coordinatrice), Giulia Aravantinou Leonidi, Luca Dell'Atti, Maria Dicosola, Carmine Petteruti

Osservatorio europeo e internazionale: Mario Carta (coordinatore), Susanna Azzaro, Francesco Battaglia, Beatriz Tomás Mallén, Cristina Gazzetta, Tommaso Amico di Meane, Pablo Julián Meix Cereceda

Osservatorio sociale: Francesco Antonelli (coordinatore), Santina Musolino, Giuseppe Ricotta, Valeria Rosato, Anna Simone, Pina Sodano

Il sito www.democraziaesicurezza.it riporta i *referee* esterni della Rivista, nonché le procedure di invio e revisione.



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 1, 2021

data di pubblicazione: 5 aprile 2021

Indice

Editoriale

*L'assalto a Capitol Hill e la tenuta dello Stato di diritto
nelle democrazie contemporanee*
di Salvatore Bonfiglio

3

Saggi

*I prerogative powers al vaglio della Corte suprema nel caso Elgizouli:
le prospettive evolutive del common law e le nuove frontiere del judicial review*
di Pamela Martino

11

Osservatori

*Il nuovo decreto legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e sicurezza:
continuità o rottura?*
di Jessica De Vivo

51

*'Ronda veneziana', per la Consulta la musica non cambia. Il controllo di vicinato
alla luce di Corte cost. 21 ottobre 2020, n. 236*
di Gabriele Trombetta

91

*La tratta delle donne migranti in Europa e gli interventi nazionali
e comunitari nella protezione delle vittime*
di Susanna Azzaro

123

The Judicial System at the Crossroads of Populism and Elitism
di Giovanni Damele

157

Recensioni

*Alessio Rauti, La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica
e fini costituzionali, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 483*
di Gabriele Maestri

181





L'assalto a Capitol Hill e la tenuta dello Stato di diritto nelle democrazie contemporanee

di Salvatore Bonfiglio *

Dopo l'indisponibilità del vicepresidente Mike Pence a esercitare i suoi poteri e doveri – secondo quanto previsto dal XXV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, per destituire rapidamente il Presidente in carica – la Camera dei rappresentanti degli Stati Uniti d'America il 13 gennaio 2020 ha votato, per la seconda volta, la richiesta di *impeachment* per Donald Trump. In tale circostanza anche dieci esponenti del partito repubblicano hanno votato a favore di questo esito.

La Camera ha dunque deliberato la messa in stato di accusa per incitamento all'insurrezione negli ultimi giorni della presidenza Trump, pur sapendo che il Senato – in funzione giudiziale e presieduto dal capo della Corte Suprema – non farà in tempo a concludere la procedura entro il 20 gennaio 2020. Che senso ha portare a termine l'*impeachment* di un ex Presidente? Valutiamone brevemente le conseguenze giuridiche e politiche.

* Professore associato di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi Roma Tre; direttore di *Democrazia e sicurezza – Democracy and Security Review*.



Se il Senato dovesse condannare Trump con la maggioranza dei due terzi dei voti, allora potrebbe anche vietargli di presentarsi alle prossime elezioni, non solo presidenziali. Del resto, una clausola della Costituzione prevede anche l'interdizione da qualsiasi ufficio pubblico nei casi di *impeachment*: per la *Disqualification Clause* (XIV Emendamento, Sez. 3) è necessario un secondo voto, ma in questo caso basta la maggioranza semplice che i democratici hanno nel nuovo Senato. Inoltre, anche i senatori repubblicani questa volta avrebbero un preciso interesse a votare insieme ai democratici l'*impeachment*: oltre ad affermare un importante precedente di condanna nei confronti di un Presidente che ha incitato all'insurrezione, pur avendo giurato di preservare, proteggere e difendere la Costituzione degli Stati Uniti d'America (Art. II, Sez. 1), essi potrebbero così evitare il rischio che Trump possa presentarsi alle primarie repubblicane oppure candidarsi come indipendente, in alternativa non solo ai democratici, ma anche agli stessi esponenti del *Grand Old Party*.

Entrambi i partiti sembrano questa volta uniti dall'interesse a votare l'*impeachment*, perché l'assalto al Campidoglio è stato un vero e proprio attentato alla Costituzione, una macchia nella storia degli Stati Uniti.

Hanno fatto il giro del mondo le immagini dell'attacco e della violenza: essa è certamente stata alimentata dalla campagna di odio che ha caratterizzato la presidenza Trump. Quella violenza, però, ha radici così profonde da essere una costante della vita americana: dall'assassinio di Martin Luther King alla morte di George Perry Floyd, ucciso con un ginocchio sul collo tenuto per molti minuti da un agente di polizia. Una violenza causata da profonde fratture di varia natura: sociali, economiche, culturali, razziali e religiose.



Dopo quanto sopra detto, sarebbe comunque sbagliato pensare di accostare i partecipanti del tumulto ai 74 milioni di elettori che hanno votato per Trump. Tuttavia, deve far riflettere che questi elettori, a differenza della precedente elezione del 2016, sapevano perfettamente per chi stavano votando. Infatti, il Partito Repubblicano, popolarmente noto come *Grand Old Party*, durante la presidenza di Trump si è molto radicalizzato, anche grazie alla presenza di un partito debole e personale. È dunque molto probabile che una parte consistente dell'elettorato repubblicano dei distretti di destra profonda continui a mantenere una solida base "trumpista", in grado di esercitare un peso politico nelle circoscrizioni più piccole per l'elezione, tra due anni, dei membri della Camera dei rappresentanti. Per questa ragione, nei giorni precedenti la messa in stato di accusa, molti esponenti repubblicani della Camera bassa hanno deciso di continuare a schierarsi con il Presidente in carica contro i presunti "brogli elettorali", benché Trump avesse già esperito senza successo ogni via consentita dall'ordinamento giuridico per contestare il risultato elettorale.

Ciò conferma che partiti deboli e personali possono indebolire le istituzioni democratiche: questo vale, in particolare, in contesti in cui i partiti sono dominati da personalità autoritarie e risulta evidente una profonda spaccatura politica tra gli elettori urbani (con un maggiore grado di istruzione) e gli elettori residenti nelle zone rurali. Non è detto, dunque, che la fine della presidenza di Trump sia anche la fine del trumpismo, dei populismi e dei fenomeni di radicalizzazione politica, alimentati anche da poteri "invisibili" nello spazio pubblico digitale sregolato.

Del resto, la sconfitta di Donald Trump, nonostante questi abbia tentato con tutti i mezzi di rovesciare i risultati delle elezioni presidenziali,



conferma quanto sia importante la separazione dei poteri. È stato il Congresso a certificare la vittoria di Joe Biden alla Casa Bianca; ancor prima, è stata (anche) la Corte Suprema a respingere i ricorsi, sostenuti dal Presidente sconfitto, che miravano ad invalidare il voto di quattro Stati a favore di Biden. Forse il Presidente repubblicano Trump sperava che la Corte Suprema, composta da giudici con un orientamento più vicino ai repubblicani che a quello dei democratici (grazie alle nomine compiute nella presidenza ormai al termine), fosse incline ad adottare decisioni a lui più favorevoli.

La Corte Suprema ha svolto «un effettivo ruolo equilibratore nei confronti del Presidente» (Mortati) ed è stata capace di realizzare una funzione di controllo conforme al meccanismo di *checks and balances*. Il suo prestigio, d'altronde, è confermato anche sul piano simbolico dal fatto che nel cosiddetto *Inauguration day*, cioè il giorno del giuramento del nuovo Presidente, la cerimonia è presieduta dal vertice della Corte suprema (*Chief Justice*).

Certamente le procedure legali hanno retto alla prova della sfida trumpista; più in generale, le istituzioni statunitensi e le forze dell'ordine hanno dimostrato una certa tenuta nel respingere – anche se in alcuni momenti con poca determinazione – le violenze nel corso dell'assalto.

Negli Stati Uniti, dunque, lo Stato di diritto ha superato questa difficile prova, ma l'attacco a *Capitol Hill* non va sottovalutato. Esso è come la punta di un iceberg, sotto la quale si nascondono gravi problemi sociali e istituzionali che, dopo quattro decenni di globalizzazione liberista, hanno fatto svanire il "sogno americano". Perfino lo Stato di diritto è a rischio se non poggia su un largo consenso, perché le varie forme di populismo spingono il popolo contro le *élite* liberali e democratiche. A rischio vi è la



democrazia stessa quando non si realizza uno *stato sociale di diritto*, una democrazia sociale, in cui il profilo sostanziale del principio dell'uguaglianza è in grado di avvalorare effettivamente pure il profilo formale del principio.

Gli Stati Uniti, dunque, dovranno quanto prima porre mano a misure di sicurezza sociale, rilanciare gli interventi sanitari in un Paese rimasto impantanato nella pandemia. Joe Biden, già nei primi cento giorni della sua presidenza, dovrà iniziare ad attuare il suo programma di riforme promesso nel corso della campagna elettorale per attenuare le profonde fratture presenti nella società americana.

La connessione tra giustizia e libertà, tra stato di diritto e diritti sociali riguarda anche le società democratiche degli Stati membri dell'Unione europea: essa è alle prese con i casi di Polonia e Ungheria, in cui è stata perfino compromessa la separazione dei poteri, nonostante lo Stato di diritto costituisca un principio di diritto dell'Unione stessa. Anche nello spazio pubblico europeo, per contrastare i populismi sovranisti e la radicalizzazione politica occorrerà realizzare un vero e proprio *welfare europeo* per "vaccinare" – è il caso di dirlo, di questi tempi – le istituzioni democratiche.





I prerogative powers al vaglio della Corte suprema nel caso *Elgizouli*: le prospettive evolutive del *common law* e le nuove frontiere del *judicial review*

di Pamela Martino *

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il principio di legalità alla prova del *common law*: un'occasione persa? – 3. L'elasticità degli ambiti del *judicial review*: i limiti ai *prerogative powers* e la controversa transizione dal sindacato sulla legittimità al sindacato nel merito. – 4. Un epilogo sospeso: la discrasia tra maturazione della *Constitution* e assetto delle relazioni internazionali.

1. Il caso

La sentenza relativa al caso *Elgizouli v Secretary of State for the Home Department* [2020] UKSC 10 è la prima occasione in cui la Corte suprema si è pronunciata in ordine all'applicazione della terza parte del *Data Protection Act 2018* dedicata al *law enforcement processing*.

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Bari «Aldo Moro». Contributo sottoposto doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); contributo ricevuto nella versione definitiva l'11 marzo 2021.



L'occasione è ghiotta per riprendere le fila dei limiti previsti dal *common law* all'esercizio dei poteri di prerogativa passando per la garanzia del diritto alla vita.

Shafee Elsheikh e Alexandra Kotey erano sospettati di integrare un gruppo terroristico denominato "The Beatles", responsabile dell'omicidio di 27 cittadini britannici e statunitensi in Siria la cui decapitazione era stata registrata e poi diffusa in rete. Nel giugno 2015 le autorità statunitensi avevano richiesto a quelle britanniche *mutual legal assistance* in ordine alle indagini che stavano svolgendo sulle attività del gruppo. Facendo seguito alla richiesta, l'*Home Secretary*, Sajid Javid, aveva richiesto rassicurazioni alle autorità statunitensi che le informazioni fornite dal Regno Unito non sarebbero state utilizzate per perseguire penalmente i due sospetti terroristi dando avvio a procedimenti che avrebbero potuto concludersi con la loro condanna a morte; malgrado la richiesta fosse rimasta disattesa, nel giugno 2018 l'*Home Secretary* forniva agli Stati Uniti le informazioni richieste. Frattanto, nel gennaio 2018 i due presunti terroristi, cui era stata revocata la cittadinanza britannica a norma della sez. 40(5) del *British Nationality Act 1981*, erano stati catturati dai combattenti curdi siriani e, in corso di discussione del caso dinanzi alla Corte suprema, si trovavano sotto la custodia delle autorità statunitensi.

Il caso giudiziario, dunque, muove dall'impugnazione da parte della madre di Shafee Elsheikh, Maha Elgizouli, dinanzi alla *High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court)*, della decisione dell'*Home Secretary* di offrire mutua assistenza agli Stati Uniti mediante la trasmissione loro, sulla base dell'*UK-US Mutual Legal Assistance Treaty 1994*, di numerose prove raccolte dalla *Metropolitan Police* e acquisite dalle autorità britanniche, al fine di assicurare alla giustizia il sospetto terrorista



senza ricevere prelievi assicurazioni che lo stesso non sarebbe stato condannato a morte ovvero che la pena di morte non sarebbe stata eseguita. Oggetto di contestazione era, dunque, la decisione ministeriale adottata senza la previa garanzia in ordine alla mancata inflizione della pena capitale: obiettivo di Maha Elgizouli, difatti, non era tanto quello di evitare che suo figlio fosse perseguito penalmente, quanto di scongiurare la sua condanna a morte sostenendo che trattasi di una pena crudele e disumana, che è illegittimo pertanto favorirne l'inflizione e l'esecuzione, infine che la *mutual legal assistance* consistente nella trasmissione di dati personali passibili di determinare la pena capitale contrasta con il disposto legislativo del 2018.

La Corte rigettava il ricorso¹ ma concedeva la *permission to apply for judicial review* consentendo alla Sig.ra Elgizouli di adire la Corte suprema (Plachta 2019), chiamata dunque a pronunciarsi su due questioni giuridiche di particolare rilevanza: se, in base al *common law*, fosse legittimo l'esercizio del potere ministeriale di trasmettere ad autorità straniere dati personali suscettibili di essere utilizzati come prove a carico in procedimenti penali passibili di concludersi eventualmente con la condanna a morte degli imputati; inoltre, se fosse legittimo il predetto trasferimento di dati personali a norma della Parte 3 della legge del 2018, interpretata alla luce dei principi di diritto comunitario sulla protezione dei dati personali.

La maggioranza del collegio giudicante ha respinto il ricorso nella parte in cui rinviene nell'incompatibilità con il *common law* la illegittimità della decisione ministeriale, mentre all'unanimità il collegio ha dichiarato

¹ R (*El Gizouli*) v *Secretary of State for the Home Department* [2019] EWHC 60 (Admin).



che tale illegittimità riposa nella incompatibilità di tale decisione con la Parte 3, ch. 5, della legge del 2018.

La Corte suprema, infatti, ha respinto le argomentazioni ministeriali in base alle quali le determinazioni assunte erano compatibili con il disposto legislativo del 2018, rimarcando - al paragrafo 6 della pronuncia scritto con la penna del giudice Hale la cui *opinion* funge da ausilio nella lettura della pronuncia - che a norma dell'*Act 2018* «the processing of such data by the Secretary of State as data controller required a conscious, contemporaneous consideration of whether the criteria for such processing were met. “Substantial compliance” with those criteria, as found by the Divisional Court, is not enough».

Il *Data Protection Act 2018* - che dà esecuzione alla *EU Law Enforcement Directive (Directive (EU) 2016/680)* relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati - alla sez. 73 subordina il trasferimento di dati personali a Paesi terzi a tre condizioni: che «the transfer is necessary for any of the law enforcement purposes» (sez. 73(2)); che «the transfer (a) is based on an adequacy decision (see section 74), (b) if not based on an adequacy decision, is based on there being appropriate safeguards (see section 75)», infine che «(c) if not based on an adequacy decision or on there being appropriate safeguards, is based on special circumstances (see section 76)» (sez. 73 (3)). Ne consegue che, come evidenziato dal giudice Hale, a norma della sez. 76(1), in assenza di una *adequacy decision* ovvero di *appropriate safeguards*, il trasferimento di dati personali ad un Paese terzo ovvero a



organizzazioni internazionali deve basarsi su speciali circostanze e dunque porsi in essere quando risulti necessario «(a) to protect the vital interests of the data subject or another person, (b) to safeguard the legitimate interests of the data subject, (c) for the prevention of an immediate and serious threat to the public security of a member State or a third country, (d) in individual cases for any of the law enforcement purposes, or (e) in individual cases for a legal purpose». Attesa la particolare rilevanza delle speciali circostanze di cui a (d) e (e) nel caso di specie, e considerato che nessuna delle condizioni previste dalla legge è stata osservata, la decisione ministeriale è da ritenersi illegittima; peraltro, a norma della sez. 76(2) «subsection (1)(d) and (e) do not apply if the controller determines that fundamental rights and freedoms of the data subject override the public interest in the transfer», e dunque il decisore politico era chiamato altresì a valutare se la garanzia dei diritti fondamentali prevalesse sul pubblico interesse al trasferimento dei dati (par. 12).

Lord Carnwath ha sottolineato opportunamente al paragrafo 219 della pronuncia che il proposito della sez. 73 è quello di definire una procedura decisionale ben articolata, funzionale ad una decisione meditata. È proprio la mancata osservanza ministeriale di tale *iter* procedurale nonché l'assenza di qualsiasi valutazione in ordine alla necessità di tale trasferimento dati sulla base dei criteri fissati dalla legge del 2018, a rendere la decisione ministeriale illegittima (parr. 226 e 227): secondo il giudice, infatti, «the decision was based on political expediency, rather than consideration of strict necessity under the statutory criteria» (par. 227). Se le prime due condizioni non erano state soddisfatte in quanto non era stata



resa alcuna decisione di adeguatezza né erano state poste in essere le opportune salvaguardie, allo stesso modo non sussistevano speciali circostanze che rendessero il trasferimento necessario.

Diversamente dalla maggioranza del collegio giudicante, Lord Kerr nella sua *opinion* ha dichiarato che la decisione ministeriale era da considerarsi illegittima assumendo come parametro non solo il disposto legislativo del 2018, bensì anche il *common law* in quanto la mutua assistenza finalizza il trasferimento dati al loro utilizzo in un processo muovendo dal presupposto che siano osservati i principi del giusto processo; ove il trasferimento dati sia adoperato in un procedimento penale senza rassicurazioni in ordine alla mancata comminazione della pena capitale, esso contrasta con il diritto interno e non soddisfa le due condizioni di cui alla sez. 35 del *Data Protection Act 2018* a norma della quale «[t]he first data protection principle is that the processing of personal data for any of the law enforcement purposes must be lawful and fair».

2. Il principio di legalità alla prova del *common law*: un'occasione persa?

La maggioranza della Corte ha escluso, dunque, che i profili di illegittimità della decisione ministeriale fossero riconducibili alla violazione di un divieto, contemplato dal *common law*, di favorire l'inflizione della pena capitale (Fairclough 2020). È da qui che occorre muovere per comprendere appieno il significato della pronuncia che sacrifica l'occasione di offrire



una interpretazione evolutiva del *common law* in favore dell'avvertita esigenza di ribadire che i *prerogative powers* sono soggetti ai limiti di cui al disposto legislativo.

Se il rischio dell'inflizione della pena capitale inevitabilmente precluda il trasferimento dei dati basato sulle speciali circostanze di cui alla sez. 76 della legge del 2018 è un interrogativo posto dal giudice Brenda Hale la quale, evitando di «express a concluded view» su una questione che «would undoubtedly merit further consideration if a similar issue were to arise in future» (par. 7), in un *obiter* ha dichiarato che la sez. 76(2) non consente il trasferimento di dati personali quando le garanzie dei diritti fondamentali prevalgono sulla preservazione del pubblico interesse cui il predetto trasferimento è funzionale; visti i «considerando» 1, 17 e 46 della succitata direttiva europea, la sez. 76(2) va interpretata in senso preclusivo della trasmissione di dati personali che possano determinare o contribuire alla condanna a morte degli interessati a meno che tale trasmissione sia immediatamente funzionale a salvare vite ovvero a prevenire un crimine imminente (par. 14).

È opinione del giudice Hale che l'illegittimità della decisione ministeriale derivi dal fatto che, anche ove le condizioni previste dal combinato disposto delle sez. 73 e 76(1) dell'*Act 2018* siano soddisfatte, la sez. 76(2) impedisce il trasferimento di dati che consentano di perseguire penalmente un soggetto cui possa essere comminata la pena di morte all'esito del procedimento penale di condanna.

L'*obiter* del già Presidente della Corte suprema non è stato pienamente condiviso dal collegio giudicante: Lord Carnwath e Lord Hodge hanno definito rispettivamente come dotate di forza le argomentazioni del giudice Hale, ma richiedenti un supplemento di approfondimento (parr. 228



e 230) frattanto lasciando spazio alla tesi in base alla quale la sez. 76(2) non preclude in modo assoluto il trasferimento di dati personali quando sussista il rischio dell'inflizione della pena capitale: la decisione richiesta dalla sez. 76(2) non può assumersi conferendo centralità unicamente al diritto alla vita garantito dall'art. 2 Cedu, in quanto un secondo stadio della decisione esige il bilanciamento tra tale diritto e l'esigenza di preservare il pubblico interesse.

Le ragioni sulle quali riposa la scelta della maggioranza del collegio giudicante sono ampiamente esposte da Lord Reed, Presidente della Corte suprema dal gennaio 2020, e da Lord Carnwath. Quest'ultimo non ha esitato a dichiarare, infatti, che il *common law* non si è evoluto in maniera tale da riconoscere il divieto di mutua assistenza giudiziaria ove la stessa agevoli la pena di morte: «there is as yet no established principle (under the common law, the European Convention or any other recognised system of law), which prohibits the sharing of information relevant to a criminal prosecution in a non-abolitionist country, merely because it carries a risk of leading to the death penalty in that country» (par. 191). Il *common law*, come la giurisprudenza delle corti nazionali, non sono mai intervenuti sul tema della pena di morte gli sviluppi del quale sono imputabili ad atti parlamentari, benché solo a partire dal 1965² (sugli svi-

² Anno di approvazione del *Murder (Abolition of Death Penalty) Act*, a norma del quale la reclusione a vita era la sanzione massima irrogabile nei confronti di chi avesse commesso un omicidio che, dunque, non era più considerato reato capitale; la pena capitale restava prevista, tuttavia, per altre fattispecie di reato. Malgrado i successivi tentativi di ripristinare la pena di morte nel Regno Unito, nel 1998, con l'approvazione del *Crime and*



luppi in ordine alla pena di morte oltremarica, tema strettamente interconnesso con il dibattito sulla pena di morte negli Stati Uniti, v. Gaines 2015), nonché alla Cedu. La *section 16* del recente *Crime (Overseas Production Orders) Act 2019* non fa che confermare che la disciplina della materia è di competenza parlamentare e, malgrado ribadisca l'esigenza che il *Secretary of State* ottenga garanzie, non proibisce lo scambio reciproco di materiale probante anche ove non ne sia fornita alcuna (parr. 194-195). Né il giudice Carnwath ha rinvenuto tale divieto nel *common law* rinvenendo una linea di continuità con i limiti ai provvedimenti di estradizione e di espulsione (parr. 199-204): infatti, sui provvedimenti di estradizione e di espulsione, seppur suscettibili di essere sottoposti a giudizio di legittimità, non grava alcuna preclusione derivante dal trattamento che è possibile sia riservato all'interessato nello Stato di destinazione né è agevole rendere compatibile la previsione del predetto divieto assoluto nel *common law* con la legge del 2018, che contempla circostanze che consentono, alla sez. 76(1)(c), il trasferimento dei dati personali a fini di prevenzione di una seria minaccia alla sicurezza nazionale ovvero di uno Stato terzo (par. 205).

Inoltre, a fondamento del rigetto del ricorso su queste basi, il giudice ha trattato un ulteriore profilo di interesse della controversia concernente

Disorder Act, la pena capitale fu definitivamente abolita anche per reati come l'alto tradimento e la pirateria, e nello stesso anno il Regno Unito ratificò il 6° Protocollo Cedu che vieta la pena capitale tranne che in tempo di guerra o di minaccia di guerra imminente. È stata poi la sez. 21(5) dell'*HRA 1998* ad abolire la pena di morte anche in tempo di guerra; infine, nel 2004 il Regno Unito ha aderito al 13° Protocollo Cedu che abolisce la pena di morte in ogni circostanza.



il confine entro il quale può tollerarsi uno sviluppo del *common law* adducendo la prudenza da osservare nella interpretazione evolutiva dello stesso per via giurisprudenziale al fine di preservare la certezza del diritto e la separazione dei poteri:

«The recent statements in this court support the development of the common law in line with the European Convention, but not beyond as here proposed. So far as concerns Lord Carswell’s comments in the *A* case, he was speaking in the context of an issue as to the admissibility of evidence obtained by torture, against a background in which “from its very earliest days the common law of England set its face firmly against the use of torture” (per Lord Bingham of Cornhill at para 11, citing authorities dating from the 15th century)» (par. 193).

Incline ad un cauto approccio si è mostrato anche Lord Reed: il *common law* è soggetto allo sviluppo giudiziale da costruirsi, tuttavia, incrementalmente su principi consolidati ovvero

[i]n order to preserve legal certainty, judicial development of the common law must therefore be based on established principles, building on them incrementally rather than making the more dramatic changes which are the prerogative of the legislature. Following that approach, new rules may be introduced, or existing rules may be reformulated or departed from, but the courts continue to apply principles which formed an established part of the law at the time of the events in question. The judges are then faithful to their oath to “do right to all manner of people after the laws and usages of this Realm”. Secondly, that constraint on judicial law-making is also compatible with the pre-eminent constitutional role of Parlia-



ment in making new law, and with the procedural and institutional limitations which restrict the ability of litigation before the courts to act as an engine of law reform (par. 170).

La chiave interpretativa incrementale del *common law*, sul presupposto che l'onere della prova del suo sviluppo gravi in capo alle parti di una controversia giudiziaria, attesta la ritrosia dei giudici ad ammettere affrettati mutamenti del diritto in favore della verifica della maturazione di una interpretazione evolutiva delle prescrizioni dell'ordinamento; nondimeno il rigoroso presidio al principio della certezza del diritto corre il rischio di non restituire il minimo spazio in favore del cambiamento arrestando qualsivoglia processo evolutivo.

A ciò si aggiungano le dichiarazioni del giudice Hodge in base alle quali il *common law* non riconosce un diritto alla vita suscettibile di impedire all'*Home Secretary*, nell'esercizio dei suoi poteri di prerogativa nell'ambito della politica estera, di condividere informazioni con autorità straniere nel quadro di un accordo di mutua assistenza giudiziaria (parr. 231-234). È stato il Parlamento a riconoscere il diritto alla vita con l'abolizione della pena di morte e l'approvazione dello *Human Rights Act 1998* (HRA 1998) che ha definitivamente incorporato nell'ordinamento interno la relativa garanzia di cui all'art. 2 Cedu; dunque, «[w]ere the courts to recognise a parallel common law right to life and similar qualifications to that right, that would not be the incremental development of the law building on established principles of the common law; it would amount to judicial legislation. It is for Parliament to decide whether it wishes to go beyond the amendment which it made in the 2019 Act» (par. 233); l'unico



profilo di illegittimità della decisione ministeriale riconducibile al *common law* è ancorato al principio di ragionevolezza:

Our public law reflects the very high value which our society places on human life by requiring the courts to adopt an especially intense scrutiny when reviewing the legality of a decision which may imperil a person's life. Having regard to the arguments advanced in this appeal, that scrutiny involves the review of the exercise of prerogative powers against the *common law criterion of reasonableness* (in relation to the Secretary of State's change of position) and against the requirements which Parliament has imposed in the 2018 Act. While the appeal fails on the former basis, it succeeds on the latter (par. 234).

Tutt'altra è la prospettiva analitica del giudice Kerr che, nel fermo convincimento che la illegittimità della decisione ministeriale riposi nella sua incompatibilità sia con il disposto legislativo del 2018 sia con il *common law*, ha fondato le sue argomentazioni su di una interpretazione evolutiva di quest'ultimo già giunta a maturazione e in base alla quale

«Article 10 of the Bill of Rights 1688 prohibits the infliction of “cruel and unusual punishments”. Of course, at that time, and for almost three centuries afterwards, the carrying out of the death penalty continued without its being thought to offend article 10. But, for the reasons set out below, the death penalty is now recognised by the common law as constituting such punishment. The Bill of Rights may be considered to provide the backdrop to contemporary consideration of whether the facilitation of the imposition of the death penalty is contrary to what should now be recognised as the common law of the United Kingdom. What is conceived to be



cruel and unusual punishment adjusts, like so many other societal perceptions, to changes in the standards and values of society which develop over time with the growth of knowledge and the evolution of attitudinal changes» (par. 102).

Dunque, sostenendo che «the time has arrived where a common law principle should be recognised» (par. 142), il giudice ha argomentato il riconoscimento del principio di *common law* in questione ancorandolo prima al *Bill of rights* e ai valori britannici contemporanei, poi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (parr. 107-124) e di Lussemburgo (parr. 125-134), alla giurisprudenza del *Judicial Committee of the Privy Council*, infine all'illogicità del rifiuto britannico di estradizione di individui che, perseguitati all'estero, corrono il rischio di essere condannati a morte, derivante dall'incorporazione nell'ordinamento interno del disposto convenzionale, a fronte della disponibilità a fornire ad altro Stato mutua assistenza giudiziaria senza rassicurazioni in ordine alla mancata infrazione o esecuzione della pena capitale all'esito di procedimento penale.

In verità l'interazione tra *common law* e *HRA 1998*, che assume centralità nell'*opinion* del giudice Kerr così come nell'intera pronuncia, resta questione ancora controversa: se Lord Kerr ritiene che la Cedu sia una soglia minima e che non costituisca un inibitore dello sviluppo del *common law*, secondo Lord Carnwath il disposto convenzionale è una soglia massima di garanzia oltre la quale il *common law* non può spingersi, come dimostrerebbe alcuna giurisprudenza quale la sentenza relativa al caso *R (Osborn) v Parole Board* [2013] UKSC 61 con la quale, in base alla sua lettura, la Corte suprema ha inteso che lo sviluppo del *common law* debba avvenire in linea con la Cedu senza trascenderne il dettato (parr. 192-193).



Secondo il giudice Kerr l'*HRA 1998* non solo non ostacola lo sviluppo del *common law*, ma non può neanche ritenersi che esaurisca in sé le garanzie dei diritti fondamentali; diversamente, non si comprenderebbe come mai in *Osborn* i giudici abbiano rimarcato che i diritti fondamentali sono protetti dal diritto nazionale, ove possibile interpretati e sviluppati secondo quanto stabilito dalla legge del 1998, e con maggior fermezza in *Kennedy v The Charity Commission* [2014] UKSC 20, ove la maggioranza del collegio giudicante dichiarava che

[i]n some areas, the common law may go further than the Convention, and in some contexts it may also be inspired by the Convention rights and jurisprudence (the protection of privacy being a notable example). [...] But the natural starting point in any dispute is to start with domestic law, and it is certainly not to focus exclusively on the Convention rights, without surveying the wider common law scene (par. 46, *Kennedy*);

che per le corti di giustizia il *common law* sia più garantista della Cedu sarebbe affermazione troppo audace, pur essendo ciò che risulta dalla giurisprudenza che rinvia per lo più nello *HRA 1998* che ha incorporato la Cedu nell'ordinamento interno la sede di introduzione di alcuni limiti alle garanzie dei diritti. Secondo Kerr, infatti, l'applicazione del *common law* prescinde dalla giurisdizione entro la quale si colloca l'individuo interessato dalla compressione dei diritti fondamentali (Lord Kerr, par. 70); di contro, quella convenzionale è giurisdizione strettamente territoriale: le garanzie Cedu non si applicano oltre i confini territoriali degli Stati aderenti in costanza di violazione dei diritti fondamentali. Il *common law* nobilita le garanzie convenzionali e ne estende l'ambito di applicazione oltre



il confine delle giurisdizioni territoriali facendo della garanzia convenzionale del diritto alla vita un principio costituzionale che regola anche le relazioni internazionali e l'esercizio dei poteri dell'Esecutivo in tale ambito. Il principio, secondo il giudice, è infatti da intendersi come la naturale estensione del divieto, previsto in *common law* e a norma dell'*HRA 1998*, di estradizione senza rassicurazioni in ordine alla inflizione della pena di morte; esso può non trovare applicazione unicamente se la mutua assistenza sia assolutamente necessaria in situazioni di urgenza al fine di salvare vite ovvero di tutelare la sicurezza nazionale, ipotesi che non trova riscontro nel caso di specie (par. 164). Del resto, «[l]aw, whether enacted or developed through the common law, if it is operating as it should, must be responsive to society's contemporary needs, standards and values. It is a commonplace that these are in a state of constant change. That is an essential part of the human condition and experience. ... the adjustment to the common law which I propose reflects the contemporary standards and values of our society» (par. 144).

La tesi di Lord Kerr ricalca le argomentazioni delle autorità britanniche in *Saadi v Italy*³ in base alle quali, atteso l'art. 3 Cedu a norma del quale nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti, v'è differenza tra il trattamento inflitto da uno Stato firmatario della Cedu e quello passibile di essere inflitto da uno Stato terzo, nel quale ultimo caso la condanna del trattamento va bilanciata con il pubblico interesse. In tale circostanza la Corte Edu condannò fermamente l'ipotesi del bilanciamento dichiarando che

³ Corte Edu, *Saadi v Italy*, 28-2-2008 (Application no. 37201/06).



«[s]ince protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to extradite or expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment. [...] there can be no derogation from that rule [...] it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of a State is engaged under Article 3, even where such treatment is inflicted by another State» (par. 138, *Saadi*):

la Corte Edu rilevava, pertanto, una contraddizione tra la garanzia convenzionale e il tentativo britannico di limitarne la non derogabilità in ragione di esigenze di bilanciamento sottolineando che la prospettiva che l'interessato possa costituire una seria minaccia per la comunità non riduce il rischio, in ogni caso prevalente, che possa essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti nel proprio Paese di origine (par. 139, *Saadi*).

Lungi dal voler attribuire al disposto convenzionale giurisdizione extraterritoriale, sostenendone l'applicazione anche a individui sotto la giurisdizione di uno Stato non firmatario della Cedu, al giudice Kerr preme affermare che la condanna convenzionale della pena di morte ha originato un principio di carattere generale suscettibile di sviluppi nel quadro del *common law* (par. 113): atteso che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non è direttamente applicabile al caso in esame in quanto gli obblighi di cui alla Cedu si applicano esclusivamente a individui sotto la giurisdizione di uno Stato aderente, il giudice Kerr, facendo leva sull'abolizione della pena di morte in Europa, sul divieto in ogni circostanza di derogare al Protocollo 13 che all'art. 1 abolisce la pena di morte, e sul ri-



chiamo alla sentenza della Corte di Strasburgo *Al-Saadoon v United Kingdom* (2010) 51 EHRR 9⁴, ha concluso che il diritto di non essere soggetti alla pena capitale «*applies in all circumstances [and] is to be regarded as a fundamental right, ranking alongside article 2 (the right to life) and article 3 (the right not to be subject to torture or inhuman or degrading treatment)*» (par. 111, corsivo del giudice). La giurisprudenza Edu e il Protocollo 13 sanciscono la condanna assoluta della pena capitale e suggeriscono che tale condanna abbia oramai integrato i principi di *common law*⁵.

L'interpretazione evolutiva del *common law*, dunque, origina dal disposto convenzionale e assume connotazione autonoma. È funzionale all'affermazione di tale autonomia di principio anche il richiamo di un precedente straniero: nella pronuncia della Corte costituzionale sudafricana in *Mohamed v President of the Republic of South Africa* [2001, ZACC 18, § 59],

«[t]he court identified a principle of non-complicity as a justification for the refusal to extradite without a death penalty assurance. The court referred to “the commitment implicit in the Constitution that South Africa will not be party to the imposition of cruel, inhuman or degrading punishment” (para 59). The rationale was not confined to the fact that the person

⁴ Corte Edu, *Al-Saadoon and Mufdhi v The United Kingdom*, 2-3-2010 (Application no. 61498/08).

⁵ La questione era stata già evidenziata in dottrina (Jackson 2016) sostenendo la sussistenza di presupposti per una interpretazione estensiva dell'art. 1 Cedu che, muovendo dal fermo divieto di estradizione di un individuo presso uno Stato terzo ove si pratica la tortura di cui alla sentenza della Corte Edu nel caso *Soering v The United Kingdom*, Appl. no. 14038/88, 7-7-1989, legittimasse l'applicazione della *rule* di cui a tale pronuncia ad altre forme di complicità di natura extraterritoriale con lo Stato di destinazione. La sentenza ha avuto una forte ricaduta sul dibattito sulla pena di morte maturato a livello internazionale (Donnelly 1990).



to be extradited was within the jurisdiction of the courts of South Africa. It extended to any complicity in the imposition of cruel, inhuman or degrading punishment. If it is objectionable to be complicit in exposing an individual to the risk of execution by extraditing him, it is surely equally objectionable to be complicit in facilitating that result by providing material which has the same result» (par. 141.5).

Il principio di non complicità trova riscontro - incalza il giudice Kerr - nel rapporto del UN *Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions* [2015, UN. Doc. A/70/304, § 102] secondo il quale l'assistenza di Stati abolizionisti a Stati che praticano la pena di morte si risolve in complicità nei riguardi di questi ultimi anche se l'individuo suscettibile di essere condannato a morte non è mai stato sotto la giurisdizione dello Stato complice abolizionista. Lord Kerr concorda, dunque, con la ricorrente sul fatto che «what matters is whether the state whose actions are impugned has, by its actions, “established the crucial link in the causal chain that would make possible the execution of the author» (come richiamato dal Giudice Hale al par. 5). Il giudice, pur non discutendo mai la nozione di complicità, argomenta in questi termini la sua posizione ponendo particolare attenzione al nesso causale tra mutua assistenza giudiziaria e condanna alla pena capitale; peraltro, se l'extradizione non si risolve necessariamente nella condanna a morte dell'interessato nello Stato di destinazione nella misura in cui, stante la presunzione di innocenza, può essere sottoposto a procedimento penale ed essere condannato a pena diversa, ben diverso è il caso di condivisione di informazioni nella consapevolezza che saranno utilizzate come prove a carico in un procedimento penale fornendo un determinante contributo all'inflizione della pena capitale; la decisione governativa dello Stato abolizionista, pertanto, va inevitabilmente



stigmatizzata considerando l'indiscutibile nesso causale tra mutua assistenza giudiziaria e condanna alla pena capitale.

Il caso in commento è il primo in cui la Corte suprema è stata chiamata a pronunciarsi in ordine al tema della pena di morte e alla garanzia del diritto a che il Regno Unito non ne agevoli l'inflizione: la maturazione di tale diritto nel *common law* può intendersi come l'esito dell'evoluzione della forma di stato britannica scandita anche dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, nonché dalla stipula di trattati internazionali; diversamente, come nel caso in commento, ove il suo riconoscimento fosse affidato alla sede giurisdizionale, ancorato al principio della certezza del diritto e fondato sul convincimento che l'interpretazione evolutiva del diritto nazionale sia il prodotto di un processo incrementale moderato dalle corti di giustizia in sede applicativa del disposto legislativo, sarebbe funzionale ad una organizzazione dell'ordinamento per compartimenti stagni anziché per vasi comunicanti con conseguente sacrificio della coerenza del diritto in assenza di un *iter* analitico strutturato e logico, alimentando così il sospetto che interessi non dichiarati giacciono dietro linee di ragionamento non congruenti.

3. L'elasticità degli ambiti del *judicial review*: i limiti ai prerogative powers e la controversa transizione dal sindacato sulla legittimità al sindacato nel merito

La decisione della maggioranza della Corte, ormeggiata alla legge del 2018, ha assunto connotazione strettamente tecnica, malgrado la forte carica politica della vicenda di cui al caso in commento che interessa i limiti



ai poteri di prerogativa nel quadro delle relazioni internazionali. Le origini di tali poteri riposano nella tradizione di *common law* e conservano una cifra discrezionale (Ministry of Justice 2009, parr. 1, e soprattutto 23) che ha assicurato l'elasticità della *Constitution*. Nondimeno, stante l'avvertita esigenza di porre argini al loro esercizio, soddisfatta prima di tutto per il tramite delle convenzioni costituzionali a discapito della Corona e a vantaggio del Primo Ministro e del suo Governo, le leggi del Parlamento e il *judicial review* delle Corti hanno determinato i confini dei *prerogative powers*⁶. Se tra poteri di prerogativa e *statutes* si è instaurato un rapporto di compensazione in base al quale i secondi non solo possono arginare e condizionare l'esercizio dei primi, ma possono altresì introdurre una disciplina sostitutiva degli stessi, il ruolo delle Corti in tale ambito è rivolto all'accertamento dell'esistenza di tale prerogativa in assenza di disciplina legislativa e dell'osservanza del dettato legislativo che vi ponga limiti. Ove in discussione siano i poteri di prerogativa, dunque, il Giudiziario è chiamato a varcare la soglia della dinamica politica dei rapporti tra Governo e Parlamento.

Ne consegue che, attesa la dovuta deferenza nei confronti delle competenze istituzionali e della legittimazione democratica dell'Esecutivo in materia di sicurezza nazionale e di affari esteri (Ministry of Justice 2011, 1.51), le Corti possono controllare la legittimità di atti adottati nell'esercizio di poteri di prerogativa, nel caso di specie volti ad offrire mutua assi-

⁶ Cfr., in particolare, le recenti sentenze *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 6, e *R (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; *R (on the application of Miller) v Prime Minister; Cherry v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.



stenza giudiziaria ad autorità straniere. Dispiegandosi sul terreno di questioni politiche con profili giuridici, il controllo giudiziale dell'esercizio dei poteri di prerogativa resta tuttavia oggetto di controverso dibattito dottrinale circa il suo ambito di applicazione che risulta essere inevitabilmente sfumato (Davis e de Londras 2016; in relazione al caso in commento, Almutawa e Walker 2020). Nel caso di specie la maggioranza della Corte si è prudentemente mossa entro le frontiere del *legal constitutionalism*, non facendo mistero comunque del timore delle insidie (Maini-Thompson 2020) che la controversia in commento presenta tanto che il giudice Hale ha definito fin da subito il caso «a more than usually anxious» in quanto concernente il tema della pena di morte, affrettandosi a ribadire la natura «immoral and unacceptable», ma al contempo precisando che «[w]hat is immoral and unacceptable is not necessarily unlawful. As judges, our role is to uphold the law» (parr. 1-2). È così che la maggioranza del collegio giudicante è giunta a deviare dal percorso tracciato da Lord Kerr, convinto che «[i]t is unlawful at common law for the state to facilitate the execution of the death penalty against its citizens or others within its jurisdiction anywhere in the world» (par. 143).

In verità il principio di legalità è da tempo risalente riconosciuto come una bussola interpretativa degli atti dell'Esecutivo da leggersi in chiave di compatibilità con i diritti costituzionalmente garantiti e con i principi fondamentali dell'ordinamento. Inoltre, di recente, nel caso *R (on the application of Miller) v Prime Minister; Cherry v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41 (noto come *Miller II*) la Corte suprema ha invocato il principio di legalità in termini sostanziali anziché letterali attribuendogli un significato ampio tale da apporre al potere di prerogativa limiti derivanti



dai principi costituzionali fondamentali, gli stessi imposti ai poteri conferiti dalla legge. I giudici supremi hanno varcato il confine del mero controllo di legittimità riguardante l'esistenza del potere di prerogativa e il suo esercizio entro i limiti legislativamente fissati estendendone il raggio d'azione alle ricadute dell'esercizio del potere di prerogativa; ciò ha consentito loro di asserire che, ove l'esercizio del potere di prerogativa si risolva in una lesione dei principi della sovranità parlamentare e della responsabilità dell'Esecutivo nei confronti del Parlamento, la questione sottoposta alla Corte non può ritenersi strettamente politica ma è questione giustiziabile quanto alla verifica dell'osservanza dei principi costituzionali fondamentali (Caravale 2019, Torre 2019).

Il maturo convincimento dottrinale che il principio di legalità configuri un limite pervasivo al potere esecutivo (Elliott 1999, Young 2019) ha indotto poi ad indagare le circostanze nelle quali il potere di prerogativa può essere oggetto di controllo giudiziale di conformità ai principi costituzionali fondamentali, stante la strategia adottata dalla Corte in *Miller II*. Il caso in commento, infatti, ha offerto alla Corte l'occasione di ancorare il giudizio di ragionevolezza dei provvedimenti governativi adottati nell'esercizio di poteri di prerogativa, non solo alla stretta osservanza del disposto legislativo, ma anche al rispetto dei principi costituzionali e delle garanzie dei diritti fondamentali di *common law*.

La giurisprudenza britannica non ha esitato a riconoscere nelle garanzie dei diritti di *common law* un limite al potere esecutivo: così il giudice Laws nel caso *R v Lord Chancellor, ex parte Witham* [1998] QB 575, ha dichiarato *ultra vires* rispetto al *Supreme Court Act 1981* l'introduzione governativa di una tassa fissa di accesso alle corti per i disoccupati e gli in-



digenti affermando che il diritto di accesso alla giustizia è diritto costituzionale che non può essere abrogato in ragione di una norma che consenta al *Lord Chancellor* di revocarlo. Ciò dimostra che il principio di legalità assicura una solida, benché non assoluta, protezione ai diritti costituzionali di *common law* e che il giudizio delle Corti in ordine all'adeguatezza e all'opportunità di una decisione governativa trascende il tradizionale canone di ragionevolezza dell'esercizio del potere esecutivo.

Non v'è ragione, dunque, per cui tale approccio non possa estendersi al potere di prerogativa anziché ad un potere conferito dalla legge. Tuttavia, nel caso in commento prima la *Divisional Court* ha inteso il principio di legalità come circoscritto alla verifica della compatibilità degli atti governativi al disposto legislativo (Elliott 2020; sulle nuove frontiere del principio di legalità di cui alla sentenza *Miller II* in antitesi alla pronuncia in commento v. Varuhas 2020); e, di seguito, anche la Corte suprema non ha ritenuto vi fosse da assumere alcuna decisione in ordine all'applicabilità del principio di legalità al potere di prerogativa ove si intenda il primo come un richiamo alla osservanza di un principio fondamentale di *common law*. I giudici supremi non solo si sono astenuti dal pronunciamento in ordine alla legittimità della decisione ministeriale assumendo come parametro i principi di *common law*, ma non hanno neppure proceduto ad un esame nel merito della decisione governativa a fini di integrazione del giudizio di ragionevolezza.

Benché il ricorrente non abbia contestato l'irragionevolezza della decisione ministeriale, è stato il giudice Reed a sottolineare come la garanzia del diritto alla vita rinvenibile in *common law* e interessato dal caso di specie integri il giudizio di ragionevolezza (parr. 175-180), chiedendosi se, vista la condanna britannica della pena capitale all'esito dell'adesione del



Regno Unito al sesto e al tredicesimo protocollo Cedu, possa considerarsi *rational* fornire mutua assistenza giudiziaria ad autorità straniere sacrificando consapevolmente l'incolumità di un individuo. Il giudice a tal proposito, pur affermando che lo scostamento governativo nel caso di specie dal suo usuale approccio in casi riguardanti la pena di morte, dovuto a peculiari circostanze attinenti alle relazioni diplomatiche britanniche con gli Stati Uniti, non ne determini l'irragionevolezza, in un *postscript* ha paventato l'ipotesi che una decisione governativa possa considerarsi illegittima secondo i canoni della ragionevolezza tenendo conto che è stata giustificata in ragione dell'obiettivo di fare giustizia pur considerando che le prove trasmesse alle autorità statunitensi non sarebbero state sufficienti per esercitare l'azione penale nel Regno Unito, nonché in ragione della preferenza per una probabile esecuzione a fronte di una eventuale carcerazione nelle prigioni di Guantanamo, soluzione quest'ultima considerata politicamente deplorabile. Sarebbe stato dunque più opportuno un esame nel merito della decisione ministeriale che tenesse conto delle circostanze che l'hanno determinata, anche a condizione di rivisitare gli ambiti del *judicial review* (parr. 186-187) (Butler 2020).

Quando una Corte è chiamata a giudicare della legittimità di una decisione governativa suscettibile di avere ricadute sulle garanzie dei diritti fondamentali, il giudizio di ragionevolezza impone maggior rigore nell'analisi del merito della decisione stessa. I caratteri di tale giudizio allo stato si sono evoluti rispetto alla sentenza *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9 nella quale Lord Diplock dichiarava che per irragionevolezza si intende la *Wednesbury unreasonableness* ovvero una decisione «so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his



mind to the question to be decided could have arrived at it»: nella decisione *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Bugdaycay* [1987] AC 514, concernente l'approccio da tenersi a fronte di una richiesta di asilo il cui rigetto potrebbe mettere a rischio la vita del richiedente, Lord Bridge of Harwich affermava, richiamando i limiti al giudizio di legittimità di un potere discrezionale, che «the court must, I think, be entitled to subject an administrative decision to the more rigorous examination, to ensure that it is in no way flawed, according to the gravity of the issue which the decision determines. The most fundamental of all human rights is the individual's right to life and when an administrative decision under challenge is said to be one which may put the applicant's life at risk, the basis of the decision must surely call for the most anxious scrutiny». Del pari, in *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] UKHL 4 (07 February 1991), Lord Bridge dichiarava che, ove fosse in discussione la tutela dei diritti fondamentali, sarebbe stato necessario «start from the premise that any restriction requires to be justified», e che «nothing less than an important competing public interest will be sufficient to justify it».

Dunque, se il canone della *Wednesbury unreasonable* ha scongiurato il rischio che le Corti assumessero decisioni di natura politica precludendo loro la rivisitazione degli effetti di un provvedimento governativo, l'orientamento giurisprudenziale più recente sembra aver riformulato gli ambiti del *judicial review* chiarendo che il sindacato del giudice non si ferma alle apparenze di legittimità dell'atto amministrativo, ma si spinge sino ad un esame approfondito dei motivi dell'azione dell'autorità amministrativa, tracciando un percorso verso un esame nel merito di una deci-



sione adottata nell'esercizio di un potere di prerogativa quando suscettibile di produrre una violazione del diritto alla vita, che trova riscontri nella pronuncia in commento (Molloy 2020).

A ben vedere, è la Corte suprema al par. 5 della pronuncia a sottolineare la rilevanza di elementi di contesto ricordando che, secondo la difesa dell'*Home Secretary*, la decisione di quest'ultimo era finalizzata ad assicurare che giustizia fosse fatta, stante la dichiarazione resa dalla Procura di insufficienza delle prove a carico ai fini dell'esercizio dell'azione penale nel Regno Unito diversamente dagli Stati Uniti ove poteva essere garantito «the only realistic prospect of securing justice for the victims and their relatives» (par. 33); inoltre, al par. 38 la Corte ha dichiarato che

«the UK authorities were coming under (and might become susceptible to) political pressure from the US. For reasons discussed below that pressure does not appear to have taken into account, much less reflected, either the UK's longstanding policy in this area nor the joint experience of the UK and the US in the request for and the furnishing of such assurances. The statement also raises questions as to whether pragmatic considerations, at the expense of a principled approach, might begin to influence the UK's reaction to the demand that it should cease its "lobbying" in relation to the death penalty assurances».

Non si dimentichi, infine, che le autorità britanniche avevano privato della cittadinanza britannica i sospetti terroristi e che, temendo che fossero incarcerati a Guantanamo (misura ritenuta oltremarina politicamente inaccettabile) o, peggio, rilasciati, l'*Home Secretary* aveva trasmesso le informazioni richieste dalle autorità statunitensi senza previa rassicurazione in ordine alla mancata inflizione della pena capitale.



Pertanto, come ben evidenziato da Lord Reed al par. 174, «[i]t is necessary to bear in mind that the context of a decision, and in particular, its potential implications for the life of the person concerned, may affect the application of the familiar grounds of judicial review of administrative action». Ed è ancora il giudice Reed a sottolineare che «[t]o view the risk of Mr El Sheikh's execution as preferable to the risk of his detention at Guantanamo Bay is understandably described by Lord Kerr as "perplexing"» (par. 187); ciò malgrado lo stesso giudice ricordi che le memorie presentate dal legale del convenuto attestano come la decisione ministeriale sia stata adottata all'esito di meditate valutazioni in ordine alle relazioni internazionali, alla cooperazione internazionale in materia penale, tutti ambiti nei quali le Corti riconoscono la competenza istituzionale e la legittimazione democratica dell'Esecutivo (v. richiamo a par. 179).

È evidente che nel caso in commento la Corte si è pronunciata in ordine alla legittimità di una decisione governativa assumendo come elemento dirimente il fatto che, come previsto dalla legge, il Ministro non avesse ricevuto rassicurazioni sul fatto che gli imputati non sarebbero stati condannati a morte ovvero che la pena non sarebbe stata eseguita. Trattandosi, tuttavia, di una vicenda suscettibile di avere immediate ricadute sulle garanzie dei diritti fondamentali, l'esame nel merito dell'esercizio del potere di prerogativa avrebbe dovuto trascendere il mero limite formale posto dal disposto legislativo per indagarne il percorso logico di adozione al fine di definire un *iter* ponderato di assunzione di decisioni di tal fatta che avrebbe fornito del principio di legalità una lettura a più ampio spettro.

La Corte ha sottolineato sin dall'*incipit* della pronuncia, richiamando l'*opinion* di Lord Reed, che



«[w]here the right to life is at stake, even decisions taken under prerogative powers may be subject to more anxious scrutiny than they otherwise would be, given the value which UK law attaches to the sanctity of all human life. ... It is not open to the court to decide the case on this basis, as the claimant did not argue that the decision was irrational for these reasons and the Secretary of State has not had the opportunity of responding to it in this appeal. The issue of whether the allegations could be tried in the UK has been the subject of separate judicial review proceedings» (par. 5).

È proprio l'omissione lampante di un rigoroso esame nel merito del processo di adozione della decisione ministeriale parametrato sulla garanzia del diritto alla vita di *common law* a evidenziare una sensibilità giurisprudenziale nei confronti della maturazione di tale diritto nel *common law*, suscettibile di limitare l'esercizio dei poteri di prerogativa ben oltre le frontiere del disposto legislativo.

Frattanto, la prerogativa resta soggetta alla verifica delle Corti in ordine alla sua esistenza nonché alla definizione parlamentare di eventuali limiti al suo esercizio. La sentenza in commento interrompe un corso giurisprudenziale già avviato in cui la Corte suprema, muovendo da alcuni principi consolidati in materia di esercizio della prerogativa regia, quali l'imprescindibile osservanza da parte di quest'ultima della *statute law* e il divieto per la Corona di modificare il diritto interno attraverso l'impiego di un qualsivoglia potere di *prerogative*, ha chiarito entro quali termini il Governo possa esercitare uno dei più tradizionali poteri di prerogativa, ossia quello attinente alla politica estera e alle relazioni internazionali: quando l'esercizio della prerogativa di cui trattasi incroci le attribuzioni del Parlamento, vuoi perché il suo impiego implica la modifica di atti le-



gislativi, vuoi perché incide su diritti dei cittadini garantiti da *statutes* parlamentari, o quando, più in generale, è suscettibile di avere ricadute sull'assetto costituzionale del regno, il presidio della *sovereignty of Parliament* impedisce al Governo di farvi ricorso.

I giudici supremi hanno assunto così una sempre più marcata funzione di arbitri dei conflitti costituzionali (Martinelli 2019; parte della dottrina attribuisce alle Corti l'appellativo di *veto players*: Tridimas e Tridimas 2020) estendendo il raggio del controllo sino a sfiorare i cardini della *political constitution*. Costatazione, questa, che trova riscontro nei passaggi della pronuncia *Miller II* che, al fine di dichiarare illegittima la *prorogation*, fa ricorso non solo al principio della sovranità del Parlamento ma anche a quello della responsabilità politica del Governo nei confronti delle Camere; principio, quest'ultimo, da sempre ritenuto di carattere convenzionale ma che la *Supreme Court* non ha esitato a prendere in considerazione e ad assumere quale parametro rispetto alla condotta posta in essere dal Premier soffermandosi non solo sulla verifica dell'esistenza della prerogativa e sul rispetto dei limiti all'esercizio della stessa, ma spingendosi oltre sino a verificare le ragioni fondanti il ricorso alla *prorogation* e dunque ponendo in essere un giudizio del tutto affine a quello di ragionevolezza.

Quanto, invece, al principio della sovranità del Parlamento, che da decenni ha abolito la pena di morte, la Corte ha scelto una strada diversa dal giudizio di ragionevolezza per assicurarne la preservazione, ancorando i profili di illegittimità della decisione governativa alle tracce procedurali segnate dal disposto legislativo anziché alla garanzia di un diritto alla vita che, sancito prima dall'*HRA 1998* come travaso del disposto convenzio-



nale, ha naturalmente assunto rango costituzionale ed è maturato nel *common law*. La Corte pare calcare la strada di più immediata ed elementare manifestazione del principio della sovranità parlamentare, preferendo non cimentarsi in un percorso argomentativo che avrebbe trasceso il presidio della sovranità parlamentare e avrebbe esposto la Corte a critiche di attivismo giudiziario.

Il risultato è che la pronuncia non chiarisce come la giustizia possa essere servita meglio per il tramite della mutua assistenza giudiziaria, le circostanze nelle quali può darsi seguito agli accordi di mutua assistenza giudiziaria in assenza di assicurazioni in ordine alla mancata inflizione della pena capitale, e arretra in ordine ai confini del controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri di prerogativa, rendendo evidente l'esigenza di definire natura, obiettivi e limiti della discrezionalità consentita nel quadro della predetta mutua assistenza per il tramite di una disciplina legislativa *ad hoc* ovvero di linee guida dell'Esecutivo.

I giudici supremi hanno proclamato il proprio *self-restraint* per fronteggiare le critiche che accusano loro di aver già varcato il confine tra *law* e *politics*, in particolar modo nei pronunciamenti riguardanti la Brexit, nella consapevolezza che la definizione dell'ambito del controllo giudiziale in ordine ai poteri di prerogativa parametrato sui principi costituzionali, anziché sul mero disposto legislativo, altera gli equilibri non solo tra Giudiziario ed Esecutivo, ma anche tra Giudiziario e Legislativo. A tali considerazioni si aggiunga un clima politico particolarmente ostile, a partire dal Manifesto conservatore del 2019 che asseriva che il *judicial review* non può essere «abused to conduct politics by another means» (Conservative and Unionist Party Manifesto 2019, 48); infine, è stato lo stesso Giudizia-



rio ad ammettere, per voce del *Chief Justice of England and Wales*, Lord Burnett, che negli ultimi decenni il *judicial review* si è spinto ben oltre gli orizzonti attesi e che le corti sono state «propelled into making value judgments of a sort that where alien to the ordinary judicial review process» (House of Lords Select Committee on the Constitution 2020, 15).

A fronte dell'audace decisione in *Miller II* ove è stato fissato un limite sostanziale del tutto nuovo al potere di *prorogation*, la sentenza *Elgizouli* promuove uno sviluppo incrementale del *common law* all'esito di riforme dell'ordinamento di sola competenza del Parlamento. Il seguito della pronuncia in commento sarà il solo a confermare ovvero a disattendere l'avvio di un nuovo corso giurisprudenziale di moderazione delle Corti nei confronti dell'Esecutivo e non solo, disvelando l'effetto costituzionale di estensione degli ambiti del *judicial review* criticità immediate nei rapporti Giudiziario-Esecutivo e potenziali nell'equilibrio tra Corti e Parlamento.

4. Un epilogo sospeso: la discrasia tra maturazione della *Constitution* e assetto delle relazioni internazionali

Pur tuttavia la pronuncia in commento si inserisce in un *trend* giurisprudenziale che trae dall'assetto delle relazioni internazionali del Regno Unito spunti per "accordare" la *British Constitution*: per citare, a tal proposito, momenti giurisprudenziali recenti, la vicenda Brexit ha dimostrato che la giurisprudenza della Corte suprema si identifica come una terra di mezzo tra *law* e *politics* sulla quale si calibra l'elasticità delle corde costituzionali e che, atteso l'innesco dato dalle criticità delle relazioni in-



ternazionali britanniche, vive di luce propria e sviluppa effetti sull'edificio costituzionale che assumono autonomo rilievo costituzionale e si affrancano dalla dimensione politica delle relazioni internazionali di cui alla vicenda giudiziaria da cui tutto ha avuto inizio.

Difatti, se all'esito del pronunciamento della Corte suprema la *Constitution* britannica ha fatto registrare un ulteriore movimento di assestamento, i termini delle relazioni internazionali tra il Regno Unito e gli Stati Uniti non ne hanno tratto alcun beneficio: facendo seguito all'ingiunzione giudiziale di cui alla sentenza del marzo 2020 avverso la condivisione con gli Stati Uniti di informazioni di intelligence e ai dubbi di legittimità, avanzati sulla base del diritto internazionale umanitario, della persistente detenzione dei sospetti terroristi presso una base statunitense in Iraq, il 18 agosto 2020 l'*Attorney General* statunitense William Barr ha dichiarato, in una missiva indirizzata all'*Home Secretary* britannico⁷, che le autorità statunitensi non avrebbero chiesto la pena di morte per i due imputati, e che comunque nell'eventualità di una loro condanna alla pena capitale, quest'ultima non sarebbe stata eseguita⁸; di conseguenza, la predetta ingiunzione è stata annullata dalla Corte suprema con ordinanza pubblicata il 26 agosto 2020⁹. Nondimeno, la replica statunitense non ha determinato alcun effetto sulla posizione statunitense in ordine alla pena di morte, as-

⁷ <https://www.justice.gov/ag/page/file/1306276/download> [ultimo accesso il 17 settembre 2020].

⁸ Si tratta di una delle ipotesi evolutive della vicenda, all'esito della pronuncia del marzo 2020, già delineata da alcuni commentatori (v. per tutti Plachta 2020).

⁹ L'ordinanza è pubblicata sul Portale della *UK Supreme Court* al link <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0057-court-order.pdf>.



sumendo anzi le caratteristiche di un monito al rispetto degli impegni internazionali rivolto al Regno Unito, come si evince dalle condizioni poste dalle autorità statunitensi al fine di scongiurare l'inflizione della pena di morte agli imputati:

«[I]t should be clearly understood that the United States will move forward with plans to transfer Kotey and Elsheikh to Iraq for prosecution in the Iraqi justice system *unless, by October 15, 2020, all litigation in the United Kingdom seeking to prevent the use of United Kingdom evidence in a United States prosecution has been fully and finally resolved, and the United Kingdom has transferred the requested evidence to us, along with a commitment to provide ongoing cooperation with respect to such evidence for the duration of any legal proceedings*».

Le Corti di giustizia britanniche, dunque, non hanno posto ulteriori ostacoli alla prosecuzione dei rapporti di mutua assistenza giudiziaria tra i due Paesi, e la giustizia penale statunitense non ha subito ripercussioni.

Allo stato, pertanto, nulla è mutato: atteso l'avanzamento del percorso di assestamento della *Constitution* britannica, faticano ad affermarsi conseguenti ricadute sul sistema delle relazioni internazionali britanniche: resta ancora da chiarire infatti se, nella prospettiva britannica, l'esercizio dell'azione penale negli Stati Uniti contribuisca davvero a rendere giustizia e sia compatibile con i principi costituzionali d'oltremarica.



Bibliografia

Almutawa, A., C. Walker (2020), *Elgizouli v Secretary of State for the Home Department: Mutual Legal Assistance and the Death Penalty*, in *European Human Rights Law Review*, p. 533 ss.

Butler, O. (2020), *Elgizouli v Secretary of State for the Home Department: The Fundamental Rights and Freedoms of the Data Subject*, in *U.K. Const. L. Blog*, 17 aprile (reperibile in <https://ukconstitutionallaw.org/>).

Caravale, G. (2019), *Il Miller II/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei costituzionali principles*, in *Federalismi.it*, 18, 2 ottobre.

Conservative and Unionist Party Manifesto (2019), *Get Brexit Done: Unleash Britain's Potential*, London.

Davis, F., F. de Londras (2016), *Critical Debates on Counter-Terrorist Judicial Review*, Cambridge: Cambridge University Press.

Donnelly, R.C. (1999), *Soering v. United Kingdom: Whether the Continued Use of the Death Penalty in the United States Contradicts International Thinking*, in *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, p. 339 ss.

Elliott, M. (2020), *Constitutional Adjudication and Constitutional Politics in the United Kingdom: The Miller II Case in Legal and Political Context*, in *European Constitutional Law Review*, p. 625 ss.

Elliott, M. (1999), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Oxford: Hart Publishing, ch. 5.

Fairclough T. (2020), *Common-law Constitutional Rights: One Step Forward, Two Steps Back?*, in *Cambridge Law Journal*, p. 204 ss.



Gaines, R. (2015), *Capital Punishment at Home and Abroad: A Comparative Study on the Evolution of the Use of the Death Penalty in the United States and the United Kingdom*, Honors Thesis (reperibile in <https://core.ac.uk/>).

House of Lords Select Committee on the Constitution (2020), *Uncorrected Oral Evidence: Constitutional Implications of Covid-19*, 13 maggio (reperibile in <https://committees.parliament.uk/oralevidence/379/pdf/>).

Jackson, M. (2016), *Freeing Soering: The ECHR, State Complicity in Torture and Jurisdiction*, in *The European Journal of International Law*, p. 817 ss.

Maini-Thompson, S. (2020), *Government Acted Unlawfully in Assisting USA to Prosecute IS Fighter—An Extended Look*, in *UK Human Rights Blog*, 14 aprile (reperibile in <https://ukhumanrightsblog.com>).

Martinelli, C. (2019), *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Aic - Osservatorio costituzionale*, 5 novembre.

Ministry of Justice (2009), *The Governance of Britain: Review of the Executive Royal Prerogative Powers. Final Report*, London: TSO.

Ministry of Justice (2011), *Justice and Security Green Paper*, London: TSO, Cm. 8194.

Molloy, S. (2020), *Elgizouli v Secretary of State for the Home Department: The Missing Rationality Challenge*, in *U.K. Const. L. Blog*, 6 maggio (reperibile in <https://ukconstitutionallaw.org/>).

Plachta, M. (2020), *UK Supreme Court Rule Government Acted Unlawfully in the “Jihadi Beatles” Case*, in *International Enforcement Law Reporter*, 36.4, pp. 154-156.

Plachta, M. (2019), *UK Court Lifts an Obligation to Seek Assurances from USA in a Death Penalty Case*, in *International Enforcement Law Reporter*, 35.3, pp. 76-78.



Saggi

Torre, A. (2019), “Serial Miller”. *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, p. 3083 ss.

Tridimas, C.P., G. Tridimas (2020), *Is the UK Supreme Court Rogue to Un-Prorogue Parliament?*, in *European Journal of Law and Economics*, p. 205 ss.

Varuhas, J.N.E. (2020), *The Principle of Legality*, in *Cambridge Law Journal*, pp. 578 ss.

Young, A. (2019), *Prorogation, Politics and the Principle of Legality*, in *U.K. Const. L. Blog*, 13 novembre (reperibile in <https://ukconstitutional-law.org/>).



Abstract

The Prerogative Powers Being Examined by the UK Supreme Court in Elgizouli: Evolutive Perspectives of Common Law and New Frontiers of Judicial Review

The UK Supreme Court in *Elgizouli* held that it was not the common law but rather a failure by the Home Secretary to consider his duties under the Data Protection Act 2018 that rendered the decision of the then Home Secretary to hand over evidence to US authorities unlawful.

The focus on common-law rights raises questions about their interaction with the HRA and how we know what the common law protects. It is clear that the relationship between the common law and the HRA is not settled, and *Elgizouli* is another case demonstrating radically different approaches. The judgement adds to the debate about which rights are protected by the common law, how the courts identify those rights and the issue of rationality, arguing that the factual context of the case warranted a greater examination of the Home Secretary's decision.

Keywords: Prerogative powers; judicial review; human rights; common law.



Osservatori



Il nuovo decreto legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e sicurezza: continuità o rottura?

di Jessica De Vivo *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contenuto del decreto. – 2.1. Le novità in materia di permesso di soggiorno. – 2.2. Il procedimento di riconoscimento della protezione internazionale. – 2.3. Le operazioni di soccorso in mare. – 2.4. Trattenimento degli stranieri e iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. – 2.5. Il sistema di accoglienza. – 2.6. Il binario penalistico. – 2.7. Ulteriori misure. – 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

È in vigore dal 22 ottobre 2020 un nuovo “decreto immigrazione” approvato dal Governo Conte II: si tratta del decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130¹, convertito in legge il 18 dicembre 2020 (legge n. 173/2020).

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l’Università degli Studi di Milano Bicocca. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); contributo ricevuto nella versione definitiva il 23 marzo 2021.

¹ Il decreto-legge reca «Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-*bis*, 391-*bis*, 391-*ter* e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all’utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale».



Tale intervento normativo si discosta rispetto all'impianto dei precedenti decreti sicurezza, ossia il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 (decreto sicurezza I) e il decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53 (decreto sicurezza II)², adottati dal Governo Conte I, con l'allora Ministro dell'Interno Salvini, rispetto ai quali il decreto legge n. 130/2020 interviene con significative modifiche e rimodulazioni alla luce dei principi costituzionali e internazionali vigenti in materia, oltre che, come si vedrà, delle osservazioni proposte dal Presidente della Repubblica proprio in occasione dell'emanazione dei decreti sicurezza I e II.

Dal punto di vista meramente contenutistico, il decreto-legge n. 130 del 2020 consta di un duplice impianto: da un lato si interviene in materia di condizione giuridica dello straniero (in particolare, requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno e possibilità di convertire gli stessi in permessi di lavoro), protezione internazionale, sistema di accoglienza e trattenimento dello straniero; dall'altro si agisce direttamente sul binario del codice penale, modificando il regime di applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* c.p., inserendo nuove disposizioni in materia di comunicazioni in carcere e inasprendo il trattamento sanzionatorio per alcuni specifici reati. Accanto a questi due macro-temi, però, sono previste una serie di ulteriori modifiche, tra loro eterogenee, in materia di Daspo urbano, misure di contrasto al traffico di stupefacenti via internet e poteri del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

² Su cui si vedano, *ex multis*, le osservazioni proposte da Travi (2019, 675 ss.) e da Bonetti (2019, 651 e ss.).



Da quanto detto fin d'ora e prima di analizzare in maniera più approfondita il contenuto dell'intervento normativo, è necessario operare alcune considerazioni preliminari che si sforzino di fungere da lente con la quale approcciarsi al dettato normativo.

Una prima considerazione riguarda l'aspetto formale del provvedimento e, in particolare, l'eterogeneità contenutistica dell'intervento normativo in commento, che si traduce in un'inevitabile disomogeneità dello stesso decreto legge. Non si tratta di una novità, ma, anzi, di un *modus operandi* tipico del legislatore che, come accaduto in interventi normativi precedenti in questa materia, ha perpetrato «*quell'accostamento del trattamento dello straniero a materie assai differenti*» (Corsi 2020, 68). Come già accaduto con i “decreti sicurezza Salvini”³ e, ancora prima, con il “pacchetto sicurezza” del 2008-2009⁴, si mette nuovamente in relazione la condizione giuridica dello straniero con le problematiche concernenti l'ordine pubblico, trattando questi temi unitamente (cfr. N. Rossi 2020, 4 ss.). In altre parole, anche nel caso del decreto n. 130 del 2020 pare emergere la medesima impostazione seguita dai precedenti “decreti sicurezza”, ossia l'im-

³ Nello specifico, il decreto Salvini I (d.l. n. 113/2018) recava «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell' Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata», il decreto Salvini II (d.l. n. 53/2019) recava «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica».

⁴ Il pacchetto sicurezza constava di due decreti: il decreto-legge n. 92/2008 recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica» e il decreto-legge n. 94/2009 recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica».



migrazione come problema che ha ripercussioni direttamente sulla sicurezza pubblica, in quanto minaccia della stessa⁵. Dunque, occorre interrogarsi sull'opportunità di "condensare" in un unico provvedimento legislativo materie così distanti quali i permessi di soggiorno e l'iscrizione anagrafica degli immigrati con nuove fattispecie penali⁶.

Una seconda considerazione si impone e attiene al tipo di fonte adoperata, ossia la decretazione d'urgenza. Vero è che, come si legge nella relazione illustrativa al disegno di legge di conversione, fin dall'entrata in vigore dei decreti sicurezza I e II «si è manifestata la straordinaria necessità e urgenza di chiarire alcuni profili, tramite una loro rimodulazione che tenga conto dei principi costituzionali e di diritto internazionale vigenti in materia e di porre rimedio ad alcuni aspetti funzionali che avevano generato difficoltà applicative», ma è altrettanto vero che l'utilizzo di questa fonte, divenuta ormai una costante, risulti di fatto una scelta quasi obbligatoria per disciplinare la materia dell'immigrazione⁷. In altre parole, come

⁵ In proposito risultano interessanti le parole adoperate da Bonetti (2019, 652), che, proprio in tema di immigrazione e percezione di insicurezza, osserva che «la percezione d'insicurezza individuale o collettiva in presenza di difficoltà di gestione dei flussi migratori o di difficoltà economiche complessive può indurre elettori ed eletti a mirare ad approvare misure sempre più restrittive e coercitive nei confronti degli stranieri, i quali sono percepiti dagli elettori stessi come potenzialmente pericolosi o concorrenti nella ripartizione di scarse risorse economiche o sociali».

⁶ Secondo Cisterna (2020, 56) «la tentazione dei cosiddetti decreti omnibus in materia penale e di sicurezza pubblica costituisce, probabilmente, il modo peggiore per fornire risposte a emergenze criminali o per fronteggiare l'insorgere di nuove minacce».

⁷ Molto critico anche sulle ragioni addotte nella relazione illustrativa a sostegno dell'utilizzo dello strumento del decreto legge è Ciervo (2020), secondo cui «[...] a parte la giustificazione del tutto apodittica – quali sarebbero queste ragioni urgenti? Il preambolo



sostenuto da più parti nel panorama della dottrina, siamo di fronte all'ennesimo "decreto immigrazione sicurezza"⁸ (Mentasti 2020), che ancora una volta inquadra il fenomeno dell'immigrazione come una situazione straordinaria e urgente, probabilmente trascurando il fatto che la necessità e l'urgenza affondano in realtà le proprie radici in qualcosa di ben più profondo, ossia l'incapacità da parte del potere pubblico di approntare misure idonee a regolare il fenomeno sul lungo periodo in maniera efficace (Bonetti 2019, 658).

A fronte di elementi di continuità per nulla trascurabili ma che, al contrario, contribuiscono fortemente a delineare un *fil rouge* che accompagna tutti gli interventi del legislatore degli ultimi anni nella delicata materia della gestione del fenomeno migratorio, vi sono indubbiamente anche importanti elementi di discontinuità sotto il profilo contenutistico. Dunque, l'interrogativo a cui si cercherà di fornire risposta è se il decreto n. 130/2020 segni effettivamente una cesura rispetto all'impianto dei "decreti sicurezza Salvini" oppure se, più timidamente, si accontenti di apportare modifiche a quell'impianto, inserendosi nel solco di una continuità piuttosto che di una discontinuità.

al Decreto non lo dice – una simile giustificazione sarebbe il segno di una vera e propria emergenza democratica»; secondo l'autore sembra, in altre parole, che le espressioni adoperate nella relazione segnalino «con straordinaria superficialità ragioni emergenziali che non esistono, per introdurre tra l'altro modifiche minime alla legislazione vigente».

⁸ *Contra* Gentilucci (2020, 22), secondo cui, con il d.l. n. 130/2020, si segnerebbe effettivamente un cambio di passo, testimoniato anche dall'assenza nel "titolo" del decreto della parola "sicurezza".



2. Il contenuto del decreto

Per provare a fornire una risposta alla domanda posta in premessa, è necessario partire dai contenuti principali del decreto che, come già anticipato, sono tra loro eterogenei. La prima parte del dettato normativo riguarda il tema dell'immigrazione, sotto molteplici punti di vista, mentre la seconda abbraccia il binario penalistico, intervenendo in fattispecie già previste a livello codicistico e prevedendone di nuove.

2.1. *Le novità in materia di permesso di soggiorno*

L'articolo 1, in particolare, recante «Disposizioni in materia di permesso di soggiorno e controlli di frontiera» interviene, con modificazioni, sul T.U. in materia di immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

Tra le modifiche più rilevanti si colloca indubbiamente l'espresso riferimento al rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano, anche e soprattutto sulla scorta delle osservazioni provenienti dal Presidente della Repubblica. Proprio a questo proposito è importante sottolineare la *ratio* sottesa ai rilievi presidenziali: «funzione di stimolo, estranee alle determinazioni delle politiche di maggioranza, le considerazioni presidenziali non possono che riguardare la sfera della superiore legalità costituzionale» (Azzariti 2019, 642); in quest'ottica debbono essere interpretate e sviluppate dai titolari dell'indirizzo politico. Peraltro, non è affatto privo di rilievo il fatto che il Capo dello Stato si sia espresso ben in due circostanze in occasione della promulgazione di entrambi i "decreti sicurezza" con due missive, una in data 4 ottobre 2018,



una in data 8 agosto 2019. Per quel che qui rileva nello specifico, è necessario fare riferimento alla prima lettera, con cui si premurava di sottolineare che gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato – la medesima espressione adoperata proprio dal d.l. n. 130/2020 – rimanevano fermi, anche se non espressamente richiamati nel testo normativo; benché in quell'occasione non venne dato seguito alle preoccupazioni presidenziali, il ruolo della giurisprudenza si è rivelato fondamentale per fornire interpretazioni costituzionalmente orientate che hanno fatto prevalere le ragioni di garanzia dei diritti costituzionali per gli stranieri⁹ (Azzariti 2019, 643).

Accanto all'esplicito riferimento agli obblighi costituzionali e internazionali si colloca il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 6 del T.U. in materia di immigrazione, che prevede ora la possibilità di convertire in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, a determinate condizioni, alcune categorie di permessi di soggiorno (ad esempio, permesso di soggiorno per calamità, per assistenza di minori, per cure mediche).

Proprio nell'ottica del rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali già richiamati (cfr. E. Rossi 2021, 79) a cui soggiace lo Stato, vi sono importanti modifiche riguardanti l'art. 19 del T.U. immigrazione. In particolare, con questa novella normativa, non sono ammessi il respingi-

⁹ Sul ruolo giocato dalla giurisprudenza ordinaria e da quella costituzionale nella tutela dei diritti degli stranieri, a fronte di *deficit* e lacune da parte del legislatore, insiste Bonetti (2019, 654), che, al contempo, si premura di sottolineare come quella tutela nel medio e lungo periodo risulti incerta a causa delle difficoltà di identificare in concreto il punto di equilibrio nel bilanciamento tra diritti con nozioni vaghe e opinabili come quella di sicurezza pubblica.



mento, l'espulsione o l'extradizione di una persona verso una Stato, qualora vi siano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu) o anche quando vi sia fondato motivo di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 8 Cedu), a meno che esso risulti necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica, nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo *status* di rifugiati e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (sul punto, tra gli altri, Noci 2020 a, 61; cfr. Gentilucci 2020, 24).

Soffermandosi sull'ambito di applicazione della nuova protezione speciale, occorre evidenziare come accanto ad un ampliamento delle ipotesi previste si collochino anche alcuni limiti. Mentre le ragioni di sicurezza nazionale e quelle di ordine pubblico non pongono particolari questioni interpretative, maggiori problemi sorgono con riferimento all'ultima fattispecie di limitazione prevista, ossia la protezione della salute. Come osservato dalla dottrina (E. Rossi 2021, 80), se ci si arrestasse ad un'un'interpretazione letterale della norma, bisognerebbe concludere affermando che «il permesso di soggiorno deve essere rilasciato se la persona, con l'allontanamento, possa rischiare conseguenze sulla propria vita privata e familiare, e deve al contrario essere negato se tale allontanamento sia reso necessario per tutelare la salute» (E. Rossi 2021, 80). Peraltro, sarebbe difficilmente immaginabile che il generico riferimento alla salute possa intendersi come salute del singolo, dovendosi preferire, invece, un'interpretazione più ampia, che intenda la salute nella sua dimensione di interesse collettivo. A fronte di un riferimento assai ambiguo da parte del legislatore e in attesa di un'interpretazione della giurisprudenza sul punto, il



limite della salute, dunque, dovrebbe forse più propriamente inteso, *a contrario*, come una delle condizioni che impediscono il respingimento e impongono il rilascio del permesso.

Si precisa inoltre che, ricorrendo tali ipotesi ed essendo già stata rigettata la domanda di protezione internazionale, la Commissione territoriale è chiamata a trasmettere gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione speciale, di fatto riprendendo, anche se non adoperando la precedente denominazione, il permesso per protezione umanitaria¹⁰ (E. Rossi 2021, 77-78). Tale permesso, al pari di altri indicati nell'art. 1, comma 1, lett. b) del d.l. in commento, è convertibile in permesso per motivi di lavoro.

Ulteriori novità sono poi previste con riferimento al permesso di soggiorno per cure mediche, per calamità e per i neo-maggiorenni.

Con riferimento al primo istituto, è da notare che vi è una modifica della previsione precedente (introdotto dal d.l. n. 113/2018), che riconosceva tale permesso solo a stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità. Ora, invece, la formulazione diviene più ampia, per abbracciare «gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie». Sebbene l'intento del legislatore sia evidente nel senso di ampliare l'ambito applicativo del permesso di soggiorno per cure mediche, suscitano qualche perplessità le espressioni adoperate: infatti, è indubbiamente vero che la finalità della

¹⁰ Il fatto che il legislatore del 2020 abbia preferito mantenere la denominazione di “permesso di soggiorno per protezione speciale” (introdotta con il d.l. n. 113/2018), non riprendendo la denominazione precedente di “permesso per protezione umanitaria” può essere forse interpretato come «un atteggiamento di cautela e di non contrapposizione netta e radicale con il precedente intervento normativo [...], preferendosi agire, invece, sul terreno dei contenuti di tale permesso» (E. Rossi 2021, 78).



disposizione è quella di accrescere i casi alle menomazioni di carattere psichico e non soltanto fisico, ma è altrettanto vero che la nozione di salute internazionalmente accolta ricomprende già entrambe le dimensioni (E. Rossi 2021, 83), rendendo la disposizione *de qua* quasi priva di significato.

Con riferimento al permesso di soggiorno per calamità (su cui, più specificamente, si veda Scissa 2021, 137 e ss.), invece, è da guardare positivamente la modifica riguardante le condizioni di applicabilità: se con il decreto sicurezza I tale permesso poteva essere rilasciato solo nella circostanza in cui il Paese di ritorno dello straniero versasse in una situazione di «contingente ed eccezionale calamità», ora viene concesso anche solo in presenza di «grave calamità», dunque anche in condizione di una condizione di calamità duratura (non più solo contingente) e «normale» (non più solo eccezionale).

Da osservare con favore è anche un'altra previsione riguardante il permesso di soggiorno per i neo-maggiorenni: sempre all'art. 1, il legislatore ripristina l'istituto del silenzio-assenso, eliminata dal d.l. n. 113/2018 relativamente al rilascio di tale permesso di soggiorno, impedendo inoltre che il mancato rilascio del parere obbligatorio del Comitato per i minori stranieri consenta il rigetto della richiesta. Dunque, entro trenta giorni dalla domanda di permesso di soggiorno, la procedura deve concludersi e la mancata risposta costituisce un'ipotesi di silenzio assenso.

2.2. Il procedimento di riconoscimento della protezione internazionale

L'art. 2 del decreto disciplina le procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, intervenendo sul d.lgs. n. 25/2008, di «Attuazione delle direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure



applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato» e, in particolare, in tema di esame prioritario delle domande e in tema di procedure accelerate.

Nella trattazione delle domande, alcune categorie di queste ultime godono di un esame prioritario; si tratta di domande verosimilmente fondate o presentate da un richiedente appartenente a categorie di persone vulnerabili (in particolare da un minore non accompagnato). Con il d.l. n.130/2020, vengono espunti dall'esame prioritario i casi in cui la domanda sia presentata da richiedenti trattenuti nei centri e nelle strutture di permanenza per il rimpatrio o provenienti da Paesi di origine sicuri, categorie ora ricondotta nell'art. 28 *bis*, ossia nei casi di procedure accelerate, che prevedono tempi di evasione della richiesta ristretti rispetto a quelli ordinari¹¹.

Il vero elemento di novità, però, risiede nella modifica dell'art. 32 del d.lgs. n. 25/2008, che disciplina specificamente la decisione della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, attraverso l'introduzione di due nuovi commi. Con il comma 3.1 viene previsto che, nell'ipotesi di rigetto della domanda di protezione, qualora il richiedente versi in gravi condizioni psico-fisiche o derivanti da gravi patologie, la Commissione trasmetta gli atti al Questore per il rilascio del permesso di soggiorno per cure mediche. La Commissione, dunque, vede ampliare le proprie competenze, arrivando a verificare in concreto la sussistenza delle condizioni previste per il rilascio del permesso di soggiorno *de quo*, con la conseguenza che l'attivazione della procedura per il rilascio

¹¹ Secondo la procedura ordinaria (art. 27 del d.lgs. n. 25/2008), la Commissione territoriale provvede al colloquio con il richiedente entro 30 giorni dal ricevimento della domanda e decide entro i tre giorni feriali successivi.



del permesso di soggiorno per cure mediche avrebbe luogo direttamente all'interno della valutazione della richiesta di protezione su impulso della stessa Commissione territoriale (Gentilucci 2020, 28).

Con il comma 3.2., invece, si prevede che, in caso di diniego della domanda di protezione internazionale, la Commissione territoriale provvede a informare il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, qualora emergano le condizioni che, a tutela del minore, giustificherebbero la speciale autorizzazione da parte del Tribunale alla permanenza del genitore sul territorio dello Stato. In questo caso, la trasmissione degli atti al P.M., come esplicitato anche dal testo, risponde all'esigenza di attivare le eventuali misure di assistenza in favore del minore. Tale procedura, però, sembrerebbe far emergere una criticità in ordine al rapporto tra P.M. e Tribunale dei minori: infatti, il P.M., nell'esercizio della discrezionalità che lo stesso legislatore sembra attribuirgli, potrebbe decidere di adottare misure di assistenza del minore alternative all'autorizzazione alla permanenza dei genitori (ad esempio predisponendo l'inserimento del minori in apposite strutture di accoglienza), in assenza di un'istanza di autorizzazione alla permanenza dei genitori di fronte al Tribunale per i minori. Sarebbe stato quindi più opportuno, come rilevato anche dalla dottrina (Gentilucci 2020, 28), prevedere l'immediata trasmissione della documentazione direttamente al Tribunale per i minori, e non al procuratore, così da poter instaurare, con il consenso del genitore, il procedimento per ottenere l'autorizzazione alla permanenza.

Infine, una rilevante modifica riguarda anche l'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25/2008 in tema di controversie in materia di protezione internazionale. In particolare, l'intervento normativo si concentra sul comma 2, sui termini di presentazione del ricorso avverso le decisioni amministrative: la



previsione originaria, in tema di dimezzamento dei termini per le ipotesi di procedure accelerate, è stata oggetto di modifica da parte del primo decreto sicurezza, che aveva introdotto nuove ipotesi di procedure accelerate, senza nulla prevedere, però, in relazione al dimezzamento dei termini. Con l'intervento del legislatore, dunque, viene ripristinata la corrispondenza tra accelerazione delle procedure amministrative e riduzione del ricorso giurisdizionale.

2.3. Le operazioni di soccorso in mare

In tema di controlli alla frontiera, il decreto interviene sul tema dell'ingresso, transito e sosta delle navi nel mare territoriale, introdotto dal decreto sicurezza II del 2019. Prima di entrare più nel dettaglio del contenuto della disposizione, è bene premettere fin da subito che «non v'è alcun dubbio che tali modifiche siano state in verità concepite nella prospettiva di regolare le operazioni di soccorso in mare effettuate da imbarcazioni private e, in particolare, di ONG» (Venturi 2021, 89)¹².

L'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 ripropone in maniera pedissequa una disposizione che era stata introdotta dal decreto sicurezza II e che ora viene abrogata e sostituita. Nel dettaglio, si prevede che, fermo restando quanto previsto dall'art. 83 del Codice della navigazione, il Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della Difesa e il Ministro dei Trasporti e previa informazione al Presidente del Consiglio, possa limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, purché non mili-

¹² Sul tema si vedano, *ex multis*, le osservazioni proposte da Ruggiero (2020).



tari né governative. Tali disposizioni, però, non trovano comunque applicazione nell'ipotesi di soccorso immediatamente comunicate al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni provenienti dalla competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare, emesse sulla base degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di diritto del mare. Nei casi di inosservanza del divieto o del limite stabilito dal Ministro, si applica l'art. 1102 del Codice della navigazione, ossia la reclusione fino a due anni e la multa da 10.000 a 50.000 euro.

Un primo elemento di novità rilevante rispetto alla disciplina previgente (*ex multis* Bonetti 2019, 660 ss.; Calabria 2019) è da rinvenire nell'esplicito riferimento all'art. 83 del Codice della navigazione¹³, che disciplina la possibilità per il Ministro dei Trasporti di limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione e, di concerto con il Ministro dell'Ambiente, di protezione dell'ambiente marino. Il fatto che il legislatore si sia premurato di rammentare la disciplina contenuta nell'art. 83 significa che la normativa delineata dal d.l. n. 130/2020 non lo abroga tacitamente; al contempo, però, non vi è un'esplicita disciplina di raccordo tra il potere del Ministro dei Trasporti e quello del Ministro dell'Interno, con la logica conseguenza che «l'inciso iniziale si esaurisce in un regola atta a preservare la duplicazione della facoltà di interdizione del transito e della sosta di navi nel mare territoriale [...] ma che rimette integralmente alle autorità pubbliche competenti il compito di articolare le rispettive attribuzioni secondo logiche che, nell'assenza di una esplicita

¹³ Sul punto, più ampiamente, si veda Zampone (2019, 693 ss.).



disciplina giuridica a ciò deputata, saranno necessariamente politiche» (Venturi 2021, 92; cfr. Brigida 2020).

Tra gli elementi di novità è da rinvenire anche il fatto che viene eliminato il riferimento all'ingresso delle navi, permanendo solo la sosta e il transito; se si guarda alla prassi applicativa dell'art. 83 del Codice della navigazione, però, si nota che, pur in assenza di un esplicito riferimento all'ingresso delle navi, è comunque consentito al Ministro dei Trasporti di vietare l'accesso ai porti¹⁴, con la logica conseguenza che tale novità apparirebbe priva di rilievo applicativo concreto.

Il reale elemento innovativo risiede probabilmente nella seconda parte della disposizione in esame e, precisamente, nella clausola di esclusione comprendente ipotesi di soccorso comunicate al centro di coordinamento competente e allo Stato di bandiera ed effettuate nel rispetto delle indicazioni provenienti dalle autorità competenti. Stante un'interpretazione letterale, la disposizione suggerisce di escludere che le operazioni di soccorso in mare svolte dalle navi siano soggette al potere restrittivo del Ministro dell'Interno e alla relativa disciplina sanzionatoria; da più parti nella dottrina (*ex multis* Venturi 2021, 98 e ss.; Brigida 2020), tuttavia, si è evidenziato che un'esegesi più accurata consente di pervenire a risultati diametralmente opposti, al punto da constatare una portata applicativa assai modesta. Infatti, l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020 si riferisce esclusivamente alle operazioni di soccorso "regolari", ossia quelle che vengono immediatamente comunicate alle autorità competenti e secondo

¹⁴ In proposito si veda, a titolo esemplificativo, il decreto del Ministro dei Trasporti del 18 aprile 2003.



le indicazioni da esse fornite, senza considerare, però, le indicazioni “contrarie al diritto internazionale”, ma comunque vincolanti sul piano operativo per le navi ONG (*ex multis* Venturi 2021, 98 ss.; Brigida 2020).

La portata innovativa di questo comma, infine, si coglie anche – e forse soprattutto – con riferimento al trattamento sanzionatorio previsto in caso di inosservanza del provvedimento ministeriale: tale violazione, infatti, viene ora qualificata come delitto, mentre, ai sensi della disciplina previgente, essa costituiva un mero illecito amministrativo¹⁵. È proprio tramite il richiamo all’art. 1102 del Codice della navigazione¹⁶ che il legislatore tramuta in delitto ciò che prima era un mero illecito amministrativo; contestualmente la multa viene ridotta (è ora dai 10 mila ai 50 mila euro); non è in alcun caso prevista, invece, la confisca della nave.

Tale cambiamento non è di poco conto: è infatti indubbio che la circostanza che tale violazione integri ora un’ipotesi di reato consente che l’eventuale pena sia irrogata all’esito di un processo penale, con tutto l’apparato di garanzie processuali previste (sul punto, Venturi 2021, 104-105).

¹⁵ Più precisamente, la disciplina previgente stabiliva il pagamento di una somma di denaro tra i 150 mila e 1 milione di euro, unitamente alla confisca della nave. Come sostenuto da autorevole dottrina, simili previsioni, strettamente correlate a vicende processuali precedenti, erano mosse dall’intento di «cercare di superare le smagliature nella catena di comando ministeriale emerse, in particolare, in occasione della vicenda della nave “Diciotti”» (Travi 2019, 678).

¹⁶ Secondo Venturi, «mediante l’impiego della fattispecie delittuosa prevista dall’art. 1102 cod. nav., si realizza una pressoché integrale parificazione della disciplina punitiva della violazione del decreto restrittivo del Ministro dell’Interno a quella già stabilita per l’inosservanza dell’analogo provvedimento che il Ministro dei Trasporti può emanare ai sensi dell’art. 83 cod. nav.» (Venturi 2021, 102-103).



In definitiva, dunque «la nuova normativa impone che l'effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi del decreto del Ministero dell'Interno, nonché la sua compatibilità con i pertinenti obblighi internazionali vengano sempre vagliate prima di infliggere la sanzione da un giudice terzo e imparziale, ossia il giudice penale nell'attento contraddittorio tra le parti» (Venturi 2021, 105-106,).

Per completezza è bene sottolineare che queste elementi innovativi debbono essere letti ancora una volta anche alla luce delle osservazioni del Capo dello Stato che, con una seconda lettera del 4 agosto 2019 inviata in occasione della promulgazione del secondo decreto sicurezza, si è specificamente soffermato sul profilo della sanzione amministrativa e sulla confisca obbligatoria della nave, evidenziandone l'assenza di proporzionalità e, dunque, un conflitto tra la normativa introdotta e gli obblighi internazionali (Azzariti 2019, 644-645).

2.4. Trattenimento degli stranieri e iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo

Con il decreto in commento, il legislatore, all'art. 3, è intervenuto, con importanti modifiche, anche sull'istituto del trattenimento del cittadino straniero nei centri di permanenza per i rimpatri, previsto dal t.u. sull'immigrazione

Tra le principali novità si colloca sicuramente l'espressa previsione che lo straniero sia tempestivamente informazione dei diritti e delle facoltà derivanti dal procedimento di convalida del decreto di trattenimento in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove ciò non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola.



Significativa in proposito è anche la previsione di un parametro di priorità nel trattenimento: lo stesso deve essere predisposto con priorità nei confronti dei cittadini stranieri che siano considerati una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica o che siano stati condannati, anche con sentenza non definitiva, per i reati per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza o che siano inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o, infine, per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite.

Probabilmente il vero *novum* normativo in merito al trattenimento degli stranieri, però, è da rinvenire nella riduzione dei termini massimi di trattenimento, che vengono ridotti da 180 giorni a 90 giorni, prorogabili di ulteriori 30 qualora lo straniero sia cittadino di un Paese con cui l'Italia ha sottoscritto accordi in materia di rimpatri.

Sempre l'art. 3 incide nuovamente anche sulla disciplina dell'iscrizione anagrafica dei cittadini stranieri richiedenti asilo, che negli ultimi anni è stato al centro di numerosi dibattiti culminati poi con l'importante sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2020. Per cogliere al meglio le innovazioni proposte dal d.l. n. 130/2020 è necessario ripercorrere brevemente le questioni principali inerenti a questo tema (*ex multis* si vedano Buzzi e Conte 2021, 112 ss.; Canzian 2021, 50 ss.).

In particolare, il d.lgs. n. 142/2015 («Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale») nel suo testo originario si limitava a qualificare



espressamente le strutture ospitanti come «dimora abituale ai fini dell'iscrizione anagrafica». Il “decreto Minniti” (d.l. n. 13/2017) aveva interpolato il d.lgs. n. 142/2015, prevedendo una disciplina speciale per l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo ospitati nelle strutture di accoglienza. Tale previsione è stata, però, abrogata con il decreto sicurezza I (in particolare l'art. 13), che stabiliva che il permesso di soggiorno per richiesta di asilo «fosse qualificato come documento di riconoscimento [...], ma che lo stesso non costituisse “titolo per l'iscrizione anagrafica”» (Buzzi e Conte 2021, 113, sul punto si veda, tra gli altri, anche Canzian 2021, 50 ss.); veniva poi cancellata la previsione che il centro di accoglienza rappresentasse per il richiedente asilo luogo di dimora abituale ai fini dell'iscrizione anagrafica. Fin dall'approvazione del decreto sicurezza I, dunque, si dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 13 (tra gli altri si vedano Buzzi e Conte, 2020; S. Rossi 2020, 143 e ss.), anche alla luce della costante giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto il cittadino straniero come titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione garantisce ad ogni persona (Piazza 2018, 281; cfr. Bonetti 2019, 652).

In questo contesto si inserisce, appunto, la Corte costituzionale, che, con sentenza n. 186/2020 (su cui si veda Canzian 2021, 63 ss.), dopo aver escluso la possibilità di un'interpretazione conforme alla Costituzione, ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione per plurime violazioni dell'art. 2 Cost: «da un lato perché la norma censurata sarebbe stata affetta da irrazionalità intrinseca, dall'altro poiché essa si sarebbe posta in contrasto con il principio di uguaglianza, configurando inoltre una specifica violazione della “pari dignità sociale” dei richiedenti» (Salerno 2020, 6).



È proprio nel solco tracciato dalla pronuncia della Corte costituzionale che si inseriscono le previsioni del d.l. n. 130/2020, che reintroducono, sebbene con una formulazione parzialmente diversa, quella parte del d.lgs. n. 142/2015 che era stata abrogata dal legislatore del 2018. L'art. 3, comma 2, lett. a) del d.l. n. 130/2020 statuisce che il richiedente protezione internazionale, al quale sia stato rilasciato il permesso di soggiorno per richiesta asilo o la ricevuta della presentazione della domanda di protezione internazionale, sia iscritto nell'anagrafe della popolazione residente a norma del d.P.R. n. 223/1989 («Regolamento anagrafico della popolazione residente»). Si prevede poi che i richiedenti ospitati nei centri di prima accoglienza e di accoglienza straordinaria siano iscritti all'anagrafe in convivenza anagrafica; è fatto obbligo al responsabile di dare comunicazione delle variazioni della convivenza al competente ufficio di anagrafe entro venti giorni dalla data in cui si sono verificati i fatti. Infine, si stabilisce che la comunicazione, da parte del responsabile della convivenza anagrafica, della revoca delle misure di accoglienza o dell'allontanamento non giustificato del richiedente costituisce motivo di cancellazione anagrafica con effetto immediato; ai richiedenti protezione internazionale che hanno ottenuto l'iscrizione anagrafica è rilasciata una carta di identità di durata triennale.

2.5. Il sistema di accoglienza

L'art. 4, così come l'art. 3, interviene sul d.lgs. n. 142/2015, in particolare sotto il profilo dell'accoglienza dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale. Anche in questo caso, è necessario ripercorrere brevemente le tappe dell'"accoglienza", al fine di comprendere le modifiche



apportate dal legislatore del 2020 (sul punto, *ex multis*, Biondi Dal Monte 2021, 121 ss.; più ampiamente anche Giovannetti 2019, 147 ss.)

Il sistema del 2015 constava di due fasi: una di “prima accoglienza”, nell’ambito dei centri governativi (Cpa), finalizzato alla definizione della posizione giuridica dello straniero, e una di “seconda accoglienza”, nell’ambito dello Sprar (Sistema di protezione per chiedenti asilo e rifugiati). Fino all’entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, il richiedente asilo, che aveva formalizzato la domanda ma risultava sprovvisto dei mezzi sufficienti per garantire il sostentamento proprio e dei suoi familiari, poteva accedere alla fase di accoglienza dello Sprar. Con il decreto sicurezza I questo sistema è stato notevolmente modificato, escludendo i richiedenti asilo dall’accoglienza e, al contempo, sostituendo il sistema dello Sprar con quello del Siproimi (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati), deputato, appunto, alla sola accoglienza dei titolari di protezione internazionale, dei minori non accompagnati e di titolari di taluni permessi di soggiorno indicati dalla legge (vittime di violenza e tratta, vittime di violenza domestica, motivi di salute).

In questo quadro si inseriscono le modifiche del nuovo decreto sicurezza (si veda Noci 2020 b, 65): l’attuale Siproimi viene sostituito dal Sistema di accoglienza e integrazione (Sai), all’interno del quale possono essere accolti, oltre alle categorie già previste dal vecchio sistema, anche i richiedenti asilo. Il nuovo testo prevede che la struttura del Sistema sia articolato su due livelli di prestazioni, di cui il primo è dedicato ai richiedenti la protezione internazionale, mentre il secondo è relativo a tutti gli altri soggetti e prevede servizi aggiuntivi, quali l’orientamento al lavoro



e la formazione professionale¹⁷, che si vanno ad aggiungere a quelli di primo livello (accoglienza materiale, assistenza sanitaria, assistenza socio-psicologica, mediazione linguistico-culturale, somministrazione di corsi di lingua italiana, servizi di orientamento legale).

Proprio in tema di servizi erogati, sono rilevanti le modifiche previste dal d.l. n. 130/2020, che incidono sull'art. 10 del d.lgs. n. 142/2015 in tema di modalità di accoglienza. L'art. 4, comma 1, lett. c), infatti, impone che nei centri governativi di prima accoglienza e in quelli di accoglienza straordinaria siano assicurati adeguati standard igienico-sanitari, abitativi e di sicurezza, nonché idonee misure di prevenzione, controllo e vigilanze relativamente alla partecipazione o alla propaganda attiva a favore di organizzazioni terroristiche, secondo modalità e criteri stabiliti dal Ministro dell'Interno di concerto con il Ministro della Difesa, sentita la Conferenza unificata.

È previsto che siano altresì assicurate, oltre alle prestazioni di accoglienza meramente materiale, anche l'assistenza sanitaria, l'assistenza sociale e psicologica, mediazione linguistico-culturale, somministrazione di corsi di lingua italiana, servizi di orientamento legale. Dall'elenco delle prestazioni, dunque, si può facilmente notare che vi è una piena sovrapposizione tra servizi erogati dai centri governativi di prima accoglienza e quelli messi a disposizione dal Sai.

Si interviene inoltre sulle modalità di trasferimento dei richiedenti asilo dai centri di prima accoglienza alle strutture del Sai. Si prevede che,

¹⁷ Secondo Biondi Dal Monte (2021, 126), con questo doppio livello «viene dunque ad essere reintrodotta una distinzione tra richiedenti asilo e gli altri beneficiari del SAI che rischia di incidere profondamente sul percorso di integrazione dei richiedenti in attesa della definizione del proprio status giuridico».



ai sensi del novellato art. 9 del d.lgs. n 142/2015, il richiedente sia accolto nei centri di prima accoglienza per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di identificazione, alla verbalizzazione della domanda e all'esame nel merito della domanda stessa; successivamente, il richiedente dovrebbe essere trasferito nel Sai, compatibilmente con la disponibilità dei posti. Ai fini di detto trasferimento, vengono stabiliti dei criteri di priorità per il trasferimento di quei richiedenti asilo portatori di esigenze particolari, sulla base di specifiche vulnerabilità.

Strettamente correlato all'art. 4 del d.l. n. 130/2020, che delinea, appunto, il nuovo sistema di accoglienza, è l'art. 5, relativo al supporto a percorsi di integrazione. È infatti previsto che per i beneficiari del Sai siano avviati ulteriori percorsi di integrazione alla scadenza del periodo di accoglienza. A tal fine, viene espressamente richiamato il Piano nazionale per l'integrazione dei beneficiari di protezione internazionale e la necessità che, per il periodo 2020-2021, siano individuate le linee di intervento volte a favorire l'autonomia individuale dei cittadini stranieri beneficiari della protezione internazionale, con particolare riguardo a quattro ambiti: formazione linguistica finalizzata alla conoscenza della lingua italiana; conoscenza dei diritti e dei doveri sanciti dalla Costituzione; orientamento ai servizi pubblici essenziali.

2.6. Il binario penalistico

Come anticipato nella premessa di questo lavoro, la seconda parte (in particolare dall'art. 6) del decreto-legge n. 130/2020 si inserisce direttamente nel binario penalistico.



In particolare, l'articolo 6 («Disposizioni in materia di delitti commessi nei centri di permanenza per i rimpatri») modifica l'art. 41 del T.U. sull'immigrazione, inserendo due commi. Con il primo, nei casi di delitti commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione o a causa del trattenimento nei centri di rimpatrio, qualora si tratti di reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo e, al contempo, non sia possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si applica la c.d. *flagranza differita*. In questa ipotesi, è consentito procedere all'arresto fino a quarantotto ore dal fatto, purché il soggetto risulti l'autore del fatto sulla base di documentazione video o fotografica. Con il secondo comma aggiuntivo, invece, si prevede che per i delitti di cui sopra si proceda sempre con giudizio direttissimo, salvo che siano necessarie speciali indagini.

La *ratio* sottesa a questa previsione appare duplice: consentire di procedere all'arresto anche in presenza di una “*flagranza tecnicamente cessata*”, sempre che l'arresto possa rischiare di mettere a repentaglio la sicurezza o l'incolumità pubblica, e, al contempo, garantire, mediante l'adozione del giudizio direttissimi, la celere conduzione dell'arrestato dinnanzi al giudice in ottica preventiva e al tempo stesso dissuasiva (Amato 2020 a, 70)¹⁸.

In proposito, vi è da mettere in luce un altro elemento innovativo, ossia l'ampliamento delle condizioni di arresto anche per i fatti per i quali sarebbe previsto il solo arresto facoltativo, dato che la limitazione ai casi di

¹⁸ Prosegue l'autore, affermando che la previsione del giudizio direttissimo risulta molto utile anche «molto utile nell'interesse dell'arrestato, così sollecitamente portato innanzi al giudice in un contesto in cui il concetto di *flagranza* è fittiziamente “*esteso*” per scelta del legislatore» (Amato 2020 a, 72).



arresto obbligatorio avrebbe una portata fortemente limitativa: «è quest'ultimo profilo un significativo passo in avanti nell'ottica dell'ampliamento dell'ambito di operatività dell'istituto» (Amato 2020 a, 70).

Una seconda modifica, operata con l'art. 7, concerne l'art. 131-bis c.p., ossia la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. L'intervento del legislatore del 2020 prevede che l'esclusione della specifica causa di non punibilità sia circoscritta al reato commesso nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni e non più, dunque, nei confronti dell'intera categoria dei pubblici ufficiali, come invece era previsto dalla vecchia formulazione del decreto sicurezza II.

Per comprendere la portata innovativa della disposizione, però è necessario fare riferimento all'art. 16 della l. n. 77/2019 di conversione del d.l. n. 53/2019 (decreto sicurezza II), laddove si era stabilito che l'offesa non potesse essere ritenuta di particolare tenuità non solo quando si procedeva per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ma anche nei casi previsti dagli artt. 336, 337 e 341-bis c.p.¹⁹, quando il reato è commesso nell'esercizio delle proprie funzioni. Tale previgente disciplina è stata aspramente criticata, in primo luogo anche dallo stesso Presidente della Repubblica in sede di promulgazione della legge: si è infatti osservato che il riferimento ai pubblici ufficiali è assai ampio, con la logica conseguenza che tale scelta legislativa impediva, di fatto, al giudice di valutare la concreta offensività delle condotte poste in essere, con un possibile pregiudizio anche in termini di ragionevolezza (Amato

¹⁹ Art. 336 (Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale), art. 337 (Resistenza a un pubblico ufficiale), art. 341-bis (Oltraggio a un pubblico ufficiale) c.p.



2020 b, 74). Ecco, dunque, in cosa consiste il *novum* normativo introdotto dal d.l. n. 130/2020, che parla ora di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni.

Al contempo, sempre in ossequio alle osservazioni presidenziali, l'art. 7 inserisce una nuova ipotesi di esclusione della punibilità ad opera dell'art. 131-*bis* c.p., prevedendo che quest'ultima venga estesa ai casi di oltraggio a magistrato in udienza (art. 343 c.p.), trattandosi anche in questo caso di un reato commesso nei confronti di un pubblico ufficiale (sul punto Amato 2020 b, 75).

Un secondo intervento viene operato dagli articoli 8 e 9 del decreto in commento, in particolare attraverso la modifica dell'art. 391-*bis* e l'aggiunta dell'art. 391-*ter* c.p. Per quel che concerne il primo aspetto, l'art. 8 modifica l'art. 391-*bis* c.p. (ora rubricato «Agevolazione delle comunicazioni dei detenuti sottoposti alle restrizioni di cui all'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio, n. 354. Comunicazioni in elusione delle prescrizioni») in più parti: innanzitutto viene previsto un inasprimento del trattamento sanzionatorio da due a sei anni (in luogo dei precedenti da uno a quattro anni) per coloro che agevolano le comunicazioni dei detenuti con l'esterno e da tre a sette anni (in luogo dei precedenti da due a cinque anni) per l'ipotesi aggravata relativa alla commissione del fatto da parte di un pubblico ufficiale un incaricato di pubblico servizio o un avvocato, In secondo luogo, viene aggiunto un terzo comma all'art. 391-*bis* c.p. che prevede la pena da due a sei anni anche per il detenuto sottoposto alle restrizioni di cui all'art. 41-*bis* della legge n. 354/1975 che comunica con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte. La finalità della norma è evidente: si vuole impedire agli esponenti della criminalità organizzata di continuare nell'attività di direzione e di organizzazione tramite la comunicazione con



il mondo esterno. Per fare ciò, si passa mediante una modifica formale (ossia attraverso una nuova “rubrica”), ma anche sostanziale: si interviene sul trattamento sanzionatorio, ma altresì sulla condotta punibile, che ora può essere anche quella del detenuto stesso e non solo dell'*extraneus* (Amato 2020 b, 76).

A questo proposito, occorre domandarsi se tali modifiche rappresentino una reale urgenza, posto che, la norma in questione, ossia l'art. 391-*bis* c.p., introdotta dal “pacchetto sicurezza” del 2009 (legge 15 luglio 2009, n. 94) risulta priva di applicazioni pratiche, in quanto la giurisprudenza di legittimità ha interpretato condotte assimilabili a quelle previste dalla norma in termini di associazione di stampo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) o di concorso esterno in associazione mafioso (art. 416-*ter* c.p.) (Mentasti 2020).

L'articolo 9 del decreto in commento, invece, introduce una nuova fattispecie delittuosa attraverso l'art. 391-*ter* c.p. (rubricato «Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti») in materia di contrasto all'introduzione e all'utilizzo di dispositivi di comunicazione in carcere. Tale nuova fattispecie prevede che, fuori dai casi già ricompresi dall'art. 391-*bis* c.p., chiunque indebitamente procura a un detenuto un apparecchio telefonico o un altro dispositivo idoneo ad effettuare comunicazione o comunque gli consente di utilizzare i predetti strumenti o, infine, introduce nell'istituto penitenziario tali strumenti con lo scopo di renderli disponibili ad un detenuto, è punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni. Al medesimo trattamento sanzionatorio, salvo che il fatto costituisca più grave reato, soggiace altresì il detenuto che indebitamente riceve o utilizza un telefono o, comunque, uno strumento idoneo a effettuare comunicazioni. È previsto un inasprimento di pena (da due a cinque anni) qualora il fatto venga commesso da un pub-



blico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio o da un soggetto che esercita la professione forense²⁰. Si tratta di un tentativo del legislatore di arginare il fenomeno dell'introduzione in carcere di apparecchi telefonici, difficilmente contrastabile dal punto di vista dell'amministrazione penitenziaria. In questa prospettiva, dunque, «si è pensato di risolvere il problema creando l'ennesima fattispecie di reato, secondo un costume ricorrente: l'incapacità dell'amministrazione pubblica di contrastare un fenomeno, trova un facile "alibi" nella costruzione di un nuovo reato» (Amato 2020 b, 77).

Anche l'articolo 10 si muove sempre nel binario penalistico, in particolare modificando il reato di rissa disciplinato dall'art. 588 c.p. mediante un inasprimento della pena. Come sottolineato dalla relazione allo stesso decreto legge, «tale misura risponde alla recrudescenza di fenomeni criminali per cui risulta indispensabile e urgente approntare misure normative, anche di carattere sanzionatorio, maggiormente incisive» (il riferimento, con tutta probabilità, è al recente fatto di cronaca che ha riguardato la morte del giovane Willy Monteiro Duarte). Di qui, dunque, la necessità di rivedere la cornice edittale del reato, innalzando a 2000 euro (prima 309) l'importo massimo della multa per chi vi partecipa e aumentando la pena per la sola partecipazione alla rissa, nel caso in cui qualcuno rimanga

²⁰ Secondo Cisterna (2020, 57), «l'aggravamento sanzionatorio se può avere una ragione d'essere nel caso in cui i due reati di cui trattasi siano posti in essere dal difensore del detenuto, per la specialità della relazione e per la connessa posizione di "vantaggio" di cui profitta nella commissione del delitto, non sembra ragionevole al di fuori di questo caso, ossia quando la condotta sia tout court equiparabile a quella di qualsivoglia soggetto "privato"».



ucciso o riporti lesione personali, da sei mesi e sei anni (in precedenza la cornice edittale era fissata da tre mesi a cinque anni)²¹.

2.7. Ulteriori misure

Accanto ai due binari poc' anzi esposti, il legislatore del 2020 si è mosso, infine, con una serie di misure riguardanti il Daspo urbano, ma anche ulteriori modalità di contrasto al traffico di stupefacenti via internet e altresì modifiche urgenti alla disciplina sul Garante dei diritti delle persone private della libertà personale.

Sotto il primo aspetto, l'articolo 11 del decreto apporta modifiche significative agli artt. 13 e 13-bis del decreto-legge 20 febbraio 2017, n. 14, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città. Lo scopo è indubbiamente quello di rendere più incisive e penetranti le misure del divieto di accesso ai locali di pubblico intrattenimento o locali pubblici analoghi, previsti proprio dall'art. 13, in tema di misure di contrasto dello spazio di stupefacenti all'interno o in prossimità di locali pubblici e 13-bis, in tema di prevenzione dei disordini negli esercizi pubblici.

Tra le novità più significative vi è senza dubbio da segnalare l'ampliamento dei soggetti ai quali è potenzialmente applicabile il divieto di accesso nei locali pubblici ai sensi dell'art. 13 del decreto legge 20 febbraio 2017, n. 14: tale misura, infatti, potrà oggi essere adottata non solo ai soggetti nei cui confronti è stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato o almeno confermata in appello, ma altresì a coloro che

²¹ Critico sull'inasprimento è Cisterna (2020, 56), secondo il quale: «non è certo la minaccia di una pena più aspra [...] che potrà inibire le condotte violente. L'abbandono evidente della funzione special-preventiva flette le nuove tecniche sanzionatorie in direzione di una vera e propria "vendetta" pubblica al verificarsi di certi reati».



hanno riportato una o più denunce o anche una condanna non definitiva nel corso degli ultimi tre anni relativamente alla vendita o cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope. Un siffatto ampliamento si atteggia, dunque, come una sorta di vero e proprio binario che ne rafforza l'assimilazione alle misure di prevenzione previste dal Codice antimafia, dovendo al contempo evitare che il Daspo si tramuti in una sanzione senza processo per fatti che potrebbero essere ritenuti insussistenti dall'autorità giudiziaria (Cisterna, 2020, 58). Tale estensione soggettiva è poi accompagnata anche da una modifica del trattamento sanzionatorio mediante l'introduzione della pena della reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 8.000 a 20.000 euro.

Analoghe modifiche sono previste anche sull'art. 13-*bis* del decreto legge 20 febbraio 2017, n. 14 (divieto di accesso a pubblici esercizi o locali di pubblico intrattenimento): viene infatti anticipata la soglia di applicabilità del provvedimento del Questore, prevedendo che quest'ultimo possa disporre tale divieto, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 13, anche nei confronti di persone denunciate, negli ultimi tre anni, per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o locali di pubblico intrattenimento o per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio, aggravati ai sensi dell'art. 604-*ter* c.p., ossia per finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi le medesime finalità, qualora dalla condotta possa derivare un pericolo per la sicurezza. Si ricorda che tale divieto di accesso a pubblici esercizi o locali di pubblico intrattenimento deve essere mirato e riguardare, dunque, locali individuati in ragione dei luoghi in cui sono stati commessi i predetti reati ovvero delle persone con le quali l'interessato si associa. Parallelamente l'intervento del 2020 agisce sul trattamento



sanzionatorio inasprendolo in maniera significativa: la pena della reclusione è ora da sei mesi a due anni (prima un anno) e la multa da 8.000 (prima 5.000) a 20.000 euro.

Senza soluzione di continuità, l'articolo 12 del decreto in commento è improntato a definire ulteriori modalità di contrasto al traffico di stupefacenti via internet. A tal fine si prevede che l'organo del Ministero dell'Interno per la sicurezza delle telecomunicazioni formi un elenco, costantemente aggiornato, dei siti web che debbono ritenersi utilizzati per la commissione di uno o più reati previsti dal t.u. in materia di stupefacenti. A questo scopo, l'organo provvede all'inserimento nell'elenco e a notificare ai fornitori di connettività alla rete internet i siti web per i quali deve essere inibito l'accesso. A garanzia dell'obbligo, gravante sui predetti fornitori di rete, di inibire l'accesso a tali siti entro sette giorni, è posta una sanzione amministrativa pecuniaria dai 50.000 ai 250.000 euro.

Il decreto, infine, con l'articolo 13 torna su un organo fondamentale, il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, in quanto unico affidatario degli eventuali reclami presentati per le condizioni di trattenimento dei migranti. Nello specifico, l'art. 13 modifica direttamente la legge istitutiva dell'organo, ossia il decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, in primo luogo eliminando il riferimento alle "persone detenute" sia dalla rubrica sia dal corpo della legge; tale operazione, probabilmente, «risponde allo spettro molto ampio del monitoraggio svolto» (Mentasti 2020). È poi previsto che il Garante possa delegare i compiti che gli sono stati assegnati relativamente alle strutture sanitarie, sociosanitarie e assistenziali, alle comunità terapeutiche e di accoglienza, ai garanti territoriali, qualora le circostanze lo richiedano.



3. Considerazioni conclusive

Sulla scorta di una rapida panoramica delle misure introdotte dal decreto sicurezza del 2020, si può facilmente intuire che l'interrogativo con cui si è aperto questo lavoro in premessa non è di facile soluzione. Al contrario, proprio un intervento legislativo simile mostra come non sia possibile fornire una risposta netta in favore della continuità o della rottura rispetto all'impianto legislativo precedente; in altre parole, il d.l. n. 130/2020 non sembra che risulti decisivo nel quadro di una piena e completa riforma del diritto dell'immigrazione, costituendo, per adoperare le parole della dottrina, «un intervento di portata limitata che non affronta i nodi strutturali» (Codini 2020, 54), pur avendo una portata innovativa non del tutto trascurabile.

Infatti, al di là degli evidenti profili di continuità che sono stati già evidenziati nella premessa di questo lavoro, anche dal punto di vista contenutistico si registrano degli indubbi miglioramenti, ma senza che si possa parlare di una netta cesura. Ciò accade, ad esempio, nel caso della disciplina dei divieti di transito e sosta nelle acque territoriali, introdotti con il secondo decreto sicurezza del 2019, che avevano suscitato pesanti critiche. In questo caso il d.l. n. 130 non stravolge l'impianto della disposizione, testimoniato anche da una pedissequa

riproposizione testuale, preferendosi apportare modifiche che riguardano soprattutto l'apparato sanzionatorio e la trasformazione da illecito amministrativo in reato della fattispecie in esame: «si tratta di un aggiustamento, non di una marcia indietro» (Corsi 2021, 72), anche se le modifiche apportate si inseriscono indubbiamente nel solco delle indicazioni provenienti da più parti e, soprattutto dalle osservazioni del Capo dello Stato.



Alcune perplessità sorgono anche in relazione alla mancata reintroduzione della protezione umanitaria (su cui si veda, tra gli altri, Codini 2021, 54-55). Vero è che le nuove disposizioni del d.l. n. 130/2020 ripristinano un esplicito riferimento agli obblighi costituzionali e internazionali, ma è altrettanto vero che non si reintroduce un espresso riferimento ai seri motivi di carattere umanitario. Ciò stride con il fatto che la protezione umanitaria costituiva una dei tre pilastri dell'art. 10, comma 3, Cost. (Corsi 2021, 70); peraltro, preme sottolineare che il permesso per motivi umanitari in passato aveva assunto notevole importanza per tutti quei richiedenti asilo che non avevano ottenuto lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria (Codini 2021, 55).

Da guardare senza dubbio positivamente, invece, sono altre modifiche introdotte dal decreto in commento. In questo quadro assume un rilievo fondamentale l'adeguamento della procedura di iscrizione anagrafica alle indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale, ma anche la completa revisione del sistema di accoglienza, ora in grado di riaprire anche ai richiedenti asilo, così come la riduzione dei termini massimi di trattenimento dello straniero.

Da salutare con favore sono anche le innovazioni in tema di conversione in permessi di soggiorno per motivi di lavoro di diverse tipologie di permessi di soggiorno. Come osservato dalla dottrina, la scelta della convertibilità di alcune categorie di permessi di soggiorno (ove ne ricorrano i requisiti), come ad esempio quello per assistenza di minori, in permessi di soggiorno per motivi di lavoro è probabilmente figlia anche della volontà di ridurre il contenzioso davanti ai tribunali, ma altresì di dare seguito a quella giurisprudenza amministrativa che si è consolidata nel tempo, soprattutto con riferimento ai permessi di soggiorno per motivi religiosi (Noci 2020 a, 62). In generale, l'effettiva introduzione di nuove



ipotesi di conversione ha certamente il merito di consentire di fornire una prospettiva strutturale a posizioni di soggiorno altrimenti bloccate ed indissolubilmente vincolate al permanere delle condizioni che, in origine, hanno consentito il rilascio del titolo (Gentilucci 2020, 23). Al contempo, però, preme sottolineare che tale possibilità di conversione non può non essere letta in stretta correlazione con la necessità di costituire una nuova disciplina organica degli ingressi e del soggiorno per motivi di lavoro: in questo senso, «un intervento del legislatore sarebbe urgente per ripristinare delle possibilità di entrata regolare nel nostro paese, perché in tutti questi anni la richiesta di protezione (nelle sue varie forme) ha finito per l'essere l'unico canale di accesso al nostro territorio» (Corsi 2021, 73).

In conclusione, si può affermare che il d.l. n. 130/2020, lungi dal rappresentare un pieno smantellamento dei “decreti Salvini” sia in realtà «un intervento di aggiustamento, ma non di rottura» (Corsi 2021, 73), che può essere valutato più un punto di partenza che un punto di arrivo.

Infatti, se si considera che l'immigrazione straniera in Italia è un fenomeno tutt'altro che eccezionale ed emergenziale, ma, anzi, si atteggia come ordinario, di lungo periodo e con tutta probabilità perdurante, ben si comprende come sia necessario riconsiderare la condizione degli stranieri, nell'ottica di una gestione ben più lungimirante di un fenomeno strutturale, non episodico e sporadico (Bonetti 2019, 655-656). In altre parole, sarebbe auspicabile uno smarcamento dagli interventi legislativi degli ultimi decenni che hanno considerato il fenomeno dell'immigrazione come un *vulnus* alla sicurezza nazionale, peraltro a discapito della tutela del diritto di asilo e dei diritti fondamentali garantiti a livello costituzionale, internazionale ed europeo, per abbracciare una visione più profonda: «il diritto di un Paese di immigrazione, che vuole regolare questo fenomeno sociale, fallisce l'intento allorché si ostina a prescindere dalla



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 1, 2021

data di pubblicazione: 31 marzo 2021

Saggi

sue caratteristiche intrinseche e cioè dalla notevole gravità e complessità dei fattori che spingono dei Paesi di provenienza o di transito all'attuale pressione che induce le persone ad emigrare» (Bonetti 2019, 656).



Bibliografia

Amato, G. (2020 a), *Flagranza accertata con video o foto e arresto consentito entro 48 ore. Delitti nei centri di permanenza*, in *Guida al diritto*, 7 novembre 2020, p. 70 ss.

Amato, G. (2020 b), *Non punibilità più estesa, ma esclusa per oltraggio a magistrati in udienza. Particolare tenuità del fatto*, in *Guida al diritto*, 7 novembre 2020, p. 73 ss.

Amato, G. (2020 c), *Punito chi favorisce detenuti al 41 bis, è reato introdurre il cellulare in carcere. Divieto di comunicare con i reclusi*, in *Guida al diritto*, 7 novembre 2020, p. 76 ss.

Azzariti, G. (2019), *I problemi di costituzionalità dei decreti sicurezza e gli interventi del Presidente della Repubblica*, in *Diritto pubblico*, 3, p. 639 ss.

Biondi Dal Monte, F. (2021), *Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, p. 120 ss.

Bonetti, P. (2019), *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti dei diritti non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Diritto pubblico*, 3, p. 651 ss.

Brigida, L. (2020), *La (mancata) discontinuità del nuovo "Decreto immigrazione": alcune riflessioni in tema di soccorso marittimi*, in www.fabbricadeididritti.it, 12 ottobre 2020.

Buzzi, A., F. Conte (2021), *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo prima e dopo il "Decreto Lamorgese"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, p. 111 ss.

Buzzi, A., F. Conte (2020), *Cade il divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo del "Decreto Salvini": irrazionale anche nelle intenzioni*, in laCostituzione.info, 30 agosto 2020.



Calabria, S. (2019), *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998)*, in *Questione Giustizia*, 29 luglio.

Canzian, N. (2021), *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo la sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, p. 50 ss.

Ciervo, A. (2020), *Non cambiare tutto per non cambiare niente. Note sul nuovo (ennesimo) "Decreto sicurezza"*, in *Micromega*, 28 ottobre.

Cisterna, A. (2020), *Quella tentazione dei decreti omnibus che non risolve le emergenze criminali. I profili penalistici*, in *Guida al diritto*, 7 novembre, p. 56 ss.

Codini, E. (2020), *Un intervento di portata limitata che non affronta i nodi strutturali*, in *Guida al diritto*, 7 novembre, p. 54 ss.

Corsi, C. (2021), *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, p. 67 ss.

Gentilucci, P., *La controversa riforma dei decreti sicurezza*, in *Giurisprudenza penale web*, 11.

Giovannetti, M. (2019), *Disposizioni in materia di accoglienza dei richiedenti asilo*, in F. Curi (cur.), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pisa: Pacini Giuridica, p. 147 ss.

Mentasti, G. (2020), *L'ennesimo "decreto immigrazione-sicurezza" (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in *Sistema penale*, 23 ottobre.

Mentasti, G. (2021), *Il decreto "immigrazione-sicurezza" (n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173: le novità introdotte in sede di conversione)*, in *Sistema penale*, 15 gennaio.



Noci, M. (2020 a), *Rischio tortura o trattamenti inumani, reintrodotta il divieto di espulsione. Permessi di soggiorno e frontiere*, in *Guida al diritto*, 7 novembre, p. 60 ss.

Noci, M. (2020 b), *Iscrizione anagrafica a chi chiede asilo dà diritto a carta di identità per 3 anni. Decreto di accoglienza*, in *Guida al diritto*, 7 novembre, p. 65 ss.

Noci, M. (2020 c), *Ampliate le competenze attribuite alle Commissioni territoriali. Protezione internazionale*, in *Guida al diritto*, 7 novembre, p. 67 ss.

Piazza, P.S. (2018), *L'iscrizione anagrafica*, in A. Conz, L. Levita (cur.), *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza*, Roma, Dike Giuridica.

Rossi, E. (2021), *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l.n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, p. 74 ss.

Rossi, N. (2020), *Immigrazione e protezione internazionale e umanitaria nel tempo dell'epidemia. Scegliere la ragionevolezza o alimentare risentimenti?*, in *Questione Giustizia*, 3, p. 4 ss.

Rossi, S. (2020), *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 26, p. 143 ss.

Ruggiero, C. (2020), *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 *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, p. 185 ss.

Salerno, A.R. (2020), *Poteri, diritti e conflitti intorno alla sentenza n. 186/2020 sul "decreto sicurezza"*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3.

Scissa, C. (2021), *La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, p. 136 ss.

Travi, A. (2019), *Le nuove leggi sui migranti e l' "altro" diritto*, in *Diritto pubblico*, 3, p. 675 ss.



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 1, 2021

data di pubblicazione: 31 marzo 2021

Saggi

Venturi, F. (2021), *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, p. 87 ss.

Zampone, A. (2019), *Il cd. decreto sicurezza-bis: profili di diritto della navigazione*, in *Diritto pubblico*, 3, p. 693 ss.



Abstract

The New Decree Law No. 130/2020 on Immigration and Security: Continuity or Rupture?

This paper aims to describe the main legislative innovations introduced by decree law no. 130/2020 in the field of immigration and security, highlighting the aspects of continuity and discontinuity with previous interventions in those fields. The analysis, following the approach of the decree in comment, focuses on three main issues: the legal status of the foreigner; changes in criminal law; further interventions in the field of security.

Keywords: decree law; immigration; security; criminal law.



'Ronda veneziana', per la Consulta la musica non cambia.

Il controllo di vicinato alla luce di Corte cost. 21 ottobre 2020, n. 236

di Gabriele Trombetta *

SOMMARIO: 1. La questione all'attenzione della Corte costituzionale. – 2. Ordine pubblico e sicurezza. – 3. Il pacchetto-sicurezza 2008. – 4. Il pacchetto-sicurezza 2009. – 5. Il sistema di sicurezza integrata – 6. La sicurezza urbana. – 7. La giurisprudenza costituzionale in materia di ordine pubblico e sicurezza. – 8. La decisione n. 236/2020.

1. La questione all'attenzione della Corte costituzionale

Il Governo, ai sensi dell'art. 127, comma 1, Cost. ha adito in via principale la Corte costituzionale, ai fini della declaratoria di incostituzionalità della legge della Regione Veneto 8 agosto 2019, n. 34 («Norme per il riconoscimento ed il sostegno della funzione sociale del controllo di vicinato

* Dottore di ricerca in Tutela delle situazioni giuridiche soggettive presso l'Università degli Studi della Campania «L. Vanvitelli». Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); contributo ricevuto nella versione definitiva il 28 dicembre 2020.



nell'ambito di un sistema di cooperazione interistituzionale integrata per la promozione della sicurezza e della legalità»).

Venivano invocati i parametri *ex art.* 117, comma 2, lett. g); art. 117, comma 2, lett. h); art. 118, comma 3 Cost.

La legge regionale veneta stimolava la collaborazione verticale e orizzontale – tra i diversi livelli di governo e con la società civile – al fine di sostenere l'attiva partecipazione alle politiche pubbliche in materia di sicurezza.

In questa logica, veniva riconosciuto il controllo del vicinato, quale azione civica svolta a supporto delle istituzioni al fine di preservare la sicurezza nel territorio locale di riferimento, attraverso l'osservazione, l'ascolto e il monitoraggio. Si precisava comunque che il controllo del vicinato non può mai implicare il ricorso ad iniziative di repressione dei reati o comunque intese a sanzionare eventuali illeciti, nonché tali da incidere sulla riservatezza delle persone.

Alla Giunta regionale veniva, poi, affidato il compito di promuovere intese tra Prefetture ed enti locali aventi ad oggetto il controllo di vicinato.

Lo stesso esecutivo regionale era investito della responsabilità di favorire programmi di intervento in una serie di ambiti, tra i quali ricerca e documentazione, comunicazione ed informazione circa le azioni realizzate e di analisi sui risultati conseguiti, con particolare riguardo al livello di impatto sulla sicurezza nel contesto di riferimento.

Infine, la legge stabiliva l'istituzione di una banca dati, destinata a registrare le iniziative di controllo del vicinato, anche allo scopo – sulla base delle emergenze statistiche – di elaborare strategie intese a massimizzare l'efficacia dello strumento, tenendo conto dell'impatto prodotto dalla sua recezione sui territori.



La difesa erariale censurava la legge nella sua totalità, ritenendola invasiva della competenza legislativa esclusiva dello Stato¹.

Al riguardo, veniva evidenziato come fossero lese le sfere materiali *ex artt.* 117, comma 2, lett. h), 118, comma 3 Cost. e 117, comma 2, lett. g).

In particolare, la legge regionale avrebbe violato la riserva allo Stato della materia dell'ordine pubblico e sicurezza, avendo dettato una disciplina incidente sulla prevenzione generale e sul controllo del territorio. Ciò anche in relazione all'istituzione di una banca dati, tendenzialmente concorrente con il Ced interforze di cui alla l. 1° aprile 1981, n. 121.

Analogamente, si riteneva vulnerata la competenza *ex art.* 118, comma 3 Cost., che affida alla legislazione dello Stato il coordinamento tra Stato e Regioni in materia di sicurezza. Dopo che per lungo tempo la disposizione è rimasta inattuata, la cornice normativa che inquadra le relazioni interistituzionali in tema è stata dettata dal d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, conv. con mod. dalla l. 18 aprile 2017, n. 48. La fonte statutale ha recato le norme definitorie della sicurezza integrata e della sicurezza urbana, che saranno meglio illustrate in seguito. In questa prospettiva, il legislatore regionale, nel regolare i patti interistituzionali tra amministrazioni statali e locali, avrebbe ecceduto i limiti della propria competenza.

Infine, veniva invocato l'art. 117, comma 2, lett. g) Cost., che rimette alla disciplina statutale l'organizzazione dello Stato e degli enti pubblici nazionali. Il titolo competenziale precluderebbe l'intervento legislativo in analisi, che inciderebbe sull'assetto e sulle funzioni dell'amministrazione statale.

¹ In subordine, veniva dedotta l'illegittimità di singole disposizioni. Come si vedrà, il giudizio verterà comunque sull'impianto normativo nel suo complesso. Per un commento alla decisione, v. anche Tropea (2020).



La difesa regionale sosteneva, per contro, la legittimità della legge veneta. Più dettagliatamente, veniva esposto come la legge censurata declinasse i principi generali recati dal d.l. n. 14/2017, che ammette interventi regionali, *anche* su base pattizia, allo scopo di rafforzare la cooperazione interistituzionale in materia di sicurezza integrata.

La legge regionale, dunque, non avrebbe violato l'art. 118, comma 3 Cost. Del resto, neppure avrebbe invaso l'area materiale *ex art.* 117, comma 2, lett. h) Cost., limitandosi a disciplinare i profili culturali e sociali del fenomeno del controllo di vicinato, secondo logiche di promozione della legalità.

Ancora, il *favor* per la partecipazione dei privati alla cura dell'interesse pubblico avrebbe costituito coerente declinazione del principio di sussidiarietà orizzontale, *ex art.* 118 u. c. Cost.

La disciplina regionale non avrebbe violato neppure i confini della materia di cui all'art. 117, comma 2, lett. g), prevedendo forme solo eventuali di raccordo tra organi statali e regionali.

Anche il monitoraggio non interferirebbe con le funzioni statali di pubblica sicurezza, rappresentando soltanto un supporto informativo per l'amministrazione regionale.

Infine, l'istituzione di una banca dati, tarata sullo specifico strumento del controllo di vicinato e sulla sua efficacia, non confliggerebbe con lo statuto del Ced interforze, di cui all'art. 7 l. n. 121/1981, che obbedisce invece a esigenze di sicurezza primaria.

Al fine di apprezzare il ragionamento giuridico della Corte costituzionale, si ritiene utile premettere un breve *excursus* sul concetto di ordine pubblico e sicurezza e sulla sua evoluzione.



2. Ordine pubblico e sicurezza

L'ordine pubblico e sicurezza è una materia-fine, di carattere trasversale, che attiene alla prevenzione dei reati e alla tutela della *tranquillitas civium*. In questo senso, l'ordinamento repubblicano ha accolto il concetto di ordine pubblico materiale, inteso quale salvaguardia dell'incolumità delle persone e della sicurezza dei possessi.

È invece stata abbandonata, sia pur con percorso non del tutto lineare, la nozione ideale dell'ordine pubblico, patrocinata nel periodo fascista. L'ordine pubblico ideale viene fatto coincidere con il sistema di valori dell'ordinamento, assumendo quindi un carattere assiologicamente connotato (Corso 1995; Meoli 2012).

L'ordine pubblico, dunque, è dato da «quei beni giuridici fondamentali o da quegli interessi pubblici primari sui quali, in base alla Costituzione e alle leggi ordinarie, si regge l'ordinata e civile convivenza dei consociati nella comunità nazionale»².

Resta esclusa dall'area materiale dell'ordine pubblico la repressione dei reati, che afferisce invece alle norme processuali e all'ordinamento penale³. Quantunque i soggetti deputati alla prevenzione e alla repressione

² Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 218. La formulazione sarà tradotta in legge dall'art. 159 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (cfr. Piantedosi 1998).

³ Suscita dunque qualche perplessità l'opinione della Corte costituzionale che sussume nella materia dell'ordine pubblico e sicurezza anche la repressione dei reati: cfr., da ultimo, Corte cost. 23 giugno 2020, n. 177, che richiama Corte cost. 15 febbraio 2012, n. 35. Si deve invece ritenere che la repressione dei reati ricada nell'art. 117, comma 2, lett. l): «giurisdizione e norme processuali», nonché «ordinamento penale».



dei reati coincidano, le due sfere di competenza restano chiaramente distinte: da un canto opera la polizia di sicurezza, dall'altro la polizia giudiziaria⁴.

La materia dell'ordine pubblico e sicurezza, così perimetrata, è assegnata alla legislazione esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. h) Cost.

Peraltro, alla luce dei principi di differenziazione, sussidiarietà e adeguatezza, è opinione costante che anche le funzioni amministrative debbano essere allocate al livello statale (Cerulli Irelli 2004). I compiti in materia sono devoluti al Ministero dell'interno e – per esso – all'Amministrazione della pubblica sicurezza, *amministrazione composta* nella quale sono, gerarchicamente o funzionalmente, incardinati rappresentanti della carriera prefettizia, dell'amministrazione civile dell'interno e delle Forze di polizia.

È stato, tuttavia, preso atto che un approccio monista alla tematica securitaria è destinato al fallimento, essendo la materia strettamente interrelata con aree contigue, appartenenti alla competenza amministrativa regionale e locale.

Come insegnano le scienze sociali, la prevenzione – oltretutto strettamente di polizia – si declina anche in senso sociale e situazionale (Barbagli-Gatti 2005).

⁴ Mutano anche gli strumenti e le modalità di coordinamento: cfr. Corte cost., 6 dicembre 2018, n. 229, che ha dichiarato incostituzionale il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177, nella parte in cui onerava gli uffici di polizia di informare le rispettive gerarchie delle notizie di reato trasmesse all'autorità giudiziaria. Valorizzando il *proprium* della polizia giudiziaria, la Corte ha ritenuto lese le prerogative della magistratura, atteso che una concentrazione di informative verso i vertici delle Forze di polizia avrebbe potuto istituire fori di coordinamento investigativo distonici rispetto al dettato costituzionale.



L'ordine pubblico, quindi, è garantito anche dalla coesione sociale e dal rafforzamento dei legami comunitari, nonché dalla costruzione di un ambiente urbano 'sicuro', che possa dissuadere il malintenzionato dal reato⁵.

Movendo da questa consapevolezza, il legislatore costituzionale del 2001, all'art. 118, comma 3 Cost. (Mainardis 2008), ha demandato alla legge statale la previsione di strumenti di coordinamento tra Stato e Regioni in materia di ordine pubblico e sicurezza⁶. Il legislatore ordinario ha tuttavia tardato a dare attuazione alla direttiva apicale.

3. Il pacchetto sicurezza 2008

Il pacchetto sicurezza 2008⁷, novellando il Tuel all'art. 54, affidava al sindaco, quale ufficiale del Governo, il potere di adottare provvedimenti anche contingibili e urgenti a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana, che veniva così recepita, dopo alcune esperienze locali⁸, nell'ordinamento statale⁹.

⁵ Nobili (2013) ritiene che il coinvolgimento della comunità in chiave difensiva e non di organizzazione e sviluppo costituisca un limite dell'azione civica in Italia.

⁶ Lo stesso d.lgs. 27 luglio 1999, n. 279, modificando la l. n. 121/1981, aveva, in effetti, già coinvolto nella tutela dell'ordine e sicurezza pubblica le amministrazioni locali, inserendo il presidente della Provincia e il sindaco del Comune capoluogo tra i membri di diritto del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica.

⁷ D.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con l. 24 luglio 2008, n. 125.

⁸ Per una rassegna della legislazione regionale in materia di politiche di sicurezza, adottate in attuazione della riforma del Titolo V della Carta costituzionale, v. Mezzetti (2013).

⁹ Manzione (2017) parla – non casualmente – di «neologismo» normativo.



Si poneva, dunque, la *quaestio juris* della definizione e perimetrazione della sicurezza urbana. All'interrogativo dava risposta il d.m. 5 agosto 2008. Al riguardo, si rileva l'anomalia dell'integrazione della norma primaria ad opera di un decreto di dubbia natura giuridica, che risultava peraltro privo di salde direttive legislative.

Il d.m. citato, all'art. 1, definiva la sicurezza urbana come «un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità dei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale».

Emergevano così due tesi a contendersi il campo. L'una riteneva che la sicurezza urbana fosse *species* della sicurezza pubblica: una sua declinazione 'nella città'. Confortava tale asserto la circostanza che il potere di ordinanza fosse attribuito al sindaco quale ufficiale del governo, e non già in quanto vertice dell'amministrazione locale. L'altra ricostruzione, invece, riteneva che il bene 'sicurezza urbana' fosse multifattoriale e multiattoriale, evocando così il coinvolgimento dei diversi livelli di governo e di azioni eterogenee, non strettamente legate alla pubblica sicurezza, aventi come centro gravitazionale – appunto – *l'urbs*¹⁰.

Ricorreva avverso la novella legislativa in sede di impugnazione in via principale e avverso il decreto ministeriale in sede di conflitto di attribuzioni la Provincia di Bolzano, ritenendo lese le proprie prerogative in ma-

¹⁰ Per una riflessione sulla città post-industriale e il suo essere l'«opposto della polis» cfr. Pavarini (2010). Rammenta il «diritto alla città», elaborato nel 1968 da Henry Lefebvre, Pagano (2018).



teria di pubblica sicurezza, di tutela del patrimonio storico, artistico e popolare, tutela del paesaggio, viabilità, commercio ed esercizi pubblici, ad essa attribuite dallo Statuto del Trentino-Alto Adige.

Corte cost. 24 giugno 2009, n. 196 escludeva anzitutto la spettanza di un potere normativo in materia di pubblica sicurezza in capo al legislatore provinciale. Tanto posto, ricostruiva la nozione di sicurezza urbana quale sicurezza pubblica minore, integralmente riconducibile all'art. 117, comma 2, lett. h) Cost. Argomenti a sostegno di tale decisione erano la titolazione del pacchetto-sicurezza, nonché le stesse premesse del decreto ministeriale del 2008, che rievocavano la competenza statale in materia di ordine pubblico e sicurezza. Se ne deduceva, dunque, che lo Stato non avesse esorbitato dai confini della propria competenza.

Sebbene non strettamente connesso col tema in trattazione, merita un cenno la storica Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115. La decisione ha affrontato *funditus* la legittimità del potere d'ordinanza del sindaco-ufficiale del Governo in tema di sicurezza urbana.

Nello specifico, come visto, la disposizione conferiva al sindaco il potere di emettere ordinanze, *anche* contingibili e urgenti, ai fini della tutela della sicurezza urbana. Veniva dunque rilevato che, mentre la previsione di un potere a contenuto atipico è giustificato nei casi di urgenza, il potere d'ordinanza *a regime* appare invece viziato da incostituzionalità.

Il vuoto normativo circa presupposti, tipologia delle misure, durata nel tempo – tollerabile in caso d'impellenza del provvedere: *necessitas non habet legem* – è ritenuto infatti violativo del principio di legalità in materia amministrativa, espresso dagli artt. 23 e 97, comma 2 Cost. La Corte, con una manipolazione ablativa, ha così espunto la congiunzione «anche», abolendo così il potere di ordinanza atipica a regime (Giupponi 2011 e 2013).



4. Il pacchetto sicurezza 2009

Il successivo pacchetto sicurezza 2009, all'art. 3 commi 40 ss., ha introdotto nell'ordinamento le 'ronde'.

La collaborazione dei cittadini al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica è tradizionalmente estranea agli ordinamenti continentali, mentre è piuttosto diffuso nei sistemi di *common law*.

Le ragioni della fortuna del *neighborhood watching* (Nobili 2013) in Gran Bretagna e negli Stati Uniti può rinvenirsi anzitutto nel paradigma della polizia di comunità, secondo cui lo strumento di pubblica sicurezza opera in favore della cittadinanza e non 'del re' (Della Porta e Reiter 1996). Con particolare riguardo agli Stati Uniti, può poi azzardarsi che la conquista dell'Ovest da parte dei *frontiers* abbia imposto a ciascuno di farsi Stato per garantire i diritti anche in territori lontani, dove le istituzioni non si erano ancora affermate. In questo, il fenomeno potrebbe condividere la propria origine mitica con la libertà del porto d'armi sancito dal II emendamento della Costituzione del 1787.

Anche in Italia la recrudescenza della criminalità diffusa nelle metropoli ha suscitato l'esigenza di approntare dispositivi di controllo del territorio che coinvolgessero le comunità di cittadini, anche in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, u.c. Cost.

Il pacchetto-sicurezza 2009, all'art. 40 comma 3, ha disposto, infatti, che «i sindaci, previa intesa con il prefetto, possono avvalersi della collaborazione di associazioni tra cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze



di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale»¹¹.

Il prefetto, sentito il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, iscrive le associazioni in un apposito elenco, una volta verificati i requisiti stabiliti da un decreto da adottarsi dal Ministro dell'interno, che stabilisce altresì «gli ambiti operativi» dell'istituto. Il Ministro dell'interno ha soddisfatto la delega della fonte primaria con d.m. 8 agosto 2009, che reca la denominazione di «osservatori volontari» per i cittadini coinvolti nell'azione di vigilanza.

Il legislatore statuisce, poi, che i sindaci si avvalgano, in via prioritaria, delle associazioni costituite tra gli appartenenti, in congedo, alle Forze dell'ordine, alle Forze armate e agli altri Corpi dello Stato; altre associazioni possono essere iscritte negli elenchi solo se non siano destinatarie, a nessun titolo, di risorse pubbliche.

Sebbene la legge del 2009 apparisse politicamente connotata, le 'ronde' trovano in realtà un *humus* culturale e sociale nel civismo e nella prevenzione di comunità. Il modello prescelto è, nonostante l'acceso dibattito in materia, quello della 'sorveglianza passiva', che non implica il ricorso a poteri autoritativi o coercitivi da parte dei cittadini, come accade – invece – nell'opposto paradigma del 'vigilantismo' (Nobili 2013).

La dottrina ha, peraltro, posto in dubbio l'esigenza di dare all'istituto copertura legislativa (Cecchetti e Pajno 2009)¹². È stato osservato come le

¹¹ Più diffusamente sulla disciplina delle 'ronde' cfr. Pajno e Antonelli (2010).

¹² Cecchetti e Pajno (2009) osservano che «l'obiettivo raggiunto, come si vede, è assolutamente minimale. E – deve subito essere evidenziato – pare difficile contestare che lo svolgimento di tali attività non fosse già nella piena e libera disponibilità tanto dei Sindaci



condotte abilitate dal pacchetto sicurezza-2009 siano costituzionalmente libere, sicché una positivizzazione sarebbe inutile o – addirittura – dannosa.

In realtà, giacché viene contemplato un meccanismo di registrazione delle associazioni degli osservatori volontari ad albi tenuti dalle prefetture, può stimarsi che la disciplina positiva condizioni non già l'attività delle 'ronde', bensì la loro inserzione nel sistema della sicurezza, accreditandole come interlocutori delle Forze di polizia¹³. Ad ogni modo, la dottrina ha espresso seri dubbi sull'effettività della disciplina, che avrebbe ricevuto quasi nulla applicazione¹⁴.

Sul pacchetto-sicurezza del 2009, in tema di 'ronde', si è pronunciata la Corte cost. 21 giugno 2010, n. 226 (Tasini 2011).

In quell'occasione furono le Regioni Toscana, Emilia-Romagna e Umbria ad adire la Corte, denunciando l'illegittimità costituzionale del pacchetto sicurezza, laddove prevedeva che i sindaci potessero, previa intesa con il prefetto, avvalersi della collaborazione di cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che potessero arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale¹⁵.

quanto dei soggetti privati in questione, singoli o associati. Sulla disciplina di dettaglio, v. anche Italia (2010).

¹³ Così Cortese (2011), che rileva come la norma tenda a istituire e a promuovere una stabile collaborazione tra sindaco e associazioni di volontari.

¹⁴ Di norme-bandiera parla Rossi (2010).

¹⁵ Osserva Cortese (2011) che sperimentazioni in tema di patti per la sicurezza e di ronde erano state appannaggio delle Regioni lungo gli anni Duemila, donde la sensazione di espropriazione di un segmento di propria competenza.



In particolare, veniva evidenziato come il legislatore statale avesse violato le competenze regionali, disciplinando la sicurezza urbana e il disagio sociale, ambiti di spettanza regionale *ex art. 117, comma 4 Cost.*

Le Regioni, nelle rispettive censure, aderivano ad una lettura estensiva del concetto di sicurezza urbana, interpretando il concetto non già come 'sicurezza pubblica nella città', bensì come un bene multiforme e pluridimensionale, non riducibile alla sicurezza pubblica, ma esteso anche alla polizia amministrativa locale.

Del resto, pur ammettendo la sussumibilità della sicurezza urbana nella sicurezza pubblica, sarebbero residuati – secondo le ricorrenti – margini di dubbio in merito alla conferibilità di poteri di polizia in favore dei privati.

Analogamente – e vieppiù – il disagio sociale, altro ambito materiale di incidenza della disciplina, era prospettato come materia di competenza residuale delle Regioni, rientrante nella sfera delle 'politiche sociali', senza poter essere considerato *species* dell'ordine pubblico.

Veniva evocato anche il parametro del principio di leale collaborazione, che sarebbe violato dall'adozione di una disciplina statale che non prevede alcun meccanismo di raccordo con le Regioni.

Il giudice delle leggi respingeva la questione di legittimità costituzionale riguardante il sintagma «sicurezza urbana», considerando quest'ultima *species* della materia «ordine pubblico e sicurezza». Ciò in virtù di una lettura sistematica dell'art. 3 co. 40 l. n. 94/2009 con l'art. 54 Tuel allora vigente e con il discendente d.m. 5 agosto 2008, in coerenza con Corte cost. n. 196/2009.



Per altro verso, la Corte non riteneva illegittimo il coinvolgimento dei cittadini nella prevenzione dei reati, tenuto conto che il paradigma operativo prescelto dal legislatore statale consiste nella ‘vigilanza passiva’. Le ‘ronde’, dunque, non sono conferitarie di alcun potere ulteriore rispetto a qualsivoglia altro cittadino, che ha certo la facoltà di segnalare alle Forze di polizia situazioni di rischio per l’ordine pubblico e può anzi, nei casi previsti dal codice di rito penale, procedere all’arresto in flagranza del reo. Del resto, lo stesso art. 24 l. n. 121/1981, nel disciplinare i compiti della Polizia di Stato, prevede che l’istituzione solleciti la collaborazione dei cittadini, con ciò confermando – *in nuce* – il principio di sussidiarietà orizzontale.

A diversa conclusione perveniva invece la Corte con riferimento al ‘disagio sociale’. Al riguardo, veniva precisato che la formulazione non potesse, neppure in una interpretazione costituzionalmente orientata, essere letta come declinazione dell’ordine pubblico. La norma pareva invece evocare una congerie di situazioni di sofferenza sociale, di emarginazione o di difficoltà di inserimento eziologicamente legate ad una pluralità di cause, irriducibili al solo ordine pubblico e piuttosto riconducibili ai «servizi sociali», materia di competenza legislativa residuale delle Regioni.

Alla stregua di queste coordinate ermeneutiche, la Corte costituzionale accoglieva parzialmente¹⁶ il ricorso delle Regioni espungendo dal campo d’azione delle ‘ronde’ le situazioni di disagio sociale¹⁷.

¹⁶ Cortese (2011) parla icasticamente di «pronuncia essenzialmente microchirurgica».

¹⁷ Conforme Corte cost. 22 luglio 2010, n. 274, che si pronunciava su un ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato avverso il d.m. 8 agosto 2009.



Le amministrazioni locali restavano, comunque, fuori del sistema-sicurezza, atteso che il sindaco vi operava soltanto in qualità di ufficiale del Governo. Emergeva poi, dal dato normativo¹⁸, come la sicurezza urbana non foss'altro che una sicurezza pubblica 'minore', e cioè la sicurezza pubblica nella città (Pajno 2010)¹⁹.

Sarà solo nel 2017, con il decreto Minniti²⁰, che si perverrà a una piena attuazione dell'art. 118, comma 3 Cost.

5. Il sistema di sicurezza integrata

Il legislatore del 2017 ha previsto un sistema articolato, in cui la tutela della sicurezza *lato sensu* diviene questione comune ai diversi livelli di governo e alla società civile²¹.

¹⁸ Comb. disp. art. 54 Tuel e d.m. 5 agosto 2008.

¹⁹ Sul carattere potenzialmente discriminatorio della sicurezza urbana e sulla individuazione di un 'nemico' cfr. Re (2010).

²⁰ Per un'analisi del testo, v. Morganti (2017).

²¹ Rileva la democraticità di quest'approccio ampio e plurale, rispetto al monismo dello Stato monarchico e fascista, Licciardello (2013). Sul tema, *amplius*, Pighi (2018). L'Autore distingue tra interventi proattivi (di sicurezza *lato sensu*, nella cornice della prevenzione sociale) e reattivi (di diritto penale e amministrativo punitivo). Problematicamente, Antonelli (2019) rileva che «dalla produzione normativa (ri)emerge, a livello locale, un volto "autoritario" e "punitivo" del diritto amministrativo rispetto al quale diventa ineludibile la verifica del rispetto del principio di legalità sia come fondamento e misura del potere amministrativo sia come garanzia dei diritti e delle libertà degli individui». Nel senso della complementarità tra diritto amministrativo preventivo e diritto penale, v. Pighi (2019) Criticamente, cfr. altresì Ruga Riva *et. al.* (2017)



Viene anzitutto definita la sicurezza integrata come «l'insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali, nonché da altri soggetti istituzionali, al fine di concorrere, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all'attuazione di un sistema unitario e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali»²².

La sicurezza integrata configura dunque un *modus agendi* delle amministrazioni pubbliche, che agiscono coordinatamente per perseguire un obiettivo comune²³.

Il legislatore prevede che – per armonizzare le iniziative in materia – su proposta del Ministro dell'interno, con accordo sancito in sede di Conferenza unificata, vengano adottate delle linee generali per la promozione della sicurezza integrata, rivolte prioritariamente ad assicurare il coordinamento tra gli enti coinvolti²⁴.

Le prime linee generali sono state adottate il 24 gennaio 2018. Esse muovono dalla consapevolezza dell'esigenza di un approccio plurale e

²² Art. 1, co. 2 d.l. n. 14/2017.

²³ In questo senso, la norma è espressione del principio coordinamentale, affiancandosi agli istituti della conferenza di servizi e dell'accordo tra amministrazioni.

²⁴ Le linee generali possono prevedere, tra l'altro: a) lo scambio informativo, per gli aspetti di interesse nell'ambito delle rispettive attribuzioni istituzionali, tra la polizia locale e le forze di polizia presenti sul territorio; b) l'interconnessione, a livello territoriale, delle sale operative della polizia locale con le sale operative delle forze di polizia e regolamentazione dell'utilizzo in comune di sistemi di sicurezza tecnologica finalizzati al controllo delle aree e delle attività soggette a rischio; c) aggiornamento professionale integrato per gli operatori della polizia locale e delle forze di polizia; d) il coordinamento tra Forze di polizia e polizie locali in materia di scambio informativo, interconnessione delle sale operative, aggiornamento professionale integrato.



integrato, in cui – ferme le competenze di ciascun livello di governo – vengono istituite sinergie interistituzionali in una visione olistica.

In attuazione delle linee generali, lo Stato e le Regioni possono concludere specifici accordi per la promozione della sicurezza integrata. Per lo Stato è competente alla firma il prefetto del capoluogo regionale; per la Regione il suo presidente.

6. La sicurezza urbana

Ambito d'elezione della sicurezza integrata è la tutela della sicurezza urbana, per tale intendendosi, ai sensi dell'art. 4 d.l. n. 14/2017, «il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni»²⁵.

²⁵ Stigmatizza la vaghezza dei concetti di 'vivibilità' e 'decoro' Pelissero (2017). L'Autore sottolinea anche il rischio di creare barriere interne alle città, dividendole in spazi sicuri e insicuri: «ancora una volta il diritto alla sicurezza non sarà il diritto di tutti».



La disposizione evidenzia, immediatamente, come la sicurezza urbana rappresenti un bene complesso, in cui si assommano molteplici interessi pubblici, facenti capo a plessi amministrativi diversi.

L'ordine e sicurezza pubblica – riferito allo Stato e, per esso, all'Amministrazione della Pubblica Sicurezza – è soltanto uno dei tasselli del mosaico in questione.

Ricorrendo all'insiemistica, la sicurezza urbana comprende molteplici sotto-insiemi, che concomitano nel definire il tutto; inoltre, si interseca con la sicurezza pubblica, condividendo con questa un segmento comune: la sicurezza pubblica nella città (prevenzione degli *street crime* nel contesto urbano).

Risulta, allora, irrinunciabile l'azione congiunta – pianificata, condivisa e integrata – dei titolari dei diversi interessi pubblici che la compongono.

Dalla nozione legislativa, si coglie agevolmente che la sicurezza urbana include, nel micro-cosmo "città": urbanistica; valorizzazione dei beni culturali; inclusione e coesione sociale; rispetto della legalità; ordine e sicurezza pubblica.

Occorre tener conto della circostanza che l'elencazione non è tassativa, non esaurendo il campo semantico e concettuale del sintagma. Di ciò s'ha conferma nell'utilizzo ricorrente della congiunzione «anche» nel dettato normativo. La tecnica legislativa ne predilige l'adozione allorché intenda assicurare certezza al nucleo della fattispecie, rimandando all'interprete il completamento dell'area d'applicazione della disposizione.

Il legislatore ha così inteso includere, senza dubbi, determinati segmenti materiali alla nozione di sicurezza urbana, delineando tuttavia dei



tratti di atipicità del concetto, in cui potranno essere sussunti anche ulteriori interessi pubblici specifici, alla luce della definizione recata nell'*incipit* dell'art. 4.

In via di sintesi, la sicurezza urbana si atteggia a bene complesso e trasversale, come tale necessitante, per la concreta cura, di una pluralità di politiche integrate sia per i profili soggettivi che contenutistici.

L'utilità della nozione risiede, dunque, nella istituzione di un ideale ponte, che collega interessi pubblici distinti e riferibili ad aree materiali di spettanza di diversi livelli di governo.

Lungi dal rappresentare una superfetazione logica (e normativa), la sicurezza urbana, eleggendo la città a fondamentale strumento di *reductio ad unum*, consente di costruire un terreno comune per politiche condivise ed integrate, così da superare approcci monistici e unilaterali alle singole questioni (inclusa quella securitaria *stricto sensu*).

Secondo queste cadenze argomentative, appare evidente il completamento della transizione dalla nozione recata dal d.m. 5 agosto 2008, attuativo del pacchetto sicurezza 2008 (d.l. n. n. 92/2008 conv. in l. n. 125/2008).

Il legislatore prevede che, in coerenza con le linee generali, vengano adottate delle linee-guida per l'attuazione della sicurezza urbana, sulla cui base potranno essere stipulati a livello locale dei patti per la sicurezza.

Le linee-guida, datate 26 luglio 2018, danno anzitutto conto dell'evoluzione che sin dal 1998 ha interessato lo sviluppo di sinergie tra Stato ed autonomie territoriali in materia di sicurezza.

La necessità di un approccio multi-fattoriale e multi-attoriale risulta, infatti, pienamente recepito dal d.l. n. 14/2017, che – come detto – definisce i concetti di sicurezza integrata e sicurezza urbana, riferendo la prima alle



modalità d'esercizio coordinato delle funzioni e la seconda al bene giuridico complesso afferente la vivibilità ed il decoro delle città.

Peraltro, mentre le linee guida affermano come la sicurezza urbana vada concepita come «bene autonomo e distinto da quello afferente al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica pur senza naturalmente escludere che tra i due ambiti possano sussistere momenti di contiguità», sembrerebbe doversi ritenere – giusta il dettato normativo – che essa sia un bene complesso, che si interseca con la sicurezza pubblica, con quest'ultima condividendo un tratto comune.

La natura multiforme dell'interesse esige approcci differenziati, facenti capo a competenze plurali, da esercitarsi anche in forma integrata. Ne deriva, dunque, che il coordinamento rappresenta una modalità non necessaria né esclusiva di svolgimento delle funzioni, pur essendo sicuramente auspicato dal legislatore.

Si è pervenuti alla condivisa consapevolezza che la città – luogo accogliente per antonomasia – è, in alcune aree, sottoposta a fenomeni di anomia comportamentale, tali da determinare un oggettivo pericolo per i beni giuridici nonché un innalzamento del livello di insicurezza percepita.

A fronte di queste considerazioni, le linee-guida aderiscono alla strategia dell'ascolto, volta ad intercettare i bisogni di protezione rivenienti dalle periferie e dalle aree comunque a rischio, così da offrire risposte adeguate e puntuali alle richieste d'intervento della cittadinanza.

Sulla base delle linee guida, i prefetti e i sindaci possono concludere dei patti per la sicurezza urbana²⁶. Essi possono coinvolgere, mediante

²⁶ Tra l'altro, essi possono essere finalizzati alla: «a) prevenzione e contrasto dei fenomeni di criminalità diffusa e predatoria, attraverso servizi e interventi di prossimità, in



appositi accordi, le reti territoriali di volontari per la tutela e la salvaguardia dell'arredo urbano, delle aree verdi e dei parchi cittadini.

Il disposto parrebbe prevedere un'articolata sequenza di intese: il patto per la sicurezza urbana dovrebbe rinviare, infatti, ad ulteriori accordi con le reti di volontari.

Appare rilevante ai nostri fini stabilire se le reti territoriali di volontari corrispondano alle associazioni tra cittadini non armati di cui all'art. 3 co. 40 ss. l. n. 94/2009, attuato con il d.m. 8 agosto 2009.

Indubbiamente, la divergente formula legislativa suggerirebbe, di primo acchito, che si tratti di strutture associative distinte. Anche sul piano finalistico, le associazioni di cui pacchetto-sicurezza 2009 sono volte a segnalare alle Forze di polizia od alla polizia locale eventi di rilievo per la

particolare a vantaggio delle zone maggiormente interessate da fenomeni di degrado, anche coinvolgendo, mediante appositi accordi, le reti territoriali di volontari per la tutela e la salvaguardia dell'arredo urbano, delle aree verdi e dei parchi cittadini e favorendo l'impiego delle forze di polizia per far fronte ad esigenze straordinarie di controllo del territorio, nonché attraverso l'installazione di sistemi di videosorveglianza; b) promozione e tutela della legalità, anche mediante mirate iniziative di dissuasione di ogni forma di condotta illecita, compresi l'occupazione arbitraria di immobili e lo smercio di beni contraffatti o falsificati, nonché la prevenzione di altri fenomeni che comunque comportino turbativa del libero utilizzo degli spazi pubblici; c) promozione del rispetto del decoro urbano, anche valorizzando forme di collaborazione interistituzionale tra le amministrazioni competenti, finalizzate a coadiuvare l'ente locale nell'individuazione di aree urbane su cui insistono plessi scolastici e sedi universitarie, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, ovvero adibite a verde pubblico, da sottoporre a particolare tutela ai sensi dell'articolo 9, comma 3; c-bis) promozione dell'inclusione, della protezione e della solidarietà sociale mediante azioni e progetti per l'eliminazione di fattori di marginalità, anche valorizzando la collaborazione con enti o associazioni operanti nel privato sociale, in coerenza con le finalità del Piano nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale».



sicurezza urbana; le reti territoriali di cui al d.l. n. 14/2017 hanno il più complesso compito di tutela dell'arredo urbano e delle aree verdi della città.

Nonostante il difetto di coordinamento tra le due disposizioni, sembrerebbe tuttavia che i soggetti privatistici esaminati coincidano.

La ridefinizione della sicurezza urbana ridonda, sul piano sistematico, anche sulla disciplina del pacchetto sicurezza.

Alla stregua di tali osservazioni, può allora condividersi l'orientamento delle linee-guida, che confermano la vigenza dell'art. 3 co. 40 ss. l. n. 94/2009, opinando nel senso che il d.l. n. 14/2017 completi la disciplina del partenariato pubblico-privato secondo il modello della sicurezza partecipata.

Accedendo a questa opzione ricostruttiva, l'intesa tra Prefetto e Sindaco in ordine all'utilizzo delle associazioni di volontari, di cui al pacchetto sicurezza 2009, potrebbe essere conclusa nell'ambito del più generale patto per la sicurezza urbana. Il Sindaco, poi, su tale base giuridica, potrebbe stipulare con le associazioni accordi-'satellite', che si innestino nel sistema disciplinare introdotto dal patto. Sopravviverebbe, comunque, l'obbligo per le associazioni di iscriversi al registro prefettizio, secondo le scadenze di cui alla l. n. 94/2009 ed al conseguente decreto attuativo.

7. La giurisprudenza costituzionale in materia di ordine pubblico e sicurezza

Prima di esaminare il *decisum* della Corte costituzionale, si ritiene utile rievocare i principi giurisprudenziali in materia di ordine pubblico e sicurezza, anche allo scopo di vagliare se la sentenza in commento si ponga o meno in continuità con gli indirizzi tradizionalmente recepiti.



La giurisprudenza costituzionale pare considerare la competenza normativa in tema di ordine pubblico e sicurezza quale funzione trasversale, analogamente alle clausole di chiusura della «concorrenza» e dei «livelli essenziali d'assistenza», al fine di preservare l'unitarietà dell'ordinamento²⁷. Talora si è peraltro affermata l'esigenza di bilanciare l'estensione del titolo competenziale statale con le concorrenti prerogative regionali, anche in applicazione del principio di leale collaborazione²⁸. La capacità espansiva della competenza statutale dev'essere comunque circoscritta ai soli casi di effettiva necessità, senza sproporzionato pregiudizio delle competenze normative regionali²⁹.

Simmetricamente, il legislatore regionale deve astenersi dal decampare nella materia della sicurezza pubblica, pena la violazione dell'art. 117, comma 2, lett. h) Cost.

La Corte ha reputato costituzionalmente illegittima l'istituzione di organi regionali preposti alla prevenzione della criminalità³⁰. Analogamente, sono state caducate le norme che interferissero con la disciplina delle funzioni di pubblica sicurezza³¹.

Granitica è poi la giurisprudenza costituzionale che ritiene illegittima la legge regionale che garantisca il patrocinio in giudizio a spese dell'ente

²⁷ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. 29 dicembre 2004, n. 428, sulla nozione di sicurezza stradale, che, prevenendo i delitti di omicidio e lesioni colpose, viene ricondotta nell'alveo della sicurezza pubblica.

²⁸ Cfr. Corte cost., 20 marzo 2019, n. 56.

²⁹ V., *ex plurimis*, Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407.

³⁰ V., tra le altre, Corte cost. 13 marzo 2001, n. 55.

³¹ V., da ultimo, Corte cost. 23 giugno 2020, n. 177.



territoriale in favore dell'imputato che eccepisca la scriminante della difesa legittima³².

Sono considerate, invece, valide le leggi regionali di promozione della legalità, valore condiviso dello Stato-comunità, che non implicano la spendita della forza legittima³³.

In materia di sicurezza urbana, non è censurabile la legge regionale che ponga tra i propri fini il contrasto alla criminalità comune e organizzata, ove un'interpretazione sistematica consenta di ricondurre le iniziative promozionali ai settori amministrativi di precipua competenza regionale (*sicurezza secondaria*)³⁴.

8. La decisione n. 236/2020

La Corte costituzionale ha accolto il ricorso dello Stato, caducando integralmente la l. r. n. 34/2019.

Il giudice delle leggi ha anzitutto richiamato la propria giurisprudenza sull'ordine pubblico e sicurezza, confermandone la natura di «endiadi»³⁵.

Viene illustrato come, in materia, debba distinguersi un «nocciolo duro», consistente nella prevenzione dei reati – la «sicurezza primaria» –,

³² Così Corte cost. 13 luglio 2017, n. 172.

³³ Da ultimo, confermativa di quest'orientamento è Corte cost. 23 giugno 2020, n. 177.

³⁴ Corte Cost. 23 dicembre 2019, n. 285.

³⁵ Come già aveva avuto modo di affermare Corte cost. 23 dicembre 2019, n. 285. Si tratta di arresti che sembrano deporre univocamente nel senso di superare la concezione dicotomica, che distingueva le dimensioni dell'ordine e della sicurezza: per quest'impostazione, tra gli altri, Di Raimondo (2016).



ed una «sicurezza in “senso lato” (o sicurezza secondaria), capace di ricomprendere un fascio di funzioni intrecciate, corrispondenti a plurime e diversificate competenze di spettanza regionale». Solo la prima è appannaggio esclusivo dello Stato, mentre in materia di sicurezza secondaria può intervenire anche il legislatore regionale.

In coerenza con questa distinzione, la Corte pone in luce come l'espressa finalità della legge regionale veneta sia la prevenzione dei reati, con ciò ricadendo nella sicurezza primaria, prerogativa dello Stato.

Ma la legge impugnata viola altresì l'art. 118, comma 3 Cost., laddove impegna la Giunta regionale a promuovere intese tra organi periferici dello Stato ed enti locali, usurpando la funzione coordinamentale rimessa al legislatore centrale.

Né, del resto, la cornice normativa delineata dal decreto-Minniti parrebbe abilitare le Regioni a statuire autonomamente in punto di coordinamento tra Stato ed altri enti territoriali. Piuttosto, è prevista una dettagliata piramide pattizia, che tipizza procedure e strumenti d'intesa interistituzionale in tema di sicurezza.

Parimenti illegittima è l'istituzione di una banca dati che pare ricalcare il Ced interforze presso il Ministero dell'interno, depositario delle funzioni di pubblica sicurezza a livello statale.

Si tratta di una decisione che, pur inscrivendosi in un costante indirizzo ermeneutico, assume rilievo per aver confermato che il controllo di vicinato, laddove finalizzato alla prevenzione dei reati³⁶, pertiene alla materia della sicurezza pubblica, prerogativa dello Stato.

³⁶ Deve stimarsi che assistenti civici possano essere disciplinati dalla legge regionale ove funzionalizzati ad esigenze di sicurezza secondaria.



In questa logica, l'apertura del sistema securitario agli enti infra-statali non può determinare una co-disciplina o co-gestione della sicurezza pubblica, ma soltanto un leale concorso nella cura della sicurezza (*lato sensu*) delle comunità, che abilita Regioni e Comuni ad intervenire sulla sicurezza secondaria.

La decisione, peraltro, presenta alcuni profili meritevoli di approfondimento.

Anzitutto, il rilievo annesso all'autoqualificazione della legge è indice ermeneutico abbastanza controverso. Per restare al tema della sicurezza, in Corte cost. n. 226/2010 l'autoqualificazione è stata considerata decisiva per qualificare la sicurezza urbana come *species* della sicurezza pubblica; ma in Corte cost. 23 dicembre 2019, n. 285 si è ritenuta percorribile un'interpretazione costituzionalmente orientata, tale da ricondurre la legge lucana impugnata, ad onta dell'espressa finalità di prevenzione dei reati, ai settori di competenza regionale.

Anche la riserva statale in punto di raccordo con gli enti locali è, in verità, meno scontata di quanto potrebbe apparire. Infatti, l'art. 118, comma 3, Cost. rimette alla legge dello Stato il coordinamento con le Regioni in materia di sicurezza, tacendo delle relazioni interistituzionali con gli altri enti territoriali. Vero tuttavia che un'interpretazione sistematica non può che condurre ad un'interpretazione estensiva, e che – comunque – la legge regionale non potrebbe disciplinare accordi Stato-enti locali, pena la lesione dell'art. 117, comma 2, lett. g) Cost.

Altro profilo di indubbio interesse è l'omesso riferimento alla pur pertinente decisione del 2010. Non può essere, naturalmente, un silenzio occasionalistico. Deve ritenersi che il giudice costituzionale abbia ritenuto –



et pour cause – il precedente inscritto in un contesto normativo troppo differenziato rispetto a quello vigente. La sicurezza urbana era, infatti, qualificata come *species* della sicurezza pubblica ed è per questo che le ronde venivano attratte alla legislazione statale. La complicazione del bene giuridico ‘sicurezza urbana’, dunque, renderebbe desueto il ragionamento giuridico alla base del *dictum* del 2010.

In realtà, tuttavia, quel precedente potrebbe essere ancora evocato nella misura in cui il controllo di vicinato abbia finalità di prevenzione dei reati, e cioè afferisca a quel segmento della sicurezza urbana ancora riconducibile all’ordine pubblico e sicurezza. In questa prospettiva, i termini della questione resterebbero invariati, e l’attuale sentenza sarebbe nient’altro che il rovescio di quella del 2010. Quest’ultima ha stigmatizzato l’eccedenza contenutistica della legge dello Stato, debordante nel disagio sociale, di spettanza delle Regioni; la prima, invece, ha dichiarato illegittima la legge regionale, che ha invaso il campo dell’ordine pubblico, di competenza statale.

Il fulcro di entrambe le decisioni è che l’ordine pubblico – *la sicurezza primaria* – non può che essere di competenza dello Stato. E questo principio resta inscalfibile, anche nella nuova temperie culturale di apertura del sistema-sicurezza al mondo delle autonomie.

La Corte appare ispirata dalla consapevolezza che l’universo securitario è *in movimento*, ma anche che trova un suo asse ordinante nelle funzioni sovrane dello Stato, irrinunciabili e indelegabili.

È una tesi mediana che non riflette né una posizione statalista, che accentrerebbe ogni potere in materia di sicurezza in capo allo Stato, né una visione federalistica, che potrebbe implicare una più radicale devoluzione di competenze in favore delle autonomie.



La logica che presiede al ragionamento della Corte pare invece inscrivere nella prospettiva regionalista, accolta dalla Carta italiana, che, nel valorizzare l'apporto degli enti territoriali intermedi, non sacrifica tuttavia la centralità dello Stato, al quale resta riservata la 'spada'³⁷, non solo nelle relazioni internazionali ma anche nella tutela della sicurezza interna.

È in questa prospettiva che deve leggersi il rigore del giudice delle leggi rispetto a normazioni regionali intese a disciplinare ambiti di sicurezza primaria, in cui siano in gioco poteri coercitivi legati alle funzioni di pubblica sicurezza, mentre vengono fatti salvi gli interventi regionali in materia di promozione della legalità, secondo un paradigma pedagogico e di sostegno sociale.

L'equilibrio serbato dalla Corte costituzionale, dunque, è da salutarsi con favore, atteso che essa contempera sapientemente l'esigenza del più ampio coinvolgimento dei territori nella cura della sicurezza con quella di assicurare l'unità dell'ordinamento, senza cedere alle opposte retoriche statolatriche e devoluzioniste.

³⁷ Insieme agli altri tradizionali poteri che contrassegnano la sovranità: la bandiera, la toga, la moneta.



Bibliografia

Antonelli, V. (2019), *Il diritto amministrativo preventivo a servizio della sicurezza pubblica*, in *Diritto penale e processo*, 11, p. 1503 ss.

Barbagli, M., U. Gatti (2005), *Prevenire la criminalità*, Bologna: il Mulino.

Cecchetti, M., S. Pajno (2009), *Quando una 'ronda' non fa primavera. Usi e abusi della funzione legislativa*, in *Federalismi.it*, 11 (27 maggio).

Cerulli Irelli, V. (2004), *Sussidiarietà (dir. amm.)* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, vol. XII, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana.

Corso, G. (1995), *Ordine pubblico nel diritto amministrativo* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino: Utet Giuridica, pp. 437-448.

Cortese, F. (2011), *Continua la razionalizzazione della disciplina statale in materia di sicurezza urbana: la Corte costituzionale e le «ronde», tra ordine pubblico e disagio sociale*, in *Le Regioni*, 5, pp. 1001-1018.

Della Porta, D., H. Reiter (1996), *Da «polizia del governo» a «polizia dei cittadini»? Le strategie per il controllo dell'ordine pubblico in Italia*, in *Stato e mercato*, 48, pp. 433-465.

Di Raimondo, M. (2016), *Appunti di diritto dell'ordine e della sicurezza pubblica*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.

Giupponi, T.F. (2013), *La sicurezza urbana tra legislatore e Corte costituzionale*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (cur.), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana*, Milano: FrancoAngeli, 2013.

Giupponi, T.F. (2011), *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e "ronde"*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 4, p. 707 ss.

Italia, V. (2010), *La sicurezza urbana. Le ordinanze dei sindaci e gli osservatori volontari*, Milano: Giuffrè, 2010.



Licciardello S. (2013), *La governance della pubblica sicurezza*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (cur.), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana*, Milano: FrancoAngeli, 2013.

Mainardis, C. (2008), *Art. 118, commi 2 ss.*, in S. Bartole, R. Bin (cur.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova: Cedam, 2008, p. 1065 ss.

Manzione, A. (2017), *Potere di ordinanza e sicurezza urbana: fondamento, applicazioni e profili critici dopo il decreto legge n. 14 del 2017*, in *Federalismi.it*, 17.

Meoli, C. (2012), *Ordine pubblico [dir. amm.]*, in *Diritto on line*, disponibile su www.treccani.it.

Mezzetti, L. (2013), *La sicurezza tra legislazione statale e regionale*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (cur.), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana*, Milano: FrancoAngeli, 2013.

Morganti, F. (2017), *La sicurezza urbana nel c.d. decreto Minniti*, in *Democrazia e sicurezza*, 3, p. 37.

Nobili, G.G. (2013), *La prevenzione comunitaria: dalla sorveglianza informale al vigilantismo*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (cur.), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana*, Milano: FrancoAngeli, 2013.

Pagano, G. (2018), *La città come ultima difesa e ultima speranza*, in *Micro-Mega online* (10 maggio).

Pajno, A., V. Antonelli (2010), *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, in A. Pajno (cur.), *La sicurezza urbana*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli.

Pajno, A. (2010), *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in Id. (cur.), *La sicurezza urbana*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli.



Pavarini, M. (2010), *Società, culture, città e domande di sicurezza*, in B. Frattasi, M. Ricci, S. Santangelo (cur.), *Costruire la sicurezza della città*, Roma: Carocci.

Pelissero, M. (2017), *La sicurezza urbana: nuovi modelli di prevenzione?*, in *Diritto penale e processo*, 7, p. 845 ss.

Piantodosi, M. (1998), *Articolo 159 decreto legislativo n. 112/1998*, in G. Falcon (cur.), *Funzioni statali, regionali e locali nel DL n. 112 del 1998 di attuazione della Legge Bassanini n. 59 del 1997*, Bologna: il Mulino.

Pighi, G. (2018), *La sicurezza urbana nel prisma del sistema punitivo*, in *Legislazione penale*, 13 aprile.

Pighi, G. (2019), *Spazi e destinatari delle politiche di sicurezza urbana: la città divisa*, in *Diritto penale e processo*, 11.

Re, L. (2010), *Il razzismo securitario. "Questione romana" e "difesa" del territorio*, in *Jura Gentium*, 2010.

Rossi, S. (2010), *Ronde e disagio sociale. Note a Corte costituzionale n. 226/2010*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 luglio.

Ruga Riva, C., B. Biscotti, P. Rondini, R. Cornelli, A. Squazzoni (2017), *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore e il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4.

Tasini D. (2011), *Il problema delle "ronde" civiche nel quadro della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni. Alcune considerazioni sulla sent. n. 226/2010 della corte costituzionale*, in *Democrazia e sicurezza*, 1.

Tropea, G. (2020), *Dalla Corte costituzionale un netto "stop" al neighbourhood watch in salsa veneta*, in *laCostituzione.info*, 16 dicembre.



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 1, 2021

data di pubblicazione: 31 marzo 2021

Osservatorio sulla giurisprudenza

Abstract

The Constitutional Court judges on the Neighborhood Patrols. Commentary on the Decision No. 236/2020

The decision announced by the Constitutional Court (No. 236/2020) states that the Venetian law on “neighborhood patrol” is unconstitutional. In particular, both the regulatory context of the statement and all judicial precedents have been analyzed.

Keywords: neighborhood patrol; neighborhood watching; public security; urban security.



La tratta delle donne migranti in Europa e gli interventi nazionali e comunitari nella protezione delle vittime

di Susanna Azzaro *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La regolamentazione della prostituzione in Europa: i quattro modelli di riferimento. – 3. La normativa vigente sulla lotta alla tratta di donne costrette alla prostituzione e il sostegno alle vittime nei paesi dell'Unione. – 4. Le azioni dell'Unione e degli stati nella lotta alla Tratta. – 5. Considerazioni.

1. Introduzione

A distanza di molti anni si può certamente affermare che la caduta dell'URSS ha determinato cambiamenti di proporzioni inimmaginabili a livello politico, economico, sociale ma anche – e su questo punto vale la pena soffermarsi ai fini di questa ricerca – dal punto di vista giuridico. Ciò

* *Consultant* presso l'Organizzazione delle Nazioni Unite. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); contributo ricevuto nella versione definitiva il 15 gennaio 2021.



è vero non solo per quei paesi investiti in prima persona da questa massiccia onda d'urto, e che dall'oggi al domani sono stati catapultati in un'economia di mercato e in un sistema democratico, ma anche per il resto del continente europeo, che si è via via aperto sempre di più verso i cittadini provenienti da Est¹.

L'improvvisa mutazione dell'assetto politico-istituzionale e sociale delle cosiddette "democrazie popolari" e la graduale apertura a Est delle frontiere hanno dato vita a importanti flussi migratori e il riversarsi di migliaia di giovanissime donne provenienti dall'Europa orientale sulle strade dell'Europa centrale ed occidentale.

Del crollo dei cosiddetti regimi socialisti e dello stallo istituzionale che ne conseguì, ne hanno beneficiato quelle emergenti reti di criminali che, intuite le potenzialità del business della prostituzione a basso costo proveniente dai paesi dell'Est europeo, misero in piedi un sistema che negli anni Novanta riuscì a portare – spesso con l'inganno o minacce – centinaia di migliaia di ragazze in Europa centrale ed occidentale, difficile persino per l'Interpol fare una stima di quante abbiano effettivamente attraversato la frontiera in quegli anni. Quel che è certo è che con l'entrata dei paesi dell'Est in un'economia, si generò un'importante ristrutturazione del mondo del lavoro e un aumento delle ineguaglianze sociali. La disoccupazione femminile, essendo le donne la componente più vulnerabile della forza lavoro, raggiunse livelli elevatissimi² e le loro condizioni di vita subirono un deterioramento sia nell'ambito urbano che in quello rurale. La

¹ Su tale argomento si raccomanda lo studio di Danna (2001).

² Sulle trasformazioni nell'Europa dell'Est si veda un rapporto della Commissione europea (European Commission 2014).



povertà da sempre pone le donne in una situazione maggiore di svantaggio, e rendendole delle facili prede per chi, guidato da intenzioni criminali, ne potrebbe sfruttare la disperazione. Da questo contesto difficile e di povertà vede l'origine una vera e propria tratta di esseri umani che, verso la fine degli anni Novanta, e più precisamente nel 2001 secondo uno studio dell'International Organization for Migration (IOM 2005) riguarda ogni anno all'incirca 120 mila vittime³.

A causa del graduale deterioramento della situazione, nel corso degli anni sono sorte iniziative volte a contrastare il fenomeno come il Southeast European Cooperative Initiative Regional Center for Combating Transborder Crim (SECI)⁴, il cui scopo principale è di sorvegliare le frontiere e individuare le potenziali vittime. Ma significativo, sia a livello europeo che dei singoli stati, è diventato il numero di dibattiti e decisioni politico-legislative su temi come immigrazione, prostituzione e tratta di esseri umani.

La discussione inizialmente si è concentrata sulla normativa relativa alla prostituzione nei singoli stati dell'Unione e da cui scaturisce un quadro tutt'altro che omogeneo.

Dal punto di vista giuridico, infatti, le posizioni dei singoli Stati membri dell'Unione rispetto al fenomeno complesso della prostituzione erano e tutt'ora sono molto diverse. Basti pensare che mentre in Germania la prostituzione è ormai legalizzata, in Italia rimane invariata la legge di

³ Sebbene dati ufficiosi parlino di almeno 600 mila casi l'anno.

⁴ Dal 2011 l'iniziativa cambia il nome in SELEC e coordina gli undici stati membri (Albania, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Macedonia del Nord, Moldavia, Montenegro, Romania, Serbia e Turchia) nel combattere e prevenire la criminalità transfrontaliera.



stampo abolizionista del 1958. D'altra parte, indipendentemente dal quadro normativo regolante l'attività prostitutiva, le problematiche connesse ai flussi migratori e al controllo di questi da parte di reti criminali sono comuni a tutti i singoli paesi.

Gail Pheterson nel suo *The Prostitution Prism* (Pheterson 1996) paragona il fenomeno della prostituzione ad un prisma in grado di attirare continuamente lo sguardo su di sé ed allo stesso tempo di deviarlo. Proprio come in un prisma, è difficile osservare in maniera esclusiva la prostituzione senza avere la tentazione di spostare altrove lo sguardo. Se si prende in esame il fenomeno diventa inevitabile porsi domande su tematiche strettamente collegate, come immigrazione, criminalità, ruolo delle donne nel tessuto economico e sociale, o lo *human trafficking* come nel caso delle legislazioni francese o svedese.

È dunque fondamentale chiedersi prima di tutto se le diverse discipline giuridiche in tema di prostituzione adottate dagli Stati dell'Unione Europea abbiano, o meno, un impatto sul proliferare del fenomeno della tratta. Occorre poi individuare quelle iniziative, sia dei singoli Stati che dell'Unione Europea, sorte per contrastare il fenomeno della tratta e ad assistere le vittime. È opportuno precisare che, per una questione di semplificazione terminologica, con il termine "prostitute" si intendono anche quegli uomini e transessuali⁵ che operano nel mercato del sesso, mentre ne sono esclusi i minori di età per i quali vige una legislazione *ad hoc*.

⁵ Secondo i dati forniti dal numero verde Antitrattra questi sono all'incirca il 25% delle persone dedite all'attività prostitutiva in Italia



2. La regolamentazione della prostituzione in Europa: i quattro modelli di riferimento

Alla fine degli anni Ottanta l'assetto politico-istituzionale ed economico degli Stati dell'Europa orientale comincia improvvisamente a sfaldarsi e centinaia di migliaia di persone varcano la frontiera che li separa da una vita migliore. Alla luce di questi importanti flussi migratori, in Italia viene approvato dal governo guidato da Giulio Andreotti il decreto-legge n. 416 del 30 dicembre 1989, convertito in legge con modificazioni il 28 febbraio 1990. La nota "legge Martelli" rappresenta il primo vero provvedimento legislativo italiano inteso a regolamentare in maniera organica l'immigrazione sia attraverso la programmazione dei flussi di ingresso, ma anche la concessione ai non europei del diritto di fare richiesta di asilo in Italia. Sempre tramite suddetta legge, e a seguito di un analogo provvedimento del 1986⁶, vengono regolarizzati quegli stranieri già presenti sul territorio italiano e introdotte nuove tipologie di permessi di soggiorno⁷.

Se da un lato la legge Martelli regolarizza la situazione incerta di numerosi individui già presenti in Italia, dall'altro viene vista da molti altri come un'opportunità per emigrare in Italia, ragione per cui – e a causa degli insufficienti mezzi di controllo necessari per gestire efficacemente i

⁶ La legge n. 943/1986, detta anche "legge Foschi", introduce una norma sul ricongiungimento familiare, e dichiara l'uguaglianza formale fra lavoratori italiani e stranieri. Questa, inoltre, la legge dà atto ad una grande sanatoria di oltre 100.000 immigrati. La legge Foschi fu, tuttavia, rimase in gran parte inattuata.

⁷ Tra cui quelli per lavoro autonomo, per commercianti ambulanti stranieri, turismo e per motivi di culto.



flussi migratori e dell'assenza di rigorose procedure di espulsione – vi fu un aumento imponente di immigrati, sia regolari che non. A seguito di un sostanziale aumento di quest'ultimi, viene approvata la legge 6 marzo 1998, n. 40, «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» la cosiddetta “legge Turco-Napolitano”, che introduce pene molto severe per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁸.

Negli anni che precedettero la “legge Turco-Napolitano”, l'introduzione di nuovi visti favorì i traffici di organizzazioni criminali che sfruttavano le giovani donne, provenienti principalmente da Albania, Nigeria, Moldavia e Perù⁹ principalmente nell'attività prostitutiva.

Ne conseguì una discussione, in Italia così come nel resto dell'Unione, relativa alla normativa sulla prostituzione.

In Italia vigeva, e tutt'ora vige, la legge del 20 febbraio 1958, n. 75, dal titolo «Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui» (più nota come “legge Merlin”) dal carattere abolizionista. La legge Merlin era stata intesa dalla sua creatrice come strumento a tutela della libertà personale della prostituta e de contrasto, come si evince dal titolo della legge stesso, allo sfruttamento da parte di terzi.

⁸ Questa è stata la prima legge di immigrazione italiana di carattere generale e non approvata in circostanze emergenziali. Questa interviene soprattutto sulla programmazione dei flussi migratori, nella quale vengono favoriti quei paesi che collaborano al rimpatrio di immigrati espulsi dall'Italia.

⁹ Oggi tra i paesi di maggiore provenienza delle vittime ci sono soprattutto Nigeria e Romania.



Con la legge Merlin vengono chiuse le case di tolleranza e tramite l'articolo 3¹⁰ viene introdotto il reato di sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione, mentre con l'articolo 4 si prevede il raddoppio di pena nel caso in cui i reati sopra citati siano commessi ai danni di individui privi di piena e consapevole libertà di scelta. La prostituzione di per sé non si configura come reato, *ergo* non è perseguibile chi la esercita nè tantomeno chi paga per le prestazioni di natura sessuale¹¹.

Per motivi storici e culturali la senatrice Merlin si scontrò con non pochi ostacoli per far approvare la legge e, nonostante ci sia da sempre un dibattito piuttosto acceso sul tema, la legge è tutt'oggi in vigore. Molto recente è una sentenza da parte della Corte costituzionale, la n. 141/2019, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di alcune norme della legge Merlin a seguito di un giudizio sulla intermediazione di "escort" dei cui servizi avrebbe beneficiato l'ex Presidente del Consiglio Berlusconi. Con la suddetta sentenza, la Corte ha escluso che l'attività di prostituzione possa

¹⁰ Qui si fa riferimento anche all'induzione nonché al favoreggiamento alla prostituzione.

¹¹ Per comprendere appieno la legge Merlin occorre fare un accenno al contesto storico in cui essa venne promulgata. Innanzitutto, fino al 1958 le c.d. "case chiuse", formalmente riconosciute dallo Stato, dovevano essere munite di un permesso statale e le prostitute erano regolarmente registrate e sottoposte a visite mediche obbligatorie. Con la deregolamentazione lo Stato perde qualsiasi ruolo attivo, anche quello più marginale, nell'industria del sesso. Come fa notare Garofalo Geymonat (2014), nel 1948, ovvero l'anno della presentazione della prima bozza di legge da parte dell'onorevole Angelina Merlin, l'Onu conclude i lavori sulla Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione, tramite il quale si sollecitavano gli Stati a adottare il modello abolizionista.



essere considerata esclusivamente come una manifestazione del diritto inviolabile alla libertà sessuale di un individuo, ma che questa debba anche essere considerata alla stregua di qualsiasi altra attività economica.

La posizione normativa dell'Italia sulla questione è diametralmente opposta a quella di altri paesi dell'Unione che, anche a seguito dei massicci movimenti migratori degli anni Novanta e dell'aumento numerico di vittime di tratta, hanno deciso di modificare le proprie norme sulla prostituzione.

In Svezia i dibattiti sul tema avevano visto la luce già negli anni Ottanta e proseguirono fino all'entrata in vigore il 1° gennaio 1999 della legge 1998:408, con la quale si stabilisce che: «l'acquisto – o il tentativo di acquistare – prestazioni sessuali costituisce un reato punibile con multe o fino a sei mesi di reclusione. Le donne e i bambini vittime di prostituzione e traffico non rischiano ripercussioni legali. Le persone prostitute sono considerate la parte più debole, sfruttata sia dai committenti che dagli acquirenti. A norma della legge che proibisce l'acquisto di servizi sessuali, una persona che ottiene i rapporti sessuali occasionali in cambio del pagamento deve essere condannato per l'acquisto di servizi sessuali a una multa o alla reclusione per un periodo massimo di sei mesi»¹²

E ancora la Ministra Messing aggiunge che «La legge è il primo tentativo da parte di un paese per affrontare la causa principale della prostituzione e della tratta di esseri: la domanda, gli uomini che assumono il diritto di acquistare le persone da destinare alla prostituzione».

¹² Queste le parole usate dall'allora ministro del governo svedese Ulrika Messing al momento della promulgazione della suddetta legge.



Tale approccio è condiviso anche dal significativo studio di Elvira Vitale secondo il quale «La prostituzione e la tratta delle donne sono viste come pratiche nocive che non possono, e non devono essere separate; per eliminare efficacemente la tratta delle donne, misure concrete contro la prostituzione devono essere messe in atto» (Vitale 2019). Se in passato la prostituzione è stata trattata principalmente come una questione relativa alla morale, al decoro o all'ordine pubblico, il dibattito si sposta sul concetto di prostituzione come forma di violenza e violazione dei diritti umani.

Da queste considerazioni nasce il cosiddetto modello svedese, anche conosciuto come modello nordico, adottato successivamente da Islanda e Norvegia ed entrato in vigore in Francia, a seguito di numerosi e accesi dibattiti il 6 aprile 2016 (Legge 2016-444)¹³.

In Francia, come in Svezia, i legislatori sostengono la tesi per cui una prostituta, anche quella che esercita seppur non costretta da terzi, deve comunque essere considerata una vittima e compito dello Stato è di garantire l'aiuto adeguato affinché questa possa reinserirsi nel tessuto economico lecito del Paese¹⁴.

Molto diverso è l'esempio della Germania dove nel 2002 la prostituzione è stata legalizzata e regolamentata. Le c.d. "case chiuse" sono munite di un'autorizzazione statale e allo stato, che percepisce le tasse dalle suddette strutture, spetta il compito di controllare l'adempimento di

¹³ La normativa ha anche cancellato definitivamente il molto criticato reato di adescamento passivo introdotto da Nicolas Sarkozy.

¹⁴ Dati in Le Bail, Giametta e Rassouw (2018), anche se è molto difficile quantificare il numero esatto vista la proliferazione della prostituzione online



norme igienico-sanitarie prestabilite. Il legislatore tedesco, con il suo approccio diametralmente opposto a quello nordico, ritiene che solo esercitando un controllo attivo sui luoghi dove avviene l'attività prostitutiva si svolge può ostacolare la prostituzione forzata di donne vittime di tratta.

Dello stesso parere è stato il legislatore dei Paesi Bassi dove, a partire dal 2000, le case chiuse vengono legalizzate e localizzate in aree specifiche – il c.d. *zoning* – nonostante ci sia tuttora un importante dibattito nel paese con frange sempre maggiori di cittadini e politici che chiedono una revisione della legge in senso abolizionista.

Se da un lato le prostitute olandesi hanno diritto ad accedere alla previdenza sociale e a visite mediche gratuite, dall'altro ci sono le ben più numerose prostitute straniere, tra le quali presumibilmente molte vittime di tratta, che non godono degli stessi strumenti di tutela. Il lontano ideale femminista che all'epoca aveva ispirato la legge e che faceva appello alla libertà sessuale delle donne, è stato via via affiancato dal dibattito sulle sempre più numerose vittime di traffico e sfruttamento.

Tutt'altro che orientato alla tutela dei diritti delle prostitute è l'ultimo modello normativo regolante la prostituzione in Europa – il c.d. modello proibizionista – e largamente utilizzato nell'est Europa da cui proviene una fetta sostanziale delle donne presenti sulle strade europee. In paesi come la Romania e dell'ex-Iugoslavia, la prostituzione è illegale e ad essere perseguite penalmente sono esclusivamente le sex workers non i clienti.

Sui quattro modelli sopraelencati – abolizionista, regolamentazione, decriminalizzazione e proibizionista – sono stati effettuati numerosi



studi¹⁵ sia per comparare il relativo livello di tutela delle *sex workers*, sia per valutare l'impatto dei singoli modelli sul contrasto alla tratta.

Particolarmente interessanti, e con visioni piuttosto divergenti, sono il rapporto del 2006 della Relatrice Speciale delle Nazioni Unite presentato presso l'allora Commissione Diritti Umani e quello datata 2007 dal Relatore Leo Platvoet al Comitato per le Pari Opportunità tra Uomini e Donne del Consiglio d'Europa.

I due rapporti danno origine a riflessioni spesso discordanti, e se da un lato la Relatrice Speciale ritiene che la prostituzione sia un fenomeno in larga misura imputabile alla tratta, Platvoet pone invece al centro del dibattito il principio del rispetto della libertà di scelta di un individuo indipendente da discussioni di tipo moralistico (Degani 2009).

Per la Relatrice Huda è improbabile che una donna possa scegliere di dedicarsi all'attività prostitutiva senza essere vittima di abuso o coercizione, chiaro è il suo orientamento verso politiche di criminalizzazione del cliente.

D'altra opinione è Platvoet, che suggerisce piuttosto di concentrare gli sforzi sui programmi di assistenza diretti a chi decide di abbandonare la prostituzione, con l'auspicio che questi «siano realizzati sulla base dei bisogni e delle vulnerabilità individuali e non a partire da logiche penalizzanti o criminalizzanti le prostitute» (Degani 2009).

Emblematici sono anche i risultati nella lotta alla tratta dello stesso modello normativo implementato in realtà dove i mezzi di attuazione delle

¹⁵ In Germania e Svezia sono stati gli stessi governi ad aver commissionato degli studi per capire se ci sia stato un impatto sulla tratta di essere umani o sulle condizioni delle *sex workers* a seguito dell'entrata in vigore di un diverso modello normativo sulla prostituzione.



leggi o la struttura sociale sono molto diversi. Prendiamo, per esempio, il caso della Svezia¹⁶ e della Francia.¹⁷ Mentre nel primo, a seguito dell'entrata della scelta in senso abolizionista, si registra una importante diminuzione di vittime di tratta, in Francia le associazioni denunciano un netto peggioramento sia per quanto riguarda le condizioni delle sex workers che del numero di vittime.

Da una ricerca del governo tedesco¹⁸ si evince che con la regolamentazione della prostituzione non si sono avuti miglioramenti sul fronte della lotta alla tratta vista la insufficienza dei mezzi necessari per effettuare controlli assidui e costanti nelle case chiuse.

Alla luce di quanto emerso finora sembra sempre più plausibile la teoria secondo cui la normativa sulla prostituzione di per sé, qualunque essa sia, non ha un grande impatto sulla lotta alla tratta se non integrata da altre misure, soprattutto nell'ambito dell'immigrazione o del supporto economico alle vittime.

L'Unione Europea in questo senso ha certamente dimostrato un impegno costante nel tempo nella lotta alla tratta e particolarmente prolifica è stata dal punto di vista normativo.

Tuttavia, allo stato attuale manca un'armonizzazione delle legislazioni tra i vari Stati membri in materia di lotta alla tratta, così come riportato dal Rapporto No-tratta del 2014 *Vittime di tratta e richiedenti/titolari della*

¹⁶ Da notare che in Svezia purtroppo il sistema di raccolta dati non è stato costante nel tempo e sono state adottate definizioni che divergono da quelle internazionali.

¹⁷ Principalmente a causa del *boom* dell'offerta di prostituzione *online*, rendendo più difficili sia controlli che l'avvicinamento alle vittime da parte delle associazioni.

¹⁸ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (2005, 651-652).



*protezione internazionale*¹⁹. Questo afferma che «è evidente che l'armonizzazione dei codici penali rispetto ai reati di tratta si scontra con la presenza di leggi nazionali e politiche sulla prostituzione e sull'immigrazione molto diverse. Al contempo, il rafforzamento delle strategie di contrasto e dell'efficacia dell'azione giudiziaria costituisce una priorità largamente sentita (almeno in linea di principio)».

3. La normativa vigente sulla lotta alla tratta di donne costrette alla prostituzione e il sostegno alle vittime nei paesi dell'Unione

Da una ricerca dell'associazione Comunità Papa Giovanni XXIII si evince che in Italia ci sono tra le 75 mila e le 100 mila donne vittime di tratta costrette alla prostituzione, provenienti soprattutto da Nigeria, Romania, Albania, Bulgaria, Moldavia, Ucraina e Cina²⁰.

L'Italia si è da sempre uniformata alle convenzioni internazionali per la lotta al traffico di esseri umani e già nel 1928 ratificava la Convenzione di Ginevra del 1926 – integrata successivamente dalla Convenzione del 1956 – mentre al 1966 risale la legge n. 1173 del 23 novembre con cui si rendeva esecutiva la *Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione* dell'Assemblea Generale delle

¹⁹ Progetto co-finanziato dalla Commissione Europea. Enti partecipanti: capofila Cittalia / SPRAR Servizio Centrale insieme a On the Road e Gruppo Abele. Progetto sostenuto dal Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione del Ministero dell'Interno, dal Dipartimento Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Centro Interdipartimentale per i Diritti dell'Uomo e dei Popoli dell'Università di Padova.

²⁰ Dati forniti da Servizio Anti-tratta.



Nazioni Unite²¹. A seguito della legge Martelli, che fallì nel contrastare la crescita dell'immigrazione irregolare e il proliferare di reti criminali attive nella tratta di donne immigrate, nasce la legge n. 40/1998, c.d. Turco-Napolitano, da cui ha origine il noto Testo Unico sull'Immigrazione. Questa, oltre ad elencare gli strumenti intesi a gestire i flussi migratori, elenca le misure relative al soggiorno per motivi di protezione sociale o, secondo l'attuale terminologia, "per motivi umanitari".

Lì dove vengano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di una donna straniera costretta alla prostituzione, questa ha diritto a beneficiare di un permesso di soggiorno speciale integrato ad un percorso di recupero.

Tale misura vuole fungere anche da incentivo per le vittime a denunciare o collaborare con le forze dell'ordine, ma, ed è questo l'aspetto straordinario dell'art. 18, queste non sono obbligatorie per l'ottenimento del permesso di soggiorno temporaneo, a differenza di quanto avviene negli altri ordinamenti dell'Unione²².

Il permesso ha una iniziale validità di sei mesi e può essere rinnovato alla scadenza²³, viene rilasciato a seguito di una denuncia formale della

²¹ Risoluzione 317 (IV) del 12 dicembre 1949 tramite la quale si chiedeva agli stati uno sforzo maggiore nella lotta allo sfruttamento della prostituzione anche qualora vi fosse consenso da parte della vittima.

²² In Belgio si discute sulla modifica del regolamento B9 che permetterebbe alle vittime di poter accedere a percorsi mirati anche in assenza di denuncia nei confronti dei propri sfruttatori

²³ Il permesso ha una validità di sei mesi rinnovabile per un anno e permette l'accesso al servizio sanitario, l'iscrizione alle liste di collocamento e lo svolgimento di lavoro subordinato o di studio. Alla scadenza può essere convertito in permesso di soggiorno per



vittima, il cosiddetto “percorso giudiziario” ed in assenza di questa attraverso il “percorso sociale”. Questo è stato inizialmente mal visto dalle questure a causa della non obbligatorietà della denuncia da parte delle vittime, e lo stesso allora Ministro dell’Interno Giuliano Amato dovette inviare delle circolari²⁴ alle questure ribadendo che il permesso di soggiorno per le vittime di tratta doveva essere spogliato di ogni carattere premiale.

Nonostante l’articolo 18 abbia ispirato disposizioni a livello comunitario ed influenzato la stessa Convenzione del Consiglio d’Europa sulla tratta del 2005, questo viene tuttora utilizzato in maniera disomogenea e a “macchia di leopardo”.

Nella sua fase iniziale di implementazione, tra il 2000 e il 2006, l’art. 18 ha consentito l’accesso al programma di assistenza a circa 11.226 vittime e, a seguito della crisi economica del 2008, il numero delle beneficiarie di questo strumento è aumentato notevolmente²⁵.

Il trend degli ultimi anni invece dimostra che in Italia, dopo un picco nel 2015, le richieste di accesso all’art. 18 hanno subito un forte arresto.

Anche qui, come nel resto d’Europa, le vittime optano sempre più per la protezione internazionale, fermo restando che, qualora durante l’iter di richiesta di asilo ci sia il sospetto che una donna possa essere vittima di

lavoro o studio qualora lo straniero svolga un’attività lavorativa o sia iscritto a un corso di studi.

²⁴ In particolare, le circolari n. 1025 del 2 gennaio 2006 e n. 11050 del 28 maggio 2007.

²⁵ Secondo i dati Caritas/Cnca, dal 1999 al 2012, almeno 65.000 persone hanno fatto richiesta di aiuto e di queste, 21.378 hanno deciso di entrare in un programma di protezione e assistenza sociale.



tratta, la Commissione Territoriale²⁶ deve accertarne la condizione ed eventualmente accompagnare la vittima al percorso previsto dall'art. 18.

Tutt'altro che marginali sono le motivazioni che spingono a prediligere il canale della protezione piuttosto che l'art.18. Questo, infatti, garantisce alla vittima un permesso di soggiorno di soli diciotto mesi -contro i cinque previsti dalla protezione sussidiaria- alla fine dei quali, per poter rimanere ulteriormente in Italia, è necessario avere un contratto di lavoro di una determinata durata e retribuzione.

Nei diciotto mesi che seguono l'entrata nel canale dell'art.18, la vittima è sottoposta a numerose limitazioni di spostamenti e libertà personali e, a causa delle scarse strutture ad per l'accoglienza e sostegno, le vittime vengono seguite dagli SPRAR.

4. Le azioni dell'Unione e degli stati nella lotta alla Tratta

Nel 2000 si tiene a Palermo un'importante iniziativa dei legislatori europei a cui si devono la "Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale" e i protocolli annessi. Il primo protocollo in particolar modo definisce la tratta di esseri umani come: «Il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite la minaccia o l'uso della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità

²⁶ Così come stabilito dal comma 3-bis dell'art. 32 d.lgs 25/2008 che prevede che «La Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per le valutazioni di competenza se nel corso dell'istruttoria sono emersi fondati motivi per ritenere che il richiedente è stato vittima dei delitti di cui agli articoli 600 e 601 del codice penale» (art. 10, comma 3).



o tramite il dare o ricevere somme di danaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi [...] Il consenso della vittima della tratta di persone allo sfruttamento di cui sopra è irrilevante in uno qualsiasi dei mezzi di cui sopra sono stati utilizzati».

Sulla scia della Convenzione di Palermo viene promulgata in Italia la legge dell'11 agosto 2003 n. 228, attraverso la quale si apportano delle modifiche importanti al Codice penale italiano, più precisamente agli articoli 600, 601 e 602.

Tale legge, nota come «Misure contro la tratta di persone» sancisce, nell'art.12 la costituzione di un Fondo *ad hoc* destinato al finanziamento di programmi di assistenza e di integrazione sociale a favore delle vittime della tratta e, nell'art. 13, stabilisce che tale programma di assistenza è destinato a chi, in uno stato di soggezione continuativa, sia costretto a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento.

Con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24 viene istituito un Programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale per le vittime dei reati di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 Codice penale) e di tratta di persone (art. 601 Codice penale). Alle vittime devono essere garantite adeguate condizioni di alloggio, di vitto e di assistenza sanitaria, così come stabilito dall'art. 13 della legge n. 228 del 2003, nonché l'assistenza per il reintegro sociale, ai sensi dell'art. 18.

Dal Consiglio dei ministri viene approvato nel febbraio 2016 invece il primo Piano d'azione nazionale contro la tratta e il grave sfruttamento



degli esseri umani per gli anni 2016-2018, con il quale viene definito il Regolamento del Programma unico di emersione, assistenza e inclusione sociale per le vittime.

Come si può ben notare l'Italia è stata, nel corso degli anni, particolarmente ligia nel ratificare i trattati e le convenzioni internazionali sul tema ed altrettanto efficiente nell'adeguarsi al prolifico intervento dei legislatori europei che sovente sono intervenuti con decisioni importanti sul tema.

Nel luglio 2002 il Consiglio, con la decisione quadro 2002/629/GAI, definisce la tratta di esseri umani un reato contro la persona anche lì dove la vittima sia consenziente o ci sia l'utilizzo di violenza, minacce ed altre forme di coercizione. A favore dei cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani che decidano di cooperare con le autorità competenti, si riconosce il diritto di beneficiare di permessi di soggiorno temporanei.

Con le Decisioni 2006/616/CE e 2006/617/CE del 24 luglio 2006, l'Unione europea approva formalmente il protocollo delle Nazioni Unite per combattere il traffico di migranti per via terrestre, aerea e marittima, mentre attraverso la Decisione n.779/2007/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, viene istituito il Programma Daphne III²⁷, strumento specifico nella lotta alla violenza e sfruttamento sessuale nei confronti di bambini e giovani donne vulnerabili.

Occorre ricordare che il diritto di asilo per le vittime di tratta è previsto dall'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,

²⁷ Per il periodo 2007-2013.



mentre nell'art. 19 viene sancito il «divieto di allontanamento, estradizione o espulsione di un soggetto verso uno Stato in cui esiste un serio rischio di pena di morte, tortura o altre pene e trattamenti inumani e degradanti».

L'articolo 78 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea definisce "comune" la politica di asilo e introduce il concetto di un asilo "europeo", in altre parole lo status di rifugiato concesso da un paese dell'Unione ha valenza su tutto il territorio europeo.

Merito della Convenzione di Varsavia del 2005 è, oltre all'aver fornito una definizione universale di vittima a cui si sono uniformati gli stati membri, mettere sullo stesso piano il traffico di esseri umani e una grave violazione dei diritti umani.

I singoli stati si sono adeguati allo slancio legislativo dell'Unione, ma senza dar luogo ad una omogeneità di interventi.

In Italia, come abbiamo visto, si è intervenuti principalmente sulla questione immigrazione mentre in Francia si è optato prima di tutto per una nuova regolamentazione della prostituzione. In seguito, per rinforzare il contrasto alla tratta, si è istituito in ogni dipartimento territoriale una commissione *ad hoc* che, sotto il controllo dei prefetti, ha il compito di sviluppare strategie mirate al contrasto della tratta e al sostegno alle vittime nel percorso di reintegro.

Tali commissioni, costituite da rappresentanti della polizia, organi giudiziari, sindaci, medici ed organizzazioni operanti nel sociale, valutano le domande delle vittime che richiedono di accedere al percorso.

Le candidate devono impegnarsi a reintegrarsi nella rete economica lecita del paese e, lì dove si trovino in una condizione di irregolarità, possono beneficiare di un permesso di soggiorno iniziale temporaneo di sei



mesi, come previsto dall'art. 18 italiano. In Francia però la vittima deve necessariamente denunciare i propri sfruttatori per poter accedere ai canali di supporto.

Inoltre, a due anni dall'entrata in vigore della nuova legge soltanto 34 dipartimenti erano stati dotati delle suddette commissioni e i fondi a supporto delle vittime sono passati dai venti milioni di euro previsti a cinque.

A seguito della nuova legge sull'immigrazione²⁸ del 2018, inoltre, si concedono 90 giorni, e non più 120, dall'arrivo in Francia per poter presentare la richiesta di asilo. La legge facilita e velocizza il processo di espulsione dal paese, ed ha ovvie conseguenze sulle stesse vittime di tratta, le quali inoltre hanno diritto a una *carte de resident* di dieci anni, ma solo a patto di aver già vissuto 5 anni sul territorio francese.

In Germania l'organo preposto per il contrasto alla tratta è il *Bund-Länder-Arbeitsgruppe Frauenhandel*, ovvero la Task Force Federale e Statale sul Traffico delle Donne fondata nel 1997.

La Task Force è composta da componenti del governo e da extra governativi²⁹ che collaborano sia alle proposte che all'implementazione di azioni mirate.

²⁸ Legge 2018-778 del 10 settembre 2018, «Pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie».

²⁹ L'*Action Plan of the Federal Government to Combat Violence against Women* è stato avviato nel 1999 dal governo tedesco mentre il secondo nel 2007. Nel 2011 è stato lanciato *The German Federal Government's Plan of Action 2011 to protect children and teenagers from sexual violence and exploitation*.



Secondo l'Atto di Residenza una vittima ha tre mesi di tempo per "riflettere" ed eventualmente testimoniare contro i propri trafficanti/sfruttatori. Trascorsi i tre mesi, nel corso dei quali questa ha beneficiato sia di supporto psicologico che legale, la vittima ha diritto ad un permesso di soggiorno umanitario di tre mesi, estendibile fino alla conclusione del processo, nel caso in cui decida di collaborare con le autorità competenti. Nel caso in cui venga a mancare suddetta collaborazione giudiziaria, la vittima dovrà lasciare la Germania, a patto di non aver ottenuto nel frattempo la protezione sussidiaria lì dove l'eventuale rimpatrio forzato metterebbe seriamente a rischio la sua incolumità.

Anche nell'ordinamento spagnolo nel nuovo Protocollo Quadro sulla Protezione delle Vittime della Tratta di Esseri Umani del 2011 si stabilisce che le vittime di tratta hanno diritto – come anche stabilito dall'articolo 59 bis della Legge sugli Stranieri – di «un periodo di recupero e riflessione» in cui decidere se collaborare o no con la magistratura. La durata minima di questo periodo corrisponde a 30 giorni e una volta scaduti i termini previsti per legge, la vittima può ottenere «un'autorizzazione di residenza e lavoro per circostanze eccezionali», ma solo ed esclusivamente a seguito di denuncia.

Per l'ordinamento belga nel caso in cui la vittima decida di non sporgere denuncia, essa può tuttavia giocare la carta del permesso per motivi umanitari in base alla procedura denominata «Stop» riservata a chi abbia usufruito del sostegno per le vittime in uno dei centri specializzati per almeno due anni.

Prima della sua uscita dall'Unione, il Regno Unito – in conformità con la direttiva 2004/81/CE del 29 aprile 2004 – era l'unico stato membro, insieme all'Italia, dove le vittime non erano obbligate a sporgere denuncia



per poter accedere ai canali di tutela e al permesso di soggiorno temporaneo.

Trasversalmente in tutti i paesi europei è ormai consuetudine per le vittime di tratta fare domanda di protezione internazionale piuttosto che appellarsi ai canali specifici.

Ovunque però, con l'eccezione di Belgio e Olanda, è possibile accedere ad entrambi i programmi parallelamente e, lì dove una vittima di tratta venga identificata all'interno di una procedura di richiesta di protezione internazionale, questa può comunque ricevere l'assistenza *ad hoc* pur rimanendo nel canale dell'asilo.

5. Considerazioni

Dagli anni Novanta in poi temi come schiavitù e tratta di esseri umani sono tornati ad essere una priorità dei *policy makers* a livello nazionale ed europeo. I legislatori si sono inizialmente soffermati sulle norme che regolano la prostituzione e sull'eventuale correlazione tra i diversi modelli e l'estensione del fenomeno della tratta di giovani donne, salvo poi col tempo spostare la discussione su altri temi – dalle *policies* in materia di immigrazione agli strumenti di supporto per le vittime – che hanno dimostrato avere un'incidenza maggiore sul fenomeno.

Dal già citato studio del 2005 del Comitato per i Diritti delle Donne e le Pari Opportunità del Parlamento Europeo – a seguito di un'indagine di Transcrime – divenuto fonte di riferimento sia circa la dimensione del fenomeno della tratta in Europa che sulle relative *policies* nazionali, emerge che nessun modello ha un impatto maggiore rispetto agli altri nella lotta



allo sfruttamento sessuale, mentre molto più impattanti in questo senso possono essere fattori quali per esempio le politiche migratorie di un Paese.

Anche lì dove i legislatori locali hanno optato per il famoso modello nordico, non sempre si è assistito a un calo delle vittime di tratta poiché le reti criminali dietro il traffico e lo sfruttamento delle vittime, sono dotate di un'enorme capacità di adattamento che permette loro di plasmarsi facilmente alle nuove esigenze del mercato³⁰.

Risultati più efficaci si sono avuti agendo direttamente sulle politiche di lotta allo sfruttamento sia a livello nazionale che europeo e, in questo senso l'Unione – supportata dall'Osce – ha un ruolo attivo e costante nel *policy-making*, nella formazione delle forze di polizia locali, nello sviluppo di percorsi di protezione alle vittime e nel coordinamento tra i paesi membri.

Anche in Italia sono numerosi i fautori del modello nordico ma, aldilà dei dubbi circa l'efficacia di questo sul contrasto alla tratta, non si può non considerare anche un'altra questione. Dai dati³¹ in nostro possesso si evince che circa il 10% delle sex workers sceglie liberamente e senza nessuna costrizione di intraprendere l'attività prostitutiva, e compito del legislatore, dunque, è tutelare anche i diritti di una minoranza in nome della difesa di quel pluralismo che caratterizza uno stato democratico. Bisogna affrontare la problematica della tratta non attraverso una condanna assoluta sull'attività prostitutiva, ma scindendo con attenzione la posizione degli individui autodeterminati da quelli sfruttati. Tale tesi, sostenuta da

³⁰ In Francia, a seguito dell'adozione del modello nordico, si è assistito a un boom della prostituzione online

³¹ Dati ufficiali non esistono, quindi qui si fa riferimento a stime approssimative delle organizzazioni che lavorano sul tema della tratta



tempo sia dalla la dottrina che, seppur con un certo ritardo anche dalla giurisprudenza italiana, ci riporta all'ordinanza della Corte di Appello di Bari del 6 febbraio 2018, a seguito della quale si è pronunciata la Corte costituzionale il 7 giugno del 2019.

La Corte riconosce l'esigenza di difendere la libertà di autodeterminazione della persona in materia sessuale, così come stabilito dall'art.2 della Costituzione e, con riferimento all'art. 41, alla libertà di iniziativa economica privata, allineandosi così al pensiero della Corte di Giustizia dell'Unione Europea³² secondo cui la prostituzione è «un'attività economica svolta in qualità di lavoro autonomo».

Per il legislatore europeo è auspicabile concentrare gli sforzi sulla creazione di policies ed interventi ad hoc per le vittime, aspetto su cui molto resta da fare a livello di singole nazioni. Per esempio, in Italia, a questo proposito, manca tutt'oggi un efficace sistema che monitori gli interventi a favore delle vittime così come deludente è la collaborazione tra associazioni e forze dell'ordine. In altre parole, il meccanismo nazionale di Referral³³, come d'altronde nel resto dell'Unione con la sola eccezione del Belgio, fa fatica a decollare.

Trasversale è anche il drammatico calo dei fondi a disposizione del sostegno alle vittime. Per delineare quelle che sono le reali criticità di tratta molto importante è il contributo di quelle associazioni che lavorano con le vittime e che giornalmente si scontrano con alcune delle problematiche già menzionate- scarsa collaborazione tra gli attori coinvolti, assenza di

³² Con la sentenza del 20 novembre 2001, causa C-268/99, Jany e a

³³ Per approfondimento vedere linee guida UNHCR <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2018/02/Linee-Guida-identificazione-vittime-di-tratta.pdf>



alcuna forma di monitoraggio e scarsità dei fondi-ma anche con lo “sdropiamento” legislativo. Come già sottolineato in precedenza è infatti ormai consuetudine per le vittime di tratta optare per la richiesta di protezione internazionale piuttosto che beneficiare di canali specifici.

Nonostante l’indubbia importanza e unicità dell’art. 18, dovuta soprattutto al suo percorso sociale, è necessario apportare delle modifiche che lo rendano più appetibile per le vittime. Solo accedendo a questo strumento, infatti, queste potranno beneficiare di quegli strumenti specifici per garantire un adeguato recupero psico-sociale. Senza dimenticare che, anche in assenza di una denuncia formale, le vittime- una volta riconosciute come tali- possono collaborare con le forze dell’ordine nell’individuazione delle reti criminali dietro la tratta e lo sfruttamento.

Affinché ciò avvenga, deve essere ripensata la rigidità delle regole a cui sono sottoposte le beneficiarie dell’art. 18 soprattutto in termini di libertà di comunicazione e movimento, anche alla luce di quelle che sono le esigenze di chi sta tentando di uscire da una situazione già caratterizzata da pesanti restrizioni e costrizioni.

La durata del permesso di soggiorno di diciotto mesi non può di certo competere con i cinque anni garantiti dalla protezione sussidiaria e le stesse associazioni che lavorano nel settore, sottolineano come allungare i tempi sarebbe fondamentale affinché queste possano svolgere un lavoro più graduale e duraturo con le vittime.

I fondi a disposizione per il recupero e la formazione delle vittime di tratta sono ancora assolutamente insufficienti visto il numero stimato delle vittime, e in particolar modo le borse lavoro destinate alla formazione e all’inserimento lavorativo non sono tali da rappresentare un reale sostegno per la vittima.



Purtroppo, le associazioni in aiuto alle vittime denunciano anche la scarsa omogeneità dell'utilizzo da parte delle questure del percorso sociale e se è consuetudine ormai che questo sia regolarmente utilizzato a Milano, in città con forti problematiche come Bologna o Roma le questure sono ancora restie.

Nonostante le proporzioni del problema, le incriminazioni per tratta in Italia sono esigue, da una parte per la scarsità delle denunce e dall'altra per le difficoltà oggettive nel dimostrare il reato di tratta di per sé, motivo per cui le reti di trafficanti vengono generalmente condannate solo per sfruttamento alla prostituzione.

Peculiare è il caso poi delle vittime di nazionalità rumena che, insieme a quelle di nazionalità nigeriana, hanno il triste primato di essere tra le più numerose in Italia. Se infatti per le ragazze extra-comunitarie il permesso di soggiorno garantito dall'art. 18 può rappresentare non solo uno strumento di tutela ma anche una sorta di "incentivo" per uscire dalla propria condizione, per le donne rumene e quindi cittadine dell'Unione la situazione è più complicata.

Esistono già degli accordi bilaterali in materia tra Italia e Romania ma sono necessari ulteriori protocolli atti a migliorare il coordinamento tra i due paesi in termini di indagini, prevenzione ed assistenza alle vittime.

Per quanto riguarda le donne di nazionalità nigeriana negli ultimi anni è calato drasticamente sia il numero di quelle dedite alla prostituzione sia di vittime beneficiarie dell'art. 18.

Nel 2015 si assistette ad un importante movimento migratorio di donne nigeriane che successivamente, per ripagare l'enorme debito contratto con le reti criminali dietro il traffico, furono costrette alla prostituzione. Da allora la cosiddetta mafia nigeriana ha spostato sempre più il



suo interesse verso un'attività ancora più redditizia, lo spaccio di sostanze stupefacenti, provocando un importante calo di donne nigeriane presenti sulle strade italiane.

L'Unione e i singoli stati membri hanno dimostrato un grande impegno nel contrasto alla tratta di esseri umani, nel caso specifico quello di donne straniere costrette alla prostituzione, ed è fondamentale continuare a rafforzare quegli strumenti atti a garantire sia una cooperazione tra stati che il giusto sostegno alle vittime.

Nel caso specifico italiano, gli strumenti a disposizione hanno tutto il potenziale per poter raggiungere degli obiettivi soddisfacenti, ma necessitano di alcuni "potenziamenti" senza i quali si rischia di vanificare molti degli sforzi fatti finora. Anche alla luce della situazione attuale, caratterizzata da una pandemia globale che sta mettendo a dura prova la sopravvivenza di molti, occorre non dimenticare quelle migliaia di giovani donne presenti sul nostro territorio, che una volta finita l'emergenza, dovranno pagare un debito ancora più pesante ai criminali che, con l'inganno o le minacce, le hanno portate sul territorio italiano con la speranza di una vita migliore.

Associazioni che hanno supportato attivamente la stesura di questa pubblicazione con dati, informazioni di carattere legislativo e pratiche:

Civico Zero: www.civicozero.eu

Ebano: www.ebanoassociazione.org

On the Road Coop. Sociale: www.ontheroad.coop

Rising associazione: www.associazionerising.eu

Numero verde Anti-Tratta: www.osservatoriointerventitratta.it



Bibliografia

Abbatecola, E. (2011), *L'altra donna. Immigrazione e prostituzione in contesti metropolitani*, Milano: FrancoAngeli.

Bales, K. (2004), *Disposable People: New slavery in the global economy*, Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press.

Bernardi, S. (2019), *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 luglio (ora in Dirittopenaleuomo.org).

Bernardotti, A., F. Carchedi, B. Ferone, (cur.) (2005), *Schiavitù emergenti. La tratta e lo sfruttamento delle donne nigeriane sul litorale domitio*, Roma: Ediesse.

Bernstein, E. (2009), *Temporaneamente tua. Intimità, autenticità e commercio del sesso*, Bologna: Odoja.

Bonomi, A. (2018), *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali*, in *Consulta Online*, 1, p. 123 ss.

Brussa, L. (1998), *I sistemi applicabili alla prostituzione e le politiche prostituzionali in Europa*, in *On the road: Manuale di intervento sociale nella prostituzione di strada*, Capodarco di Fermo: Comunità, pp. 81-111.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (2005), *Gender-Datenreport. Datenreport zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland*, München.

Cadoppi, A. (2018), *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3.



Cadoppi, A. (a cura di) (2014), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma: Dike Giuridica.

Carchedi, F. (2000), *I colori della notte*, Milano: FrancoAngeli.

Caruso, M. (2018), *O tempora, o mores! La messa in discussione della Legge Merlin a sessant'anni dalla sua approvazione*, in *Giurisprudenza penale web*, 6.

Castelli V. (cur.) (2014), *Punto e a capo sulla tratta. Uno studio sulle forme di sfruttamento di esseri umani in Italia e sul sistema di interventi a tutela delle vittime*, Milano: FrancoAngeli.

Cullen-DuPont, K. (2009), *Human Trafficking*, su *Global Issues*, IOM.

Danna, D. (2001), *Cattivi Costumi. Le politiche sulla prostituzione nell'Unione Europea negli anni Novanta*, dai Quaderni del Dipartimento di Sociologia e Ricerca Sociale, Trento: Università di Trento.

Danna, D. (2006), *Prostituzione e vita pubblica in quattro capitali europee*, Roma: Carocci.

Da Pra Pochiesa, M. (2018), *Cara senatrice Merlin. Lettere dalle case chiuse. Ragioni e sfide di una legge attuale*, Torino: Edizioni Gruppo Abele.

Davy, D. (2015), *Understanding the support needs of human-trafficking victims: A review of three human-trafficking program evaluations*, in *Journal of Human Trafficking*, 1(4), pp. 318-337.

Degani, P. (2009), *Confini controversi: riflessioni a margine del dibattito odierno su lotta alla tratta a scopo di sfruttamento sessuale, politiche pubbliche in materia di prostituzione e diritti umani nello scenario europeo*, in *Pace diritti umani*, 1, p. 63 ss.

Di Martino, A. (2019), *È sfruttamento economico e non autodeterminazione sessuale: la Consulta salva la legge Merlin*, in www.diritticomparati.it, 20 giugno.



Di Nicola, A. (2006), *La prostituzione nell'Unione Europea tra politiche e tratta di esseri umani*, Milano: FrancoAngeli.

Ditmore, M.H. (cur.) (2006), *Encyclopedia of Prostitution and sex work*, Westport: Greenwood Press.

Duncan, S. (1994), *The diverse worlds of European patriarch*, in *Environment and Planning, A*, 26(8), pp. 1174-1176.

Dufour, P. et al. (a cura di) (1950), *Storia della prostituzione*, Milano: Curcio.

Estiarte Villacampa, C. (2012), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Valencia: Tirant lo Blanch.

European Commission (2014), *25 years after the fall of the Iron Curtain. The state of integration of East and West in the European Union*, Luxembourg: Publications Office of the European Union.

Fundación Solidaridad Democrática (1988), *La prostitución de las mujeres*, Instituto de la Mujer.

Garcia, F.M., E.B. Peña (2018), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas*, Murcia: Laborum.

Garofalo Geymonat, G. (2014), *Vendere e comprare sesso*, Bologna: il Mulino.

Greve, B. (cur.), *Comparative welfare systems. The Scandinavian model in a period of change*, Basingstoke and London: Macmillan Press.

Holli, A. M. (2000), *The fall of innocence and the rise of a new prohibitionism. Prostitution, policies and women's policy machinery in Finland*, paper presentato alle Joint Sessions dell'ECPR, 14-19 aprile 2000, Copenhagen, 2000.

Iom (2005), *Data and research on human trafficking: A global survey*, Geneva: International Organization for Migration.



Jobe, A. (2010), *The Causes and Consequences of Re-Trafficking: Evidence from the IOM Human Trafficking*, IOM.

Le Bail, Hélène, C. Giametta, N. Rassouw (2018), *Que pensent les travailleurs.se.s du sexe de la loi prostitution : Enquête sur l'impact de la loi du 13 avril 2016 contre le «système prostitutionnel»*, Médecins du Monde, disponibile al link <https://www.medecinsdumonde.org/sites/default/files/Rapport-prostitution-BD.PDF>.

Levaud-Legendre, B., T. Alice (2016), *Mineurs et traite des etres humains en France*, Lyon: Chronique Sociale.

Louis, M.V. (1997), *A propos des violences, de la prostitution, de la traite, de la sexualité*, in *Chronique Féministe*, 62.

Mennetrier, G. (a cura di) (1999), *Cities and places of trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation. Reconciling public health and law and order requirements*. Study, seminar, Lyon, 11-12 February 1999, European Forum for Urban Safety.

Monzini, P. (2002), *Il mercato delle donne. Prostituzione, tratta e sfruttamento*, Roma: Donzelli.

Pheterson, G. (1996), *The Prostitution Prism*, Amsterdam: Amsterdam University Press.

Pitch, T. (1989), *Responsabilité limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano: Feltrinelli.

Quiroz Vitale, M.A. (2012), *Le nuove schiavit , il traffico di esseri umani e la condizione giuridica dello straniero: principi giuridici, norme e valori nell'epoca della modernit  riflessiva* in P. Farina, S. Ignazi (cur.), *Catene invisibili: strumenti e dati per comprendere la prostituzione straniera e promuovere percorsi emancipativi*, Milano: Fondazione ISMU.



Reale, E. (2019), *Prostituzione e Tratta*, dossier in https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/009/001/ELVIRA_REALE.pdf

Salazar, C. (2019), *Il corpo delle donne e la costituzione. Alcune domande intorno alla questione di costituzionalità proposta dalla Corte di Appello di Bari sulla "Legge Merlin" e qualche riflessione sui recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di GPA*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (cur.), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto di genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino: Giappichelli.

Savona, E.U. (2007), *Measuring human trafficking: complexity and pitfalls*, New York, Springer-Verlag.

Shelley, L. (2014), *Human Smuggling and Trafficking into Europe: A Comparative Perspective*, Washington DC: Migration Policy Institute.

Shelley, L. (2010), *Human Trafficking: A Global Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.

Wilensky, H. (1993), *Stato-nazione, politica sociale e andamenti economici*, in M. Ferrera (1993), *Stato sociale e mercato mondiale*, Torino: Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, p. 41 ss.

Documenti online

https://www.unodc.org/res/cld/bibliography/global-report-on-trafficking-in-persons.html/GLOTIP_2014_full_report.pdf

https://www.siproimi.it/wp-content/uploads/2017/11/notratta_web_DEFINITIVO_10_06_15.pdf



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XI, n. 1, 2021

data di pubblicazione: 31 marzo 2021

Osservatorio europeo e internazionale

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration_asylum

Eurostat, Trafficking in human beings, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013.

EMN, *Identification of victims of trafficking in human beings in international protection and forced return*, Synthesis Report, March 2014.

IOM, UNHCR, BAMF, Identifizierung und Schutz von Opfern des Menschenhandels im Asylsystem, Nürnberg, 2012.



Abstract

Women trafficking in Europe and the role of lawmakers ensuring protection to the victims

Following the fall of the Berlin Wall and the collapse of the Soviet Union, the political and social structure in Europe changed dramatically. Thousands of people crossed the borders and an unknown number of young women – and children – were smuggled and forced into prostitution in Central and Western Europe. European politicians and lawmakers soon realized the continent was facing a new form of slavery, new measures had to be promptly taken to tackle this phenomenon. Today the outcomes are still far from being homogenous, each country has its own regulations, and the victims struggle to find their way out.

Keywords: Human trafficking; protection; prostitution; migration; women.



The Judicial System at the Crossroads of Populism and Elitism

di Giovanni Damele *

SOMMARIO: 1. Penal populism and judicial populism. – 2. Is criminal law inherently populist? – 3. Judicial populism: between depoliticization and re-politicization. – 4. The “representative” function of the judiciary. – 5. Provisional conclusions.

1. Penal populism and judicial populism

“Penal populism” has become a common expression and a key category among scholars of both political populism and crime and punishment (Shammas 2019, 760). As Victor L. Shammas observes, the term is used “to refer to the ways in which politicians, political parties, and other governing elites present themselves as leading exponents of a politics of ‘law and order’” (Shammas 2019, 760). The expression “penal elitism” mainly refers to “a transfer of the power to determine penal outcomes from bureaucrats, judges, and technocratic elites to politicians, legislators, and other representatives of the masses” (Shammas 2019, 760). Due to this

* *Professor auxiliar* presso la Facoltà di Scienze Sociali e Umanistiche della Universidade Nova di Lisbona, titolare dei corsi di Filosofia politica e Filosofia del diritto e dello stato. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); contributo ricevuto nella versione definitiva il 5 aprile 2021.



shift from a (purportedly) technical discourse to that of electoral struggle and political propaganda, penal populism has been described as a “political force driven more by emotion than rationality” (Pratt 2007, 92).

Two main features of this concept are particularly relevant here. First, penal populism is thought to involve the entire “realm of justice and the rule of law, the proper application of laws and the social conditioning that arises from *improper application*” (Anselmi 2018, 73, emphasis added). It follows from this that, rather than being confined to legislative processes (that is, to the “production” of criminal law), penal populism also affects the application (that is, the interpretation) of normative dispositions. *Judicial* populism can be considered a sub-category of the more general category of penal populism inasmuch as it relates to the judicial application of *criminal law* – at least if, following Giovanni Fiandaca, we define judicial populism as an attempt by judges and/or prosecutors to present themselves as genuine “representatives” or interpreters of the real interests and expectations of the people. This attempt is frequently presented according to a logic of the substitution of political power, which is perceived as being isolated from the “legitimate” or “true” interests of the people (Fiandaca 2014, 97, 105).

Second, penal populism is often described as a pathological phenomenon, related to inadequate law-making processes and the improper application of criminal law – a pathology that is ultimately based on a “*distorted* interpretation of the functioning of the justice system on the part of public opinion”, which in turn “produces a delegitimization of the rule of law” (Anselmi 2018, 73). As a “manipulation of the objectives of the rule of law”, penal populism results in the perversion of the “normal functioning



of justice” (Anselmi 2018, 74). This common interpretation has been challenged by Shammas, who argues that the theoretical distinction between penal populism and what he defines as “penal elitism” is ultimately based on an ideological bias. According to critics of the phenomenon of penal populism, one of the main factors driving the decline of rehabilitative intent in criminal law is “the steadily declining fortune of rationality and technocracy – a trend that has been evidenced by the (re-)emergence of an emotive, irrational, and mercurial politics” (Shammas 2019, 761).

However, Shammas continues, this distinction between a rational technocratic and a populist emotive approach is ultimately based on a false dichotomy. It is perfectly possible, according to Shammas, for a technocratic approach to result in the over-criminalization of minor offenses, for instance. On the other hand, the greater involvement of the public in criminal law-making could result in rehabilitative policies. “Under the right circumstances”, Shammas observes, “the *populus* can certainly exhibit rehabilitative tendencies”. Quoting Johnstone (2000) and Green (2006), he goes on to note that providing the public “with appropriate contextual information may help inform and facilitate a wholly different and more participatory form of penal policymaking”, which in turn could result in the implementation of more rational – that is, less intolerant and less repressive – responses to crime (Shammas 2019, 765).

Important questions remain, however. Who defines the “right circumstances” under which the people – or “the *populus*” as Shammas puts it – can “exhibit rehabilitative tendencies”? Who is to provide “the public” with appropriate contextual information? It seems plausible that at least a significant part of this process depends on actions and draws on infor-



mation from political and technocratic (i.e. academic, technical-administrative, etc.) “elites” of some sort. Is there any substantial difference between this and what so-called liberal penal elitists advocate? Or, more importantly, is it possible to discuss criminal law without recognizing the central role played by at least one group of technocratic elites: that which constitutes the “organs of application”? Even in countries where judges or prosecutors are elected, they constitute an elite body: that of the *jurists*, with their own characteristics and self-conceptions. These aspects, as Shammass seems to recognize, are not without relevance to the debate on penal elitism. As Anselmi (quoted above) notes, penal elitism also has something to do with the process of applying criminal law. It is therefore important to recognize the role played by jurists, lawyers, prosecutors, judges, and the like.

Interestingly, Shammass notes that “if the law is inherently undemocratic, it is because it elevates justices or judges to a position of isolated pre-eminence, above and beyond the grasp of the public”, and that “the bureaucratization of juridical forms produces the kind of autonomy of action that is intended to be insulated from public pressure and democratic influence” (Shammass 2019, 762). This kind of isolation seems to correspond to a traditional, ideologically positivistic¹ self-representation of judges as mere “technical executors” of a “law” that comes from elsewhere. As we will see, however, it can also easily correspond to an alter-

¹ For the distinction between ideological, methodological ed theoretical positivism see Bobbio (2014).



native (although related) representation of the judge as a “priest of justice” (*Priest der Themis*)², where the word “justice” should not be read as a synonym for “legal order” (in a positivist fashion) but in its original sense of a set of pre-positivist values and principles, the correct interpretation and translation of which, in the form of judicial decisions, is the real task of judges. This second interpretation of the role of the judge can be translated – in a “populistic” fashion, as it were – into a self-representation on the part of the judge (or the public prosecutor) as a genuine defender of the “true” interests of “the people”, or at least of the majority.

Before addressing this topic, however, I would like to consider another aspect that seems to be somewhat implicit in Shammas’s reconstruction. Is there something characteristically “populistic” about the process of law-making and judicial application in the field of criminal law? In other words, is criminal law inherently populistic?

2. Is criminal law inherently populistic?

From Shammas’s perspective, the question whether criminal law is inherently populistic is already marked by ideological bias. The term “populism”, we are told by Shammas, is increasingly used to lend a “vener of scientific legitimacy”, a “halo of respectability”, to an ultimately derogatory view of certain political ideas, movements, parties and politicians (Shammas 2019, 766). In other words, according to Shammas, use of the

² For the self-representation of the judge as a “priest of justice” see Luminati (2007).



(otherwise underspecified) notion of populism serves to legitimate ideological opposition to various political phenomena, lending a purely subjective value judgement the appearance of objectivity. This critique is to some extent justified. Nevertheless, I will use this notion – “penal populism” – for the sake of argument, in order to understand why certain social phenomena have so frequently been associated with law-making and application processes in the field of criminal law.

Like “populism” in general, “penal populism” is commonly associated with irrational, passionate, emotive behaviour. Recent texts that make use of this phrase – particularly in mass communication media – seem to echo the stereotype of the “irrational crowd”, which was common to the literature on “social psychology” (or the “psychology of the masses”) that flourished in the late nineteenth and early twentieth century. The current academic literature would seem to partake in this cliché, at least in part. As Shammaas recalls, “penal populism is predicated on what Daniel Defoe, in an earlier age, termed ‘the rage of the street’”, which in this case supplants “the (putatively) reflective, restrained, and rehabilitation-oriented disposition of rational, reasonable elites who were (so the story goes) previously tasked with shaping the field of crime control in past times”. This is certainly a crucial commonplace, even though it is important to note that to attribute the somewhat simplistic idea of the existence of “rational, reasonable elites” to classic elitists (Pareto, for instance) would be to commit the “straw man” fallacy. Even with their methodological limitations and their ideological biases, these authors were well aware of the irrational dimension of the behaviour of elites. Thus, particularly in academic literature, the “elitist” approach has not been as naïve



as Shammas seems to suggest. In any case, this topic is not directly addressed by him and is irrelevant to our purposes.

Let us therefore assume the existence and relevance of this commonplace, apparently shared to some extent by so-called “penal elitists”. According to this reconstruction, the passions and the emotions of the masses, skilfully manipulated and translated into electoral programs by demagogues, ultimately distort a central tenet of the rule of law in Western countries – that is, the rehabilitative aim of punishment – on the contrary favouring a “restorative and reparative” understanding of criminal law (Anselmi 2018, 76). Thus, we may ask: why is this commonplace so common? Why – again quoting Shammas – “does it seem permissible, sensible, and perhaps even self-evident, that prisons and punishment should be taken out of the democratic process when other policy areas, such as education, foreign policy, and taxation, seem so obviously a part of what the voting public should have a say in influencing?” The answer, according to some authors, is that this is due to the inner vindictive nature of criminal law. For this reason, some authors (including some who belong to the liberal democratic tradition) have argued that criminal law – together with foreign policy – should be shielded from democratic pressures.

Let us consider a quotation that Shammas would view as an example of penal elitism. In his classic *Capitalism, Socialism and Democracy*, Joseph Schumpeter argued that there are matters for which the parliamentary vote should have a purely “formal” or “supervisory” nature, “otherwise the democratic method may turn out legislative freaks”. One of these is precisely “the case of so bulky and so technical a measure as a criminal



code". On Schumpeter's view, the democratic method may apply to certain general questions ("whether or not a country is to have such a codification at all", for instance), "but for the rest, government and parliament will have to accept the specialists' advice whatever they may think themselves". Given the complexity of crime as a phenomenon, Schumpeter continues, "popular slogans about it are almost invariably wrong", and "a rational treatment of it requires that legislation in this matter should be protected from both the fits of vindictiveness and the fits of sentimentality in which the laymen in the government and in the parliament are alternately prone to indulge" (Schumpeter 1996, 292).

"Fits of sentimentality" are common in every field of political life. "Fits of vindictiveness" typically seem to affect criminal policies, however. Both, Schumpeter suggests, are particularly dangerous as far as criminal law is concerned. But is there something in criminal law that justifies Schumpeter's concerns?

As René Girard acutely noted, a vindictive dimension is inherent in criminal law. Thanks to the adoption of judicial systems, societies were able to break the "vicious circle" of vengeance characteristic of (in Girard's words) "primitive societies". However, the judicial system "does not suppress vengeance; rather, it effectively limits it to a single act of reprisal, enacted by a sovereign authority specializing in this particular function". According to this interpretation, at least originally, "the decisions of the judiciary are invariably presented as the final word on vengeance". In order to understand this original dimension, Girard continues, "vocabulary" is more revealing than "judicial theories". The expression "private vengeance", frequently used to refer to revenge, implies the existence of a "counterpart never made explicit": public vengeance. And



public vengeance is precisely what our “well-policed societies” call the judicial system. There is no real conflict in our penal systems between the principles of justice and the concept of revenge. Resorting to another lexical reference, Girard notes that “he who exacts his own vengeance is said to ‘take the law into his own hands’”. Thus, the difference between private and public vengeance is not a difference in principle but an (enormous) difference at the social level. In a judicial system, “an act of vengeance is no longer avenged”, and the “danger of escalation averted”. This explains why the victim no longer plays a central role in criminal trials. Paraphrasing Girard, we might say that the judicial system takes vengeance into its own hands, taking it away from victims and thus averting the danger of escalation (Girard 1972, 15-16).

Liberal societies have gradually rationalized criminal policies and translated their vindictive origins into rehabilitative programs. But we cannot erase the emotions that are linked to the original, intuitive function of penal sanctions. Moreover, this emotive dimension may also explain the relation between penal and judicial populism, which ultimately intersects with the prosecutorial function. Indictment and conviction are what really matter when it comes to the process of applying criminal law, not the verdict itself. This also explains why populists generally identify the state with its prosecutorial function (Corso 2019, 482).

But there is more. Giovanni Fiandaca, addressing the notion of the “inherent populist” nature of criminal law, suggests that this intrinsic emotive dimension may also be based on the proximity of criminal law to the communitarian dimension and a given society’s identity. Quoting Georg Jellinek and his concept of law as an ethical minimum (*ethisches Minimum*), Fiandaca stresses the symbolical function of criminal law, which is



justified by its crucial role in defending the community against its enemies – criminals – who have ultimately excluded and isolated themselves from the *social consortium*. From this perspective, according to Fiandaca, criminal law has an inevitably “polemological” dimension, providing the community with criteria for distinguishing between friends and enemies. This perspective can in turn help to explain why phenomena that we define as belonging to “judicial populism” (according to the definition quoted above) are particularly important as far as macrosocial phenomena are concerned, that is, phenomena that have a “communitarian” dimension (such as organized crime and political corruption) or, more generally, phenomena that are (or are presented or perceived as being) a threat to the community as a whole (Fiandaca 2014, 97).

3. Judicial populism: between depoliticization and re-politicization

We have defined judicial populism – following Fiandaca (2014) – as an attempt by judges and/or prosecutors to present themselves as genuine representatives and defenders of the “real” interests and values of the people. This definition may be somewhat surprising given that in many liberal democratic countries, judges and prosecutors are not elected officials. However, this apparent contradiction should be reconsidered in the light of the ambiguous relationship between the judicial system and certain political movements that are commonly described as “populist”.

Politicians can use “the law” instrumentally in many different ways. Three main instrumental uses are relevant here. First, the instrumental use of juridical issues on the part of certain political candidates (Anselmi



2018, 74) can directly affect the judicial system. The skilful manipulation of public perception of crime in order to generate political consensus, for instance, is one example of penal populism (Anselmi 2018, 74). From this viewpoint, populist politicians can seek direct dialogue with public prosecutors. Second, the instrumental use of the judicial system can also assume the form of a “scapegoating” strategy which targets the courts and the judicial system in general. As Werneck Arguelhes notes, the courts – and the high courts in particular – are typically seen as victims of populist politics precisely because they are “staffed” by non-elected elites or – even worse – by elites appointed by previous administrations (Werneck Arguelhes 2017a). Furthermore, populists are frequently described “as impatient with procedures and institutions, and as ill-disposed to intermediary bodies” and to the separation of powers, “as they prefer unmediated relations between the populist ruler and the people” (Corso 2019, 485). Finally, populism is often described as a reaction to an excess of judicialization in constitutional law (Corso 2014, 443). In this scenario as well, the courts and judges usually play the role of victim.

We will return to the first instrumental use and to the possibility of indirect or direct dialogue between (some) politicians and (some) public prosecutors. Let us first consider the case of the courts and judges as victims of populist politics. This strategy can clearly prompt a direct reaction from judicial powers. As Werneck Arguelhes convincingly argues, courts may try to preserve their authority by “adjust[ing] their decisions to trends in public opinion, or perhaps ‘go public’ and speak out to the people, adopting public relations strategies to make it harder for politicians to ignore or retaliate against their decisions” (Werneck Arguelhes 2017a; Bassok 2016; Staton 2010). This strategy may increase what has been



called “the ambivalent stance of populism *vis-à-vis* the phenomenon of the judicialization of politics” (Corso 2019, 481). Moreover, in cases of increasing dissatisfaction with representative institutions, Werneck Arguelhes notes, “courts might actively pursue a populist path themselves and claim to speak for the people” (Werneck Arguelhes 2017a). In doing so, courts can play a crucial role in what we might describe as a “conflict between elites”: between the institutionalized, sclerotized, “established” political elite – the target of public dissatisfaction – and the new, rising, “populistic” elite. From the viewpoint of the latter, their relationship with the judicial system can be characteristically ambivalent. As Corso notes, “on the one hand, lawyers and jurists are perceived as part of an elite that should be opposed, populism, on the other, also has roots in the judicialisation of politics” (Corso 2019, 481).

Furthermore, according to Werneck Arguelhes (echoing Fiandaca), courts themselves can adopt “the populist vocabulary”, claiming “to represent and vindicate current majority sentiment against corrupt establishment politicians”.

Italy in the 1990s and Brazil in the second decade of the twenty-first century can be seen as classical examples. The parallels between the two cases are evident: Sérgio Moro, a former federal trial judge and leading figure of the “Lava Jato” (“Car Wash”) Operation, then Minister of Justice in the Bolsonaro administration³, explicitly linked the two operations in a well-known and frequently quoted article: “Mani Pulite” and “Lava Jato” (Moro 2004). Part of this parallelism has been based on the necessity, for

³ Sérgio Moro resigned on 24 April 2020 after a political disagreement with President Jair Bolsonaro.



prosecutors and judges acting in the field of political corruption and white-collar crime, of seeking and maintaining support from public opinion in order to resist opposition stemming from political powers. Thus, Brazil and Italy represent two examples in which, in the words of Fian-daca (2014), “judicial populism” can be the result of an evident crisis of the traditional party system.

In both Italy and Brazil, the key role played by the judicial system is evident. In both countries, judicial inquiries have shaken the political system. In the Italian case in particular, this has led to a breakdown of the political center and to a complete reconfiguration of the political landscape. In the case of Brazil, key figures in the main political parties (including former president and leader of the *Partido dos Trabalhadores* Lula da Silva) have been accused or convicted of corruption.

Systematic judicial inquiries into political corruption can have both short- and long-term effects. These effects are of two types. On the one hand, they shape how prosecutors act against corruption. In particular, prosecutors can pursue direct interaction with public opinion for two main purposes: (indirectly) influencing anti-corruption legislation and weakening the (powerful) position of investigated politicians. They can also shift investigation strategies in order to overcome major obstacles to providing legal evidence, sometimes choosing to deflect attention away from the evaluation of facts to a narrative focused on the identity of the defendant. On the other hand, as the traditional political system loses legitimacy, the judicial system gains legitimacy as the only public power that can solve the problem of (endemic) corruption. This situation can be destabilizing, causing the political system to collapse and paving the way for populist, or even authoritarian, tendencies.



In this process, as noted above, judges and public prosecutors may find it useful “go public” in order to resist the “political establishment”, which is targeted by anti-corruption operations. This strategy can be developed in two different but compatible ways: a) a direct appeal to public opinion, and b) dialogue with “anti-system” parties and/or outsider candidates. In both cases, the goal may be to put pressure on the traditional political system. Judges and/or prosecutors can present themselves “as channeling popular sentiment and speaking for the *true interests of the people*” (Werneck Arguelhes 2017a; 2017b).

There are many examples of this strategy and this self-representation. In Brazil, prosecutors, judges and supreme court justices frequently used the mass media to reach a wider audience directly, their interviews often making headlines in the national newspapers. In Italy, a good example is the frequently quoted statement made by Francesco Saverio Borrelli, chief prosecutor of Milan and one of the leading figures of the “Mani Pulite” operation: “when people applaud us, they applaud themselves” (Giglioli, Cavicchioli & Fele 1997, 27).

Interestingly, this dialogue between judges and prosecutors on the one hand and public opinion on the other is ambivalent in a further sense. It can be interpreted both as a process of depoliticization and as a process of re-politicization (using these expressions in their broader meaning). From the first perspective, a crucial political issue, the problem of dissatisfaction with the establishment, is translated into a matter of criminal law. The judicialization of politics, in this case, means that political issues are treated as legal ones. From the second perspective, this phenomenon can be described in terms of the politicization of the judicial system, not



in the ordinary partisan sense of the term but in a broader sense. The judicial system becomes either an actor or a partner of other actors in the political arena. Again, the cases of Italy and Brazil are exemplary: in both countries, the judicial system has played a major role in transforming the political system – by judging it, as it were.

4. The “representative” function of the judiciary

One last point remains. How can judges and/or prosecutors claim to represent the “will of the people” if they are independent and, generally speaking, non-elective officials? As Diego Werneck Arguelhes argues persuasively, the fact that “judges do not need to make claims to represent the people to keep their office or maintain their authority” does not necessarily mean that they will refrain from doing so. The two examples quoted above are quite significant in this regard. In both cases, the leading figures of the two operations – Sérgio Moro in the Brazilian case and Antonio Di Pietro in the Italian case – have entered into politics. And even if Moro’s function as Minister of Justice in Bolsonaro’s government was generally presented by him and his supporters as a technical role, he is now a major player in the Brazilian political arena. It is no surprise, then, that his key role in Bolsonaro’s government (the main adversary of Lula’s *Partido do Trabalhadores*) has cast a shadow over his previous neutrality. In any case, these examples show that individual reputation is not limited to a judge’s institutional role but can also be connected to extrajudicial goals, such as running for office in the future (Falcão & Osório 2016).



In order to achieve these extrajudicial goals, judges and public prosecutors may resort to two main channels of communication. One of these is the motivation for their decisions. One of the key points in the contemporary development of rhetorical and argumentation studies is the idea, stressed by Perelman and Olbrechts-Tyteca, that an “orator” can have more than one “particular audience”. A “particular audience”, according to them, is constituted by the individuals whom an orator wishes to persuade in a given context (Perelman & Olbrechts-Tyteca 1971, 28-31). Different audiences can have different hierarchical orders, from the perspective of persuasive strategy. For instance, one’s “direct audience” (the audience that is “directly” addressed by the orator) can be less important than one’s “indirect audience” – the persuasion of whom, although they are not actually present, is crucial from the orator’s viewpoint. Thus, for instance, a lawyer may consider it more useful – for many reasons – to persuade public opinion or a part of the political system than the jury or judges. He may believe that pressure from public opinion or the political system is crucial to obtaining a verdict that is favorable to his client’s interests. The same holds when it comes to the motivation behind legal decisions. The main audience, the superior instance, the legal community, etc., may not be perceived by the orator/author as having priority.

In an attempted analysis of the motivation behind Sérgio Moro’s condemnation of former Brazilian President Lula da Silva, Mance (2017) aims to reveal key argumentative fallacies in crucial passages from Sérgio Moro’s argument. In some cases, what he reveals are common *non sequiturs*; in other cases, they could constitute violations of processual rules that, if recognized as such, ought to be sanctioned (e.g. inversions of the burden of proof). In other cases, and most interesting for our purposes,



they could constitute informal fallacies (such as *ad hominem* attacks) that play the rhetorical role of reaching a larger audience.

As Diego Werneck Arguelhes (2017a) notes, these strategies are perfectly understandable when we distinguish between individual and institutional interests. Since these interests can diverge, a judge, considered as an individual, can play a role that, from an argumentative point of view, differs from that of the institution he represents. For this reason, persuading an audience other than the institutional one (the jury, appellate judges, etc.) can be part of a judge or public prosecutor's individual strategy (Baum 2009).

As we saw above, these individual goals can also be promoted without resorting to actual judicial decisions. This is the second channel of communication. Judges and public prosecutors may seek direct contact with the press, use social media as an individual channel of communication, or directly address the public through public rallies or symbolic acts. Judges can also exploit procedural rules in order to increase the public impact. This is particularly evident in the Brazilian case, where supreme court judges have agenda-setting power (Arguelhes & Hartmann 2017).

In all of these cases, and especially in situations of political/institutional crisis, we can observe a common strategy: an attempt, on the part of judges and/or prosecutors, to present themselves as genuine "representatives" or interpreters of the true interests and expectations of the people. This attempt is frequently presented according to a logic of substitution of political power. Following Fiandaca's definition, we might define this behaviour, *faute de mieux*, as "judicial populism".



5. Provisional conclusions

As suggested above, the two phenomena commonly referred to as “penal populism” and “judicial populism” may share many crucial features. While “penal populism” is commonly related to the process of law-making, “judicial populism” clearly has to do with the application of the law. Addressing the topic of “destatisticalization” (that is, “the tendency to discuss criminal and security issues while totally disregarding statistical data”), Anselmi notes that it “shows the deep rhetorical nature of penal populism, as it subordinates the arguments on juridical matters in public discourse to the needs of social and political consensus” (Anselmi 2018, 75). Social and political consensus is not irrelevant to judges, especially in the context of judicial investigations that target macro-social or macro-political phenomena like organized crime or systemic political corruption. To some extent, this research on consensus may be perfectly legitimate. Especially in these cases, judges and public prosecutors are always political actors in the broad sense of the term. It would be better to recognize this inevitable political function rather than concealing it with an ideological representation of the judge as a *bouche de la loi*.

As discussed above, this attempt to establish a direct relation to public opinion may be solicited within the environment of the application of criminal law, characterized, in some cases, by a strong emotive dimension (linked to its “vindictive” origin) and to its proximity to the fundamental values of a given community.⁴ This context may increase the political

⁴ From this viewpoint, constitutional law can also represent a “sensitive” environment. I will not address this topic in this paper, however.



function of the judiciary, giving it, in the context of political and institutional crises, a populist nuance. Thus, both the language and the function of the judiciary can assume a characteristically moral nuance, which corresponds to an image of the judiciary as an agent of moralization, precisely because of its independence and its (purportedly) apolitical nature.

Nevertheless, this political function ultimately shows that what is frequently reconstructed as a radical dichotomy in which the “people” struggles against the “elite” is, in fact, a struggle among elites. From this viewpoint, judicial populism is located at the crossroads between penal populism and penal elitism: it shares with penal populism a claim to speak for the people, but this claim is clearly advanced by a technocratic elite. In some cases, in fact, it can even assume a paternalistic character.

In seeking direct contact with public opinion, judges and public prosecutors may present themselves as the “genuine” representatives of the will of the people. This move has crucial political consequences. With it, the judiciary clearly assumes a “substitutive” role. In the context of political and institutional crisis, however, it also frequently plays an ancillary role, aligning itself with anti-system and anti-politics parties. These political movements can make instrumental use of the judiciary. The opposite can also be true, however: if not the judiciary as a whole, then at least certain of its members can make instrumental use of these political movements. This can stem from both judicial (gaining public support in the judicial fight against corruption and organized crime) and extrajudicial (that is, purely individual) motives.



Bibliographical References

Anastasia, S., M. Anselmi, D. Falcinelli (2015), *Populismo Penale: Una Prospettiva Italiana*, Milano: Cedam.

Anselmi, M. (2018), *Populism: An Introduction*. Abingdon and New York, Routledge.

Bassok, O. (2016), *The Supreme Court at the Bar of Public Opinion Polls*. *Constellations*, 23 (4): 573-584.

Baum, L. (2009), *Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior*. Princeton: Princeton University Press.

Bobbio, N. (2014), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma-Bari: Laterza.

Corso, L. (2019), *When Anti-Politics Becomes Political: What can the Italian Five Star Movement Tell us about the Relationship Between Populism and Legalism*, in *European Constitutional Law Review*, 15, pp. 462-487.

Falcão, J., L. Osório (2016). *A futura atividade político-partidária e a responsabilidade ética do magistrado*, in *Revista USP*, 110, pp. 55-64.

Fiandaca, G. (2014), *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia 2013*, pp. 95-121.

Giglioli, P.P., S. Cavicchioli, G. Fele (1997), *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*. Bologna: il Mulino.

Luminati, M. (2007), *Priester der Themis: richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945*, Frankfurt a.M.: Klostermann.

Mance, E. (2017), *Falácias de Moro. Análise Lógica da Sentença Condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva*, Passo Fundo: IFIBE.

Moro, S. (2004), *Considerações sobre a operação mani pulite*, in *Revista CEJ*, 8 (26), pp. 56-62.



Perelman, Ch., L. Olbrechts-Tyteca (1971), *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, Notre Dame-London, University of Notre Dame Press.

Shammas, V.L. (2020), *Penal Elitism: Anatomy of a Professorial Ideology*, in *Critical Criminology*, 28, pp. 759-774.

Staton, J.K. (2010), *Judicial power and strategic communication in Mexico*, Cambridge: Cambridge University Press.

Werneck Arguelhes, D. (2017a). *Judges Speaking for the People: Judicial Populism beyond Judicial Decisions*, in *VerfBlog*, 4th May, available on <https://verfassungsblog.de/judges-speaking-for-the-people-judicial-populism-beyond-judicial-decisions/>.

Werneck Arguelhes, D. (2017b). *Um Supremo que não erra*. In O. Vilhena Vieira, R. Glaezer (eds.). *A Razão e o Voto: Diálogos Constitucionais com Luís Roberto Barroso*, São Paulo: Saraiva, pp. 81-107.

Werneck Arguelhes, D., Hartmann, I.A. (2017). *Timing Control Without Docket Control: How individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda*, in *Journal of Law and Courts*, 5 (1), pp. 105-140.

Werneck Arguelhes, D., L.M. Ribeiro (2015). *O Supremo Individual: Mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político*, in *Direito, Estado e Sociedade*, 46, pp. 121-155.



Abstract

The Judicial System at the Crossroads of Populism and Elitism

“Penal populism” has become a common expression and a key category among scholars of both political populism and crime and punishment, and it is often opposed to the concept of “penal elitism”. “Judicial populism” can be considered a sub-category of the more general category of penal populism inasmuch as it relates to the judicial application of criminal law. Also in this case we may observe a dialectic between “populism” and “elitism”. The judiciary, for instance, can be presented as an agent of moralization, because of its independence and its (purportedly) apolitical nature. Thus, judicial populism is located at the crossroads between penal populism and penal elitism: it shares with penal populism a claim to speak for the people, but this claim is clearly advanced by a technocratic elite.

Keywords: penal populism; penal elitism; judicial populism; judicialization of politics; politicization of judiciary.



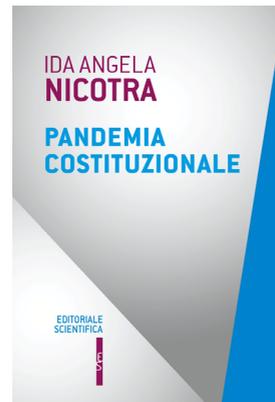
Recensioni



Ida Angela Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 154

A oltre un anno dalla dichiarazione, da parte del direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità, della pandemia Covid-19, può dirsi ampiamente maturata l'occasione per un bilancio complessivo (anche se parziale e da aggiornare) della risposta normativa con cui in Italia e in altri ordinamenti si è cercato di affrontare tanto la malattia in sé (per contenerne il più possibile la diffusione e gli effetti), quanto le sue conseguenze in ambito extrasanitario. Le riflessioni della dottrina – costituzionalistica e non solo – sono in realtà iniziate da molto tempo (se si fa eccezione, volendo, per i primi giorni dell'emergenza, comprensibilmente dominati dall'incertezza, dalla paura e dall'impotenza di fronte a un virus che appariva irrefrenabile, quanto il conteggio delle vittime) e si sono amplificate con il passare del tempo e il susseguirsi di atti parlamentari e governativi, i secondi in misura assai maggiore rispetto ai primi.

Fin dal mese di marzo 2020 è apparso chiaro che circostanze straordinarie come quelle che si stavano vivendo richiedessero interventi e poteri straordinari; non mancava di certo, tuttavia, la consapevolezza dei rischi





altrettanto straordinari – nei vari significati dati a questa parola, sia nel senso di *extra ordinem*, sia volendone sottolineare la grandezza e la delicatezza – legati a quegli interventi e a quei poteri. Ciò vale innanzitutto con riguardo alle limitazioni di diritti e libertà costituzionali decise a tutela del diritto alla salute quale diritto individuale e interesse della collettività (art. 32 Cost.), ma il discorso inevitabilmente si allarga.

Si sviluppa da qui il più recente libro di Ida Angela Nicotra, *Pandemia costituzionale* (pubblicato da Editoriale Scientifica nella collana «Questioni contemporanee»). Si tratta della versione ampliata dell'intervento svolto al convegno *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali* (organizzato dall'Associazione italiana dei costituzionalisti il 4 dicembre 2020): un testo agile ma che tocca i punti nevralgici della questione ed è ugualmente ricco di riferimenti utili a dare conto in modo esaustivo di vari aspetti problematici e da valutare con cura in futuro (quando la situazione sarà meno "alterata" dagli effetti da Covid-19, ma pure prima).

Il titolo scelto per il volume di Nicotra in effetti non ricorre più, così com'è, nelle pagine successive, ma l'autrice rende subito chiara la sua tesi: «L'ondata travolgente del virus sta ponendo sotto stress anche le categorie costituzionali abitualmente adottate in tempi di calma istituzionale, con un impatto vistoso sulla forma di governo e sullo statuto dei diritti costituzionali». Posto che il concetto di «pandemia» suggerisce una dimensione, una scala "territoriale" (o materiale) più ampia rispetto a quello di «epidemia» (anche solo in chiave etimologica¹), l'idea di questo

¹ In base a quanto suggerito dal *Grande dizionario della lingua italiana* (Utet Grandi Opere), «epidemia» (composta da $\epsilon\pi\tau$, "sopra" e $\delta\eta\mu\omicron\varsigma$, "popolo") rimanda a un fenomeno che si diffonde all'interno di una comunità definita, di un paese; «pandemia»



virus che non si estende solo tra le persone e i territori, ma – come “effetti collaterali” – produce conseguenze anche sulla società e sulle istituzioni e non si limita ad alcune parti della prima o delle seconde, ma finisce per agire su scala sempre più ampia.

L'autrice non nasconde come la percezione della minaccia alla sicurezza rappresentata da Covid-19 – arrivata a un secolo dall'ultima reale emergenza sanitaria di proporzioni globali (per cui non si era più abituati a limitazioni pesanti) e a poco meno di vent'anni dall'avvento della minaccia terroristica internazionale (e delle relative risposte securitarie dei vari ordinamenti) – sia in qualche modo accentuata da «una forma di intolleranza nei confronti della dimensione del limite che l'imperversare dell'infezione ha riportato prepotentemente sulla scena dell'esistenza individuale e collettiva», come se non si fosse più in grado di accettare limitazioni – pesanti ma ragionevoli – ai diritti in nome di «una concezione solidaristica della vita comunitaria». Se si è certamente d'accordo con questa riflessione (se ne ha del resto continua dimostrazione in molti fatti di cronaca²), si deve anche concordare con Nicotra nel lamentare «la

(composta da $\pi\alpha\nu$, “tutto” e $\delta\eta\mu\omicron\varsigma$, “popolo”) evoca il concetto di una diffusione a un più ampio numero di persone. Entrambe le parole, nella loro etimologia, non hanno insita una connotazione negativa: certamente «epidemia» l'ha acquistata per prima e «pandemia» (vocabolo formatosi in seguito, su calco del precedente) ha fatto altrettanto. Tutti questi passaggi si ripetono anche nel concetto di «pandemia costituzionale» proposto dal titolo del libro.

² Così com'è esperienza comune che di frequente sia ritenuto (e preteso come) diritto ciò che tale non è, al punto da generare riflessioni in vari ambiti, non solo giuridici: si veda, ad esempio, la riflessione di Alessandro Barbano (*Troppi diritti*), arrivata a parlare di «ipertrofia maligna dei diritti» (un'immagine che ricorda, benché fosse usata con un significato diverso, quella dei «diritti insaziabili» di cui scrisse nel 2000 Anna Pintore).



manca di certezza delle norme scritte per l'emergenza, la volatilità delle stesse, il cambiamento repentino delle prescrizioni che regolano la vita pubblica e privata delle persone».

Se, come si è scritto più volte, la sicurezza è innanzitutto – e non solo etimologicamente – l'assenza di motivi di preoccupazioni (*sine cura*), si deve ammettere che il fatto stesso di aver dovuto rinunciare per lungo tempo a quella che si poteva ritenere la "normalità dei diritti" è fonte di preoccupazione. In quel contesto, l'incertezza su quando quella condizione potrà essere recuperata e la possibilità che i provvedimenti presi dalle varie articolazioni della *res publica* (o il modo in cui un provvedimento nazionale viene diversamente declinato su base territoriale) diano luogo a «un intreccio caotico» in grado di disorientare l'opinione pubblica oggettivamente aggrava la percezione di insicurezza, con relativa «crisi di fiducia dei cittadini nella legislazione» e in generale verso l'autorità (vista essenzialmente come invadente e liberticida).

Con questo, naturalmente, non si sta cercando di configurare un "diritto alla normalità", difficile da riempire di contenuto (specie nella determinazione dei suoi confini³) e pressoché impossibile da far valere. È però necessario interrogarsi quando le limitazioni introdotte, temporanee ma di fatto (molto) durature, incidono pesantemente sull'esercizio delle

³ La "normalità" è un concetto decisamente soggettivo e relativo, impossibile da definire *a priori* e per chiunque. Le valutazioni dei vari soggetti sull'appartenenza di un comportamento alla propria "normalità" potrebbero essere del tutto divergenti, in base alle priorità di ciascuna persona (si vedano le diverse reazioni di fronte alla chiusura dei servizi di ristorazione, a quelli culturali, sportivi e ricreativi; con ciò ovviamente non si ignora che parte di quegli stessi servizi costituiscono a loro volta esercizio della libera iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*, dunque non si può non tenere conto delle aspettative di chi l'ha esercitata).



libertà costituzionali. Specie se questo avviene a una certa distanza dalla “prima emergenza” (come se non si fosse usato nel modo migliore il tempo successivo alla “fase acuta”, programmando le azioni future contro prevedibili recrudescenze della pandemia per contenere i danni al tessuto socio-economico) e, soprattutto, con una netta preponderanza di atti del Governo, non di rado sottratti al controllo tanto del Parlamento, quanto della Corte costituzionale (ci si riferisce innanzitutto ai noti decreti del Presidente del Consiglio dei ministri).

Nicotra si concentra soprattutto sulla necessità di non estromettere le Camere «dai processi deliberativi che, per il loro dirompente impatto politico, economico e sociale, esigono il coinvolgimento delle Assemblee elettive», ma lo fa soprattutto in prospettiva futura, a breve, medio e lungo termine. Prima necessità sottolineata dall'autrice è evitare il rischio di una “normalizzazione dell'emergenza”, che – al di là di alcune precauzioni che presumibilmente non sarà opportuno abbandonare – proroghi per un tempo indefinito significative limitazioni alle libertà sancite in Costituzione, per non intaccare ulteriormente i rapporti economici e sociali: ciò richiede, come pure in altre situazioni già affrontate dalla Corte costituzionale, un «ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione»⁴ – in questo caso il diritto alla salute (individuale e interesse collettivo) e varie libertà, a partire da quella di iniziativa economica – considerando che il “fattore tempo” ha un ruolo rilevante nell'apprezzamento della ragionevolezza di determinate misure particolarmente

⁴ Si tratta della sentenza n. 85/2013, relativa alla disciplina in materia di tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale, introdotta a seguito del “caso Ilva”.



restrittive (sicuramente nella percezione da parte delle persone, ma verosimilmente anche in un giudizio di legittimità costituzionale⁵).

Analogo bilanciamento dovrebbe avere luogo nel contesto dell'Unione europea⁶, unitamente a una reale ed efficace opera di coordinamento – in precedenza spesso mancata, come pure in una prima fase di questa pandemia – tra le azioni degli Stati e tra queste e quelle dell'Ue: ciò vale tanto per le azioni di politica vaccinale, quanto per le decisioni volte a consentire la ripresa delle economie nazionali e dell'economia europea.

Una parte significativa dello scritto di Ida Nicotra è dedicata a un interessante sguardo diacronico sul “diritto pubblico dell'emergenza” e, in particolare, sugli spazi riservati alle assemblee. Spazi che, per esempio, erano rilevanti nell'antica Roma: di fronte a situazioni di *tumultus* (non per forza legato a guerre o sommosse, come l'uso attuale del termine suggerirebbe, ma assimilabile a una minaccia grave alla sicurezza), la collegialità rimaneva la prima opzione e solo in seguito a una deliberazione del Senato (*iustitium*) si attivava una sorta di “sospensione del diritto” (ma non dell'ordinamento) in via temporanea, lasciando spazio ad azioni discrezionali da parte dei magistrati che ricoprivano ruoli «di grande responsabilità politica»; l'eventuale nomina di un *dictator*, dunque con la rinuncia totale alla collegialità, rappresentava un'eccezione a quella regola (ma assistita da una chiara limitazione nel tempo), tranne che con

⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 15/1982.

⁶ In virtù dell'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e dell'art. 5 Cedu, che sanciscono il diritto di ogni persona «alla libertà e alla sicurezza», nonché – per esempio – delle disposizioni della Carta Ue in materia di lavoro e impresa e quelle dei Trattati sulla libera circolazione delle persone (art. 20 Tfu) e sulle azioni da prendere «in uno spirito di solidarietà» (art. 122 Tfu).



riferimento alle cosiddette “dittature perpetue”, che l’autrice intende fossero volte a «far fronte ad un contesto “post-emergenziale”», con l’uso di «prerogative emergenziali al di fuori del verificarsi di fatti eccezionali».

Guardando invece alla reazione delle democrazie liberali, Nicotra sottolinea come quelle esperienze abbiano dimostrato come non di rado prevedere lo stato di crisi finisse per costituire «un “pretesto”, una sorta di “clausola di salvaguardia dell’assolutismo”, per ristabilire regimi a forte accentramento di poteri a favore della corona». Quelle esperienze – e in particolare la lettura dell’art. 48 della Costituzione di Weimar che di fatto consentì la virata verso il regime nazionalsocialista – avrebbero portato secondo l’autrice i costituenti contemporanei «a rifiutare con forza l’idea che fatti emergenziali possano legalizzare l’esercizio di poteri svincolati dall’osservanza dei principi fondamentali dell’ordinamento»: gli stati di emergenza sono stati così provvisti di limiti e meccanismi di garanzia⁷.

È noto che l’Assemblea costituente in Italia scelse consapevolmente – e Nicotra ne ripercorre rapidamente i lavori – di non regolare lo stato di emergenza, con la sola eccezione (tassativa, non interpretabile in modo estensivo né applicabile analogicamente) dello stato di guerra (art. 78 Cost., disposizione «probabilmente [...] già antiquata al tempo della sua redazione», secondo l’autrice, che riprende un pensiero già espresso da Costantino Mortati). Ciò ha però privato l’ordinamento di uno strumento utile per affrontare situazioni oggettivamente eccezionali ed emergenziali (non legate a valutazioni di natura politica); di più, *a contrario* rispetto

⁷ In questo senso sono molto rilevanti trattati internazionali quali la Cedu (art. 15), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 4) e la Convenzione americana dei diritti umani (tit. IV), con riguardo ai limiti proposti ai poteri in deroga per gli Stati in casi di pericolo pubblico o minacce all’esistenza degli Stati stessi.



all'art. 78 Cost. (che prevede per lo stato di guerra la sola deliberazione del Parlamento, senza alcun intervento del governo, destinatario solo in seguito dei poteri ritenuti «necessari», dunque improntati al principio di proporzionalità), non si sono previsti in Costituzione congegni per assicurare la decisione del Parlamento sull'emergenza, circa l'attribuzione di poteri *extra ordinem* al Governo o la ratifica *ex paulo post* delle decisioni dell'esecutivo. Unica garanzia *sui generis*, volendo, può essere considerata la possibilità di prorogare la durata delle Camere solo con legge e in caso di guerra (art. 60, comma 2 Cost.), non potendosi in tutti gli altri casi differire il voto politico oltre i termini previsti dalla Costituzione, nemmeno dunque in caso di pandemia o altra emergenza sanitaria⁸ (dovendosi al

⁸ Cosa che invece, com'è noto, è stata fatta nel 2020 per le elezioni regionali, comunali, politiche suppletive e per il *referendum* costituzionale e – a libro uscito – è già stata disposta con il d.l. n. 25/2021 per le consultazioni comunali, regionali e suppletive. Se l'autrice ritiene che «in Italia l'eccezionale pandemia abbia avuto l'effetto di allontanare, almeno fino ad ora, l'eventualità dello scioglimento anticipato delle Assemblee parlamentari», va ricordato che dopo l'uscita del libro si è assistito alla crisi del governo Conte-*bis* e al successivo conferimento di un incarico a Mario Draghi (con percorso parlamentare positivo). In quei giorni, il Presidente della Repubblica il 2 febbraio 2021 – dopo il fallimento del mandato esplorativo affidato a Roberto Fico – aveva dichiarato tra l'altro che «il lungo periodo di campagna elettorale – e la conseguente riduzione dell'attività di governo» sarebbe stato coincidente «con un momento cruciale per le sorti dell'Italia» (per le decisioni in termini di politica sanitaria e vaccinale, sociale, produttiva ed economica, soprattutto con riguardo all'accesso al fondo Next Generation EU), senza contare i «tempi tecnici» legati all'inseadimento delle eventuali nuove Camere e del Governo; di più, ancor prima, gli adempimenti del procedimento elettorale preparatorio e della campagna elettorale avrebbero costituito occasioni di rischio per la salute, considerando che «In altri Paesi in cui si è votato – obbligatoriamente, perché erano scadute le legislature dei Parlamenti o i mandati dei Presidenti – si è verificato un grave aumento dei contagi». Parole che confermano, a loro modo, l'indefettibilità della scadenza naturale della legislatura e l'indifferibilità del voto anche in caso di pandemia.



più valutare, secondo quanto suggerito dalla “commissione di Venezia”, metodi alternativi di votazione che consentano di esercitare in sicurezza l’atto fondamentale della democrazia.

Nicotra sottolinea come – in assenza di disposizioni costituzionali esplicite sulle situazioni di emergenza diverse dalla guerra – la Costituzione indichi comunque un «diritto-dovere dello Stato di difesa delle istituzioni e di protezione della comunità nazionale», in nome della solidarietà politica *ex art. 2 Cost.* e anche – se non soprattutto – per questo sia stato concepito lo strumento del decreto-legge (ciò ovviamente al netto delle numerose storture che l’uso della decretazione “d’urgenza” ha conosciuto e consolidato nel tempo, almeno fino agli interventi parzialmente correttivi della Corte costituzionale). Secondo l’autrice, «[l]a sensibilità della Carta si coglie nell’aver delineato una disciplina che si sforza di raggiungere il punto di equilibrio tra velocità della decisione e coinvolgimento delle Assemblee rappresentative», riservando comunque al Parlamento un ruolo centrale (come dimostra anche la convocazione *ad hoc* delle Camere anche già sciolte per la conversione dei decreti-legge).

Non appaiono rispondenti a questo schema – e, tra l’altro, alla riserva di legge rinforzata prevista in materia di libertà di circolazione – né la dichiarazione dello stato di emergenza fondata su disposizioni del d.lgs. n. 1/2018 (anche ritenendo, come condivisibilmente nota l’autrice, «che il sistema di protezione civile non sia stato costruito per regolare un evento emergenziale completamente inedito e imprevedibile come quello determinato dall’infezione da Coronavirus capace di oltrepassare qualsiasi dimensione territoriale» e non rientrante tra i rischi di cui il Servizio nazionale di protezione civile è chiamato di norma a occuparsi) né la sequenza di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, emanati anche sul



fondamento dei vari decreti-legge volti ad affrontare gli effetti del Coronavirus. Al di là dell'indicazione non precisa dei poteri di emergenza – in particolare quelli restrittivi delle libertà costituzionali, al punto da potersi parlare di “norma in bianco” – nel primo episodio di decretazione d'urgenza (d.l. n. 6/2020), la dottrina ha lamentato soprattutto la mancanza di un reale coinvolgimento delle Camere nel dibattito sulle misure da attuare, al di là della mera informazione⁹, dunque con una significativa, concreta compressione delle prerogative degli organi assembleari di rappresentanza.

È forte nell'autrice la convinzione che «[a]nche in epoche estremamente critiche il potere amministrativo di emergenza» debba fondarsi «nel principio di legalità», per cui deve sempre essere la legge ad attribuire determinati poteri (anche molto ampi) a organi amministrativi e a indicare «le modalità di esercizio dello stesso e gli obiettivi da realizzare». Non è stata una fonte di rango primario (ma il d.P.C.M. pubblicato il 4 novembre 2020), invece, ad attribuire a un'ordinanza del Ministero della Salute l'individuazione dei “colori” per le varie Regioni e Province autonome, con evidenti effetti sull'esercizio delle libertà fondamentali.

Non manca poi nel libro un paragrafo di riflessioni sugli effetti della pandemia sulla rappresentanza parlamentare, dunque sul luogo centrale della democrazia e sulla sua “sicurezza” (intesa ovviamente in senso lato). Per Nicotra sarebbe opportuno configurare un «diritto parlamentare dell'emergenza», che salvaguardi tanto «il momento della discussione e del confronto» quanto la fase deliberativa: lo si può fare con previsioni

⁹ Ciò senza contare i problemi legati alla natura giuridica dei d.P.C.M., atti atipici ritenuti amministrativi (non assimilabili alle ordinanze contingibili e urgenti, pur somigliando molto a queste) e poco adatti per comprimere i diritti e le libertà.



regolamentari o – in qualche caso – con accordi in sede di Conferenza dei capigruppo. Dovrebbero in particolare essere i regolamenti a decidere se, in che misura e a quali condizioni rendere possibile il voto a distanza, così da non paralizzare l'attività delle Camere quando non sia possibile la presenza in aula del *plenum* dei componenti (una soluzione tendenzialmente non incompatibile con il dettato costituzionale, ma da valutare con attenzione, anche guardando alle soluzioni adottate da altri Parlamenti).

In generale, Ida Nicotra suggerisce di rendere “produttivo” questo periodo di “seconda ondata lunga” per immaginare e delineare una futura «legislazione dedicata alle crisi sanitarie, adottata con una procedura preferibilmente rinforzata» quando quest'emergenza sarà alle spalle, in modo da non farsi cogliere impreparati in futuro. Anche qui lo strumento della comparazione può tornare utile, per cui l'autrice prende in esame l'ordinamento tedesco, quello francese e quello spagnolo¹⁰, le cui Costituzioni hanno varie disposizioni che regolano gli stati di emergenza, graduandoli e circondandoli di garanzie procedurali, che – specie per gli stati più gravi – assicura la “parlamentarizzazione” dell'emergenza.

Una particolare attenzione per queste norme, più che opportuna, per l'autrice di *Pandemia costituzionale* è necessaria, per un pieno rispetto del dettato costituzionale e per riportare la forma di governo italiana lontano dalle derive e dalle torsioni «verso una sorta di presidenzialismo sotto-traccia» (peraltro già presenti ben prima dell'avvento della pandemia). Il primo fattore scatenante è stato individuato proprio nel «crescente logorio del Parlamento come sede di mediazione politico-partitica e di

¹⁰ Uno sguardo è dedicato anche all'ordinamento statunitense, che invece non prevede alcuna norma costituzionale sul potere di emergenza.



decisione istituzionale» (anche per una sorta di *self restraint* delle stesse Camere). Ciò, come nota con amarezza l'autrice, finisce «per alimentare un misto tra crisi di fiducia e sentimento di scetticismo verso il modello di democrazia parlamentare», lasciando spazio all'intervento della Corte costituzionale (per arrivare là dove il Parlamento ha scelto di non arrivare) e facendo crescere il desiderio di democrazia diretta (o di qualcosa che le somigli o che si presenta come tale)

L'istituzione parlamentare, come sede principale – in teoria – del dibattito democratico, è visto dunque come uno strumento di sicurezza per la sicurezza dei diritti, dunque perché questi non siano erosi o affievoliti da decisioni prese altrove. Sicuramente – Nicotra non lo nasconde e ciò va apprezzato – occorre un'autoriforma delle Camere, a partire dal loro “modo di funzionare”, e anche un loro ruolo più propositivo, rivendicando il proprio spazio e la propria centralità come «luogo di sintesi tra rappresentanza e decisione». Potrebbe non bastare, ma in assenza di queste evoluzioni la «pandemia costituzionale» è destinata purtroppo ad allargarsi ulteriormente, divenendo ancora più difficile farla recedere.

Gabriele Maestri

(Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate;
dottore di ricerca in Scienze politiche – Studi di genere;
coordinatore della redazione di *Democrazia e Sicurezza*)

EDITORIALE

Salvatore Bonfiglio

L'assalto a Capitol Hill e la tenuta dello Stato di diritto nelle democrazie contemporanee

SAGGI

Pamela Martino

I *prerogative powers* al vaglio della Corte suprema nel caso Elgizouli: le prospettive evolutive del *common law* e le nuove frontiere del *judicial review*

OSSERVATORI

Jessica De Vivo

Il nuovo decreto legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e sicurezza: continuità o rottura?

Gabriele Trombetta

'Ronda veneziana', per la Consulta la musica non cambia.

Il controllo di vicinato alla luce di Corte cost. 21 ottobre 2020, n. 236

Susanna Azzaro

La tratta delle donne migranti in Europa e gli interventi nazionali e comunitari nella protezione delle vittime

Giovanni Damele

The Judicial System at the Crossroads of Populism and Elitism

RECENSIONI

Gabriele Maestri

Ida Angela Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021