



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2018, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Guido Raimondi, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo
Giuseppe Tesaro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Claudia Morviducci, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna
Ennio Triggiani, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"



COMITATO DEI REFERES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Assistant Professor in European Law, University of Twente
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidad do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Caterina Fratea, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (Coordinatore), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo



Indice-Sommario **2018, n. 2**

NUMERO TEMATICO

A tre anni dall'Agenda europea sulla migrazione: la tutela dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale nel contesto dello sviluppo delle politiche 'comuni' di immigrazione e di asilo

Editoriale

Giancarlo Guarino p. 1

Saggi e Articoli

Il *Global Compact* sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea
Cristiana Carletti, Marco Borraccetti p. 7

¿Donde están los niños sirios? ¿Y dónde están sus derechos? La Unión Europea no puede olvidar sus principios ni traicionarse a sí misma
Ángeles Gutiérrez Zarza p. 47

No room for you in here? The past and the future of the asylum seekers' reception conditions in Italy
Eugenio Zaniboni p. 80

Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico
Rossana Palladino p. 104

Operation EUNAVFOR MED *Sophia* in the Framework of the European Agenda on Migration: Practical Aspects and Questions of International Law
Eugenio Carli p. 135

Il diritto al gratuito patrocinio nella riforma del Sistema europeo comune di asilo (SECA): un passo avanti e due indietro?
Silvia Favalli p. 152

Commenti e Note

Il diritto penale "contro" lo straniero. Teoria e pratica delle politiche d'integrazione
Maria Ilia Bianco p. 171

L'Agenda europea sulla migrazione dal punto di vista delle migrazioni dei lavoratori qualificati: una valutazione sociologica
Mattia Vitiello p. 201



IL DIRITTO PENALE “CONTRO” LO STRANIERO. TEORIA E PRATICA DELLE POLITICHE DI INTEGRAZIONE

Maria Ilia Bianco*

SOMMARIO: 1. La “paura sociale dello straniero” e la sfida del giurista moderno. – 2. Le “derive” discriminatorie del diritto vivente in materia di porto d’armi. Il caso del *kirpan*. – 3. La detenzione amministrativa dello straniero irregolare e la violazione dell’art. 5 co. 5 CEDU. – 4. Conclusioni. Da un diritto penale dello straniero a un diritto penale contro lo straniero?

1. La “paura sociale dello straniero” e la sfida del giurista moderno

Le massicce ondate migratorie che hanno investito il nostro Paese in questi anni ne hanno profondamente modificato il volto, tanto che la società moderna è diventata un assemblaggio forzato e frazionato di etnie e culture diverse, spesso in frizione tra loro.

In questo contesto, l’assenza di un controllo statale idoneo ad assicurare l’equilibrio e la sicurezza sociale, in combinazione con l’aumento dei flussi immigratori clandestini, ha determinato una situazione di “perenne” emergenza che in pochi anni ha gettato il Paese in una crisi senza precedenti, alimentando la distorta e irragionevole concezione che lo straniero sia (sempre e comunque) un pericoloso criminale, un “barbaro”¹ da emarginare, una minaccia dalla quale difendersi².

Nel sentire comune, lo straniero (soprattutto se appartenente *prima facie* a determinate etnie) è identificato *tout court* con l’immigrato irregolare, un soggetto potenzialmente fuori controllo – al limite, *borderline* – e, dunque, un elemento

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Dottore di ricerca in “Diritto e Istituzioni economico-sociali”, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”. Indirizzo e-mail: mariailia.bianco@uniparthenope.it

¹ T. TODOROV, *La paura dei barbari. Oltre lo scontro delle civiltà*, Milano, 2009, p. 48.

² V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti: diritti, tutele e criminalizzazione*, Torino, 2015, pp. 35-40.

perturbatore degli equilibri delle società ospitanti³. Questo allarmismo generalizzato, che gli studiosi delle discipline sociologiche definiscono “*moral panic*”⁴, ha inevitabilmente influenzato non solo le scelte di politica criminale del legislatore, che ha valorizzato il fattore culturale in funzione *aggravante* del fatto tipico di reato posto in essere dallo straniero⁵, ma anche il diritto vivente che ha iniziato ad avallare le istanze di tutela dell’ordine e della sicurezza sociali a detrimento dei diritti individuali degli stranieri, comprimendoli ingiustamente e irragionevolmente, in spregio degli obiettivi e delle politiche di integrazione promossi dal sistema sovranazionale⁶.

Ne sia riprova la creazione della categoria giuridica dei “reati culturalmente orientati”⁷, sintomatica di una radicale ri-calibrazione degli equilibri valoriali interni al sistema penale, in quanto ha spianato la strada all’idea che taluni comportamenti degli stranieri, pur ponendosi in contrasto con il nostro ordinamento interno, possano al contempo essere considerati leciti (se non addirittura prescritti) secondo il loro ordinamento di provenienza e, perciò, vadano valutati tenendo conto di questa discrasia, calibrando così la risposta sanzionatoria del nostro sistema sulla scorta del cd. *fattore culturale* che li permea.

Nei primi decenni del Duemila, ad esempio, sono stati introdotti nel nostro codice penale i reati di *mutilazione degli organi genitali femminili*⁸ e di *impiego di minori*

³ J. TULLOCH, *Fear of Crime and the Media: sociocultural theories of risk*, in D. LUPTON (ed.), *Risk and sociocultural theory. New directions and perspectives*, Cambridge, 1999, p. 35; T.A. VAN DIJK, *Il discorso razzista. La riproduzione del pregiudizio nei discorsi quotidiani*, Calabria, 1994, pp. 90-99; L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2013, n. 4, p. 765.

⁴ A. CROSSMAN, *Definition of Moral Panic. Overview of the Theory and Notable examples*, in www.thoughtco.com, 19 gennaio 2018; R. CORNELLI, *Paura e Ordine nella modernità*, Milano, 2008, pp.173-176 ove si richiamano le tesi di P. JENKIS illustrate in *Moral Panic: Changing concepts of the Child Molester in Modern America*, New Haven, 1998.

⁵ C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, p. 35 definisce il modello italiano come “assimilazionista discriminatorio” proprio per le spinte del legislatore verso questo eccesso.

⁶ C. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 1111 ss; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3558; A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010; A. DI STASI, L. KALB (a cura di), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Napoli, 2013, pp. 6-10; R. MUZZICA, T.L. TAMBORRA, G. AMARELLI, *Emerging cultural conflicts in Italy: a challenge for criminal law*, in *International Journal of Criminology and Sociology*, 2015, n. 4, pp. 141-153; A. DI STASI, (a cura di), *CEDU e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno*, Vicenza, 2016, p. 51 ss.

⁷ J. VAN BROECK, *Cultural defence and culturally motivated crimes (Cultural offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, vol. 9/1, p. 5; G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2010, p. 24.

⁸ Reato introdotto con la l. n. 7 del 2006 che punisce con la pena della reclusione da 4 a 12 anni chiunque cagioni una mutilazione degli organi genitali femminili attraverso pratiche come l’infibulazione, l’escissione, la clitoridectomia e pratiche con effetti assimilabili. Per interessanti approfondimenti circa la prima applicazione di questa norma e l’“ineffettività” pratica della legge 7/2006 v. F. BASILE, *Il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell’art. 583 bis c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, n. 4, p. 311.

nell'accattonaggio⁹, apparentemente destinati a qualsivoglia tipologia di autore, ma in realtà ritagliati per reprimere specificamente quelle condotte – appunto, culturalmente orientate – poste in essere prevalentemente da soggetti stranieri (africani e rom, per lo più) insediati nel nostro territorio; condotte che, altrimenti, sarebbero pacificamente confluite, con effetti sanzionatori eventualmente e probabilmente più miti, nelle fattispecie astratte già esistenti di lesioni personali, di violenza privata, di maltrattamenti in famiglia¹⁰ o di riduzione in schiavitù¹¹.

Per altri versi, il ruolo del “soggetto straniero” sta contribuendo a far acquisire sempre maggior rilievo, quasi consegnando ad esso la dignità di autonoma branca del diritto penale, anche alla cd. *crimmigration law*¹², ossia al diritto penale dell'immigrazione, che raccoglie e disciplina, tra gli altri, anche quei reati che puntano a incriminare le condotte delle organizzazioni criminali (spesso di connotazione transnazionale) volte al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani¹³.

Come già accennato in precedenza, anche il versante giurisprudenziale ha contribuito ad aumentare la tensione tra la connotazione in senso culturale delle fattispecie di reato e l'esigenza di ragionevolezza di un sistema penale che dovrebbe guardare più ai fatti di reato che non ai loro potenziali autori: pur in assenza di interventi *ad hoc* da parte del legislatore, ulteriori casi di crimini culturalmente orientati sono stati infatti il frutto della discrezionalità (per certi versi eccessiva) delle Corti che, nell'interpretare “in maniera culturalmente sensibile” le norme presenti nel nostro ordinamento, hanno adottato soluzioni spiccatamente volte a soddisfare le richieste di sicurezza sociale ed a contenere l'emergenza in atto, dettate da logiche momentanee, volte a dirimere solo nell'immediatezza di alcuni episodi “clamorosi” i pericolosi conflitti socio-culturali connessi a tali manifestazioni criminose, ma assolutamente inadeguate a garantire, nel lungo termine, l'integrazione e la valorizzazione delle diversità etniche e culturali nel tessuto sociale ospitante¹⁴.

⁹ Per approfondimenti v. anche P. PITTARO, *Impiego di minore nell'accattonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, p. 238.

¹⁰ Sul tema v. M. LO GIUDICE, *Maltrattamenti in famiglia “condizionati e motivati” dalle componenti (sub)culturali del reo*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, n. 4, p.1376; F. PIQUÈ, *La subcultura del marito non elide l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti, né esclude l'imputabilità del reo*, in *Cassazione penale*, 2012, n. 1, p. 2962.

¹¹ F. LOMBARDI, *Osservazioni a Cassazione penale, sez. III, 23 settembre 2015 n. 40663*, in *Cassazione penale*, 2017, n. 1, p. 228.

¹² M. BALBONI, *Verso un diritto penale europeo dell'immigrazione?*, in A. PAHLADSINGH, J. WAASDORP (a cura di), *Crimmigration Law in the European Union*, Bologna, 2017, pp. 15-30.

¹³ F. URBAN, *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale e internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, in *Rivista trimestrale di Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, n. 1, pp. 122-133; ivi J.E. VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, pp. 112-120; L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2016; V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti: diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, p. 224 ss.

¹⁴ G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categoria dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2014, p. 24; A. PROVERA, *Il giustificato motivo come limite intrinseco della tipicità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 964; A. CHIBELLI, *Reati “culturalmente motivati”*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 2, p. 706; M.P. DI BLASIO, *La rilevanza della*

Proprio di tale *trend* “assimilazionista discriminatorio”¹⁵ della giurisprudenza italiana si darà dettagliatamente atto nel corso del presente lavoro, attraverso l’analisi di peculiari casi giurisprudenziali che hanno acceso ampi dibattiti non solo tra gli esperti del diritto ma anche tra studiosi di discipline contigue, data la trasversalità del tema.

2. Le “derive” discriminatorie del diritto vivente in materia di porto d’armi. Il caso del *kirpan*

La paura sociale dello straniero¹⁶, sotto il profilo culturale, e le politiche di “ghettizzazione” dei migranti¹⁷, sotto quello normativo, hanno spinto il diritto vivente ad orientarsi sempre più spesso nel senso di una compressione della tutela delle minoranze etniche, in ragione della maggior pregnanza riconosciuta ai valori dell’ordine e della sicurezza pubblici e della equilibrata convivenza tra i consociati¹⁸.

Si tratta di un delicato gioco di equilibri, questo è fuori discussione: la sicurezza dei consociati e l’ordine pubblico sono beni essenziali per la tenuta della società, beni che non a caso vengono messi in rilievo anche a livello sovranazionale, quali interessi da garantire e proteggere nella progettazione e gestione delle politiche migratorie¹⁹; e, tuttavia, in Italia questi valori della collettività “autoctona” hanno assunto una tale considerazione da sbilanciare a proprio favore quella composizione di interessi, sino a comprimere in maniera del tutto ingiustificata le libertà individuali e i diritti fondamentali dei migranti, ai quali, ad esempio, la Corte di Cassazione, in una recente pronuncia, ha espressamente richiesto di abdicare ai principi della propria tradizione per conformarsi a quelli del mondo occidentale nel quale hanno liberamente deciso di

scriminante culturale nel sistema penale italiano, in *Giurisprudenza penale*, 2016, p. 15; A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell’offesa*, Aracne, 2012, pp. 12-20; L. MONTICELLI, *Le “cultural defence” (esimenti culturali) e i reati “culturalmente orientati”. Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Indice Penale*, 2003, p. 541.

¹⁵ C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 64.

¹⁶ C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, pp. 125-147; L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, n. 4, pp. 765 ss; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei media)*, in *Rivista penale di diritto e procedura penale*, 2006, n. 2, pp. 467-538; E. GRANDE, *Il dispositivo penale della paura. Diffusione di un’ideologia*, in *Democrazia e diritto*, 2014, vol. 51, n. 3, p. 17 ss; R. CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, Milano, 2008, p. 28; M.H. BARLOW, *La natura ideologica delle notizie sul crimine*, in G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005.

¹⁷ A. SPENA, V. MILITELLO, *Il traffico di migranti*, cit., ove a p. 225 si riferisce, infatti, che ex criminali ed immigrati sono ormai diventati gli “outsiders” rispetto ai quali i cittadini richiedono protezione. Questa protezione viene attuata dallo Stato attraverso l’adozione di politiche di controllo dell’immigrazione irregolare essenzialmente escludenti dal momento che le pratiche di espulsione non necessitano di particolari giustificazioni per essere legittimate.

¹⁸ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, pp. 124 ss.; A. DI STASI, L. KALB (a cura di), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, cit., pp. 7-10.

¹⁹ V. ad es. combinato disposto degli artt. 2 e 80 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (Trattato di Lisbona firmato nel 2009).

vivere, dichiarando “...intollerabile che l’attaccamento ai propri valori, seppur leciti secondo le leggi vigenti nel Paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante”²⁰.

Una decisione discutibile che non a caso ha generato un acceso dibattito giuridico, non tanto per il suo contenuto dispositivo (con il quale è stato condannato uno straniero per aver tenuto un comportamento culturalmente motivato ma in violazione di una norma interna), quanto, soprattutto, per le “imbarazzanti”²¹ argomentazioni nazionaliste e conservatrici che l’hanno sorretto²².

Più nello specifico, con tale sentenza è stato condannato un soggetto di origini indiane, di religione *sikh*, per porto in luogo pubblico di un oggetto atto ad offendere – vale a dire del suo *Kirpan* (una sorta di pugnale ornamentale) – ritenendo il motivo religioso addotto dall’autore a propria giustificazione non sufficiente ad integrare la scriminante di cui all’art. 4, comma secondo, della legge n. 110 del 1975 che criminalizza, appunto, le condotte di porto in luogo pubblico di armi improprie o oggetti idonei ad offendere che non siano sorrette da un “giustificato motivo”²³.

Premesso che tali soggetti, gli indiani *Sikh*, sono tenuti a rispettare, tra i vari precetti etici e morali imposti dalla propria appartenenza religiosa, anche un preciso codice d’abbigliamento, che serve ad esteriorizzare la loro fede e il loro legame con Dio, si segnala che tra gli ornamenti di culto che contribuiscono a comporre la vestizione sacra

²⁰ Cassazione penale, sez. I, sentenza del 16 maggio 2017, n. 24084.

²¹ Così si esprime A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L’evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, n. 2 che a p. 677 definisce alcuni passaggi della sentenza “francamente imbarazzanti...espressivi al contempo di evidenti pregiudizi e di frettolosità nel redigere le motivazioni...”.

²² Cassazione penale, sez. I, sentenza del 15 maggio 2017, n. 24084, cit., validi commenti, tra gli altri, A. CHIBELLI, *Reati culturalmente motivati*, in *Archivio penale*, 2017, n. 2, pp. 695 ss.; ID., *La Cassazione e la (ir)rilevanza del “fattore multiculturale”: su Kirpan e dintorni*, in *Archivio Penale web*, 2017, p. 2 ss.; A. NEGRI, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e valori del mondo occidentale*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2017; A. BERNARDI, *Populismo giudiziario?*, cit., p. 671; A. GUSMAI, «Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni sul porto del kirpan. A margine di Cass. pen., Sez. I, sent. 24084/2017, in www.dirittifondamentali.it, 6 maggio 2017; E. MAZZANTI, *Porto non autorizzato di kirpan e conformazione ai valori occidentali: un caso di diritto penale “dalla parte del manico”*, in *Cassazione penale*, 2017, n. 12, p. 4474; A. RUGGERI, *La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell’inevitabile scontro) tra le culture nella cornice del pluralismo costituzionale*, in *Consulta online*, 2017, n. 2, p. 316.

²³ La legge n. 110 del 1975 recante “Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, munizioni ed esplosivi”, all’art. 4, rubricato “Porto di armi od oggetti atti ad offendere”, secondo comma (come modificato dall’art. 5 del d.lgs. 26 ottobre 2010 n. 204) testualmente recita: “Senza giustificato motivo, non possono portarsi fuori della propria abitazione o della appartenenza di essa, bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni, sfere metalliche, nonché qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l’offesa alla persona, gli strumenti di cui all’art. 5, quarto comma, nonché i puntatori laser o oggetti con funzioni puntatori laser, di classe pari o superiore a 3b, secondo le norme CEI EN 60825-1, CEI EN 60825-1/A11, CEI EN 60825-4”.

rientra anche un pugnale, dalla forma arcuata, e dotato di filo di lama delle dimensioni inferiori ai venti centimetri, chiamato, per l'appunto, *Kirpan*²⁴.

È evidente, a questo punto, il potenziale “conflitto di doveri” che incombe su tali soggetti: la condotta di porto in pubblico del *Kirpan*, prescritta ed imposta da una regola religiosa, costituisce, allo stesso tempo, un fatto astrattamente passibile di incriminazione secondo la nostra legislazione interna, in quanto potenzialmente pericoloso per la collettività e, di conseguenza, incriminabile ai sensi dell'art. 4 co. 2 della legge n. 110/75.

Sebbene la norma appena richiamata non criminalizzi espressamente il porto in pubblico del *Kirpan*, sotto il profilo della riconduzione del fatto all'astratta previsione legale, è intuitivo come questo possa rientrare nella condotta di porto in pubblico di “armi improprie” ed “oggetti idonei ad arrecare un'offesa alla persona” ivi indicata; norma che tra l'altro, con un'ampia formula di chiusura, individua l'oggetto materiale della condotta anche in “*qualsiasi altro strumento, non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile per le circostanze di tempo e luogo, per l'offesa alla persona*” il cui trasporto in luogo pubblico è generalmente vietato ove non sorretto da un “*giustificato motivo*”.

Poiché la norma non indica tassativamente cosa debba intendersi per “oggetti atti ad offendere”, data l'ampia gamma di strumenti del genere che tradizionalmente vengono utilizzati per scopi leciti (in particolare per l'espletamento di alcune attività lavorative – forbici, cacciaviti, attrezzi da giardinaggio, ecc.), si è reso necessario, in virtù dell'altrettanto ampia capacità semantica e incertezza dogmatica della formula “senza giustificato motivo” con la quale la norma si chiude, un intervento chiarificatore della giurisprudenza costituzionale²⁵ che si è preoccupata, in chiave salvifica di una norma altrimenti indeterminata, di fissare dei “criteri-guida” cui l'interprete deve attenersi nell'analisi del caso concreto per decidere, già in punto di tipicità, dell'applicabilità o meno della norma in esame.

Secondo i dettami della Corte Costituzionale, in particolare, l'idoneità offensiva di un oggetto non può desumersi *sic et simpliciter* dalla struttura dello stesso (eventualmente da punta o da taglio), ma deve ricavarsi dalla sua *ratio essendi* e dallo scopo cui è oggettivamente destinato secondo le *normali regole relazionali*²⁶; deve, in secondo luogo, aversi riguardo all'*animus* del soggetto che reca con sé l'oggetto (che non deve essere né *necandi*, né *laedendi*) e che deve inferirsi dalle specifiche condizione di tempo e di luogo e dalle modalità oggettive con cui si perpetra la condotta²⁷; infine,

²⁴ Il termine deriva dalle parole “*kirpa*” e “*aan*” che significano, rispettivamente, “atto di gentilezza” e “rispetto, onore”. Quest'oggetto vale ad insegnare i fedeli *sikh* della carica di “custodi” della pace sociale e del bene collettivo, simboleggia la resistenza al male e alle tentazioni quotidiane e va indossato vicino alla cintura o appeso al collo. Informazioni tratte da *Wikipedia, L'enciclopedia libera*, voce *Kirpan* (link permanente: <https://it.wikipedia.org/w/index.php?title=Kirpan&oldid=94152184>, ultimo aggiornamento 27 gennaio 2018).

²⁵ Corte Costituzionale, sentenza del 29 aprile 1982, n. 79.

²⁶ In tal senso v. ad es. Cassazione penale, sez. I, sentenza del 4 novembre 2014, n. 6261.

²⁷ Cfr. ad es.: Tribunale La Spezia, che con sentenza del 27 febbraio 2013, n. 181 dichiara insussistente il reato di cui all'art. 4, comma secondo, della l. 110/75 ritenendo gli oggetti da taglio rinvenuti

occorre che le ragioni eventualmente addotte dal soggetto agente a fondamento del proprio comportamento siano identificabili con dei motivi rispondenti ad esigenze socialmente riconosciute²⁸ e valide a giustificare la violazione del divieto legislativamente imposto²⁹.

Sulla scorta di questi criteri-guida, la giurisprudenza italiana ha da sempre ritenuto lecito, ad esempio, il comportamento del medico che rechi nella sua valigetta un bisturi chirurgico durante il giro di visite domiciliari; ha ritenuto altresì lecito il trasporto di un coltello da parte di un giardiniere, trattandosi di un utensile funzionalmente destinato all'espletamento della sua attività lavorativa³⁰; ha, infine, ritenuto non rilevante la condotta di porto in pubblico di una mazza da baseball di un soggetto che dimostri, attraverso elementi oggettivamente riscontrabili, che si stia recando a disputare una partita o ne stia facendo ritorno³¹.

Attraverso la logica della "sostanziale" e concreta capacità lesiva dello strumento oggetto della condotta tipica, sottesa ai suindicati criteri, la giurisprudenza ha ritenuto idonei ad offendere anche oggetti apparentemente inoffensivi, in ragione delle circostanze di tempo e di luogo e delle modalità caratterizzanti il loro concreto impiego³².

Dunque, avendo riguardo non solo alla naturale destinazione dell'oggetto trasportato, ma anche attraverso la contestualizzazione della condotta e la valutazione del motivo addotto dall'agente a sostegno della stessa, l'interprete può decidere della rilevanza o meno del fatto concreto ai fini dell'applicazione della norma penale³³.

nell'autovettura del reo non immediatamente disponibili all'utilizzo per l'offesa alle persone, in considerazione del fatto che fossero riposti nell'abitacolo mentre l'auto era parcheggiata ed il reo era in casa. In tal senso, poi, anche Corte di Cassazione, sezione IV penale, sentenza del 16 maggio 2013, n. 23702 che ritiene configurabile il reato quando l'agente abbia la pronta disponibilità dell'oggetto atto ad offendere e possa farne un uso quasi immediato; nonché Tribunale di Napoli, Sezione 1 penale, che con sentenza del 5 luglio 2017 n. 8016 afferma che per la sussistenza del reato di cui all'art. 4, comma secondo, della legge 110/75, deve tenersi conto non solo delle dimensioni dello strumento atto ad offendere ma anche di tutte le modalità del fatto concreto e della personalità del reo, che possono dare un particolare significato al fatto obiettivo del porto ingiustificato (ed il riferimento è fatto in particolare allo stato di tossicodipendenza del soggetto, oltre tutto non incensurato).

²⁸ Cfr. es. Tribunale Frosinone sentenza del 26 giugno 2017 n. 848 e Tribunale Torre Annunziata, sentenza del 04 aprile 2017 n. 779 disponibili in <https://www.iusexplorer.it/Dejure/ClusterResultList?IdDataBank=0>.

²⁹ Corte Costituzionale, sentenza del 29 aprile 1982, n. 79, cit., al § 5 testualmente statuisce: "La norma in esame non può considerarsi di contenuto non predeterminato perché chiaramente stabilisce specifici criteri di individuazione delle armi improprie: idoneità degli strumenti all'offesa della persona; non equivocità del proposito di arrecare tale offesa desumibile dalle circostanze di tempo e di luogo e dalla mancanza di motivi che giustificano il porto degli strumenti fuori della propria abitazione..".

³⁰ Trattasi di giurisprudenza corroborata e di cui è fatto richiamo nella più recente sentenza della Cassazione penale, sez. I, sentenza del 15 maggio 2017, n. 24084, §2, pp. 3-4.

³¹ Corte di Cassazione, sez. I pen., sentenza del 3 luglio 2003, dep. 31 luglio 2003, n. 32269 e da ultimo richiamata anche in Corte di Cassazione, sez. I pen., sentenza del 20 luglio-5 maggio 2017, n. 21782.

³² La Corte di Cassazione, sez. VI pen., con sentenza del 19 luglio 2011, n. 42428 ha, ad esempio, classificato come arma impropria una stampante rotta, confermando l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 585 comma 1 c.p. in capo al soggetto che l'aveva scagliata violentemente contro qualcuno nel corso di una colluttazione.

³³ In tal senso A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, n. 1, pp. 9-11; v. anche

Quid iuris a proposito della condotta dell'appartenente alla comunità *Sikh* che, in virtù dei suoi obblighi morali e religiosi, indossa un oggetto (il *Kirpan*) *prima facie* avente natura oggettivamente pericolosa, in quanto consistente, essenzialmente, in un'arma da taglio? Possono gli altri criteri individuati dalla giurisprudenza costituzionale superare la presunta pericolosità insita nel porto di un oggetto, sì ornamentale, ma che niente altro è che un vero e proprio pugnale?

Fino al 2009 circa, la giurisprudenza italiana si era orientata nel senso di riconoscere liceità alla condotta del *Sikh*, sul presupposto che il porto del *kirpan* costituisse esercizio di un diritto fondamentale dell'individuo, ovvero sia quello di professare liberamente la propria fede religiosa, garantito sia dall'art. 19 della nostra Carta costituzionale che dall'art. 9 della CEDU³⁴; come tale, in particolare, idoneo ad integrare il “giustificato motivo”³⁵ di cui all'art. 4 comma secondo della normativa in esame³⁶.

Tale orientamento, per di più, era in linea con le esperienze prasseologiche di altri Paesi occidentali, tradizionalmente classificati come “*multiculturalisti*”³⁷ per la loro vocazione decisamente inclusiva dello straniero nel tessuto sociale ospitante, e che scriminano tutt'oggi il porto del *Kirpan* da parte del fedele *Sikh*: in Scozia e nel Regno Unito, ad esempio, esistono legislazioni in materia di porto d'armi molto simili alla nostra, ivi comprese le disposizioni riguardanti il porto in pubblico di armi improprie o oggetti atti ad offendere, anche se, a differenza del nostro impianto, poggiano su un dettato normativo molto più dettagliato, il quale espressamente indica tre gruppi di motivi validi a giustificare le condotte pericolose, vale a dire il trasporto dell'oggetto finalizzato ad impiegarlo in un'attività *lavorativa*, quello dovuto a ragioni *religiose* ed, infine, quello dettato dall'appartenenza ad una *cultura* o derivante dal proprio *costume nazionale*³⁸. Ancora, in prospettiva comparativa, si possono addurre gli esempi dei sistemi Canadese e Olandese, ove è stato il formante giurisprudenziale a consentire ed avallare il consolidamento di una generalizzata ammissibilità del porto in pubblico del *kirpan*, valorizzando il fattore religioso come legittimo esercizio di un diritto

Cassazione penale, sez. I, sentenza del 14 gennaio 2008, n. 4498 e Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 9 luglio 1997, n. 7739.

³⁴ B. MARCHETTI, *Libertà religiosa e Cedu, report annuale 2011-Italia*, in www.ius-publicum.com, settembre 2011.

³⁵ Sulla natura del “giustificato motivo” di cui all'art. 4 comma secondo della legge 110/75 si registrano orientamenti contrastanti in dottrina di cui è dato conto in A. PROVERA, *Il “giustificato motivo: la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, n. 2, 964 ss.

³⁶ In tal senso ad es. Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza n. 7739 del 1997; Tribunale di Cremona, sez. pen., sentenza del 19 febbraio 2009, n. 15, in *Diritto ecclesiastico*, 2009, nn. 3-4, p. 769; Tribunale di Vicenza, Gip, decreto del 28 gennaio 2009, in *Corriere del Merito*, 2009, p. 536.

³⁷ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p. 122 e C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 140.

³⁸ In particolare, in Inghilterra e Galles, l'art. 139 del *Criminal Justice Act* del 1998, al punto 5 statuisce “it shall be a defence for a person charged with an offence under this section to prove that he had the article with him: a) for use at work; b) for religious reasons; c) or as part of any National costume”. Ugualmente, in Scozia, l'art. 49 del *Criminal Law Consolidation Scotland Act* del 1995, al punto 5 afferma “Without prejudice to the generality of subsection above, it shall be a defence for a person charged with an offence under subsection 1 that he had the article with him: a) for use at work; b) for religious reasons; c) or as part of any National costume”.

riconosciuto sia a livello interno che sovranazionale e liberamente esercitabile, seppur nei limiti del rispetto dell'integrità altrui e della pubblica sicurezza³⁹.

Eppure, nonostante un tale movimento *multiculturalista*, registrato a livello comparativo e sovranazionale, dopo il 2009 in Italia si è assistito ad un improvviso e apparentemente irragionevole cambio di orientamento: le Corti, pronunciandosi su alcuni casi di porto in pubblico del *kirpan* da parte dei fedeli *sikh*, di fronte al motivo religioso addotto dagli stessi a giustificazione delle proprie condotte, ne hanno inopinatamente ricalcolato il “peso valoriale”, stabilendo che l'esercizio della libertà di religione non può mai prevalere sulle esigenze collettive di ordine pubblico e sicurezza collettiva: *ergo*, il porto in pubblico di un pugnale, benché sacro, costituisce una minaccia concreta per la sicurezza dei consociati ed il motivo religioso addotto dai *Sikh* viene ritenuto non più idoneo ad integrare il giustificato motivo richiamato in norma⁴⁰.

Un mutamento di rotta apparentemente inspiegabile dal momento che la normativa di riferimento non è variata, i criteri-guida dettati dalla Corte Costituzionale nel 1982 conservano la loro validità e non si sono registrati casi di aggressione da parte dei fedeli *Sikh* ai danni di alcuno.

Sembra allora che le ragioni del nuovo orientamento siano da ricercarsi nelle trasformazioni ideologiche del contesto sociale ospitante, trasformazioni con le quali i Giudici hanno ritenuto di doversi confrontare per interpretare il diritto penale in chiave evolutiva (in senso *dinamico*, ma non necessariamente di un suo progresso *qualitativo*), in modo, cioè, da garantirne la costante “approvazione” da parte di quella maggioranza dei consociati con la quale, evidentemente, il diritto vivente ritiene di doversi identificare⁴¹.

In effetti, il contesto culturale italiano è stato fortemente provato dagli sbarchi incontrollati e massicci avvenuti tra gli anni 2008-2011, frutto di una profonda crisi economica ed istituzionale dei paesi nord e centro africani, e dall'emergenza immigrazione che ne è derivata⁴², nonché dagli attacchi terroristici, prevalentemente di matrice islamica, che hanno investito l'Europa, fomentando sempre più una

³⁹ Per quanto concerne l'esperienza canadese si rimanda alla nota sentenza della *Supreme Court, Multani v Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006, illustrata compiutamente in F. ASTENGO, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it con la quale è stato consentito ad uno studente dodicenne di entrare nell'edificio scolastico indossando il *kirpan*, ritenendo il suo esercizio del diritto compatibile con le esigenze di sicurezza dei consociati. In riferimento, invece, all'esperienza olandese vedasi *ETC 1997-24.25 March 1997* con cui la *Equal Treatment Commission* condannò il gestore di un albergo per aver ingiustamente licenziato un lavoratore di fede *sikh* il quale si rifiutava di dismettere il suo *kirpan* durante lo svolgimento dell'attività lavorativa.

⁴⁰ Si ricordano all'uopo le due più recenti pronunce dello stesso segno della Corte di Cassazione, *sez. I pen.*, del 14 giugno 2016 n. 24739 e del 6 giugno 2016 n. 25163, commentate in A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2017, n. 1, p. 2-29.

⁴¹ I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione giustizia*, 2017, n. 1 e ID., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2002, cap. IV, p. 217.

⁴² Per approfondimenti in particolare su “l'accoglienza reticente” dello Stato italiano v. M. AMBROSINI, *Richiesti e respinti: l'immigrazione in Italia. Come e perché*, Milano, 2010, p. 55 ss.

incontrollata ed istintiva “paura” dello straniero, ed una speculazione, in chiave politico-elettorale, di tali sentimenti.

La complicatissima gestione delle ondate migratorie da parte delle istituzioni italiane e, sia consentito, l’assenza di validi aiuti e soluzioni da parte del sistema sovranazionale (in particolare di quello eurounitario), hanno determinato l’insorgenza di contesti sociali fortemente disagiati, nei quali grosse frange di immigrati in posizione irregolare hanno iniziato, talvolta anche in forma associativa, a delinquere per sopravvivere e/o per provare a raggiungere i luoghi di ultima destinazione (rispetto ai quali l’Italia costituisce da sempre solo un transito o un corridoio necessario, un Paese di prima accoglienza dalle coste più facilmente accessibili)⁴³.

Accanto all’emergenza immigratoria in atto, ha contribuito a destabilizzare gli equilibri sociali anche il verificarsi di atti di terrorismo ad opera dei fondamentalisti islamici⁴⁴, spesso insediati già da anni nelle comunità ospitanti e, tuttavia, ancora fortemente legati alla loro cultura di provenienza, tanto da mettere a punto dei piani stragisti contro quel mondo occidentale che, con o senza reticenze, li aveva comunque accolti⁴⁵. Non solo in Italia, in verità, ma in pressoché tutti i contesti ospitanti europei, gli attentati terroristici e la diffusa *crimmigration* hanno inevitabilmente messo in crisi la pacifica convivenza tra consociati di etnie e culture diverse⁴⁶. Tuttavia, è per lo più in Italia che lo straniero, indipendentemente dalla sua appartenenza etnica e dalle sue reali intenzioni, è stato acriticamente demonizzato⁴⁷, criminalizzato e ghettizzato (non solo metaforicamente ma anche fisicamente, se si pensa alle detenzioni amministrative eseguite nei Centri di identificazione ed espulsione⁴⁸, oggi ribattezzati Centri di permanenza per i rimpatri, aspramente censurati anche dalla Corte EDU per le violazioni dei diritti umani che ivi sono state perpetrate)⁴⁹.

⁴³ V. POLCHI, *Immigrati. Il 2011 anno record di arrivi. Aumentano le richieste di asilo, più 102%*, in www.larepubblica.it, 30 dicembre 2011; G. FORTI, M. BERTOLINO, *La televisione del crimine: atti del Convegno La rappresentazione televisiva del crimine*, 15-16 maggio 2003, Milano, 2005, p. 637 ss.

⁴⁴ A. SPATARO, *Dati sulle sentenze di condanna pronunciate in Italia, successivamente all’11 settembre 2001, per i reati di terrorismo internazionale o per i reati collegati al terrorismo internazionale*, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 457 ss.

⁴⁵ G. MASINI, *Fondamentalismo islamico: la minaccia si cela in Europa*, in www.ilgiornale.it, 7 gennaio 2015; S. D’AURIA, *Il terrorismo islamista: dalle origini allo Stato islamico. Strategie normative di contrasto*, in *Rassegna Penitenziaria e Criminologia*, 2015, n. 2, pp. 82-123.

⁴⁶ A. CHIRICO, *Libertà religiosa e identità culturale dell’Europa*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2006, n. 2, p. 830; M. MACIOTTI, *Incontri tra culture: un percorso difficoltoso*, in A. NESTI (a cura di) *Multiculturalismo e pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*, Firenze, 2006, p. 136; F. VIOLA, *Diritti umani e globalizzazione del diritto*, Napoli, 2009, p. 17; F. BASILE, *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, cit., p. 363 ss.

⁴⁷ V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti: diritti, tutele, criminalizzazione*, cit., p. 220 ss.; T. TODOROV, *La paura dei barbari. Oltre lo scontro delle civiltà*, cit., p. 125 ss.; L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, cit., p. 766 ss.

⁴⁸ G. CAMPESI, *I centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti: diritti, tutele e criminalizzazione*, cit., pp. 221 ss.; A. CAPUTO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull’immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 3, p. 13 ss.

⁴⁹ M. AMBROSINI, *Richiesti e respinti*, cit., pp. 55-57; A. CASADONTE, P.L. DI BARI, *L’espulsione, l’accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la Legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il*

Il fatto che in Italia lo straniero, indipendentemente dal suo *status* di rifugiato o di richiedente asilo, dalla sua condizione di irregolare o dalla sua etnia di provenienza, sia stato fin da subito etichettato come un criminale o un “outsider” e abbia destato allarmismi generalizzati e paure irragionevoli si è tradotto, in termini giuridici, nella richiesta di maggiori e più insistenti istanze di tutela collettiva alle istituzioni politiche e sociali⁵⁰.

Istanze che sono confluite in disegni di legge presentati al Parlamento, volti, ad esempio, a vietare alle donne islamiche di indossare il *burqa*, per il timore che sotto quell’indumento tipico della loro tradizione potessero celare del materiale esplosivo, piuttosto che la propria identità⁵¹; oppure, ancora, in riferimento proprio al porto del *kirpan* da parte degli indiani di fede *Sikh*, si è tentato di imporre loro di modificarne la struttura, proponendo di privarlo del filo di lama o di saldare il pugnale nel fodero, allo scopo di renderlo *ipso facto* inoffensivo⁵².

Proposte che sono naufragate ma che, probabilmente, non avrebbero risolto né i conflitti interculturali tra i consociati (richiedendo, di fatto, agli stranieri di abdicare alle proprie regole e tradizioni) né, soprattutto, le possibili oscillazioni interpretative e le conseguenti incertezze applicative, se solo si considera che la giurisprudenza,

massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2002, n. 3, p. 33 ss.; P. SCEVI, *Il diritto delle migrazioni: profili civili, penali e amministrativi*, Piacenza, 2010, p. 246; A. FIORAVANTI, *L’Italia se ne frega della Corte Europea dei diritti umani*, in www.linkiesta.it, 21 settembre 2017; R.G. CONTI, G. DI ROSA, P. GORI, C. R. PISCITELLO, *Art. 3 CEDU e condizioni umane di detenzione*, Frosinone, 2017, p. 244; P. MARTUCCI, *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari. Una questione europea fra sicurezza, emergenza e continuità*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 325 ss.; ivi, F. SPITALERI, *Il rimpatrio dell’immigrato in condizioni di soggiorno irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell’Unione Europea*, p. 291 ss.

⁵⁰ V. MASARONE, *L’incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1240; L. LANZA, *Sistema penale e cultura dell’immigrato: quale ruolo per il giudice?*, in B. PASTORE- L. LANZA (a cura di), *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, p. 70 ss.; A. DAL LAGO, *Non persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999, p. 37 ss.; D. MELOSSI, *Il giurista, il sociologo e la “criminalizzazione” dei migranti: che cosa significa “etichettamento” oggi?*, in *Studi sulla questione criminale*, 2008, n. 3, pp. 9; L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, cit., p. 769 ss.

⁵¹ G. BASSETTI, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2012, n. 25, p. 8; A. PROVERA, *Il “giustificato motivo”. La fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, n. 2, p. 964, in nota 81 menziona “i disegni di legge C2422 e C2769, attualmente al vaglio del Parlamento, vietanti «indumenti femminili in uso presso le donne di religione islamica denominati *burqa* e *niqab*»; nonché il disegno di legge C3018, pendente unitamente agli altri due menzionati presso la Prima Commissione della Camera; e segnala, da ultimo, altri due disegni di legge C627 e C3020 che, al contrario, prevedono che il giustificato motivo venga sempre integrato nel caso di utilizzo di vestiario religioso, sancendo la sola necessità che l'utilizzo del vestiario non copra comunque il volto...”.

⁵² V. Senato della Repubblica, XVII Legislatura, d.d.l. n. 1910 del 6 maggio 2015 “Disposizioni in materia del porto del *kirpan* da parte dei cittadini o degli stranieri di confessione Sikh legalmente residenti nel territorio della Repubblica” volto proprio a proporre una modifica strutturale del *kirpan* finalizzata a renderlo non affilabile e dunque inidoneo a produrre ferite da taglio pur lasciandolo intatto nella forma così da continuare ad avere valenza di simbolo di culto. Per approfondimenti v. A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell’abitazione del kirpan*, cit., pp. 24-25.

applicando sempre i *famosi* indici-guida dettati dalla Corte Costituzionale, non ha avuto difficoltà nel classificare come idonei ad offendere anche oggetti apparentemente innocui, come una stampante rotta o una scopa.

Niente potrebbe escludere, date tali premesse, che il porto di un *kirpan*, benché privato del filo di lama, e sempre negando ad esso natura di mero emblema culturale, possa continuare ad essere considerato idoneo ad integrare la fattispecie di cui all’art. 4, comma secondo, della l. n. 110/75, sulla scorta della “contestualizzazione” delle circostanze del caso concreto.

La più recente pronuncia sul tema⁵³, ancora una volta di condanna del fedele *Sikh* – in linea con una tradizione applicativa ormai costantemente a detrimento delle garanzie e dei diritti collegati alla libertà di professione religiosa, a vantaggio delle esigenze di tutela della sicurezza pubblica, dell’ordine pubblico e della pacifica convivenza sociale⁵⁴ – si è segnalata all’attenzione degli operatori del diritto, al di là dei contenuti dispositivi, per le più che criticabili “divagazioni” ideologiche che ne hanno caratterizzato la parte motiva.

In particolare, la Suprema Corte, nel ritenere la libertà di professione religiosa un bene-interesse di per sé sempre recessivo rispetto all’ordine pubblico e alla sicurezza sociale, ha colto l’occasione per specificare che un dovere, ben più pregnante di quello religioso, gravi sempre e comunque su tutti gli stranieri e, cioè, quello di conformare i propri valori alle regole della società nella quale scelgono liberamente di stanziarsi e “*di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all’ordinamento giuridico che la disciplina*”⁵⁵.

Una decisione molto severa, che ripudiando “mezze misure” e “falsi buonismi”, si schiera in maniera perentoria non solo contro il fedele *sikh* ma anche, in via generale, contro qualsiasi individuo straniero che rifiuti di conformarsi al mondo occidentale e ai suoi “valori”.

Una presa di posizione per molti aspetti apodittica e noncurante delle esigenze di contemperamento che, invece, dovrebbero caratterizzare, oggi più che mai, i moderni contesti policulturali, anche in ragione delle istanze di politica sovranazionale che richiedono l’armonizzazione delle discipline interne con quella europea e che, comunque, puntano alla globalizzazione.

Non così, evidentemente, per la nostra giustizia, per la quale, si ribadisce, gli stranieri “*devono verificare la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che regolano la società ospitante e la liceità di essi in relazione all’ordinamento*

⁵³ Corte di Cassazione, sez. I, sentenza del 31 marzo 2017 (dep. 15 maggio 2017), n. 24048.

⁵⁴ Il riferimento è in particolare alle due pronunce dello stesso segno della Corte di Cassazione Penale, sez. I, sentenza del 14 giugno 2016, n. 24739, e sentenza del 6 giugno 2016, n. 25163, commentate in A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell’abitazione del kirpan da parte del fedele sikh*, cit., e richiamate anche nella nota a Cass., sez. I, sentenza del 31 marzo 2017, n. 24048 di A. NEGRI, *Sikh condannato per porto del kirpan*, cit., p. 246 ss.; nonché richiamate in A. CHIBELLI, *Reati “culturalmente motivati”*, cit., p. 706.

⁵⁵ V. §. 2.3 della Cassazione penale, sez. I, sentenza del 31 marzo 2017, n. 24084, p. 4.

giuridico che la disciplina. ...*(poiché) non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppur leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante*⁵⁶.

La Cassazione non ha mancato di richiamare, a sostegno della propria decisione, anche delle pronunce della Corte EDU relative a casi simili, incentrati sulla portata delle restrizioni della libertà di manifestare la propria fede ammesse in base all'art. 9 co. 2 CEDU, quando queste restrizioni siano legalmente date e quando siano strumentali alla tutela della società democratica e dell'ordine pubblico⁵⁷.

Ebbene, nonostante il richiamo alla Convenzione EDU ed agli orientamenti ermeneutici propri di quel sistema sovranazionale sia (generalmente, ed in astratto) apprezzabile⁵⁸, quanto meno sotto il profilo di un *modus operandi* rispettoso e consapevole dell'imperatività della fonte convenzionale, seppur in una delicata e mai automatica ricerca di equilibri con il dettato costituzionale interno, viene naturale chiedersi se non fosse stato il caso di ampliare il proprio spettro visivo, e guardare, ad esempio, anche all'art. 14 di quella stessa fonte⁵⁹, per valutare se il detrimento del diritto dei *Sikh* e, in generale, degli stranieri chiamati a conformarsi a valori alieni alle proprie culture di appartenenza integri o meno una discriminazione secondo un'ottica di tutela "multilivello". Cosicché da garantire che quella ricerca di equilibri cui prima si accennava sia sempre il risultato di una visione sostanziale e complessiva di tutti i valori in gioco, sia quelli interni che esterni, e non limitata al richiamo di quelle sole norme convenzionali "utili allo scopo", ovvero subdolamente intese ad avallare un fenomeno di pre-comprensione dei fatti da giudicare.

La Corte EDU ha specificato in più occasioni, ad esempio, che va considerato discriminatorio un trattamento giuridico quando esso non trovi fondamento in "una giustificazione oggettiva e ragionevole", "non persegua un fine legittimo" o non si basi su di "un rapporto di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito"⁶⁰. L'art. 14, dunque, non impedisce qualsiasi forma di trattamento discriminatorio (o, meglio, differenziato), ma solo quelli che, non risultando l'effetto di un oggettivo e valido compromesso tra "la salvaguardia degli interessi della comunità e

⁵⁶ Cassazione penale, sez. I, sentenza del 31 marzo 2017 n. 24084, §. 2.3

⁵⁷ Cassazione penale, sez. I, sentenza del 31 marzo 2017 n. 24084, §§. 2.5, 2.6, 3; p. 5.

⁵⁸ Di opposto avviso E. PALICI DI SUNI, *Simboli religiosi e laicità: una possibile composizione? Perplessità su alcune recenti pronunce*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2017, n. 1, pp. 1-7 che a pp. 5-6 ravvisa un "clamoroso errore" dei Giudici italiani nell'interpretazione della pronuncia della Corte EDU sul caso *Eweida*.

⁵⁹ L'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed esecutiva a partire dal 1955, recita: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di qualsiasi altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita, od ogni altra condizione".

⁶⁰ M.G. PUTATURO DONATI, *Il Principio di non discriminazione a sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in www.europeanrights.eu, 6 maggio 2015, pp. 1-14, (specificamente p. 2 nota 4).

il rispetto dei diritti e delle libertà sanciti dalla Convenzione⁶¹ (e che non rechino i requisiti poc’anzi illustrati) sia da considerare, per l’appunto, ingiustificato.

Orbene, costituendo la Convenzione un modello di diritto internazionale pattizio, improduttivo di effetti diretti nell’ordinamento interno⁶², seppur attraverso il filtro dell’art. 117, co. 1, Cost., è chiaro che al nostro Stato (come ad ogni altro Stato contraente) è riconosciuta una certa discrezionalità nella gestione e nella disciplina delle “situazioni analoghe” e questo margine di apprezzamento varia a seconda delle circostanze e del contesto in cui i fatti si manifestano.

Va rilevato, inoltre, che l’art. 14 non ha una valenza autonoma, ma è complementare rispetto alle altre disposizioni della CEDU: il suo “peso”, allora, cambia in rapporto alla minor o maggior pregnanza del diritto sancito dalla disposizione alla quale si accompagna e rispetto al quale si lamenta il trattamento discriminatorio; così, ad esempio, nelle vicende riguardanti la compressione di comportamenti culturalmente o religiosamente orientati posti in essere in contesti ospitanti stranieri, il diritto posto in combinazione con l’art. 14 è usualmente la libertà di coscienza e religione di cui all’art. 9 CEDU⁶³. Pur partendo da questo comune presupposto, le pronunce della giurisprudenza sovranazionale in riferimento alle discriminazioni denunciate dagli stranieri ai quali, in taluni contesti lavorativi e sociali, veniva vietato di indossare vesti particolari (come tuniche integrali), accessori di culto o altri emblemi sacri, per ragioni di varia natura, non sono mai state univoche, ma hanno ricalibrato di volta in volta il “peso specifico” del diritto individuale “alla propria cultura” sulla scorta dell’altrui diritto fatto valere in contrapposizione e, tanto, proprio in virtù di quel margine di discrezionalità riconosciuto ai sistemi giuridici interni e alla contestualizzazione del trattamento ritenuto discriminatorio. Così, ad esempio, nel valutare la disparità del trattamento riservato dalla *British Airways* alla propria dipendente, una hostess di volo intenzionata ad indossare, assieme alla divisa imposta dalla compagnia aerea, anche la propria collanina recante un crocifisso, la Corte EDU si è pronunciata a favore della posizione della dipendente, ritenendo la compressione del suo diritto eccessiva rispetto all’ esigenza avanzata dalla controparte di proiettare all’esterno un’immagine neutrale di sé, nel legittimo esercizio del proprio contrapposto diritto di impresa⁶⁴. In particolare, la Corte ha ritenuto inaccettabile l’alternativa prospettata dalla compagnia aerea di far esercitare alla hostess la propria libertà di dimettersi (cd. “*freedom to resign*”) ed ha sottolineato, tracciando un principio di ordine generale, che la libertà di manifestare la propria religione è un diritto fondamentale, per cui una società democratica sana deve tollerare e sostenere il pluralismo e le diversità ed ogni individuo che abbia fatto della religione un principio centrale della propria vita, e che, pertanto, deve essere posto in

⁶¹ Ivi, p. 3.

⁶² Ivi, p. 8, nota 20.

⁶³ E. PALICI DI SUNI, *Simboli religiosi e laicità: una possibile composizione? Perplexità su alcune recenti pronunce*, cit. pp. 3-4.

⁶⁴ E. SORDA, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in www.forumcostituzionale.it, 14 novembre 2013, pp. 1-30 (p. 11).

grado di comunicarlo e manifestarlo agli altri consociati⁶⁵. Con la medesima pronuncia, inoltre, la Corte ha fatto presente che l'abbigliamento religioso di altri dipendenti, precedentemente autorizzati ad indossare, contestualmente alle divise, anche emblemi di culto quali turbanti, bracciali o *hijabs*, non aveva avuto alcun impatto negativo sull'immagine o sul *brand* della compagnia di volo che, oltretutto, aveva modificato le divise rendendo ancor più visibili gli oggetti di culto e dimostrando, per tale via, che le proibizioni precedenti non avevano alcuna cruciale importanza⁶⁶.

Altre decisioni della Corte EDU in materie simili, tuttavia, operando un bilanciamento diverso tra i diritti in contrapposizione, non sono pervenute agli stessi esiti: si segnala, ad esempio, il caso *Dalhab c. Svizzera* del 2001 in cui il divieto di portare il velo imposto ad una maestra di scuola primaria è stato fatto salvo ritenendo tale imposizione un mezzo giustificato, ragionevole e proporzionale rispetto alla tutela del contrapposto e prevalente diritto della collettività di accedere ad un insegnamento neutrale, scevro da espliciti orientamenti religiosi e culturali; od ancora, il caso *S.A.S. c. Francia* del 2014, in cui la Corte EDU ha ritenuto la legge interna con la quale l'ordinamento vietava l'uso del *burqa* o del velo integrale in pubblico non violativa della libertà di religione individuale, ritenendo la decisione dello Stato ragionevole ed il mezzo utilizzato proporzionale in rapporto anche al particolare contesto sociale del momento ove la minaccia alla sicurezza pubblica era resa in qualche misura più attuale e verosimile, stanti i gravi episodi terroristici verificatisi in quel frangente⁶⁷.

Nelle pronunce illustrate, i percorsi motivazionali tracciati dai Giudici della Corte EDU hanno dato prova del margine di apprezzamento che effettivamente la giurisprudenza sovranazionale riconosce a ciascuno Stato contraente nel ponderare la tollerabilità e la legittimità di trattamenti *ictu oculi* discriminatori, attestando la portata variabile del divieto di discriminazione.

Nel caso del porto in pubblico di un *Kirpan*, trattandosi di un comportamento dettato da ragioni di ordine culturale/religioso, asserire un'avvenuta violazione degli artt. 9 e 14 CEDU non sembrerebbe un "fuor di luogo", e la scelta dei giudici italiani di condannare l'indiano rischia di utilizzare in maniera pretestuosa quel margine di apprezzamento che gli organismi sovranazionali lasciano a disposizione dello Stato aderente. Non sembra del tutto infondato prospettare che, ove mai la Corte EDU fosse chiamata a pronunciarsi sul caso deciso dai Giudici italiani ed ora in commento, potrebbe ritenere irragionevole e sproporzionato il mezzo rispetto allo scopo poiché, allo stato attuale, la condotta del *sikh* non sembra costituire nel nostro contesto sociale una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico, tale da giustificare una così eccessiva restrizione del diritto individuale dello straniero.

⁶⁵ Trad. it. da sent. riportata in originale in E. PALICI DI SUNI, *Simboli religiosi e laicità: una possibile composizione? Perplexità su alcune recenti pronunce*, cit, p. 3 nota 4.

⁶⁶ Ivi, p. 4 nota 4.

⁶⁷ Entrambe le pronunce in E. PALICI DI SUNI, *Simboli religiosi e laicità: una possibile composizione? Perplexità su alcune recenti pronunce*, cit., p. 4.

Eppure, a detta della nostra ultima giurisprudenza “*la società multi-etnica è certamente una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali configgenti*”⁶⁸ e l’unica via indicata dal diritto vivente per garantire l’integrazione ed evitare ghettizzazioni e scontri interculturali sembra essere quella di costringere gli stranieri ad abdicare ai propri valori e alle proprie tradizioni, quando siano (apparentemente) incompatibili con quelli del contesto ospitante, per “mimetizzarsi” il più possibile nella società in cui desiderano essere accolti.

Un ragionamento totalmente disarmonico rispetto a quello della Corte EDU che sostiene che “...*a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity*”⁶⁹ senza giungere poi alla conclusione che siano gli stranieri ospitati a doversi uniformare ai suoi valori ma, al contrario, ammettendo che sia la società ospitante stessa a dover garantire che il singolo sia messo nelle condizioni di manifestare il proprio credo religioso quando di esso ne abbia fatto uno stile di vita. Insomma, le due statuizioni sembrano condividere il presupposto di partenza e cioè che una moderna società policulturale debba puntare all’integrazione tra i gruppi di cui si compone, ma giungono poi a conclusioni diametralmente opposte: per la nostra giurisprudenza non è l’ordinamento ospitante a dover assicurare il più possibile il rispetto delle minoranze, ma sono le minoranze a doversi conformare ai valori della società che li accoglie. Pronuncia che disorienta, non solo per la difficoltà di circoscrivere in un perimetro giuridicamente apprezzabile il contenuto dei “valori del Mondo occidentale” cui la Suprema Corte fa riferimento, ma anche per la difficoltà di rinvenire nella CEDU o in altri strumenti internazionalmente vincolanti per l’Italia un simile dovere espressamente imposto alle minoranze etniche.

La statuizione della nostra Corte di Cassazione, dunque, lascia spazio a molte criticità, alcune di ordine più squisitamente tecnico-giuridico, legate alla scelta di non riconoscere natura inoffensiva al *Kirpan*; ed altre di ordine più teorico, legate cioè alla fondatezza dei principi di diritto avanzati dai Giudici nella parte motiva della loro decisione.

Quanto al primo aspetto, la scelta di classificare il *kirpan* come un oggetto offensivo (e il cui porto non sarebbe giustificato neanche in presenza del motivo religioso), seppur astrattamente condivisibile – trattandosi di un pugnale dotato di filo di lama – si pone decisamente in contrasto con altre statuizioni inerenti ad oggetti obiettivamente più pericolosi e offensivi il cui porto, invece, è stato giustificato: la casistica è costellata di ipotesi nelle quali il trasporto di oggetti atti ad offendere, apparentemente anche più di un *Kirpan*, è stato ritenuto lecito in ragione dell’esercizio di diritti probabilmente meno rilevanti di quello della libertà religiosa, spesso valorizzando (in questi casi, sì) il carattere inoffensivo della condotta in base alla mera destinazione impressagli dal detentore. È stata, ad esempio, tollerata la detenzione all’interno della propria autovettura di una mazza da baseball di dimensioni leggermente inferiori a quelle

⁶⁸ Cassazione penale, sez. I, sentenza del 31 marzo 2017, n. 24084, §. 2.3.

⁶⁹ Sentenza in originale in E. PALICI DI SUNI, *Simboli religiosi e laicità: una possibile composizione? Perplexità su alcune recenti pronunce*, cit, p. 3, nota 4.

standard (circa 10 cm in meno della norma) seppur non finalizzata all'imminente utilizzo nell'ambito di una competizione sportiva, e tanto solo sulla base di un'asserita inidoneità strutturale dell'oggetto stesso a recar danno a qualcuno, trattandosi, in particolare, di un semplice *gadget*⁷⁰. Del pari, anche il trasporto di un coltello all'interno di una borsetta da parte di una badante è stato tollerato sul rilievo che la detentrica lo stesse portando con sé nel recarsi ad assistere per il pasto un'anziana ricoverata in una casa di cura ove utensili del genere non venivano forniti⁷¹.

Insomma, trattasi di casi che hanno incontrato la clemenza dei Giudicanti pur non essendo *ictu oculi* privi di potenzialità offensiva e che di certo non aiutano l'interprete a lumeggiare le ragioni per le quali, in un'ottica sistematica, il trasporto di un emblema religioso da parte di un fedele *Sikh* dovrebbe, al contrario, ritenersi ingiustificato a priori e senza eccezioni, lasciando sopravvivere più di un dubbio in ordine all'*irragionevolezza* di una tale disparità di trattamento.

Quanto alle questioni di ordine teorico enucleabili dalla statuizione in commento, si rileva che la Corte, oltre a ritenere sussistente in capo agli stranieri l'obbligo di conoscere le leggi facenti parte del nostro apparato normativo (su tale aspetto, *nulla quaestio*, purché siano rispettati i limiti imposti dal principio di colpevolezza), afferma anche l'esistenza di un obbligo, in capo agli stessi soggetti, di conformarsi ai "valori del Mondo Occidentale" nel quale essi scelgono liberamente di vivere. Al di là della discutibile fondatezza di tale obbligo, non sembra qui neanche possibile provare ad immaginare i problemi ermeneutici che può sollevare il ricorso ad una categoria di riferimento così ampia ed astratta, quella dei "valori del mondo occidentale", trattandosi di principi non scritti né codificati, eticamente condizionati, e, per tale motivo, non necessariamente condivisibili da chi appartiene ad altri contesti culturali e religiosi.

Dalle argomentazioni della sentenza in commento, sembra allora affiorare più di un sospetto sul fatto che il reale intento dei giudici fosse, piuttosto, quello di barricare la società occidentale in un fortino sicuro e impenetrabile per lo straniero, che viene definitivamente escluso ed emarginato senza possibilità di future integrazioni, a meno di non abdicare ai propri valori e alla propria cultura che, evidentemente, a giudizio della Corte, sono sempre inferiori e recessivi rispetto a quelli occidentali.

Naturalmente questa decisione ha generato indignazione e sconforto tra i giuristi più sensibili e garantisti, che opportunamente condannano le derive populiste del diritto penale della nostra epoca⁷² e che ravvisano in questa statuizione l'ennesimo sintomo del declino del diritto penale, oramai in balia delle pressioni e degli allarmismi sociali, della dilagante paura dello straniero e del rifiuto di ciò che è diverso, e che rischia di erodere

⁷⁰ Cassazione penale, sez. I, sentenza del 5 maggio 2017, n. 21782 che classifica l'oggetto come un mero *gadget*.

⁷¹ Cassazione penale, sez. I, sentenza del 3 ottobre-27 febbraio 2014, n. 9662, ove i giudici affermano "la destinazione (dell'oggetto) indicata (dalla badante) non presenta alcun connotato di pretestuosità essendo notoria la necessità, per un soggetto sottoposto a ricovero ospedaliero, di servirsi di strumenti da taglio di regola non forniti in tali condizioni dagli enti sanitari".

⁷² Sono di quest'avviso A. BERNARDI, *Populismo giudiziario?*, cit., p. 688; A. NEGRI, *Sikh condannato per porto del kirpan*, cit., p. 248; A. GUSMAI "Giustificato motivo" e (in)giustificate motivazioni sul porto del kirpan, cit., p. 12.

la propria impalcatura garantista sotto il peso di una tale deriva autoritaria ed antidemocratica, che considera i diritti delle minoranze un valore indiscriminatamente sacrificabile in virtù delle esigenze di sicurezza sociale e di incolumità pubblica. Per di più in aperta antitesi con le moderne politiche sovranazionali di integrazione, le quali richiedono, all’opposto, che tutte le espressioni culturali, anche quelle di cui si fanno portatrici e testimoni le minoranze etniche, siano tutelate e valorizzate, sia in quanto patrimonio di valori e tradizioni distintive di una data comunità sociale stanziata in un dato territorio, sia in quanto bagaglio identitario del singolo individuo emigrato e stanziato altrove⁷³.

Il problema non è di facile soluzione, tutt’altro.

Indubbiamente l’attuazione di politiche inclusive che siano realmente valide ed efficaci richiede ancora grossi sforzi, sia da parte del nostro ordinamento che da parte del mondo occidentale, ma è necessario in primo luogo abbandonare quei pregiudizi e quei timori che impediscono l’attuazione di validi meccanismi di accoglienza dell’“altro”⁷⁴. Finché gli stranieri saranno messi al bando e ghettizzati, continueranno a formarsi quegli “arcipelaghi” di minoranze etniche (per dirla con le parole degli Ermellini) configgenti con il contesto socio-politico ospitante e l’integrazione resterà un’utopia. Né ha senso l’idea di voler trasformare gli stranieri in “ospiti in prova perpetua”, richiedendo loro di dimostrare di meritare quei diritti che invece sono propri di ogni essere umano, in quanto tale, e non in quanto cittadino di un paese occidentale o di uno stato più evoluto. Non è ammissibile, in definitiva, che ancora oggi, in un contesto globale votato all’integrazione sociale, venga sponsorizzata e perpetrata l’idea per la quale “quando si appartiene ad una minoranza bisogna dimostrare di essere migliori per avere il diritto di essere uguali”⁷⁵.

3. La detenzione amministrativa dello straniero irregolare e la violazione dell’art. 5 co 5 CEDU

Le scelte di politica criminale in tema di *crimmigration* e gli orientamenti della giurisprudenza vivente, alquanto discriminatori nei confronti degli immigrati, sono stati censurati anche dagli organismi sovranazionali che non hanno esitato a condannare

⁷³ A. ADINOLFI, *La “politica comune dell’immigrazione” a cinque anni dal Trattato di Lisbona: linee di sviluppo e questioni aperte*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, cit., p. 3; A. PITRONE, *La recente disciplina europea sulla migrazione qualificata: tra promozione della migrazione circolare e politiche di integrazione*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 1, pp. 73-94.

⁷⁴ M. CALIGARI, *Noi e loro. Laboratori didattici sull’immagine dei migranti nei giornali locali. Quaderno didattico*, Rimini, 2015, p. 22 ss.; F. MACIOCE, *Il nuovo noi: la migrazione e l’integrazione come problemi di giustizia*, Torino, 2014, pp. 65 ss.; G. GATTA, *Luoghi migranti. Tra clandestinità e spazi pubblici*, Cosenza, 2014, p. 100 ss.; S. MONTALDO, *Us and them: restricting EU citizenship rights through the notion of social integration*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2017, n. 3, pp. 34-55.

⁷⁵ Citazione tratta da C. COLLANGE, *Madame et le management*, Parigi, 1969.

l'Italia per gli abusi e le violazioni dei diritti umani perpetrati, in special modo, ai danni degli stranieri irregolari trattenuti per l'espletamento delle procedure di identificazione e rimpatrio⁷⁶.

Le condanne inflitte all'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche volendo prescindere da considerazioni inerenti alla gravità e alla condannabilità, senz'altro elevate, delle vicende che le hanno determinate, dimostrano un dato obiettivo e cioè che, nel panorama italiano, l'emergenza immigrati è stata finora gestita con molte difficoltà e senza risultati davvero apprezzabili.

Il diritto vivente, nel tentativo di rispondere alle istanze di tutela sociale e di contenere la crisi in atto, ha reinterpretato le discipline normative disponibili oscillando tra soluzioni talvolta contrastanti. D'altra parte, in un contesto così critico, la sfida del giurista moderno è proprio quella di trovare equilibrate soluzioni di compromesso tra le garanzie dei diritti dell'immigrato e la tutela della sicurezza e dell'incolumità collettive, in modo da comporre gli inevitabili conflitti socioculturali ormai all'ordine del giorno, uniformando quanto più possibile il sistema interno a quello europeo.

Se, quindi, è opportuno (e necessario) punire lo straniero che si ponga scientemente e volutamente in contrasto con i principi e le regole della comunità ospitante⁷⁷; è altresì doveroso, al contempo, assicurargli i mezzi di accesso alla giustizia adeguati e funzionali alla tutela e al concreto godimento dei diritti che gli sono universalmente riconosciuti in quanto essere umano⁷⁸.

La legislazione interna più recente in materia di gestione e controllo delle politiche migratorie⁷⁹, al contrario, avendo riguardo, soprattutto, alle istanze di tutela della collettività, ha optato per interventi volti ad arginare l'emergenza nel breve termine e, in funzione di quest'obiettivo, ha sostanzialmente compresso i diritti degli immigrati, considerandoli generalmente recessivi rispetto all'equilibrio e al benessere sociali⁸⁰.

Anche il diritto vivente ha mantenuto questa linea, e così, in materia di gestione dei flussi immigratori, ha, ad esempio, applicato l'istituto della detenzione amministrativa affidandogli una nuova (e, in rapporto ai dettami comunitari, anche una impropria) funzione di controllo dell'emergenza e della pericolosità sociale dello straniero⁸¹, con

⁷⁶ V. ad es. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 ottobre 2016, *Richmond Yaw e altri c. Italia*, ricorsi nn. 3342/11, 3391/11 e 3447/11.

⁷⁷ V. MASARONE, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, cit., pp. 1241-1244; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 130; C. DE MAGLIE, *Culture e diritto penale*, cit., pp. 112-120.

⁷⁸ M. MACCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, 2012, p. 212 ss.

⁷⁹ V. in particolare le misure di contrasto all'immigrazione irregolare ex artt. 18,19 e 19 bis della l. 13 aprile 2017, n. 46.

⁸⁰ U. NAZZARO, *I decreti "immigrazione" e "sicurezza" del 2017: considerazioni critiche*, in *Rivista Penale*, 2017, nn. 7-8, pp. 599-608 ove l'autore a p. 602 mostra riserve quanto alla legittimità costituzionale non solo delle strutture di detenzione amministrativa così come previste in seguito alla Riforma operata con legge 13 aprile 2017 n. 46, ma anche in merito alle limitazioni dello *status liberatis* dello straniero "che prescindono da un accertamento della sua responsabilità nel corso o quale esito di un procedimento penale".

⁸¹ G. CAMPESI, *I centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*, cit., pp. 221-222.

effetti discriminatori che, infatti, sono stati immancabilmente rilevati dalla Corte EDU⁸².

Ed infatti, nonostante il nostro ordinamento riconosca allo straniero, anche se irregolarmente soggiornante in Italia, tutti i diritti inviolabili della persona umana sanciti dalla Costituzione (*ex art. 2 Cost.*) e quelli previsti dalle disposizioni sovranazionali (in virtù del combinato disposto degli artt. 10, co. 2 e 117 Cost.), questi principi, specie in fase applicativa, stentano ad imporsi e ciò genera, tra l'altro, disarmonie con l'ordinamento europeo.

Un caso emblematico della complessità e delle difficoltà di coordinamento tra le politiche migratorie sovranazionale e quelle interne si rinviene, in particolare, con riguardo alla disciplina della detenzione amministrativa⁸³.

Posto che i Centri di detenzione amministrativa italiani sono ormai da tempo fulcro di accesi dibattiti interni e nel mirino degli organismi sovranazionali per le condizioni disumane che sono state riservate agli immigrati irregolari ivi confinati; alcuni di essi sono venuti all'attenzione degli operatori del diritto a causa di eclatanti episodi di incendi e danneggiamenti cagionati, in segno di protesta, dagli stessi stranieri che vi erano detenuti. In seguito al verificarsi di questi gravi eventi, nel corso di processi giurisdizionali (oltre che, ovviamente, mediatici), l'emersione di gravi fatti di abusi e violenze subite durante la detenzione dagli stranieri è costata, non solo ai singoli Centri denunciati, ma in generale a tutte le strutture italiane di detenzione amministrativa degli immigrati, l'equiparazione ai tristemente famosi campi di concentramento noti alla storia non solo europea⁸⁴.

Si ricordi, al riguardo, il caso dell'ex C.i.e. di Bari dato alle fiamme dagli immigrati che vi erano confinati e poi riaperto nel novembre 2017 come C.p.r., che, nell'ambito di un processo civile intentato dal comune di Bari per ottenere un risarcimento per danno all'immagine, fu definito dai giudici un *campo* affine “ai luoghi rimasti saldamente legati in senso negativo alle strutture di costrizione e di sofferenza di esseri umani che vi erano collocati, come Auschwitz e Guantanamo”⁸⁵.

Ulteriori elementi di criticità che, assieme ai fatti di maltrattamenti registrati in pendenza delle detenzioni amministrative, contribuiscono a mettere in dubbio il valore performante della disciplina italiana, riguardano l'incapacità di perseguire gli obiettivi

⁸² V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Richmond Yaw*, cit., par. 50-51.

⁸³ A. PUGIOTTO, *Di qua dalla manica: la “galera amministrativa” degli stranieri in Italia*, in M. BOSWORTH, *La “galera amministrativa” degli stranieri in Gran Bretagna. Un'indagine sul campo*, Napoli, 2016, pp. 363-392; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 58 ss.

⁸⁴ A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, p. 18 ss.

⁸⁵ Tribunale di Bari, sez. I civ., sentenza del 10 agosto 2017, n. 4089 di condanna della Presidenza del Consiglio dei ministri e del ministero dell'Interno al pagamento di euro trentamila a titolo di risarcimento per danno all'immagine subito dal Comune di Bari.

previsti dalla direttiva 2008/115/CE e l'assenza di canali giurisdizionali adeguati a garantire agli immigrati "trattenuti" nei centri la tutela effettiva dei propri diritti⁸⁶.

Proprio in riferimento a quest'ultimo elemento, cioè alla mancata predisposizione di idonei mezzi di accesso alla giustizia per gli stranieri illegittimamente reclusi nei Centri di permanenza per il rimpatrio (C.p.r.), si è di recente pronunciata la Corte EDU e l'analisi del caso concreto, oltre a portare in luce l'esistenza di un *vulnus* non più trascurabile nell'ordinamento italiano, ha altresì evidenziato la connotazione tutt'altro che inclusiva che sta caratterizzando le politiche migratorie del nostro tempo.

Nella specie, il caso al vaglio della Corte EDU ha riguardato la vicenda di due immigrati irregolari che, destinatari di una proroga del trattenimento in un C.p.r. oltre il termine inizialmente fissato dal giudice, non avevano potuto giovare della riparazione per ingiusta detenzione, di cui all'art. 314 c.p.p., a causa della mancata equiparazione tra gli istituti della restrizione amministrativa nel centro di identificazione ed espulsione (oggi C.p.r.) e dell'istituto penalistico della detenzione nelle case circondariali tradizionali⁸⁷.

Una questione molto scottante, quella della natura giuridica delle strutture di detenzione amministrativa, che alcuni autori identificano come *ibrida*⁸⁸ tra penale ed amministrativa e che genera seri dubbi di costituzionalità.

Giova innanzitutto ricordare che i Centri di trattenimento degli stranieri irregolari nascono in Italia con la l. n. 40 del 1998, che li denomina "Centri di permanenza temporanea ed assistenza" (C.p.t.a) sottolineando la funzione anche assistenziale che avrebbero dovuto svolgere rispetto ai migranti in stato di detenzione; successivamente, con la legge n. 125 del 2008 vengono ribattezzati C.i.e., cioè "centri di identificazione ed espulsione" ed oggi, *ex art.* 19 della legge n. 46/2017, sono stati definitivamente detti C.p.r., ossia "centri di permanenza per i rimpatri". La vocazione assistenziale che inizialmente permeava questi istituti, e che valeva a caratterizzarne il *nomen iuris*, è oggi andata del tutto persa non solo formalmente (in quanto parliamo di C.p.r.) ma anche sostanzialmente. Nonostante gli artt. 13⁸⁹ e 14⁹⁰ del Testo Unico

⁸⁶ C. CORNELLI, *Decreto sicurezza, un concetto pigliatutto poco mirato sui diritti*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 13, p. 10 ss; G. BUFFONE, *Sulla messa a regime del nuovo impianto pesa l'organizzazione*, in *Guida al diritto*, 2017, n. 12, p. 51 ss.; A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, cit., p. 20 ss.

⁸⁷ G. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, n. 3, pp. 295-302.

⁸⁸ U. NAZZARO, *I decreti "immigrazione" e "sicurezza" del 2017: considerazioni critiche*, cit., p. 602.

⁸⁹ L' Art. 13 T.U.I., rubricato "espulsione amministrativa", così recita: 1. Per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro degli affari esteri. 2. L'espulsione e' disposta dal prefetto quando lo straniero: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non e' stato respinto ai sensi dell'articolo 10; b) si è trattenuto nel territorio dello Stato senza aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato, ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo; c) appartiene a taluna delle categorie indicate nell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituito dall'articolo 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327, o nell'articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n.

575, come sostituito dall'articolo 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646. 3. L'espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato. Quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale, l'autorità giudiziaria rilascia nulla osta salvo che sussistano inderogabili esigenze processuali. Nel caso di arresto in flagranza, il giudice rilascia il nulla osta all'atto della convalida, salvo che applichi una misura detentiva ai sensi dell'articolo 391, comma 5, del codice di procedura penale. Se tale misura non è applicata o è cessata, il questore può adottare la misura di cui all'articolo 14, comma 1. 4. L'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, quando lo straniero: a) è espulso ai sensi del comma 1 o si è trattenuto indebitamente nel territorio dello Stato oltre il termine fissato con l'intimazione; b) è espulso ai sensi del comma 2, lettera c), e il prefetto rilevi, sulla base di circostanze obiettive, il concreto pericolo che lo straniero si sottragga all'esecuzione del provvedimento. 5. Si procede altresì all'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica dello straniero espulso ai sensi del comma 2, lettera a), qualora quest'ultimo sia privo di valido documento attestante la sua identità e nazionalità e il prefetto rilevi, tenuto conto di circostanze obiettive riguardanti il suo inserimento sociale, familiare e lavorativo, un concreto pericolo che lo straniero medesimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento. 6. Negli altri casi, l'espulsione contiene l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni e ad osservare le prescrizioni per il viaggio e per la presentazione all'ufficio di polizia di frontiera. Quando l'espulsione è disposta ai sensi del comma 2, lettera b), il questore può adottare la misura di cui all'articolo 14, comma 1, qualora il prefetto rilevi, tenuto conto di circostanze obiettive riguardanti l'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero, il concreto pericolo che quest'ultimo si sottragga all'esecuzione del provvedimento. 7. Il decreto di espulsione e il provvedimento di cui al comma 1 dell'articolo 14, nonché ogni altro atto concernente l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, sono comunicati all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola. 8. Avverso il decreto di espulsione può essere presentato unicamente ricorso al pretore, entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto o del provvedimento. Il termine è di trenta giorni qualora l'espulsione sia eseguita con accompagnamento immediato. 9. Il ricorso è presentato al pretore del luogo di residenza o di dimora dello straniero. Nei casi di espulsione con accompagnamento immediato, sempreché sia disposta la misura di cui al comma 1 dell'articolo 14, provvede il pretore competente per la convalida di tale misura. Il pretore accoglie o rigetta il ricorso decidendo con unico provvedimento adottato in ogni caso, entro dieci giorni dalla data di deposito del ricorso, sentito l'interessato, nei modi di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. 10. Il ricorso di cui ai commi 8, 9 e 11 può essere sottoscritto anche personalmente. Nel caso di espulsione con accompagnamento immediato, il ricorso può essere presentato anche per il tramite della rappresentanza diplomatica o consolare italiana nello Stato di destinazione, entro trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento; in tali casi, il ricorso può essere sottoscritto anche personalmente dalla parte alla presenza dei funzionari delle rappresentanze diplomatiche o consolari, che provvedono a certificarne l'autenticità e ne curano l'inoltro all'autorità giudiziaria. Lo straniero è ammesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato e, qualora sia sprovvisto di un difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice nell'ambito dei soggetti iscritti nella tabella di cui all'articolo 29 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, e successive modificazioni, nonché, ove necessario, da un interprete. 11. Contro il decreto di espulsione emanato ai sensi del comma 1 è ammesso ricorso al tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma. 12. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 19, lo straniero espulso è rinvitato allo Stato di appartenenza, ovvero, quando ciò non sia possibile, allo Stato di provenienza. 13. Lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno; in caso di trasgressione, è punito con l'arresto da due mesi a sei mesi ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato. 14. Il divieto di cui al comma 13 opera per un periodo di cinque anni, salvo che il pretore o il tribunale amministrativo regionale, con il provvedimento che decide sul ricorso di cui ai commi 8 e 11, ne determinino diversamente la durata per un periodo non inferiore a tre anni, sulla base di motivi legittimi adottati dall'interessato e tenuto conto della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel territorio dello Stato. 15. Le disposizioni di cui al comma 5 non si applicano allo straniero che dimostri sulla base di elementi obiettivi di essere giunto nel territorio dello Stato prima della data di entrata in vigore della legge 6 marzo 1998, n. 40. In tal caso, il questore può adottare la misura di cui all'articolo 14, comma 1. 16. L'onere derivante dal comma 10 del presente articolo è valutato in lire 4 miliardi per l'anno 1997 e in lire 8 miliardi annui a decorrere dall'anno 1998.

sull'immigrazione, nel disciplinare l'istituto della detenzione amministrativa, richiedano espressamente che il trattenimento dello straniero irregolare avvenga con modalità tali da assicurargli la necessaria assistenza e il rispetto della dignità umana⁹¹ (conformemente anche al disposto di cui all'art. 5 Convenzione EDU), si registra un'intollerabile discrasia tra i principi formalmente enunciati in norma e la loro concreta applicazione⁹².

Questi articoli del T.U.I.⁹³, infatti, dispongono che la misura detentiva amministrativa deve applicarsi in via residuale, quando cioè non siano idonei allo scopo altri mezzi meno afflittivi, e che soggiace al principio di proporzione in rapporto agli obiettivi perseguiti. In più, la restrizione della libertà personale in questi Centri deve

⁹⁰ L'art. 14 del T.U.I., rubricato "esecuzione dell'espulsione" così recita: 1. Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera ovvero il respingimento, perché occorre procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri per la solidarietà sociale e del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. 2. Lo straniero e' trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità. Oltre a quanto previsto dall'articolo 2, comma 6, è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno. 3. Il questore del luogo in cui si trova il centro trasmette copia degli atti al pretore, senza ritardo e comunque entro le quarantotto ore dall'adozione del provvedimento. 4. Il pretore, ove ritenga sussistenti i presupposti di cui all'articolo 13 e al presente articolo, convalida il provvedimento del questore nei modi di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, sentito l'interessato. Il provvedimento cessa di avere ogni effetto qualora non sia convalidato nelle quarantotto ore successive. Entro tale termine, la convalida può essere disposta anche in sede di esame del ricorso avverso il provvedimento di espulsione. 5. La convalida comporta la permanenza nel centro per un periodo di complessivi venti giorni. Su richiesta del questore, il pretore può prorogare il termine sino a un massimo di ulteriori dieci giorni, qualora sia imminente l'eliminazione dell'impedimento all'espulsione o al respingimento. Anche prima di tale termine, il questore esegue l'espulsione o il respingimento non appena è possibile, dandone comunicazione senza ritardo al pretore. 6. Contro i decreti di convalida e di proroga di cui al comma 5 è proponibile ricorso per cassazione. Il relativo ricorso non sospende l'esecuzione della misura. 7. Il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura nel caso questa venga violata. 8. Ai fini dell'accompagnamento anche collettivo alla frontiera, possono essere stipulate convenzioni con soggetti che esercitano trasporti di linea o con organismi anche internazionali che svolgono attività di assistenza per stranieri. 9. Oltre a quanto previsto dal regolamento di attuazione e dalle norme in materia di giurisdizione, il Ministro dell'interno adotta i provvedimenti occorrenti per l'esecuzione di quanto disposto dal presente articolo, anche mediante convenzioni con altre amministrazioni dello Stato, con gli enti locali, con i proprietari o concessionari di aree, strutture e altre installazioni, nonché per la fornitura di beni e servizi. Eventuali deroghe alle disposizioni vigenti in materia finanziaria e di contabilità sono adottate di concerto con il Ministro del tesoro del bilancio e della programmazione economica. Il Ministro dell'interno promuove inoltre le intese occorrenti per gli interventi di competenza di altri Ministri.

⁹¹ D. lgs. del 25 luglio 1998, n. 286 cd. T.U.I., con le modifiche da ultimo apportate dalla l. 11 gennaio 2018, n. 3 e dalla legge 14 luglio 2017, n. 47.

⁹² R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei Centri di identificazione e di espulsione: le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, in *Questione Giustizia*, 2014, n. 3, pp. 43-79; E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, 2018, pp. 105-113.

⁹³ In particolare a seguito delle modifiche apportate al T.U.I. dalle l. n. 129/2011 e n. 46/2017.

ritenersi soggetta a limiti temporali precisi, benché più volte prorogabili dal giudice di pace su istanza del questore⁹⁴.

Tanto conformemente ai contenuti della Direttiva 2008/115/CE che, disciplinando il trattenimento dell’immigrato irregolare nel territorio dei Paesi membri, sottolinea che questo deve considerarsi misura residuale rispetto a quelle meno afflittive che siano comunque idonee a conseguire l’obiettivo prefissato, deve durare il minor tempo possibile ed essere strettamente finalizzato all’espletamento delle procedure burocratiche necessarie per l’identificazione ed il rimpatrio degli immigrati irregolari e, soprattutto, diviene ingiustificato qualora vengano meno le esigenze di ordine giuridico o di altra natura sottese all’allontanamento o quando, comunque, venga meno il pericolo di fuga del soggetto trattenuto o lo stesso non frapponga ostacoli al suo rimpatrio. Eventuali proroghe del termine di restrizione sono ammesse, purché sia garantito il riesame periodico della misura su istanza delle parti e siano rispettati e garantiti i diritti degli interessati⁹⁵.

I massicci sbarchi che hanno interessato le nostre coste tra gli anni 2008 e 2011 hanno mandato in *tilt* il sistema approntato dal legislatore, che è risultato troppo farraginoso e inefficace nella lotta all’immigrazione irregolare, tanto che, pur a fronte di un’apposita modifica legislativa⁹⁶, l’emergenza immigrati ha spinto gli operatori del diritto ad applicare l’istituto sempre più spesso in funzione di tamponamento dell’emergenza e ghettizzazione degli irregolari⁹⁷.

Le procedure normative sono sovente state velocizzate e i termini di detenzione prorogati, in parziale elusione della normativa e, soprattutto, a detrimento delle garanzie

⁹⁴ R. CHERCHI, *Il trattenimento dello straniero nei Centri di identificazione e di espulsione: le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, cit., p. 43 ss.

⁹⁵ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati Membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, al considerando 15 afferma “il trattenimento dell’immigrato irregolare dovrebbe avere la durata più breve possibile ed è soggetto a riesame ad intervalli regolari su richiesta dello straniero o di ufficio. Il trattenimento non è più giustificato quando venga meno la prospettiva ragionevole di allontanamento per motivi di ordine giuridico o per altri motivi, o non sussistono più il pericolo di fuga o altri ostacoli posti dall’immigrato stesso al rimpatrio”. Il considerando 16 afferma infine: “il ricorso al trattenimento ai fini dell’allontanamento soggiace al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi e agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l’allontanamento e se ‘uso di misure meno coercitive è insufficiente”.

⁹⁶ La legge n. 129 del 2011 modifica l’articolo 14 del T.U.I. prevedendo che il trattenimento amministrativo sia finalizzato all’espulsione o al respingimento e duri il tempo strettamente necessario all’espletamento delle pratiche burocratiche a quest’attività connesse. Il periodo massimo complessivo di trattenimento non può superare i 180 giorni, tuttavia, “qualora non sia stato possibile procedere all’allontanamento, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, a causa della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi, il questore può chiedere al Giudice di pace la proroga del trattenimento, di volta in volta, per periodi non superiori ai sessanta giorni fino a un termine massimo di ulteriori dodici mesi”.

⁹⁷ F. VIGANÒ, *Diritto penale ed immigrazione: qualche riflessione sui limiti della discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2010, n. 3, p. 13; S. NICCOLAI, A. CIERVO, *Il fenomeno migratorio tra normativa comunitaria, disciplina nazionale ed emergenza umanitaria*, in *Questione Giustizia*, 2014, n. 3, p. 35.

fondamentali degli immigrati⁹⁸: in particolare, nella prassi, i limiti temporali prescritti per la detenzione nei C.p.r. sono stati puntualmente prorogati *de plano* dal giudice di pace (su istanza del questore) senza contraddittorio e ripetutamente⁹⁹; l'istituto del trattenimento nei C.p.r. è stato applicato in via principale, piuttosto che residuale (nonostante la nuova disciplina preveda possibili misure alternative meno afflittive per lo straniero, quali ad esempio l'obbligo di dimora in un luogo indicato dall'interessato, la consegna del passaporto alle autorità (da restituire poi al momento del rimpatrio ecc.¹⁰⁰), né è stata garantita adeguata tutela alle categorie più deboli di destinatari¹⁰¹.

Eppure, la detenzione nei C.p.r., pur essendo formalmente una misura di carattere amministrativo e non penale, integra una limitazione dello *status libertatis* dello straniero che di conseguenza richiede, non soltanto, il bilanciamento con le contrapposte esigenze di ordine e sicurezza sociali, ma anche il rispetto delle ulteriori garanzie proprie dello stesso soggetto "trattenuto", quali, ad esempio: il diritto di essere informato sull'evolversi del procedimento a suo carico, di essere assistito in giudizio da un difensore, di potersi esprimere e interagire nella propria lingua o, comunque, utilizzando una lingua che conosca e, soprattutto, la possibilità di accedere alla giustizia affinché i propri diritti non restino delle vuote enunciazioni formali ma ottengano tutela concreta ed effettiva attraverso adeguati strumenti processuali¹⁰².

Ed invero, la normativa in materia di detenzione amministrativa degli stranieri, sebbene attuativa della disciplina comunitaria¹⁰³ e facente perno sulla *Carta dei diritti e dei doveri dello straniero trattenuto nel centro*¹⁰⁴ è stata severamente censurata sia dalla Corte Costituzionale¹⁰⁵, che ha evidenziato la necessità di assicurare allo straniero "accolto" nel centro le medesime garanzie spettanti ai detenuti negli istituti penitenziari; sia dalla Corte EDU¹⁰⁶, in ragione della mancata predisposizione, nel sistema italiano, di adeguati meccanismi di accesso alla giustizia per gli stranieri che lamentano di essere

⁹⁸ P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso e permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2009, n. 4, pp. 85-128.

⁹⁹ Caso da ultimo denunciato con ricorso deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Richmond Yaw*, cit., commentata in G. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, cit., pp. 295-302.

¹⁰⁰ La legge n. 129 del 2011 modifica l'articolo 14 del T.U.I. aggiungendovi il comma 1 bis il quale recita: "nei casi in cui lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente (...) il questore, in luogo del trattenimento, può disporre una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato dove possa essere agevolmente rintracciato, obbligo di presentazione, in giorni e orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Le misure di cui al primo periodo sono adottate con provvedimento motivato (...)".

¹⁰¹ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Dall'accoglienza alla detenzione amministrativa: gli effetti di uno stato di emergenza permanente*, in *Cultura e Società*, 2011, n. 2, pp. 173-177.

¹⁰² V. BERLINGÒ, *L'humanitas e la fonda mentalità del diritto: il "trattamento" degli immigrati irregolari*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, n. 3, p. 529 ss.

¹⁰³ In particolare attuando la cd. *direttiva rimpatri* 2008/115/CE.

¹⁰⁴ Allegata al D.M. 20 ottobre 2014.

¹⁰⁵ Corte Costituzionale, sentenza del 22 marzo 2001, n. 105.

¹⁰⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Richmond Yaw*, cit.

stati trattenuti nei C.p.r. oltre il tempo necessario all'espletamento delle procedure di rimpatrio. La natura incerta di queste misure¹⁰⁷ e, specialmente, la mancata equiparazione tra la detenzione amministrativa e la custodia cautelare in carcere determina delle ripercussioni inaccettabili sul piano dei diritti umani poiché impedisce agli immigrati trattenuti nei Centri di accedere alle stesse tutele e garanzie previste per i carcerati che ritengano di essere stati ingiustamente detenuti.

Sebbene, infatti, le funzioni politico-criminali della detenzione amministrativa e della custodia cautelare in carcere siano diametralmente opposte – poiché l'una ha, almeno in via di principio, funzione di “contenimento e gestione” dei flussi migratori, mentre l'altra è una sanzione mirante alla rieducazione e riabilitazione del condannato *ex art. 27 co. 1 e 3 Cost.* –, esse realizzano, nell'immediatezza ed in concreto, il medesimo effetto restrittivo dell'*habeas corpus* del soggetto che ne è destinatario. Sicché, proprio sulla base di questo presupposto, la giurisprudenza della Corte EDU ha condannato il sistema italiano, specificando che qualsiasi forma di restrizione della libertà personale (comunque denominata dallo Stato che la infligge) deve essere legittimamente data e tale da assicurare che siano rispettate e garantite le vie legali di accesso alla giustizia a chi ne è destinatario¹⁰⁸. La Corte EDU, in ragione dell'effetto privativo dello *status libertatis* dell'immigrato, equipara in sostanza questa misura amministrativa a quella penalistica della detenzione carceraria e rinviene, nel *vulnus* normativo del sistema italiano – che non prevede l'esperibilità del ricorso volto ad ottenere la riparazione per ingiusta detenzione anche per le vittime di ingiusta detenzione *amministrativa*, né altri strumenti alternativi che siano comunque finalizzati al medesimo scopo –, una deprecabile violazione dei diritti umani e, specificamente, una violazione dell'art. 5 co. 5 della CEDU¹⁰⁹.

Ad oggi, infatti, in Italia, un immigrato che voglia ottenere il risarcimento per un'ingiusta detenzione amministrativa non dispone di alcuno strumento utile né può giovare di quello previsto dall'art. 314 c.p.p. poiché la formulazione della norma impedisce che la detenzione in un C.p.r. rientri tra le misure suscettibili di riparazione, trattandosi di un istituto non strettamente penalistico seppur privativo della libertà personale¹¹⁰.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha rintracciato in questo vuoto di tutela una grave violazione della Convenzione EDU nella parte in cui sancisce per ogni vittima di arresto o di detenzione illegale, senza distinzioni quanto alla natura giuridica della misura, il diritto a una riparazione del danno subito¹¹¹. Nonostante l'estrema gravità di questa condizione e la condanna della Corte EDU, né il Legislatore italiano né la

¹⁰⁷ G. BASCHERINI, *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in *Rivista A.I.C. Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2012, n. 1, pp. 1-15.

¹⁰⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Richmond Yaw*, cit., parr. 69-70.

¹⁰⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Richmond Yaw*, cit., par. 85.

¹¹⁰ G. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, cit., pp. 297-298.

¹¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Richmond Yaw*, cit., parr. 91-92.

giurisprudenza interna hanno provveduto a colmare la lacuna segnalata e, allo stato, gli immigrati irregolari che ritengano di aver subito una ingiusta compressione della propria libertà personale, restano di fatto privi di tutela in quanto non dispongono di effettive vie accesso alla giustizia.

Questa vicenda, assieme a quella della condanna dell'indiano *sikh* per porto ingiustificato del *kirpan*, è senz'altro sintomatica della tendenza discriminatoria che sta assumendo il nostro ordinamento e denuncia l'urgenza di una riforma del "diritto penale dello straniero" finalizzata a porlo in linea con gli obiettivi di integrazione delle politiche migratorie sovranazionali.

È noto che il diritto penale è sempre stato espressione delle istanze sociali e politiche del momento storico nel quale si è formato e sopperire a tali esigenze è la chiave per non cadere nell'obsolescenza e nell'inefficacia e per mantenere effettività tra i consociati. Tuttavia, bisogna avallare eccessivi allarmismi sociali, adottando politiche sostanzialmente anti-migratorie, potrebbe generare un diritto penale "contro lo straniero" che, oggi, colliderebbe con le esigenze di globalizzazione e armonizzazione del nostro sistema con quello sovranazionale¹¹².

4. Conclusioni. Da un diritto penale dello straniero a un diritto penale contro lo straniero?

Le due vicende illustrate sono estremamente esplicative di quella che è l'attuale condizione sociale dello straniero in Italia: una condizione di debolezza e di emarginazione che non risponde agli scopi di integrazione che sono invece la prerogativa primaria delle politiche "comuni" di immigrazione e di asilo perseguite dal diritto sovranazionale¹¹³, cui il nostro ordinamento dovrebbe invece cercare di uniformarsi quanto prima.

Sono già trascorsi tre anni, infatti, dall'adozione dell'*Agenda europea sulla migrazione*¹¹⁴ che è solo una tra le più recenti iniziative sovranazionali proposte per

¹¹² A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016, pp. 19-27; L. PEPINO, *Prove di paura: Barbari, marginali, ribelli*, Torino, 2015; S. ANASTASIA, D. FALCINELLI, M. ANSELMINI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, 2015; L. G. CERQUA, *Diritto penale delle società*, Milano, 2010, pp. 11-15; L. CORDI, *L'espulsione dello straniero: diritto penale sostanziale e processuale*, Milano, 2011, pp. 429- 443; F. VASSALLO PALEOLOGO, *La direttiva comunitaria sui rimpatri e i diritti fondamentali dei migranti tra norme di attuazione e prassi applicative*, in G. VERDE, A. GENNA (a cura di), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, p. 231; L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, cit., p. 766 ss; R. CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, cit., p. 29 ss.

¹¹³ L. CAVALIERE, *Le politiche europee dell'immigrazione tra storie, sviluppi e problematiche recenti*, in www.centrostudieuropei.it, 2015, p. 8 ss.

¹¹⁴ Presentata dalla Commissione europea il 15 maggio 2015 con comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Per recenti

orientare le politiche interne degli Stati membri, sia nel breve che nel lungo periodo, verso la rimozione di ogni limite strutturale e normativo all'integrazione degli stranieri ed in particolare dei “migranti” rifugiati o richiedenti asilo. Eppure, ad oggi, lo *status* di migrante, almeno per quanto riguarda il sistema italiano, non vale ancora a far acquisire a chi ne è titolare i diritti che gli spetterebbero né a garantirgli il concreto accesso alla giustizia¹¹⁵. Anzi, non solo il nostro sistema non si preoccupa di approntare adeguati strumenti per la tutela dei diritti degli stranieri insediati in Italia, ma, in senso unilaterale e in modo autoritario, dichiara l'esistenza in capo agli stessi di alquanto imprecisati obblighi di conformazione dei propri valori a quelli della società occidentale ospitante e gli impone di valutare preventivamente, anche con il supporto di esperti, la compatibilità dei loro usi con i principi dell'ordinamento in cui pretendono di insediarsi¹¹⁶.

Chiaramente la previsione di oneri di conformazione delle regole culturali di origine a quelle della società nella quale si vuole essere accolti è una prerogativa imprescindibile per i moderni scenari “transculturali”¹¹⁷, tuttavia, non appare ragionevole criminalizzare anche quelle condotte culturalmente orientate prive di una carica offensiva tale da determinare un fondato allarme sociale e mettere a rischio la pubblica sicurezza¹¹⁸, né sembra ammissibile impedire allo straniero illegittimamente detenuto in un C.p.r. di attivare procedimenti giudiziari a tutela dei propri diritti quando ritenga che siano stati ingiustamente lesi¹¹⁹.

Il quesito che sorge alla luce delle considerazioni su espresse è se gli evidenziati limiti delle politiche migratorie adottate nel nostro sistema non siano per caso il risultato di un'osmosi pericolosa tra società e diritto, per la quale “la paura sociale dello straniero” abbia direzionato le scelte del diritto vivente nel senso di una sua identificazione con il *nemico* da neutralizzare a colpi di legge e di sentenze e da arginare attraverso misure penali di difesa sociale¹²⁰.

Se così fosse (e così sembra essere), staremmo assistendo ad un'involuzione del diritto penale che, da strumento di garanzia e tutela delle minoranze sociali in genere, e – con riferimento ai fatti di cui si è discusso nel presente lavoro – dello straniero in particolare, ha poi subito un'evidente mutazione in seguito al manifestarsi di episodi di

approfondimenti in materia v. Comunicato stampa della Commissione europea del 14 marzo 2018, Agenda Europea sulla migrazione. Necessità di sforzi costanti per sostenere i progressi.

¹¹⁵ N. PETROVIC, *Rifugiati, profughi, sfollati. Breve storia del diritto d'asilo in Italia*, Milano, 2016, pp. 133-137; G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2016, p. 235, nota n. 20.

¹¹⁶ Cassazione penale, sentenza del 15 maggio 2017, n. 24084, cit.

¹¹⁷ Per approfondimenti su questo neologismo v. R. TUMINO, *Transculturalità e transculturalismo: una nuova (?) frontiera della ricerca pedagogica*, in Atti del Convegno Università di Macerata 2016, in <http://www.unimc.it/eduresearch/atti-convegno/atti/TUMINO.pdf>.

¹¹⁸ F. BASILE, *Reati concernenti l'abbigliamento rituale*, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p. 238 ss.

¹¹⁹ Il riferimento è nuovamente alla vicenda dei detenuti nei C.p.r. di cui si legge in G. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU*, cit., pp. 295-302.

¹²⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Pt. gen.*, VIII ed., Padova, 2013, XXVIII e p. 571 ss.

terrorismo islamico¹²¹ e al dilagare dell'“emergenza immigrazione”¹²² che è sfociata, in termini di politica interna, nell'adozione di riforme legislative orientate alla criminalizzazione dei comportamenti degli stranieri¹²³ e alla predisposizione di strutture che, inizialmente sorte con lo scopo di garantire agli immigrati accoglienza e assistenza¹²⁴, si sono poi convertite in istituti para-carcerari di emarginazione e ghettizzazione degli irregolari¹²⁵. Chiaramente la riscontrata tendenza del diritto penale italiano a criminalizzare, senza alcun margine di ragionevole tolleranza, i comportamenti degli stranieri è solo il sintomo di una crisi molto più profonda del contesto politico contemporaneo che, incapace di garantire la sicurezza collettiva nel rispetto delle diversità altrui, le censura in spregio sia del sistema valoriale interno sul quale dovrebbe poggiare un diritto penale sano e garantista, sia dei principi sovranazionali cui dovrebbe ispirarsi un ordinamento votato all'integrazione europea.

Non a caso, infatti, le legislazioni interne degli altri Stati membri stanno virando verso politiche più inclusive¹²⁶ e, in questo contesto, la controtendenza del sistema italiano potrebbe comportare, oltre richiami e sanzioni da parte degli organismi sovranazionali¹²⁷, anche l'emarginazione del nostro Stato dal contesto politico globale, ormai proiettato alla *transculturalità*¹²⁸.

Alla luce di queste considerazioni, si rende necessaria e urgente una sterzata del modello penale italiano verso una più attenta ed efficace “inclusione” dello straniero nel tessuto sociale interno, non solo attraverso l'interpretazione e l'applicazione delle leggi interne secondo un'ottica più garantista e in armonia con i principi sovranazionali, ma

¹²¹ A. SPATARO, *Dati sulle sentenze di condanna pronunciate in Italia, successivamente all'11 settembre 2001, per i reati di terrorismo internazionale o per i reati collegati al terrorismo internazionale*, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 457 ss.

¹²² M. MACIOTTI, *Incontri tra culture: un percorso difficoltoso*, in A. NESTI (a cura di), *Multiculturalismo e pluralismo religioso fra illusione e realtà: un altro mondo è possibile?*, Firenze, 2006, p. 136.

¹²³ A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016, pp. 19-27.

¹²⁴ Il riferimento è ai Centri di permanenza temporanea e assistenza, cd. C.p.t.a., introdotti con legge 40/1998, il cui scopo assistenziale, dettato dall'art. 13 del D. lgs n. 286/98 in recepimento della Direttiva 2008/115/CE, è andato poi perduto sia quanto al *nomen*, essendo stati ribattezzati oggi Centri di permanenza per i rimpatri, che quanto alla sostanza, stanti le vicende giudiziarie denuncianti i trattamenti inumani ivi praticati v. ad es. Trib. Bari, Sez. 1 Civ., sent. n. 4089/17 in cui si legge che i Centri di detenzione amministrativa degli stranieri sono “luoghi rimasti saldamente legati in senso negativo alle strutture di costrizione e di sofferenza di esseri umani che vi erano collocati, come Auschwitz e Guantanamo”.

¹²⁵ M. AMBROSINI, *Richiesti e respinti: l'immigrazione in Italia. Come e perché*, Milano, 2010, p. 55 ss.; P. SCEVI, *Il diritto delle migrazioni: profili civili, penali e amministrativi*, Piacenza, 2010, p. 246.

¹²⁶ A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, cit., p. 20; G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2014, p. 24.

¹²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Richmond Yaw*, cit., parr. 50-51, anche in G. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, cit., pp. 295-302.

¹²⁸ A. ANCORA, *Verso una cultura dell'incontro. Studi per una terapia transculturale*, cit., p. 58.

anche attraverso l'approntamento di migliori e più specifici meccanismi normativi e giurisdizionali cui gli stranieri possano accedere in condizione di parità rispetto ai cittadini, laddove il godimento e la tutela dei loro diritti individuali non ponga in pericolo la collettività e la stabilità degli equilibri sociali e politici interni.

ABSTRACT: L'obiettivo del presente lavoro è segnalare le derive discriminatorie che stanno caratterizzando il diritto penale del nostro tempo e che dipendono in gran parte dalle moderne istanze sociali di maggior sicurezza e protezione rispetto alla minaccia, spesso più presunta che concreta, costituita dalla presenza di piccoli nuclei di immigrati in società ospitanti dalle culture e regole molto diverse. I pregiudizi e la paura verso ciò che è diverso e non sempre comprensibile per una maggioranza etnica non dovrebbero influenzare le scelte del diritto vivente in quanto ciò comporterebbe il regresso del sistema penale e la sua obsolescenza, soprattutto tenendo conto che, invece, le politiche comuni europee spingono gli stati Membri a valorizzare il multiculturalismo e a riconoscere e tutelare i diritti di qualunque essere umano senza distinzione di razza, dunque, anche di chi appartiene a delle minoranze etniche.

KEYWORDS: migranti – processo di integrazione – kirpan – libertà religiosa – detenzione amministrativa.

CRIMINAL LAW AGAINST THE FOREIGNER. THEORY AND PRACTICE IN INTEGRATION POLICIES

ABSTRACT: The aim of this research is to observe that the discriminations that characterize the modern criminal law system are largely related to the social demands of greater security and protection against the threats, often more presumed than concrete, constituted by the presence of small groups of immigrants into the hosted societies which are very different for their cultures and rules. The preconceptions and the fear of the different cultures must not affect the choices of Judges because that would entail the regression and the obsolescence of the criminal system, while, on the contrary, the Common European policies push the Member States to value multiculturalism and to recognize the rights of every human being, without distinction of race, therefore, even of those who belong to ethnic minorities.

KEYWORDS: migrants – integration process – kirpan – religious freedom – administrative detention.