

Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal

N. 2 (2023)



© **MARCIAL PONS**  
**EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.**  
**San Sotero, 6 - 28037 MADRID**  
☎ (91) 304 33 03  
*www.marcialpons.es*  
*http://www.revistamarcialpons.es/rivitsproc/*  
ISSN: 2605-5244  
DOI: 10.37417/rivitsproc/vol\_2\_2023  
Fotocomposición: Ene Estudio

# ÍNDICE

## EDITORIAL

- Elena D'Alessandro, *“La ley de Lidia Poët” (Netflix) y la historia magistra vitae*. *La importancia de la incorporación de la perspectiva de género y de la diversidad en la administración de la justicia civil* ..... 5

## ARTÍCULOS

- Elena Valentini, *La coercizione clandestina: la libertà personale dello straniero in arrivo* ..... 15
- Linda Rosa, *Il nuovo art. 628 bis del codice di procedura penale italiano: un autonomo rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU* ..... 43
- Francesco Maria Damosso, *Statutory precedents. Misura del vincolo e parametri di legittimazione della decisione giudiziaria nel diritto anglo-americano* ..... 65



“LA LEY DE LIDIA POËT” (NETFLIX)  
Y LA *HISTORIA MAGISTRA VITAE*.  
LA IMPORTANCIA DE LA INCORPORACIÓN DE LA  
PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DE LA DIVERSIDAD EN LA  
ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

THE “LAW OF LIDIA POËT” (NETFLIX) AND THE IMPORTANCE OF  
INCORPORATING GENDER PERSPECTIVE AND DIVERSITY IN CIVIL JUSTICE  
ADMINISTRATION

Profesora Doctora Elena D'Alessandro  
Catedrática de la Universidad de Turín, Italia\*

## PREMISA

La reciente ficción emitida por Netflix y dedicada a Lidia Poët ha dado a conocer al mundo entero la historia de la primera mujer abogada de Italia.

*Historia magistra vitae*, decían los latinos: hace ciento cincuenta años fue una mujer italiana la que sufrió las consecuencias de la presencia de estereotipos persistentes (sexistas) que impactaban en la administración de la justicia civil.

En Italia, hasta 1919<sup>1</sup>, las mujeres no podían ejercer como abogadas. Luego, según el artículo 7 de la Ley N° 1176 de 17 de julio de 1919 las mujeres

---

\* ORCID: 0000-0002-3881-0194.

<sup>1</sup> En Francia hasta 1900 y en Alemania hasta 1925-26. Véase Parlamento Europeo. (2017). *Mapping the representation of Women and Men in legal professions across the EU*, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL\\_STU\(2017\)596804\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf), 20.

fueron admitidas, en igualdad de condiciones que los hombres, a ejercer todas las profesiones y ocupar todos los empleos públicos, excepto aquellos que implicaban poderes públicos de jurisdicción, como el oficio de juez. Las mujeres tuvieron que esperar hasta 1963 para acceder a la carrera judicial<sup>2</sup> porque se consideraba que el papel de juez (y el de árbitro<sup>3</sup>) eran incompatibles con la “naturaleza” de la mujer<sup>4</sup>.

Por lo tanto, solamente a la edad de 65 años, después de que entrara en vigor la Ley N° 1176 de 1919, Lidia Poët logró inscribirse en el Colegio de Abogados de Turín y ejercer como abogada.

En efecto, Lidia Poët nació en 1855 en una familia valdense en un pequeño pueblo de montaña cerca de Turín. Se graduó con honores en la universidad de Turín el 17 de junio de 1881<sup>5</sup> con una tesis sobre el derecho al voto de las mujeres<sup>6</sup>. Al día siguiente, el “*Corriere della Sera*”, uno de los principales periódicos de Italia, le dedicó un breve artículo para celebrarla.

La ley establecía que para obtener el título y poder ejercer la profesión de abogado, era necesario estar inscrito en el Colegio de Abogados, establecido en los Colegios de cada Corte de Apelación y Tribunal. A su vez, para inscribirse en el Colegio, era necesario estar graduado en derecho, haber practicado durante dos años en un estudio de abogados y, finalmente, haber aprobado un examen teórico-práctico oral y escrito.

Después de completar su práctica profesional, Lidia Poët pasó con éxito el examen de habilitación para la práctica de la abogacía.

La comisión examinadora estaba compuesta por un Consejero designado por el Presidente del Tribunal de Apelación de Turín (Don Giovanni Massimo), un Sustituto del Fiscal General (Don Giovanni Migliore), el Presidente del Consejo del Colegio de Abogados (el Senador Saverio Francesco Vegezzi) y los Consejeros del Colegio (los abogados Franco Bruno, Giovanni Curioni, Gaetano Re, Carlo Rayneri). El resultado del examen fue de 45 sobre 50: aprobado con calificación sobresaliente.

<sup>2</sup> Hasta 1926 en Alemania y hasta 1946 en Francia: véase Parlamento Europeo (2017) 20.

<sup>3</sup> También, según el artículo 10 del código de procedimiento civil italiano de 1865, las mujeres no podían actuar como árbitros.

<sup>4</sup> Borsari, L. (1865). *Il codice di procedura civile annotato*. Unione Tipografica Editrice.

<sup>5</sup> La ley que permitía a las mujeres inscribirse en la universidad era el Real Decreto N° 3434, del 8 de octubre de 1876, que regulaba la educación universitaria y aprobaba el llamado ‘Reglamento Bonghi’, es decir, el Reglamento General Universitario del 3 de octubre de 1875 y el Reglamento para la Facultad de Ciencias Matemáticas, Físicas y Naturales del 11 de octubre de 1875.

Dado lo excepcional del evento, Lidia Poët fue entrevistada por el *Corriere della Sera*, uno de los principales periódicos italianos, el 7 de agosto de 1877. Según el artículo: “Una señorita de Pinerolo, Lidia Poët, después de aprobar los exámenes de licencia de bachillerato en el instituto de Mondovì, continuará sus estudios en la Universidad de Turín”.

<sup>6</sup> La tesis de licenciatura se encuentra en el apéndice del volumen Iannuzzi, I, Tammaro, P. (2022). *Lidia Poët. La prima avvocata*, La Lucerna. Véase también Ricci, C. (2022). *Lidia Poët. Vita e battaglie della prima avvocata italiana, pioniera dell'emancipazione femminile*, Graphot.

Por lo tanto, el siguiente 28 de julio de 1883 solicitó su inscripción en el Colegio de Abogados y Fiscales de Turín.

Era la primera vez en la historia del Reino de Italia que una mujer solicitaba la inscripción en el Colegio de Abogados, y la Orden de Turín, en una decisión histórica adoptada por mayoría (8 votos a favor y 4 votos en contra), aceptó su solicitud<sup>7</sup>. Entre los votos a favor se encuentra el del Presidente del Consejo del Colegio de Abogados de Turín, Saverio Vegezzi.

Al día siguiente de su admisión en el Colegio de Abogados, el *“Corriere della Sera”* y *“La Stampa”* titularon: *“Una signorina nel Collegio degli avvocati”* (*“Una señorita en el Colegio de Abogados”*).

Fue un escándalo. La medida del Colegio de Abogados de Turín provocó indignación y críticas en toda Italia. El Presidente del Consejo del Colegio de Abogados de Milán, Bartolomeo Benvenuti, escribió una carta al colega turinés Saverio Vegezzi expresando sus perplejidades sobre el asunto.

Mientras que en Lombardía Benvenuti aseguraba que no habría pronto un caso similar al de Lidia Poët, ya que no tenía noticias de mujeres que estuvieran ejerciendo como abogadas, en Venecia el Consejo local del Colegio de Abogados se reunió para emitir un “no” preventivo sobre el asunto y cerrarlo antes de que siquiera se abriera.

Mientras tanto, en Turín, el Fiscal General del Rey (un hombre, Giuseppe Magenta) impugnó la admisión de la Poët, ante el Tribunal de Apelación de Turín (de composición completamente masculina), el cual, con sentencia de 11 de noviembre de 1883, declaró como ilegítima la admisión de Lidia Poët al Colegio de Abogados. La decisión fue confirmada por una sentencia del Tribunal Supremo de Turín, (también compuesto sólo por jueces hombres) del 18 de abril de 1884.

## OBJETIVO DEL PRESENTE EDITORIAL

La finalidad de este editorial es ilustrar lo que todavía nos enseña hoy en día la historia de Lidia Poët. Son muchas las reflexiones que suscita el caso judicial de Lidia Poët para el jurista de hoy, con respecto al tema de la perspectiva de género en el poder judicial y en la administración de la justicia civil, aunque en Italia las cosas ahora sean mucho mejores bajo este aspecto<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> En la motivación de la admisión, el Consejo del Colegio de Abogados de Turín también evaluó el estado civil de la señorita Poët, que como soltera no estaba sujeta a la autoridad marital según el artículo 134 del código civil italiano de 1865.

La autoridad marital, vigente en ese momento, impedía que las mujeres casadas realizaran actos jurídicos sin el consentimiento de sus esposos.

<sup>8</sup> Según el informe del Consiglio Superiore della Magistratura italiano sobre la distribución por sexos del personal judicial al 6 de marzo de 2023, el número de magistrados en Italia ascendía a 9.534, incluidos tanto los magistrados en ejercicio de cualquier función como los magistrados ordinarios en prácticas (MOT). La distribución según el sexo muestra la prevalencia de las mujeres: 4.213 magistrados varones y 5.321 mujeres (alrededor de 56 %). La edad media de estas últimas (49) es tres años

porque parece haber una rápida feminización del poder judicial. Sin embargo, en otras partes del mundo, las mujeres siguen estando subrepresentadas.

Este ensayo se centrará en el examen de las razones, de los fundamentos jurídicos y sociológicos contenidos en las dos resoluciones dictadas por los jueces de Turín en 1883 y en 1884 contra Lidia Poët, para palpar - tomando como referencia un acontecimiento histórico que ha vuelto recientemente a la palestra gracias a una serie de Netflix - las consecuencias de la falta de una perspectiva de género en el poder judicial y en la administración de la justicia civil al fin de garantizar un acceso efectivo a la tutela jurisdiccional. Si el colegio juzgador hubiera estado compuesto también por juezas, o al menos si los jueces no hubieran tenido en cuenta algunos estereotipos persistentes, quizás las conclusiones o los argumentos habrían sido diferentes y Lidia Poët hubiera podido ejercer la profesión de abogada mucho antes de cumplir los 65 años.

### **LAS RAZONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE TURÍN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1883 Y SUS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO**

En la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín, firmada por su Presidente Raffaele Feoli, con setenta años de edad, que declaró como ilegítima la admisión de Lidia Poët al Colegio de Abogados de Turín, se lee que: *“resulta evidente que siempre ha sido la intención del legislador que la abogacía sea una profesión ejercida sólo por hombres y en la que las mujeres no deben involucrarse en absoluto”* porque *“sería desagradable el riesgo que correría la seriedad de los juicios si [...] se viera a veces la toga o el tocado del abogado superpuestos a atuendos extraños y extravagantes, que la moda impone con frecuencia a las mujeres, y a peinados no menos extravagantes.”*

El Tribunal de Apelación de Turín enfatizó que *“tampoco es necesario hacer mención del peligro gravísimo al que se expondría la magistratura de ser objeto de sospecha y calumnia cada vez que la balanza de la justicia se inclinara a favor de la parte defendida por una abogada encantadora”*.

Estos pasos de la sentencia hacen comprender de inmediato cuál es una posible consecuencia de la falta de equilibrio de género en la composición de

---

inferior a la de los hombres (52). Además, las presidentas de la Corte Constitucional (por segunda vez) y del Tribunal Supremo (por primera vez) son mujeres. Véase también Pezzini, B. (2023). *La rappresentanza di genere in magistratura. Questione Giustizia*, 1-9. La misma tendencia se observa también en España [Poder Judicial España. (2023). *Informe sobre la estructura de la carrera judicial, a 1 de enero de 2023*, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infomes/Estructura-demografica-de-la-Carrera-Judicial/> 11; Gómez-Bahillo C., Elboj-Saso, C., Marcén-Muñío, C. (2016). Feminización de la judicatura española. *Convergencia* (23), 70] y en Francia. Véase la nota al pie de página n.17.

Por el contrario, en los Estados Unidos y en Alemania el porcentaje de mujeres magistradas es aproximadamente de 30-35 %: <https://www.nawj.org/www.nawj.org/statistics/2023-us-state-court-women-judges>, <https://www.daten.bmfsfj.de/>.

los tribunales colegiados<sup>9</sup>. La presencia de juezas habría podido proporcionar una mejor experiencia en la sala del tribunal para los y las participantes en el sistema de justicia. En particular habría podido evitar que las abogadas fueran objeto de comentarios sexistas, como aquellos contenidos en esta decisión judicial.

Además, la presencia de un equilibrio de género habría podido mejorar la confianza pública en el poder judicial, aportando un enfoque diferente a la adjudicación<sup>10</sup>.

No es coincidencia que el “*Corriere della Sera*” se posicionara públicamente del lado de Lidia Poët, considerando que ni las costumbres ni la letra de la ley podían justificar la exclusión de las mujeres del ejercicio de la abogacía. “*La motivación de la sentencia de los magistrados turineses nos pareció muy débil y no honra la mente de ese alto tribunal*”, fueron las palabras utilizadas sobre el caso al día siguiente de la sentencia.

“*¡Pobres mujeres!*” - decía el periodista autor del artículo - “*Podrían discutir sus derechos, pero háganlo seriamente. Nada es más ofensivo que rechazar sus demandas, aunque no sean justas, con esas razones que dio el Tribunal de Apelación sobre su encanto peligroso para la tranquilidad de los magistrados juzgadores, y sobre la figura antiestética que tendrían con el toque y la toga*”.

## **LAS RAZONES DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE TURÍN DE 18 DE ABRIL DE 1884 Y LA IMPORTANCIA DE UN LENGUAJE NEUTRO EN CUANTO AL GÉNERO**

La sentencia del Tribunal de Apelación que declaró como ilegítima la admisión de Lidia Poët al Colegio de Abogados de Turín fue confirmada por una decisión del Tribunal Supremo de Turín<sup>11</sup> (compuesto por 7 hombres) del 18 de abril de 1884<sup>12</sup>.

La decisión del Tribunal Supremo se basaba en la diferencia entre el principio de igualdad formal, garantizado por el artículo 24 del Estatuto Albertino (es decir: la Constitución del Reino de Italia), y el principio de igualdad material.

El Tribunal Supremo aclaró que lo que prometía el Estatuto Albertino según su función, era no admitir más desigualdades que no provinieran de

<sup>9</sup> En este sentido: Hunter, R. (2015). More than Just a Different Face? Judicial Diversity and Decision-making. *Current Legal Problems* (68), 119–141, 123.

<sup>10</sup> Véase Feenan, D. (2009). Editorial Introduction: Women and Judging. *Feminist Legal Studies* (17), 1–9. Abrahamson, S. (1998). Do women judges really make a difference? The American experience, en Shetreet S. (editado por), *Women in law*, Kluwer (pp. 195–216); Stribopoulos J, Yahya, M. A. (2007). Does a judge’s party of appointment or gender matter to case outcomes? An empirical study of the Court of Appeal for Ontario. *Osgoode Hall Law Journal* (45) 315–363.

<sup>11</sup> En esa época, en el reino de Italia había 5 Tribunales Supremos: uno en Turín, uno en Florencia, uno en Roma, uno en Nápoles y uno en Palermo.

<sup>12</sup> (1994). *Foro italiano* (9) 341.

la naturaleza y evitar que podrían surgir en el futuro; pero no se le podía pedir que eliminase las “desigualdades naturales”, que constituyen diferentes estados y modos de ser particulares en la condición de la personalidad humana incluso ante la ley. En particular, según el Tribunal Supremo de Turín, *“como en la raza humana, a pesar de su unidad, existen notables diferencias y desigualdades naturales, así también se derivan de ellas, según los diversos fines y misiones, diferencias en los medios de desarrollo de las facultades humanas y, por lo tanto, también en los derechos correlativos, en las respectivas condiciones jurídicas. Por lo tanto, en las leyes sólo hay una igualdad relativa o proporcional para cada ciudadano, y existen desigualdades inevitables y necesarias para la preservación de la libertad, tanto para cada individuo como para todos”*.

El Tribunal Supremo, considerando la abogacía como un cargo público, llegó a la conclusión de que: *“El Estado en su organización social y política, y la administración de los asuntos públicos, han tenido siempre y mantienen hasta ahora un carácter viril predominante tan decididamente determinante, que las mujeres no pueden tener una participación activa demasiado amplia en ellos”*.

Es evidente que, en este caso, el problema de integridad judicial relacionado con el género, socavó la integridad del proceso de adjudicación y la capacidad del Tribunal Supremo para proporcionar una igualdad sustantiva para todos<sup>13</sup>.

El Tribunal Supremo añadió que: *“el hecho de que siempre se utilice por la ley el género masculino “abogado” y nunca la palabra “abogada”, que existe en el idioma italiano y se usa en el habla común significa que las mujeres no pueden actuar como abogadas. No se niega que cuando se utiliza el género masculino en las leyes, “hombre”, la mayoría de las veces [...] puede entenderse también el femenino, “mujer”; pero esto no podrá ni deberá nunca admitirse cuando el legislador debiera haber creado, como en el caso particular, una capacidad y condición jurídica particular completamente nueva, totalmente desconocida en las leyes previas ya vigentes en la materia, y aún más contraria a las antiguas tradiciones histórico-jurídicas, a cualquier costumbre, y debiera haber introducido una innovación radical en el ejercicio de una profesión de carácter viril predominante, no sólo en los hechos, sino en la opinión de un gran número de los mismos profesionales. Sin duda, se cree que, si el legislador hubiera tenido tal intención extraordinaria, habría insertado en las disposiciones generales de la ley una declaración clara y explícita”*.

Leyendo estos argumentos se percibe la importancia, para la construcción de la perspectiva de género, del uso de un lenguaje neutro. La elección de las palabras, o su defecto, es fundamental no solamente en las leyes, sino también en las sentencias. El lenguaje judicial puede perpetuar estereotipos, pero también puede ser el catalizador del cambio. A este respecto, cuanto

---

<sup>13</sup> Véase UNODC- (2019). *Cuestiones de integridad judicial relacionadas con el género*, [https://www.unodc.org/ji/resdb/data/2019/gender-related\\_judicial\\_integrity\\_issues.html?lng=en&match=gender%20related](https://www.unodc.org/ji/resdb/data/2019/gender-related_judicial_integrity_issues.html?lng=en&match=gender%20related), 1-10.

más haya igualdad de género en el poder judicial, más fácil será para los tribunales utilizar un lenguaje y una argumentación jurídica sin estereotipos sexistas.

No es coincidencia que ambas decisiones fueran criticadas por el procesalista Luigi Mattiolo en su Tratado de Derecho Procesal Civil, que en 1892 alcanzó su cuarta edición.

Mattiolo, quien ya había sido profesor de derecho procesal civil de Lidia Poët y pronto se convertiría en decano de la Facultad de Derecho de Turín y luego en rector de la Universidad, abordó el problema de las mujeres abogadas. Mientras que el Tribunal de Apelación de Turín se opuso invocando, entre otras cosas, la autoridad del derecho romano que impedía a las mujeres litigar, el Tribunal Supremo se basó en la consideración de la abogacía como un cargo público.

Ninguna de las razones satisface a Mattiolo.

Para empezar, la condición jurídica de la mujer en el siglo XIX era muy diferente a la de las mujeres romanas: tenía acceso a ciertas funciones públicas y, si estaba excluida de otras, la ley lo declaraba explícitamente. Por ejemplo, la ley municipal y provincial establecía en su artículo 30 que las mujeres no podían ser ni electoras ni elegibles. Pero hay más: según Mattiolo, la abogacía no debía considerarse un cargo público y la prueba se encontraba en el informe ministerial que precede al Código de Procedimiento Civil. A este respecto el Ministro de Justicia de la época Giuseppe Vacca afirmaba explícitamente que se había querido mantener una distinción entre el fiscal y el abogado, el primero calificado como oficial ministerial y el segundo como jurista.

### **LA FALTA DE IGUALDAD DE GÉNERO EN EL PODER JUDICIAL DEBIDA AL HECHO DE QUE LA FUNCIÓN DE JUZGAR ERA PERCIBIDA COMO UNA PROFESIÓN DE CARÁCTER VIRIL PREDOMINANTE**

Las afirmaciones contenidas en las razones de las dos sentencias de los jueces de Turín mencionadas anteriormente no sorprenden si sólo se piensa que en Italia las mujeres tuvieron que esperar hasta 1963 para acceder a la carrera judicial y que setenta años después del caso judicial de Lidia Poët, o sea en 1957, el Presidente honorario del Tribunal Supremo de Roma, el juez Eutimio Ranalletti, escribía un libro titulado *“La mujer jueza o sea la gracia frente a la justicia”*.

En su libro, el juez Ranalletti explicaba que la *“función de juzgar requiere inteligencia, seriedad, serenidad, equilibrio; [...] firmeza de carácter, alta conciencia, capacidad de resistir cualquier influencia y presión [...]; un sentido del derecho, un conocimiento de la ley y de su razón [...]; y aún más, una mente abierta a los sentimientos de humanidad y comprensión humana [...]* concien-

*cia de la gravedad del juicio y de la gravísima responsabilidad de «juzgar»». Elementos que, en general, faltan en la mujer, que en general [...] es fatua, ligera, superficial, emotiva, apasionada, impulsiva, testaruda en algunos casos, siempre aproximada, casi siempre negada a la lógica y dominada por la “piedad”, que no es la “piedad”.*

Basándose en estos estereotipos, Ranelletti llegó a la conclusión de que las mujeres carecen *“de ese sentido lógico y jurídico que es indispensable para juzgar bien”*.

Hasta que perspectivas diferentes y razonamientos diversos en el poder judicial se consideren un problema y no una ventaja añadida<sup>14</sup>, porque así el poder judicial reflejará mejor la composición de la sociedad, habrá riesgo de tener muchos otros desagradables casos judiciales como el de Lidia Poët.

Sin embargo, en Italia los procesalistas parecen haber estado siempre a favor de la igualdad de género en la judicatura. Por ejemplo, el 10 de enero de 1947, en la sesión de la mañana, la Segunda Subcomisión de la Comisión encargada de escribir la Constitución italiana, de la cual también formaban parte varias mujeres, prosiguió su debate sobre el poder judicial.

Ese día, Piero Calamandrei presentaba su proyecto según el cual (artículo 20) *“El nombramiento de los magistrados se hace por decreto del Presidente de la República, a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura, sobre la base de un concurso seguido de un período de aprendizaje. Los requisitos de admisión a la oposición están determinados por la Ley de Ordenamiento Judicial; también pueden ser admitidas mujeres”*.

Toda la comisión estaba de acuerdo con el acceso de las mujeres a la magistratura”. Por lo tanto, al finalizar los trabajos, la Comisión elaboró el siguiente Texto final del Proyecto de Constitución: *“Los magistrados son nombrados por “decreto del Presidente de la República”, previa designación del Consejo Superior de la Magistratura, sobre la base de un concurso seguido de un período de prácticas. Las mujeres también pueden ser nombradas en los casos previstos por el sistema judicial”*.

A pesar de eso, la versión final del artículo 106 de la Constitución de Italia resultó diferente. Lamentablemente, se eliminó la especificación sobre el acceso de las mujeres al poder judicial y las mujeres tuvieron que esperar hasta 1963 para acceder a la carrera judicial.

---

<sup>14</sup> Así Kessedjian, C. (2022). Gender Equality in the Judiciary – with an Emphasis on International Judiciary, en Fornalé, E. (editado por). *Gender Equality in the Mirror Reflecting on Power, Participation and Global Justice*, Brill (pp. 195-210).

## CONCLUSIONES

El caso judicial de Lidia Poët, que ha sido fuente de inspiración para los guionistas de Netflix, se centra en la diferencia de género, aunque todos sus argumentos se aplican, *mutatis mutandis*, a otras formas de diversidad.

Este caso judicial turinés de finales del siglo XIX nos enseña que la diversidad entre todos los integrantes del sistema judicial, incluidos los jueces, otros funcionarios judiciales, fiscales y abogados, es importante, por lo menos, por tres razones clave:

1) Para garantizar la legitimidad del poder judicial a los ojos del público, especialmente la confianza de los usuarios de los tribunales, o sea para que los tribunales reflejen la sociedad en general;

2) Para mejorar la calidad de las sentencias a través del beneficio de una gama más amplia de perspectivas judiciales, extraídas de la más amplia variedad posible de talento, porque los estudios empíricos demuestran que los jueces utilizan sus propias experiencias como puntos de referencia (diversidad para aportar un enfoque diferente a la adjudicación);

3) Para asegurar que los jueces y los abogados sean seleccionados a través de procesos meritocráticos (y no discriminatorios) de selección que no perjudiquen o favorezcan inadvertidamente a ciertos grupos demográficos<sup>15</sup>.

En resumen, un sistema judicial más distinto puede resultar en una toma de decisiones más justas para todos los miembros de la comunidad, para así lograr una “justicia igual para todos y todas”.

Curiosamente es precisamente este aspecto, unido a la rápida feminización de la magistratura en algunos Estados de Europa (por ejemplo: Francia e Italia)<sup>16</sup>, que ha llevado la doctrina francesa a ocuparse del problema opuesto al examinado en el caso de Lidia Poët, en algunos ámbitos de la justicia civil, por ejemplo, en materia de proceso familiar.

Según un estudio francés realizado recientemente<sup>17</sup>, la justicia en casos familiares, tal vez es, o, mejor dicho, es percibida, como “justicia hecha por

<sup>15</sup> En este sentido Lieven, N. Q.C. (2017). *Increasing judicial diversity*, <https://files.justice.org.uk/wp-content/uploads/2017/04/06170655/JUSTICE-Increasing-judicial-diversity-report-2017-web.pdf>, 1-79.

<sup>16</sup> Una encuesta encargada por la escuela francesa de magistratura a un grupo de psicólogos que cuestionaron a estudiantes de secundaria y estudiantes de derecho, tanto hombres como mujeres (Bessière, C., Gollac, S. (2010). *Au tribunal des couples: situations professionnelles des conjoints et procédures judiciaires de séparation conjugale.*, <https://basepub.dauphine.psl.eu/handle/123456789/10444>) llegó a la conclusión de que hay una rápida feminización de la magistratura porque los valores asociados al juez son los valores femeninos de seguridad, vinculados a la familia y la falta de asunción de riesgos, mientras que los valores asociados al abogado son en gran medida valores masculinos vinculados a la acción, la competencia, la movilidad y el éxito social.

<sup>17</sup> Bessière, C., Gollac, S., Mille, M. (2016). The feminization of the judiciary: What is the problem? *Travail, genre et sociétés* (36 (2)) 175-180. Véase también Brandon, M., Philip, G., Clifton, J. (2019). Men as fathers in child protection. *Australian Social Work* (72(4)), 447-460; Philip, G., Clifton, J., Brandon, M. (2019). The trouble with fathers: The impact of time and gendered-thinking on working relation-

mujeres para mujeres”. Esa es la expresión utilizada por las asociaciones francesas que defienden los derechos de los padres para la custodia de hijos.

En otras palabras, las juezas (y las abogadas) en los tribunales de familia pueden ser más atentas y comprensivas al escuchar a las partes involucradas, pero también pueden adentrarse más en la vida privada de la pareja, además de adoptar un discurso a veces moralizador.

¿Cómo reaccionarán las juezas ante esta demanda de diversidad que, por primera vez, al menos en algunos países europeos, las tiene como destinatarias por ser el género mayoritario? Esperamos que la experiencia de Lidia Poët y los largos años en el lado de la minoría les haya proporcionado la mentalidad abierta necesaria para equilibrar la situación.

---

ships between fathers and social workers in child protection practice in England. *Journal of Family Issues* ( 40(16)), 2288–2309.

# LA COERCIZIONE CLANDESTINA: LA LIBERTÀ PERSONALE DELLO STRANIERO IN ARRIVO

## THE HIDDEN LIMITATIONS ON THE FREEDOM OF INCOMING MIGRANTS

Elena Valentini\*

**RIASSUNTO:** Il saggio è dedicato al “trattamento” riservato agli stranieri in arrivo sul territorio italiano, e descrive le più diffuse pratiche volte a ostacolare l’esercizio, da parte loro, del diritto all’asilo. Dai respingimenti “nascosti” al trattenimento negli *hotspot* o nelle *transit zone* degli aeroporti internazionali, l’A. analizza in chiave critica le limitazioni della libertà personale degli stranieri in arrivo, spesso operate “clandestinamente” ed eludendo le garanzie previste dalla Costituzione italiana e dalla CEDU.

**PAROLE CHIAVE:** trattenimento; respingimenti, limitazioni della libertà personale; art. 5 Cedu, diritto all’asilo; richiesta di protezione internazionale.

**ABSTRACT:** The essay focuses on the ‘treatment’ reserved for migrants arriving in Italy, and describes the most widespread practices aimed at hindering their right to asylum. From “hidden” refoulement, to detention in hotspots or in the transit zones of international airports, the author critically analyses the limitations on the personal freedom of arriving foreigners, often carried out “clandestinely”, without respecting the guarantees provided by the Italian Constitution and the ECHR.

**KEYWORDS:** detention; refusal of entry, refoulement; deprivation of liberty; art. 5 ECHR; right to asylum; application for international protection.

**Sommario:** 1. PREMESSA: LE DIVERSE STRATEGIE DI CONFINAMENTO DELLO STRANIERO.—2. LA FASE DELL’ARRIVO: I MOVENTI DI UN’IRRIDUCIBILE INSOFFE-

---

\* Professoressa associata di Procedura penale, Università degli studi di Bologna. Alma Mater Studiorum Università degli studi di Bologna. <https://orcid.org/0000-0002-9629-3025>

RENZA AL RISPETTO DELLA LEGGE.—3. L'EVITAMENTO DELL'APPRODO.—4. L'INVISIBILIZZAZIONE DELL'APPRODO.—5. GLI OSTACOLI ALLA PRESENTAZIONE DELLA RICHIESTA DI ASILO: LACUNE, AMBIGUITÀ E IPOCRISIE DEL SISTEMA *HOTSPOT*.—6. CONCLUSIONI.

## 1. PREMESSA: LE DIVERSE STRATEGIE DI CONFINAMENTO DELLO STRANIERO.

Il diritto degli stranieri pone l'interprete davanti a diverse forme di coercizione — volte tutte a scongiurare la dispersione fisica del migrante nella prospettiva del suo rimpatrio<sup>1</sup> — che, anche quando governate dal diritto amministrativo, ricordano da vicino istituti tipici del sistema penale e processuale penale, come l'accompagnamento coattivo e la detenzione a titolo di pena o di custodia cautelare.

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

Un primo mezzo di controllo — più blando, e che dunque non chiama in causa l'art. 13 Cost. che tutela la libertà personale — si può cogliere nel combinato disposto di alcune regole congegnate in modo tale da ridurre la libertà di movimento del richiedente asilo: sia a livello sovraordinato che interno, infatti, la disciplina in materia di protezione internazionale tende a vincolare la permanenza del cosiddetto "asilante" all'interno del centro (aperto) destinato ad ospitarlo fino alla conclusione della procedura innescata dalla sua istanza, subordinando non solo la concessione delle condizioni materiali di accoglienza, ma anche l'esame della domanda di protezione all'effettiva residenza (e permanenza) dello straniero in tale luogo<sup>2</sup>.

Benché, oltre ad esser preposto a esigenze organizzative, serva anche a sorvegliare i movimenti del richiedente asilo, questo insieme di norme non

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

<sup>2</sup> Il disegno cui si allude nel testo si ricava dall'accostamento di precetti diversi, collocati in testi normativi distinti ma ben collegati tra loro (artt. 10 e 13, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, 23 *bis*, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25). A norma di tale combinato disposto, sia negli HUBS regionali che nelle strutture di accoglienza straordinarie il richiedente protezione internazionale ha la facoltà di uscita nelle ore diurne e non può allontanarsi per più di ventiquattro ore senza l'autorizzazione del prefetto (art. 10, d.lgs. n. 142/2015); per il caso di allontanamento ingiustificato dai centri di prima accoglienza o di accoglienza straordinaria prima di aver sostenuto il colloquio personale con la commissione territoriale, l'art. 13, d.lgs. n. 142/2015 prevede la revoca dell'accoglienza. Non solo: stando all'art. 23 *bis* d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 (introdotto nel 2015), nel caso di allontanamento ingiustificato l'esame della domanda può essere sospeso. Nonché: l'art. 3 comma 2 della l. 18 dicembre 2020, n. 173 (che ha convertito con modifiche il d. l. n. 21 ottobre 2020, n. 130) è intervenuto sull'art. 5 *bis* del d. lgs. n. 18 agosto 2015, n. 142, introducendo un peculiare motivo di cancellazione anagrafica con effetto immediato in caso di comunicazione, da parte del responsabile della convivenza anagrafica, dell'allontanamento non giustificato del richiedente protezione internazionale, ospitato nei centri di cui agli artt. 9 e 11 del medesimo d.lgs. 142/2015, nonché nelle strutture del sistema di accoglienza e integrazione.

determina una vera e propria limitazione della libertà personale. I centri deputati all'accoglienza dei richiedenti asilo sono infatti centri aperti, privi di natura detentiva. Nondimeno, il cosiddetto “confinamento umanitario”<sup>3</sup> — quello che appunto si realizza all'interno dei centri aperti — si iscrive in un disegno più ampio, contribuendo alla diffusa percezione dello straniero come individuo da collocare in un luogo isolato e separato dalla comunità dei cittadini.

Esclusa la natura coercitiva delle misure di accoglienza, si deve dar conto delle altre strategie messe in campo dal legislatore italiano, caratterizzate — queste sì — dal ricorso a vere e proprie limitazioni della libertà personale, anche molto penetranti.

La prima — molto in auge all'inizio del nuovo millennio, ed ispirata alla logica del “diritto penale del nemico” — vede entrare in scena i più classici fra gli strumenti di detenzione, ossia quelli offerti dal diritto e dalla procedura penale. In particolare, il periodo compreso tra il 2002 e il 2011 è stato interessato tanto dal progressivo inasprimento della risposta sanzionatoria riservata a determinate condotte, tipiche dello straniero irregolare, quanto dall'introduzione di inedite ipotesi di reato. Se infatti il successivo e contestato ingresso nel sistema del reato di clandestinità — con il “Pacchetto sicurezza” del 2009, che ha inserito l'art. 10 *bis* in seno al Testo unico sull'immigrazione<sup>4</sup> — ha assunto una valenza più che altro propagandistica (testimoniata dalla natura sostanzialmente simbolica della pena per esso prevista), è il trattamento riservato ai delitti di illecito reingresso nel territorio dello Stato (descritti dai commi 13 e seguenti dell'art. 13 T.U.I.) e di inottemperanza ingiustificata all'ordine di allontanamento impartito dal questore (di cui ai commi 5 *ter* e 5 *quater* dell'art. 14 T.U.I.) ad essere paradigmatico, poiché oggetto di una straordinaria *escalation* punitiva, realizzatasi nel biennio 2002-2004.

La storia di queste due classi di fattispecie incriminatrici<sup>5</sup> — passata prima per il loro innesto e poi per l'ipertrofico innalzamento della risposta sanzionatoria loro riservata — disvela la volontà di propiziare il potenziale confinamento in massa di buona parte degli stranieri irregolari presenti in Italia, destinati (anche se solo in astratto) al regime carcerario sostanzialmente in quanto tali. Tale volontà è stata realizzata ideando una formidabile saldatura tra diritto e procedura penale, che ha visto il suo esempio più nitido nella parabola del reato di inottemperanza dell'ordine di allontanamento impartito dal questore: la detenzione dello straniero indagato e imputato per tale fattispecie (come pure per quella di cui all'art. 13 comma 13 ss. T.U.I.) era infatti destinata a operare prima a titolo di arresto (obbligatorio), poi di custodia cautelare in carcere, e infine — all'esito di un rito marcato dalle tappe forzate del giudizio direttissimo atipico obbligatorio — a titolo di pena.

<sup>3</sup> Così è stato efficacemente etichettato in dottrina il complesso di regole di cui s'è dato conto nella nota precedente: v. Campesi (2017), pp. 1 ss.

<sup>4</sup> D. lgs. n. 286 del 1998: d'ora in poi, T.U.I.

<sup>5</sup> Con le loro specificazioni: v. i commi 13 e 13 *bis* dell'art. 13 T.U.I.

Questa spirale di coercizione, ascrivibile alla logica della cosiddetta *crim-migration*<sup>6</sup>, è stata perseguita e alimentata fino al 2011, quando è intervenuta la sentenza El Dridi della Corte di giustizia dell'Unione europea: una pronuncia che, andando a colpire la comminatoria della pena detentiva per l'inottemperante all'ordine di allontanamento del questore<sup>7</sup>, ha posto le premesse per il sostanziale abbandono della leva penale quale mezzo elettivo per garantire il controllo fisico sulla popolazione straniera priva di titolo di soggiorno. Infatti, sebbene la sequenza coercitiva appena descritta tuttora rappresenti la risposta processuale e penale per i trasgressori al divieto di reingresso in Italia, la rinuncia a tale strumento nei riguardi di chi non ottempera all'ordine di allontanamento ha avuto importanti e intuibili ricadute concrete, vista l'incidenza statistica ben maggiore di quest'ultima condotta rispetto a quella di chi, una volta fisicamente espulso, riesca poi clandestinamente a rientrare in Italia.

L'ultima fra le strategie preordinate al controllo fisico degli stranieri passa invece per l'allestimento di forme di detenzione regolate non dal diritto e dalla procedura penale, ma direttamente dal diritto amministrativo. Questa opzione accomuna molti ordinamenti, e, sul finire degli anni '90, è stata fatta propria anche dal legislatore italiano, per una serie di ragioni tra le quali, oltre alla volontà di "amministrativizzare" la libertà personale dello straniero — sottraendola ai ben più elevati *standard* garantistici imposti dal diritto e dalla procedura penale — paradossalmente si collocava anche il rifiuto (poi rinnegato nel 2009) di rendere penalmente rilevante l'ingresso illegale dello straniero nel nostro Paese.

Queste, in particolare, sono le tre possibili declinazioni del trattenimento — comunemente detto anche detenzione amministrativa — riscontrabili in svariati sistemi giuridici, e che vengono qui compendiate secondo l'ordine di introduzione nell'ordinamento giuridico italiano: la detenzione in uscita (o ablativa), inaugurata con la legge "Turco-Napolitano" (l. 6 marzo 1998, n. 40), disciplinata dall'art. 14 T.U.I. e pensata per gli stranieri di cui sia già stata decretata l'espulsione (o il respingimento), anche se in via non ancora definitiva<sup>8</sup>; la detenzione riservata al richiedente protezione internazionale, introdotta per la prima volta dalla legge "Bossi-Fini" (l. 30 luglio 2002, n. 189) e oggi — all'esito dell'ennesima novella che ne ha notevolmente esteso l'ambito operativo — regolata dagli artt. 6, 6 *bis* e 6 *ter* del d. lgs. n. 142 del

<sup>6</sup> L'efficace neologismo — una crasi che (intuibilmente) allude al fenomeno della *criminalization of immigration law* — si deve a Stumpf (2006), p. 367 s. La letteratura in materia è molto ampia. Per aggiornati riferimenti bibliografici v. Gatta-Mitsilegas-Zirulia (eds.) (2021). Tra i numerosi contributi di autori italiani si segnalano: Cavaliere (2013), p. 17 s.; Donini, (2009), p. 101 s.; Gatta (2018), p. 675; Pelissero (2012), p. 37; Spena (2017), p. 502.

<sup>7</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 aprile 2011, Hassen El Dridi, (ECLI:EU:C:2011:268) (§ 59). La pronuncia si può leggere (fra l'altro) in *Dir. pen. cont. (web)*, 29 aprile 2011, con una nota di Viganò. V. anche Viganò-Masera (2011); Favilli (2011), pp. 904 ss.; Barberini, Casucci (2011), pp. 1615 ss.

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

2015<sup>9</sup>; infine, la detenzione all'arrivo, destinata a trovare applicazione — nei cosiddetti «punti di crisi» — subito dopo l'arrivo del migrante nel territorio nazionale, e che sulla carta, stando alla disciplina legale, dovrebbe poter attingere il solo richiedente protezione internazionale<sup>10</sup>.

Negli anni, il ricorso alla detenzione (in tutte le sue diverse forme) ha visto allargare il proprio perimetro applicativo, con una dinamica — coerente con la natura *in primis* simbolica dell'istituto — ardua da conciliare con lo scarso numero dei posti disponibili nei centri chiusi<sup>11</sup>. Tanto che, quanto-

<sup>9</sup> La disciplina del trattenimento del richiedente protezione internazionale è stata fortemente ripensata da una recentissima riforma, operata con la l. 5 maggio 2023, n. 50, che ha convertito, con modifiche, il d.l. 10 marzo 2023, n. 20. Senza poter qui entrare nel dettaglio, pare doveroso dar conto di tali variazioni, sia pure solo per sommi capi. Innanzitutto, l'art. 6 vede ora molto estesa questa ipotesi di detenzione amministrativa, la quale, in virtù della novellata lett. d) del comma 2, può oggi operare anche là dove sia «necessario determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non potrebbero essere acquisiti senza il trattenimento e sussiste rischio di fuga» (rischio di fuga a sua volta da valutarsi «caso per caso»), ma facendo rinvio a un catalogo molto ampio di ipotesi presuntive fissate dal legislatore. Già a colpo d'occhio, la modifica risulta problematica (e di dubbia compatibilità con la riserva di legge prescritta all'art. 13, comma 2, Cost.), vista l'estrema genericità dei presupposti per poter decretare l'ingresso del richiedente asilo in un centro di detenzione.

Se ciò non bastasse, alla medesima riforma del 2023 si deve anche l'innesto di due disposizioni del tutto inedite: gli artt. 6 *bis* e 6 *ter* del d. lgs. n. 142/2015, entrambi parimenti intesi ad allargare l'ambito operativo della detenzione amministrativa del cosiddetto «asilante». In particolare, se il secondo dei due precetti regola il trattenimento del richiedente protezione internazionale sottoposto alla «procedura Dublin» (all'uopo descrivendo le ipotesi di «notevole rischio di fuga» idonee a determinare l'ingresso in un centro chiuso dello straniero in attesa di essere trasferito in altro Paese UE), l'art. 6 *bis* è invece preposto a normare il trattenimento del richiedente mentre si sta svolgendo la «procedura di frontiera» di cui all'art. 28 *bis* del d. lgs. n. 25 del 2008, con un'ipotesi di detenzione, specifica (che può durare fino a trenta giorni, periodo idealmente corrispondente all'esaurimento delle singole tappe previste dalla «procedura di frontiera» per approdare a una decisione definitiva sulla richiesta di asilo). Per come formulata, quest'ultima disciplina rispecchia l'intenzione politica di patrocinare un'applicazione massiccia del trattenimento, da riservare a tutti gli stranieri che — provenienti da un «Paese sicuro», privi di un valido documento di identità o non in grado di presentare idonea garanzia finanziaria — avanzano domanda di protezione internazionale nelle zone di transito o di frontiera.

Nel complesso, si ricava un quadro profondamente mutato: mentre in origine il trattenimento del richiedente protezione internazionale vedeva un ambito operativo meno esteso rispetto a quello caratteristico del trattenimento «in uscita», oggi i ruoli sembrano essersi invertiti. Tuttavia, allo stato, l'Italia non dispone delle strutture idonee ad assicurare un'applicazione su così vasta scala del trattenimento per i richiedenti asilo, essendo i posti disponibili all'interno dei centri chiusi assolutamente inadeguati a sostenere la forza d'urto della nuova disciplina.

<sup>10</sup> Curiosamente (ma in realtà non si tratta di un caso, risultando del tutto conforme al diverso livello di «accettabilità» di una forma di detenzione comunque preposta a colpire persone neppure indiziate di aver commesso un reato), l'ordine di introduzione nell'ordinamento è opposto all'ipotetico percorso coercitivo che potrebbe interessare lo straniero approdato in Italia, e che in astratto potrebbe articolarsi in questi passaggi successivi: detenzione all'arrivo (presso un *hotspot*), detenzione riservata al richiedente protezione internazionale, detenzione ablativa (o in uscita), esecutiva di una eventuale espulsione successiva al rigetto della richiesta di asilo.

<sup>11</sup> Ad oggi, e come meglio vedremo, due sono le tipologie di centri chiusi, dove si realizza una vera e propria detenzione e che si contrappongono ai centri aperti (viceversa preposti all'accoglienza, e dai quali è possibile allontanarsi): accanto ai punti di crisi (i cosiddetti *hotspot*, istituiti dalla «riforma Minniti»: d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con l. 13 aprile 2017, n. 46), i centri di preparazione al rimpatrio (C.P.R.), la cui attuale denominazione, voluta dalla medesima «riforma Minniti» del 2017, ha sostituito quella di Centri di identificazione ed espulsione (C.I.E.), precedentemente introdotta con il «Pacchetto Sicurezza» del 2008 (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con mod. in l. 24 luglio 2008, n. 125) e che aveva a sua volta sostituito quella di «centri di permanenza temporanea e assistenza» (C.P.T.A.).

meno rispetto al trattenimento in uscita, con una tra le più recenti novelle intervenute in materia — la “riforma Lamorgese” (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con mod. in l. 18 dicembre 2020, n. 173) — il legislatore ha ritenuto necessario introdurre criteri di priorità (ora contenuti nel nuovo comma 1.1 dell’art. 14 T.U.I.) per orientare il questore di fronte alla scelta su chi “ospitare” con precedenza nei Centri di preparazione al rimpatrio (C.P.R.)<sup>12</sup>.

Sebbene si tratti di istituti formalmente ascrivibili al diritto amministrativo, e sebbene la disciplina italiana non impieghi esplicitamente la parola *detenzione*, ricorrendo piuttosto all’ipocrisia del termine *trattenimento*, ci si trova dinanzi a misure restrittive della libertà personale comunque molto vicine a quelle tipiche dell’ordinamento penale<sup>13</sup>. E proprio in forza di ciò, esse devono ritenersi subordinate al rispetto dei principi — costituzionali e convenzionali — che governano la possibilità di esercitare sul singolo forme più o meno marcate di coercizione. L’ombrello delle regole sovraordinate è infatti il medesimo con il quale tipicamente deve confrontarsi il processual-penalista: il che stimola quest’ultimo ad occuparsi di tale normativa nel suo complesso.

## 2. LA FASE DELL’ARRIVO: I MOVENTI DI UN’IRRIDUCIBILE INSOFFERENZA AL RISPETTO DELLA LEGGE.

Nel contesto generale, suscita spiccato interesse la fase dell’arrivo, oltremodo delicata e spesso contraddistinta da una gestione opaca da parte della pubblica autorità.

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

<sup>12</sup> I commi 1.1. e 2-*bis* sono stati inseriti dall’art. 3 del d.l. n. 130 del 2020.

<sup>13</sup> Sulla “questione lessicale” v. fra gli altri Loprieno (2018), p. 29 s., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici su questo aspetto, tutt’altro che secondario poiché rivestito di alta valenza simbolica.

Sullo sfondo, alcune consapevolezza risultano imprescindibili per cogliere il movente delle pratiche che si andranno velocemente a descrivere.

Innanzitutto, va tenuto ben presente che, salve eccezioni, la disciplina comunitaria subordina la possibilità stessa di presentare domanda di protezione internazionale al raggiungimento, da parte del diretto interessato, del territorio (o quantomeno di una frontiera esterna) dell'Unione europea<sup>14</sup>.

In secondo luogo, si deve considerare quanto sia decisiva la logica del cosiddetto "sistema Dublino", che — come noto — tendenzialmente obbliga alla presa in carico della domanda d'asilo il Paese di primo approdo nel territorio dell'Unione, così esponendo gli Stati con frontiere esterne, come l'Italia, a una pressione migratoria oltremodo ardua da gestire<sup>15</sup>.

Infine, per comprendere il contesto complessivo è naturalmente cruciale anche la distinzione tra migranti economici e forzati, la cui rappresentazione mediatica ha nel tempo subito più d'una metamorfosi<sup>16</sup>. Tanto da aver trasfigurato prima l'immagine del migrante economico (che, in un primo momento salutato con favore, è stato poi identificato quale parassita del *welfare* e usurpatore di opportunità lavorative da riservare ai cittadini), poi quella del richiedente protezione internazionale (cui spesso si allude come ad un soggetto che sfrutta abusivamente le pieghe di una legislazione troppo benevola e lassista)<sup>17</sup>.

In tale contesto, la progressiva chiusura (dal 2012 ad oggi) delle frontiere europee che ha seguito ed affiancato questo mutamento del discorso pubblico (con la forte contrazione dei canali di accesso legale in Italia e in Europa) ha finito per trasformare «la richiesta di protezione internazionale nell'unica possibilità, per i migranti, di accedere a uno *status* legale»<sup>18</sup>.

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

<sup>14</sup> In tema si veda da ultimo l'approfondita analisi di Siccardi (2021), segnatamente pp. 53 ss.

<sup>15</sup> Si consideri inoltre che, chiudendo la rotta balcanica, la stipula dell'accordo congiunto tra l'Unione europea e la Turchia (*Next Operational Steps in EU-Turkey Cooperation in the Field of Migration*, 16.3.2016 COM(2016) 166 final) ha reso dal 2016 il Mediterraneo l'unico canale di accesso verso l'Europa.

<sup>16</sup> Per alcune stimolanti riflessioni su questa dinamica (definita dall'autore come un «incredibile corto circuito») v. Sbraccia (2021), p. 47.

<sup>17</sup> È peraltro proprio la distinzione tra migrante forzato e migrante volontario a risultare di per sé artificiale e viziata da ipocrisia: v. fra gli altri Martelloni (2021), p. 58. Alle trasfigurazioni cui su alludeva nel testo si somma anche quella che ha investito chi presta soccorso ai migranti (che da angeli sono divenuti taxi del mare, attigui ai trafficanti di esseri umani).

<sup>18</sup> Così Sciarba (2018), p. 147.

### 3. L'EVITAMENTO DELL'APPRODO

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

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

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

I presupposti del respingimento — in entrambe le due diverse declinazioni — sono gli stessi dell'espulsione prefettizia volta a colpire l'ingresso e il soggiorno irregolari (di cui all'art. 13 comma 2 lett. *a* e *b* T.U.I.). Tuttavia, l'operatività dell'istituto è interamente affidata all'autorità di pubblica sicurezza, sulla carta chiamata alla massima rapidità di emissione ed esecuzione (in forma coattiva) del provvedimento<sup>19</sup>.

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

Intuibilmente, è proprio qui che si incontra una prima forzatura del dato normativo: in particolare, con il diffondersi di alcune prassi volte a scongiurare l'arrivo dello straniero sul territorio italiano ed europeo, e ciò anche nei casi (tutt'altro che remoti) in cui questi possa presentare una domanda di asilo.

Una tra queste pratiche — che ha operato in più occasioni nel 2009 — è quella dei respingimenti collettivi in alto mare (ossia in acque internazionali), e si è realizzata in attuazione di accordi bilaterali, conclusi con l'allora Governo libico di Gheddafi e finalizzati al contrasto dell'immigrazione clandestina. *L'escamotage* — lesivo tanto del diritto sovranazionale quanto di quello

<sup>19</sup> Proprio per tale ragione, da sempre si riscontra la tendenza a slabbrare i (pur elastici) confini cronologici del respingimento differito, il cui ambito operativo (solo tratteggiato dalla genericità di quel «subito dopo» racchiuso nell'art. 10 comma 2 T.U.I.) tende a sovrapporsi con quello dell'espulsione prefettizia.

interno — è però stato bocciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con la nota sentenza *Hirsi Jamaa contro Italia*, del 2011, poiché in conflitto (fra l'altro) con l'art. 4 Prot. 4 della Convenzione europea, che sancisce il divieto di espulsioni collettive<sup>20</sup>.

In seguito, e in particolare grazie alla stipula del noto *Memorandum* di intesa Italia-Libia nel 2017<sup>21</sup>, a questa politica si sarebbe sostituita quella dei respingimenti “per delega”, conseguenti all'istituzione di un modello di controllo delle frontiere esternalizzato, con cui l'Italia si è impegnata a fornire aiuto finanziario e tecnico alla Libia al fine di impedire le partenze, e che vede la Guardia costiera libica chiamata ad intercettare i migranti e ricondurli sulla costa africana. Si tratta di una chiara reazione al «tentativo di de-territorializzare il concetto di giurisdizione»<sup>22</sup> fatto proprio dalla giurisprudenza di Strasburgo. Quantomeno nella fase immediatamente successiva alla sua conclusione, l'accordo con il governo di Al-Sarraj ha comportato una drastica riduzione degli arrivi provenienti in Italia via mare<sup>23</sup>; obiettivo realizzato dunque ricorrendo a un espediente volto a schivare gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Confidando nel riconoscimento della giurisdizione dell'organo di giustizia sovranazionale, anche la pratica dei “respingimenti per delega” è stata sottoposta all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo, con un ricorso — “S.S. e altri contro Italia” — tuttora in attesa di definizione<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (ECLI:CE:CHR:2012:0223JUD002776509). La pronuncia scaturiva dal ricorso di ventiquattro cittadini somali ed eritrei facenti parte del gruppo di circa duecento persone che, il 6 maggio 2009, veniva intercettato da motovedette italiane all'interno della zona “SAR” (Search and Rescue) di responsabilità maltese mentre, su tre imbarcazioni, tentava di raggiungere via mare l'Italia. Tali persone venivano trasferite a bordo delle navi italiane e riportate in Libia, da dove erano partite, in conformità con gli accordi bilaterali fra Italia e Libia, senza essere state previamente identificate e informate circa la loro reale destinazione.

La questione pregiudiziale dell'extraterritorialità avanzata dal Governo italiano davanti alla Corte europea è stata respinta sul presupposto che la giurisdizione (della Corte medesima) viene in rilievo *ex se* all'interno del territorio dello Stato, ove il potere coercitivo è esercitato *naturaliter*, ma ben può sussistere in tutti quei casi in cui un singolo agisca in nome dello Stato ma al di fuori del suo territorio (come è avvenuto, appunto, con i respingimenti in alto mare, quando navi militari italiane hanno imbarcato i naufraghi in acque internazionali per riportarli direttamente in Libia).

<sup>21</sup> *Memorandum* d'intesa sulla «Cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento delle sicurezze delle frontiere», 2 febbraio 2017 (disponibile all'indirizzo [governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf](http://governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf)). Conformemente con quanto previsto dall'art. 8 del *Memorandum*, l'accordo si è poi rinnovato, a cadenza triennale, dapprima sotto il Governo presieduto da Mario Draghi, e, a seguire, sotto la Presidenza del Consiglio di Giorgia Meloni.

<sup>22</sup> Il virgolettato è ripreso da Campesi (2021), p. 35, il quale rileva come gli stati «abbiano affinato le loro strategie di controllo extraterritoriale, evitando di entrare in contatto fisico con i migranti per mezzo di una delega delle classiche attività di interdizione alle autorità dei paesi terzi».

<sup>23</sup> Per approfondimenti sul punto si veda, fra gli altri, Crescini, Pasquero, Cecchini, Fachile (2020), pp. 178 ss.

<sup>24</sup> Per un'analisi ragionata del ricorso pendente a Strasburgo, v. Fazzini (2020), pp. 87 ss.

Tuttavia, la storia della «*offshore detention*» non lascia ben sperare circa l'accoglimento di tale ricorso. La stessa questione si era infatti a suo tempo posta a seguito dell'esternalizzazione delle frontiere realizzata dagli Stati Uniti a Guantamano bay (dove venivano condotti gli haitiani fuggiti dal loro

Alla prova dei fatti, tanto i respingimenti in alto mare quanto quelli per delega implicano un ricorso alla coercizione — quasi mai descritto come tale, essendo l'enfasi posta soltanto sulla contestuale componente di “salvataggio in mare” — che passa per il trasbordo dei migranti dalle imbarcazioni mediante le quali tentano la traversata a navi (militari) preposte a ricondurli nei porti dai quali erano salpati; per poi essere, i “salvati in mare”, spesso ricondotti nei tristemente noti centri di detenzione (che, malgrado i propositi enunciati nell'art. 2 del citato Memorandum Italia-Libia, nel Paese nordafricano restano luoghi caratterizzati da gravissime violazioni dei diritti umani)<sup>25</sup>.

#### 4. L'INVISIBILIZZAZIONE DELL'APPRODO

Se i respingimenti in acque internazionali o “per delega” puntano a scongiurare l'approdo degli stranieri sul suolo italiano (ed europeo), altre pratiche si concentrano invece sul passaggio immediatamente successivo. È il caso di quelli che potremmo chiamare “respingimenti invisibili”: respingimenti di persone che, pur avendo messo piede in Italia, non vengono formalmente registrate come tali, sempre allo scopo di non attivare le garanzie e le tutele conseguenti al loro ingresso. In tali ipotesi, l'invisibilizzazione dello straniero passa anche per l'uso della forza esercitato direttamente dall'autorità di pubblica sicurezza italiana, ancorché in modo sottaciuto e clandestino.

È bene tener presente che i “respingimenti invisibili” possono operare non solo verso l'esterno, ma anche in corrispondenza dei confini interni, che dividono tra loro diversi Stati membri dell'Unione europea: è il caso dei respingimenti informali che si verificano alla frontiera tra il nostro Paese e la Slovenia. Questa prassi consente appunto di rendere invisibile lo straniero, che, prelevato in territorio italiano, viene ricondotto a forza oltre confine senza che tale attività venga minimamente documentata. Una simile pratica elude due volte la legge: non solo infatti il singolo non si vede fisicamente consegnare il decreto di respingimento differito, ma nei suoi confronti non viene neppure emesso un decreto di accompagnamento coattivo; un provvedimento, quest'ultimo, che a sua volta, dopo le innovazioni introdotte all'art. 10 T.U.I. dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (convertito con modificazioni dalla l. 1°

---

Paese dopo il colpo di stato del 1991, e, pochi anni dopo, gli anticastristi fuggiti da Cuba): in proposito, la giurisprudenza statunitense ha sempre negato la propria giurisdizione (v. quanto riportato da Wilsher (2012), p. 239), con una posizione più di recente fatta propria anche dalle istituzioni australiane rispetto ai centri di detenzione allestiti — rigorosamente fuori dai confini nazionali, grazie ad accordi con i due Paesi — a Manus Island (Papua Nuova Guinea) e a Nauru (cfr. in proposito Lazarus Hirsch (2017), in particolare p. 78).

<sup>25</sup> Un ulteriore ricorso alla coercizione si è più volte verificato anche nelle note e avvimenti vicende — si pensi, tra gli altri, ai casi “Diciotti” o “Gregoretti” — marcate da lunghe attese in mare in vista dell'autorizzazione all'approdo a terra di numerose navi impegnate in operazioni di soccorso. Il fenomeno, particolarmente *in auge* in una ben determinata stagione politica, è stato mediaticamente etichettato come “politica dei porti chiusi”, ha coinvolto tanto imbarcazioni militari quanto navi destinate al soccorso da Organizzazioni non governative e ha visto ipotizzare anche l'accusa di sequestro di persona nei confronti del Ministro dell'Interno *pro tempore*, Matteo Salvini. In tema v. Masera (2020), p. 19.

dicembre 2018, n. 132), non solo deve essere emesso, ma andrebbe anche necessariamente sottoposto alla convalida del giudice di pace.

Anche questo espediente ci pone dinanzi all'importanza del lessico, ove si consideri che, sollecitato a rispondere in proposito, pur "confessando" il ricorso a tali pratiche, nell'agosto del 2020 il Viminale ha smentito possa parlarsi di respingimenti illegali, preferendo menzionare «procedure informali di riammissione», operanti «per prassi consolidata» sulla scorta di un accordo di riammissione Italia-Slovenia siglato nel 1996 (otto anni prima dell'ingresso del Paese balcanico nell'UE, e dunque quando il confine italo-sloveno segnava ancora una frontiera esterna dell'Unione). Sempre stando a questo chiarimento del Ministero, tali «procedure di riammissione» non comporterebbero «la redazione di un provvedimento formale», potendo essere applicate «anche qualora sia manifestata [da parte dei migranti] l'intenzione di richiedere protezione internazionale»<sup>26</sup>.

Parlando di riammissione (da parte della Slovenia), la terminologia privilegiata dal Governo abilmente pone l'accento su un'attività speculare a quella caratteristica del respingimento. Sennonché, la slovena è solo la prima di una vera e propria catena di riammissioni informali, essendo seguita da quella in Croazia e, dopo, da quella in Bosnia: riammissioni, tutte, finalizzate non ad accogliere, quanto piuttosto ad allontanare lo straniero indesiderato dal proprio Paese e dal territorio dell'Unione. Infatti, alla riammissione in Bosnia consegue quasi sempre l'allontanamento coattivo dall'Europa (per di più con modalità spesso violente)<sup>27</sup>.

È dunque sulla scorta di tale dato di fatto se nel gennaio 2021, a fronte di una nuova interrogazione parlamentare, i contenuti di quella precedente risposta sono stati smentiti dal Ministro Lamorgese, che ha negato l'operatività di una simile prassi nei confronti dei richiedenti asilo<sup>28</sup>. In seguito, pur non

<sup>26</sup> Si tratta della risposta data dal Ministero degli Interni (nella persona di Achille Variati, Sottosegretario di Stato per l'Interno) all'interrogazione parlamentare presentata (dal deputato Riccardo Magi) in ordine alle prassi seguite in attuazione dell'accordo bilaterale di riammissione sottoscritto con la Slovenia nel 1996 e mai ratificato dal Parlamento italiano; risposta nella quale, a giustificazione di tale prassi, si può leggere, oltre a quanto brevemente riassunto nel testo, anche che «il principio della unicità della domanda di asilo e della certezza del suo esame è garantito allo straniero richiedente asilo all'interno dell'Unione europea, a prescindere dallo Stato individuato quale competente ad esaminare la domanda. Conseguentemente, nessuna violazione del diritto di asilo può configurarsi in una procedura di riammissione nel territorio sloveno, anche tenendo conto che non può essere consentito allo straniero, pur bisognoso di protezione e aiuto, di scegliere il Paese in cui essere eventualmente accolto». V. il Resoconto stenografico dell'Assemblea - Seduta n. 379 di venerdì 24 luglio 2020, consultabile sul sito istituzionale della Camera dei Deputati.

<sup>27</sup> Parimenti critico, oltre che sulla sostanza, anche sulla terminologia impiegata («quanto di più ipocrita si possa escogitare per descrivere un essere respinti a ritroso») è Cavaliere (2022), p. 51.

<sup>28</sup> V. il Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 450 di mercoledì 13 gennaio 2021, disponibile sul sito della Camera, in cui si può leggere la risposta del Ministro degli Interni agli interroganti Palazzotto e Fornaro, ove fra l'altro si può leggere questo passaggio: «la Slovenia aderisce alla Convenzione di Ginevra, [...] e, inoltre, la stessa Slovenia, come la Croazia, sono considerati Paesi sicuri sul piano del rispetto dei diritti umani e delle Convenzioni internazionali. Pertanto, le procedure di riammissione riguardano uno Stato europeo, la Slovenia, nel quale vigono normative internazionali europee analoghe a quelle che vigono nel nostro Paese».

scomparendo, il ricorso a tale *escamotage* si è invero fatto meno frequente (anche in conseguenza della pandemia)<sup>29</sup>.

Come già anticipato, la ragione per cui il sistema trova conveniente tale pratica — e dunque la ragione per cui il decreto di respingimento non viene redatto — è chiara: evitare che l'operazione possa essere sottoposta a sindacato giudiziale; al contempo, rendere molto difficile la prova, da parte del migrante, di aver messo piede in Italia (e più in generale nell'Unione europea), con tutte le conseguenze che ne derivano<sup>30</sup>. Una difficoltà probatoria, questa, attestata anche da una nota vicenda approdata alla cognizione del Tribunale di Roma, e riguardante un cittadino pakistano richiedente asilo, che nel luglio del 2020 dall'Italia era stato "riammesso" in Slovenia, poi in Croazia e quindi in Bosnia: dopo aver in prima battuta accolto il ricorso urgente presentato dall'interessato, ordinando alle amministrazioni competenti di permetterne l'ingresso nel territorio nazionale così da garantirgli la possibilità di avanzare richiesta di protezione internazionale in Italia<sup>31</sup>, il Tribunale di Roma ha infatti accolto il reclamo proposto dal Ministero dell'Interno avverso tale ordinanza cautelare, ritenendo che il richiedente asilo non avesse fornito la prova di essere entrato nel nostro Paese e di aver precedentemente subito un respingimento informale verso la Slovenia<sup>32</sup>.

Al di là del *deficit* probatorio riscontrato nel caso di specie, la presa di posizione espressa dal Tribunale di Roma con il primo dei due provvedimenti menzionati aveva comunque prodotto un effetto tangibile, reso manifesto proprio dal mutato atteggiamento del Governo e dalla dichiarata sospensione del ricorso a tali azioni (a partire dal 2021, e in particolare nel 2022). Tuttavia, il recente avvicendamento politico alla guida del Paese pare aver nuovamente invertito la tendenza, tornando a incoraggiare la vitalità delle riammissioni informali per contrastare gli arrivi dalla rotta balcanica: ciò è avvenuto

<sup>29</sup> In seguito all'interrogazione a risposta immediata presentata dal deputato Riccardo Magi il 12 ottobre 2021 in Commissione Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni, il Governo aveva escluso la futura applicazione delle procedure di riammissione nei confronti delle persone richiedenti asilo: v. <https://bit.ly/3tzWzBO>.

<sup>30</sup> Come già segnalato, il ruolo cruciale dell'approdo sul territorio nazionale discende dall'assenza (salve alcune eccezioni) del riconoscimento della possibilità di presentare richiesta di protezione internazionale senza trovarsi sul territorio dello Stato membro dell'Unione europea, o quantomeno alla sua frontiera.

<sup>31</sup> Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione, ord. 18 gennaio 2021, reperibile in *asgi.it*, che ha riscontrato l'illegittimità della procedura di riammissione attuata al confine orientale italiano sulla base dell'accordo siglato tra Italia e Slovenia nel 1996, mai ratificato dal Parlamento italiano. Oltre a violare le norme internazionali, europee e interne che regolano l'accesso alla procedura di asilo, tale pratica è eseguita senza la consegna agli interessati di alcun provvedimento e senza alcun esame delle situazioni individuali, dunque con chiara lesione del diritto di difesa e del diritto alla presentazione di un ricorso effettivo. Sempre secondo questo provvedimento, essa si realizza grazie a un trattenimento esperito senza alcun ordine dell'autorità giudiziaria e, non da ultimo, è in palese contrasto con l'obbligo di *non refoulement*.

In diretta applicazione dell'art. 10 comma 3 Cost., il Tribunale ha dunque riconosciuto il diritto del ricorrente a fare immediato ingresso in Italia per presentare istanza di protezione internazionale, accesso che gli era appunto stato impedito dal comportamento illecito delle autorità italiane.

<sup>32</sup> Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione, ord. 3 maggio 2021, che si può leggere in *asgi.it*.

mediante il varo di una circolare — risalente alla fine del novembre 2022 e pubblicizzata da esponenti del Governo nei rapporti con la stampa ancorché non reperibile nei canali istituzionali del Ministero dell'Interno<sup>33</sup> — rivolta (fra gli altri) ai prefetti di Trieste, Udine e Gorizia, sollecitati «ad adottare iniziative volte a dare ulteriore impulso all'attività di vigilanza sulla fascia di confine, al fine di assicurare la più efficace attuazione degli accordi stipulati con la Slovenia e l'Austria»<sup>34</sup>. Sebbene (a quanto consta) la circolare non faccia espresso riferimento non faccia espresso riferimento alle riammissioni riammissioni informali, le dichiarazioni pubbliche rese da alcuni esponenti della maggioranza ora al Governo lasciano pochi dubbi circa la volontà politica di volontà politica di sostenere tale pratica tale pratica, da favorire anche con l'ausilio tecnologico delle cosiddette “fototrappole”<sup>35</sup>.

Sempre allo scopo di invisibilizzare l'arrivo del migrante “indesiderato”, deve poi registrarsi una prassi diversa, ma parimenti *contra legem*, ossia quella del trattenimento di fatto che si realizza nelle camere di sicurezza delle sale transito di porti e aeroporti internazionali (come quelli di Malpensa e Fiumicino): una forma di detenzione *extra ordinem*, funzionale al rimpatrio immediato dello straniero, che spesso si protrae anche per svariati giorni in attesa che il vettore riconduca lo straniero nel Paese da cui era partito<sup>36</sup>.

Sfruttando lo scopo delle *transit zones* (nate per «facilitare il passaggio di merci e persone sul territorio di uno Stato senza che queste siano considerate, in una certa misura, formalmente entrate sul territorio»<sup>37</sup>), questo modo di procedere realizza un vero e proprio slittamento in ordine al concreto *modus operandi* di istituti caratterizzati da un ambito applicativo limitrofo e successivo: così come il respingimento differito opera sovente a distanza di giorni (talora anche di settimane) dall'avvenuto ingresso dello straniero sul territorio nazionale (con una chiara sovrapposizione rispetto allo spazio riservato all'espulsione<sup>38</sup>), altrettanto spesso si qualifica come immediato un

<sup>33</sup> V. la notizia diramata dall'ANSA il 6 dicembre 2022 (reperibile sul sito ANSA-Friuli Venezia Giulia), secondo cui il Sottosegretario agli Interni Emanuele Prisco, in visita a Trieste, avrebbe dichiarato che «il ministro Piantedosi ha diramato una direttiva alla Polizia di frontiera e ai Prefetti per riutilizzare i meccanismi di riammissione già considerati dagli accordi italo-sloveni», precisando altresì che “dal 28 novembre sono operative le riammissioni”. Per informazioni più dettagliate e per una critica ragionata a tale prassi v. Cardinali (2023).

<sup>34</sup> Il virgolettato è tratto da Tognacci (2022).

<sup>35</sup> L'espressione allude a sistemi di rilevazione ottica mobili (solitamente impiegati per osservare il passaggio di animali sulle montagne o comunque in zone impervie) da collocare nelle zone boschive di confine tra Italia e Slovenia battute dalla rotta balcanica. Per le informazioni apparse in proposito sulla stampa, v. Il Post, *Il Friuli Venezia Giulia vuole usare le “fototrappole” per i migranti al confine*, 21 marzo 2023.

<sup>36</sup> In tema si segnala l'importante lavoro empirico e di documentazione svolto dai partecipanti al progetto *In limine*, curato dall'Asgi (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione), e i cui risultati si possono consultare nel report *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di provazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, in [www.inlimine.asgi.it](http://www.inlimine.asgi.it), 28 gennaio 2021. In tema v., fra gli altri, Massimi, Ammirati (2019), Cherchi (2019), pp. 47 ss.

<sup>37</sup> Così Ammirati-Capezio-Crescini-Massimi (2021), p. 53.

<sup>38</sup> Come già segnalato *retro*, ciò è reso possibile dalla vaghezza delle espressioni adoperate dall'art. 10, comma 2, T.U.I., che ha propiziato un impiego disinvolto dell'istituto, in contrasto con lo

respingimento che non può operare istantaneamente, ma che richiede comunque un tempo “tecnico” (solo nella migliore delle ipotesi di alcune ore) per organizzare la ripartenza del soggetto, con una detenzione *de facto* destinata ad aver luogo, appunto, nelle cosiddette zone di transito.

Ciò implica una manifesta sfasatura tra legge e realtà, col ricorso a una *fictio iuris* (il mancato ingresso dello straniero nel Paese) tradita dal dato empirico, che vede la limitazione della libertà del migrante nelle zone di confine e che potrebbe astrattamente reggersi — ma in modo molto poco persuasivo e decisamente antigarantistico — solo assegnando a tali luoghi di frontiera un’extraterritorialità che li renda esenti dalla necessaria applicazione del diritto (tanto nazionale quanto sovranazionale)<sup>39</sup>.

Al pari dell’accompagnamento coattivo con cui si dà esecuzione ai respingimenti invisibili al confine con la Slovenia, anche tale restrizione è sfornita di idonea base giuridica, non essendo prevista da alcuna disposizione legislativa. E anche in questo caso, la legittimità del trattenimento — il quale si svolge lontano da occhi indiscreti<sup>40</sup> — non è sottoposta al vaglio dell’autorità giudiziaria, che sarebbe doveroso ai sensi tanto dell’art. 13 Cost. quanto dell’art. 5 CEDU<sup>41</sup>.

---

spirito della norma: v. l’ancora attuale analisi svolta da Marletta (2012), p. 1141.

<sup>39</sup> Questa ricostruzione è stata sconfessata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo sin dalla nota sentenza 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, che ha altresì ridimensionato anche l’altra impostazione teorica ipoteticamente atta a legittimare tale *modus operandi*, insita nell’adesione alla metafora della “prigione a tre pareti”: stando alla Corte, la possibilità di lasciare volontariamente il territorio dello Stato (possibilità che identificerebbe appunto la “parete mancante”) va infatti valutata non in astratto, ma in concreto, dovendo dunque essere esclusa ogniqualvolta il migrante, respinto, debba far rientro in Paesi dove i suoi diritti fondamentali sarebbero violati.

<sup>40</sup> In proposito, deve registrarsi una recente apertura: con la sentenza n. 3392/2023, pubblicata il 28 febbraio scorso (e che si può leggere, con relativo commento, su <https://inlimine.asgi.it>), la Sezione Prima *ter* del Tar Lazio Roma ha accolto il ricorso proposto da ASGI contro il provvedimento del Dipartimento di Pubblica sicurezza (Direzione Centrale dell’Immigrazione e della Polizia delle Frontiere), con cui era stata rigettata l’istanza dell’associazione di accedere e visitare la zona di transito dei valichi di frontiera aeroportuale di Roma-Fiumicino e Milano-Malpensa. Il provvedimento è importante, non solo perché è inedito (e inoltre sconfessa il precedente difforme pronunciato in sede cautelare: v. Tar Lazio, ord. n. 4747 del 2021), ma anche perché muove dal presupposto che nelle zone di transito si realizzino una vera e propria ipotesi di trattenimento.

<sup>41</sup> In conseguenza di queste sue caratteristiche, anche tale pratica è stata sottoposta al vaglio del Giudice di Strasburgo (*Thiam c. Italia*, ric. n. 21329/16), sollecitato a pronunciarsi in ordine a un’ipotesi di trattenimento *de facto* posto in essere nel 2016 ai danni di un cittadino senegalese (già regolarmente soggiornante in Italia) presso l’area di sicurezza della zona di transito dell’aeroporto di Malpensa nelle more del suo respingimento immediato alla frontiera disposto ai sensi dell’art. 10 T.U.I. e dell’art. 14 Codice Frontiere Schengen (CFS). La pronuncia — resa il 30 agosto 2022 dalla I sezione della Corte Edu (ECLI:CE:ECHR:2022:0830DEC002132916) — non offre, però, risposte appaganti, essendosi risolta in una declaratoria di inammissibilità. Da un lato, infatti, la Corte ha ritenuto che il ricorrente non godesse più della qualità di vittima ai sensi dell’art. 34 della Convenzione, in ragione della sentenza della Corte di Appello di Milano (pubblicata il 15 marzo 2018, n. 1292) che gli aveva accordato un indennizzo sul presupposto di una violazione del principio della base legale stabilito dall’art. 5 Cedu (primo parametro convenzionale azionato dal ricorrente); dall’altro lato, con riferimento alla violazione dell’art. 3 e 13 Cedu lamentata in forza delle precarie condizioni in cui ha avuto luogo la privazione della libertà personale del ricorrente (già più volte denunciate anche dal Garante nazionale dei detenuti), la Corte, rifacendosi alla propria precedente giurisprudenza, ha concluso che tali condizioni non violassero il divieto di trattamenti inumani e degradanti, in virtù della breve durata del soggiorno e al

## 5. GLI OSTACOLI ALLA PRESENTAZIONE DELLA RICHIESTA DI ASILO: LACUNE, AMBIGUITÀ E IPOCRISIE DEL SISTEMA *HOTSPOT*.

Finora abbiamo passato in rassegna alcune prassi volte a non far giungere lo straniero sul territorio nazionale (respingimenti in alto mare e “per delega”) o a renderne invisibile l’arrivo, anche grazie all’esercizio *extra ordinem* di limitazioni della libertà personale (accompagnamento coattivo oltre la frontiera terrestre e detenzione nelle sale di transito, operati in via di fatto).

Altre azioni sono invece intese a ostacolare la presentazione della richiesta di protezione internazionale da parte dello straniero che non solo sia fisicamente entrato in Italia, ma di cui risulti anche *registrato* l’ingresso. Esse chiamano in causa la forma più nota di limitazione della libertà personale dei migranti in arrivo, che si realizza con il confinamento negli *hotspot* («centri di crisi»).

In proposito, va detto che per lungo tempo la detenzione all’arrivo non è stata disciplinata dalla legge. Come già ricordato nelle pagine precedenti, pur individuando la prima forma di trattenimento idonea ad attingere lo straniero arrivato in Italia senza un valido titolo di ingresso, curiosamente essa è stata normata per via legale solo da pochi anni, in particolare con l’innesto dell’art. 10 *ter* nel Testo unico ad opera della “riforma Minniti” del 2017<sup>42</sup>. Nondimeno, la tentazione della prassi di creare luoghi di confinamento ulteriori rispetto agli odierni C.P.R. ha dato vita a un’ipotesi di detenzione *extra ordinem*<sup>43</sup>, che ha preso piede e ha “lavorato” per lungo tempo prima di essere regolamentata (in modo peraltro parziale e deficitario, come subito si dirà) nella prospettiva di rispettare la riserva di legge.

L’emblema di tale prassi poteva essere individuato nel Centro di primo soccorso e assistenza (C.P.S.A.) di Lampedusa: un centro formalmente aperto, deputato al primo soccorso di migranti, che tuttavia per molti anni è stato gestito come fosse un centro chiuso.

Come noto, il “modello Lampedusa” è stato sottoposto al vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo, che, con la sentenza della Grande camera resa nel caso *Khlaifia* contro Italia del dicembre 2016, ha bocciato il relativo *modus operandi* perché in contrasto con l’art. 5 CEDU. Segnatamente: per carenza di base legale; per l’assenza di un’idonea informazione circa i motivi della detenzione e per l’impossibilità di contestare la legittimità della misura

---

fatto che il ricorrente non versasse in una condizione di vulnerabilità né fosse un richiedente asilo. A proposito della pronuncia v. Rondine (2022); più in generale, sulle evoluzioni della giurisprudenza di Strasburgo relativamente alla riconduzione (o meno) delle limitazioni della libertà personale nelle zone di confine (aereo e terrestre) alla nozione di *privazione della libertà personale* (tale da azionare l’operatività dell’art. 5 Cedu) v., oltre a Ammirati, Capezio, Crescini, Massimi (2021), pp. 84 ss., Bernardini (2022), pp. 83 ss.

<sup>42</sup> V. art. 17, comma 1, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con mod. con l. 13 aprile 2017, n. 46.

<sup>43</sup> L’efficace espressione è impiegata tra gli altri da Masera (2013), p. 90.

privativa della libertà davanti a un giudice; e anche perché i ricorrenti non avevano potuto godere delle garanzie dell'*habeas corpus* applicabili al trattamento (ossia la convalida giudiziale, in allora prevista solo per la detenzione amministrativa in uscita all'interno dei C.I.E.)<sup>44</sup>.

Questa importante pronuncia — che ha dunque appurato la violazione dei parr. 1, 2 e 4 dell'art. 5 CEDU, a cui va aggiunta anche quella dell'art. 13, in relazione all'art. 3 — ha peraltro ridimensionato la storica portata di quanto già stabilito dalla Seconda sezione il 1° settembre 2015, con la decisione resa all'esito del primo grado di giudizio sul medesimo ricorso: decisione che aveva riscontrato anche una trasgressione del divieto di espulsioni collettive sancito dall'articolo 4 Prot. 4 CEDU<sup>45</sup>.

La pervicace inerzia dell'Italia nel predisporre una disciplina idonea a regolare la fase dell'approdo e la detenzione "in entrata" si spiega ponendo mente alla prassi, assai frequente in quegli anni, di non registrare tutti i nuovi giunti nel Paese: stranieri che, ancora una volta, venivano dunque resi invisibili, ancorché non nella prospettiva di escluderli dal territorio dell'UE quanto in quella — opposta ma parimenti funzionale all'interesse italiano — di lasciar loro intraprendere clandestinamente l'agognato viaggio verso il Nord Europa. Tale prassi ha operato in particolare nei momenti di forte tensione migratoria, toccando il suo apice durante la cosiddetta "crisi dei rifugiati".

La carenza di una regolamentazione legale atta a governare le operazioni da svolgersi subito dopo lo sbarco è stata a lungo servente a una clamorosa politica di *laissez passer*, più volte censurata dall'Unione europea, tesa ad aggirare il "sistema Dublino" anche in risposta all'inottemperanza degli altri Stati membri agli impegni assunti circa la *relocation* dei richiedenti asilo<sup>46</sup>. Infatti, le ragioni di questo temporeggiare sono tanto intuitive quanto sottaciute (né dichiarabili): per evitare di certificare di essere lo Stato di primo approdo nel territorio dell'Unione (informazione che fa scattare la "regola Dublino"), per anni l'Italia ha evitato di censire in modo puntuale tutti gli stranieri in arrivo, così assecondando la loro dispersione sul territorio nella prospettiva di lasciar loro abbandonare il Paese attraverso le frontiere settentrionali (espedito, questo, agevolato dalla sostanziale convergenza tra l'interesse del migrante e quello dell'apparato statale).

Chiaro come, in questa ambiguità di fondo, l'opacità normativa abbia giocato un suo ruolo, avendo reso più facile sfuggire agli obblighi scaturenti dal

---

<sup>44</sup> Grande Camera, sentenza 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri contro Italia*. Tra i numerosi commenti alla pronuncia v. quello di Cancellaro (2017).

<sup>45</sup> L'art. 4 Prot. 4 Cedu vieta le espulsioni collettive, ed è a sua volta funzionale al rispetto del principio di *non refoulement*, ovvero del divieto di respingere qualcuno in uno Stato in cui la sua vita possa essere in pericolo o dove possa subire trattamenti inumani e degradanti.

Sulla decisione resa dalla Seconda sezione della CEDU si veda fra gli altri il commento di Savino (2015), p. 50.

<sup>46</sup> Di politica del "lascia-passare" parla la Commissione europea nella comunicazione COM(2016) 120 final, del 4 marzo 2016, *Ritorno a Schengen* — Tabella di marcia.

regolamento Eurodac, che impone alle autorità dello Stato membro di procedere alla identificazione degli stranieri intercettati sul territorio nazionale<sup>47</sup>.

Il tardivo intervento del legislatore si è rivelato difettoso e parziale, oltre che foriero di una disciplina inutilmente intricata. Nell'ottica di ottemperare all'Agenda europea delle migrazioni del 2015, che ha per la prima volta menzionato e descritto il metodo *hotspot*<sup>48</sup>, la “riforma Minniti” del 2017 ha infatti introdotto l'art. 10 *ter* nel T.U.I., stabilendo la necessità di condurre gli stranieri soccorsi in mare o comunque fermati sul territorio nazionale in appositi «punti di crisi». Tuttavia, tali luoghi sono stati identificati attraverso un rinvio normativo a tipologie di centri — quelli menzionati dalla “legge Puglia” del 1995 e gli Hubs regionali di cui al d. lgs. n. 142 del 2015 (il cosiddetto “decreto accoglienza”) — qualificabili come centri aperti e non chiusi<sup>49</sup>: un'opzione, questa, criticata da tutti i commentatori dell'art. 10 *ter* T.U.I., la cui introduzione non ha affatto consentito di superare il difetto di base legale già denunciato dalla Corte europea con la sentenza *Khlaifia*<sup>50</sup>.

Nel suo complesso, la disciplina non è migliorata neppure con la “riforma Salvini” (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132), che, pur essendo intervenuta sulle regole della detenzione all'arrivo, lo ha fatto in modo tutt'altro che chiaro, se non negli intenti (indubbiamente volti a potenziare il ricorso al trattenimento). In particolare, all'esito di un'interpolazione operata non direttamente sull'art. 10 *ter* T.U.I. ma sull'art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015, è oggi possibile riscontrare due diverse ipotesi di detenzione all'arrivo specificamente regolate dalla legge: il trattenimento nel C.P.R. disposto ai sensi dell'art. 10 *ter* comma 3 T.U.I., per il caso in cui lo straniero rifiuti reiteratamente di sottoporsi ai rilievi foto-dattiloscopici (e la cui durata massima è fissata in trenta giorni); il trattenimento dei richiedenti asilo nel punto di crisi, che, a seguito dell'innesto del comma 3 *bis* nell'art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015, può essere disposto al fine di «determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza»<sup>51</sup>. Un'ipotesi di detenzione amministrativa, quest'ultima, che fa discendere la possibile restrizione della libertà personale dal mero

<sup>47</sup> Il Regolamento Eurodac (n. 603 del 2013) prevede un sistema informatico che gestisce una banca dati europea per il confronto delle impronte digitali dei richiedenti asilo e delle persone che hanno attraversato in maniera irregolare una frontiera esterna dell'Unione; esso è dunque funzionale all'applicazione del regolamento di Dublino III (n. 604 del 2013), poiché consente di determinare quale Paese è competente ad esaminare una richiesta d'asilo.

<sup>48</sup> *Agenda europea per la migrazione*, Commissione europea, Bruxelles, 13 maggio 2015, COM (2015) 240 final. Per la descrizione dell'origine di questo modello operativo, idealmente teso a instaurare un presidio centralizzato delle frontiere esterne dell'Unione ad opera dell'istituenda guardia di frontiera europea, v. Campesi (2016), p. 12.

<sup>49</sup> Per la distinzione tra centri aperti e chiusi v. *retro*, note 2 e 3.

<sup>50</sup> Il dato è segnalato anche dalla dottrina processualpenalistica; v. tra gli altri Cassibba (2017), p. 1 s., e Scomparin (2017), p. 4.

<sup>51</sup> In proposito, è utile dar conto del fatto che recentissimamente (in particolare con la l. 5 maggio 2023, n. 50, che ha convertito, con modifiche assai rilevanti, il d.l. 10 marzo 2023, n. 20, cosiddetto “decreto Cutro”: cfr. *retro*, nota 9), il legislatore ha interpolato il comma 3 *bis* dell'art. 6 “decreto accoglienza”, specificando che la «determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza» può avvenire «anche mediante il ricorso alle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e la verifica delle banche dati».

fatto che il migrante non rechi con sé i propri documenti (situazione in cui facilmente si trovano le persone costrette a fuggire dal proprio Paese), e che è destinata a realizzarsi per i primi trenta giorni all'interno degli *hotspot*, per poi eventualmente protrarsi, all'interno dei C.P.R., per un periodo massimo di novanta giorni (prorogabili per altri trenta giorni ove lo straniero sia cittadino di un Paese con cui l'Italia abbia sottoscritto accordi in materia di rimpatri)<sup>52</sup>.

Oltre ad essere farraginoso e di ardua lettura, la disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 10 *ter* T.U.I. e 6 d. lgs. n. 142 del 2015 si presenta anche incompleta, non essendo idonea a coprire anche la terza — e di ben più significativo impatto pratico — forma di trattenimento: quella che in tali luoghi continua a svolgersi in concreto, nella sostanza perpetuando quanto già censurato dalla Corte europea con la sentenza *Khlaifia*.

Infatti, pur prescrivendo (all'art. 10 *ter* T.U.I.) la conduzione all'interno degli *hotspot* dello straniero «rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare», il legislatore seguita a non regolare la detenzione che ancora adesso in via di fatto attinge coloro che non abbiano ancora presentato (neppure in forma embrionale) istanza di asilo: la prescrizione di accompagnamento nei centri di crisi (preposto ad esigenze pubblico soccorso oltre che funzionale alle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico) non si associa infatti ad alcuna correlativa disciplina del trattenimento, che però tuttora si svolge per giorni e talvolta anche per settimane<sup>53</sup>.

Ciò fa sì che, anche oggi, la limitazione della libertà personale dei migranti all'interno degli *hotspot* continui nella maggior parte dei casi a risultare priva di base legale (e dunque non rispettosa della duplice riserva di legge *ex* art. 13 comma 2 Cost.<sup>54</sup>), a operare in mancanza di un formale provvedimento applicativo e (di conseguenza) senza neppure la necessaria convalida giurisdizionale. Infatti, se la materiale conduzione dei nuovi arrivati (indipendentemente dalla loro qualificazione, quali richiedenti asilo o migranti economici) è

<sup>52</sup> I dubbi sulla tenuta della nuova disciplina con i principi sovraordinati sono stati denunciati sin da subito: v. il *Parere del garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018* n. 113, in *garantenazionaleprivatiliberta.it*, 15 ottobre 2018, pp. 5 e 8.

<sup>53</sup> Che il trattenimento "informale" nell'*hotspot* (e dunque quello non riconducibile all'art. 10 *ter* comma 3 T.U.I. o all'art. 6 comma 3 *bis* d. lgs. n. 142 del 2015) sia del tutto sguarnito di base legale emerge anche considerando l'impossibilità di evocare l'operatività di altri istituti, quale *in primis* l'art. 11, d.l. 21 marzo 1978, n. 59, che regola il fermo a fini identificativi di chiunque si rifiuti di rilasciare le proprie generalità. Sebbene quest'ultima disposizione possa apparire come quella più idonea allo scopo — accordando alla polizia il potere di «accompagnare nei propri uffici chiunque, richiama, rifiuta di dichiarare le proprie generalità ed ivi trattenerlo per il tempo strettamente necessario al solo fine dell'identificazione» — il fatto che essa circoscriva la durata del fermo a fini identificativi entro le ventiquattro ore massime mal si presta a legittimare il *modus operandi* caratteristico dell'approccio *hotspot*, che necessita di tempi più lunghi (così come desumibile dal Regolamento Eurodac, che obbliga a trasmettere al sistema informatico comune le impronte digitali entro 72 ore).

<sup>54</sup> La carenza investe infatti non solo i casi ma anche i modi del trattenimento: v. in tal senso Siccardi (2021), p. 257.

espressamente prevista in termini generali dall'art. 10 *ter* comma 1 T.U.I.<sup>55</sup>, il trattenimento che — stando alla legge — può trovare applicazione all'interno dei centri di crisi è solo quello regolato dai commi 3 del medesimo art. 10 *ter* T.U.I. e dal comma 3 *bis* dell'art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015.

Tuttora, dunque, permane uno scollamento tra *law in the books* e *law in action*, visto che, all'atto pratico, la detenzione nei centri di crisi — che sulla carta dovrebbe riguardare i soli stranieri riluttanti a farsi identificare (art. 10 *ter* comma 3 T.U.I.) e i soli richiedenti asilo di cui non sia stato possibile determinare o verificare l'identità o la cittadinanza (art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015) — opera in modo ben più indiscriminato, andando a colpire anche coloro che non rientrano nelle due categorie espressamente menzionate dalla legge, quindi anche gli stranieri che, pur non avendo ancora manifestato la volontà di presentare istanza di asilo, non si siano opposti alla propria identificazione.

Non solo: a distanza di anni dall'innesto del comma 3 *bis* nell'art. 6 del “decreto accoglienza”, non risulta siano stati adottati decreti di trattenimento a fini identificativi disposti nei confronti di richiedenti asilo; il che denota l'insofferenza dell'apparato verso l'applicazione di un istituto che, per quanto criticabile, quantomeno imporrebbe di procedere a una doverosa convalida<sup>56</sup>.

Sulla scorta di ciò, l'*hotspot* diventa una sorta di limbo giuridico, caratterizzato da mancanza di informazione e di accesso alla difesa: una situazione, che normalizza le prassi preesistenti al “decreto Minniti” del 2017, a ben vedere non così dissimile da quella del trattenimento nelle aree di transito di porti e aeroporti.

Il parallelismo è oltremodo calzante, ove si pensi che l'ambiguità giuridica ancora adesso caratteristica della disciplina dedicata alla fase dell'arrivo risulta perfettamente funzionale al *modus operandi* degli attori pubblici coinvolti nella gestione degli stranieri appena giunti sul territorio nazionale: un *modus operandi* orientato a un risultato del tutto omologo a quello cui mirano le prassi segnalate nei paragrafi precedenti, ossia quello di ostacolare la presentazione di richiesta di asilo. Infatti, al pari di quelle volte ad evitare l'arrivo dello straniero o a negare che tale arrivo sia mai avvenuto, anche questa pratica mira comunque a intralciare l'accesso alla procedura di protezione, pur in presenza di un approdo effettivamente registrato (e non fisicamente precluso o reso invisibile).

In particolare, e malgrado le fonti rilevanti in materia specifichino chiaramente che l'unico organo in prima battuta addetto all'esame delle domande di asilo è la commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale (v. art. 3 d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25), il dato empirico ci consegna una decisa sovraesposizione dell'autorità di frontiera, che, depu-

<sup>55</sup> Disposto ora integrato dal comma 1 *bis* del medesimo art. 10 *ter*, introdotto dal recente d.l. 10 marzo 2023, n. 20, conv. con mod. dalla l. 5 maggio 2023, n. 50.

<sup>56</sup> V. in tal senso Fachile, Massimi, Leo (2019), Felici, Gancitano (2022), p. 49.

tata a raccogliere le generalità o le informazioni relative alla nazionalità dello straniero, spinge ben oltre la propria attività istruttorie, assegnando un ruolo cruciale al cosiddetto “foglio notizie”: un documento nel quale, oltre a raccogliersi le generalità della persona, si indica anche il “movente” del suo progetto migratorio, attraverso la schematica contrapposizione grafica tra “richiesta asilo” e “*job searching*”.

Sebbene non sia oggetto di una disciplina legislativa (basti considerare che del foglio notizie non esistono versioni ufficiali), il provvisorio, ma spesso esiziale, incasellamento operato sulla scorta del “foglio notizie” individua un tassello cruciale del metodo *hotspot*, quale utile strumento per inserire i migranti economici in circuiti preposti al loro rapido allontanamento dal suolo nazionale (ed europeo). Infatti, la *Road map* del Ministero dell’Interno recante prescrizioni (di natura squisitamente amministrativa) attuative delle indicazioni di *soft law* promananti dalla Commissione europea (e già racchiuse nell’Agenda europea delle migrazioni del 2015) dispone che al termine delle procedure di pre-identificazione e di compilazione del “foglio notizie” i migranti debbano essere registrati alternativamente come CAT 2 (ingresso irregolare) o come CAT 1 (richiedenti asilo e suscettibili di ricollocazione)<sup>57</sup>.

Questa prima — e, sulla carta, meramente temporanea — opera di classificazione, oggetto di semplici circolari amministrative, si basa su un’intervista svolta a ridosso dello sbarco, in un momento di particolare fragilità psicologica di persone confuse e fiduciose di ottenere un atteggiamento benevolo da parte della pubblica autorità mostrando la propria determinazione a cercare un lavoro<sup>58</sup>.

Svolta questa intervista, gli stranieri inquadrati come richiedenti protezione internazionale avranno la possibilità di formalizzare la propria domanda presso la questura (che verrà verbalizzata nel noto “modello C3”); gli altri (sommariamente etichettati come migranti economici) verranno invece attinti da respingimento differito, da eseguirsi (in forma necessariamente coattiva) o in via immediata, oppure, qualora sussistano ostacoli transitori al rimpatrio, dopo una permanenza più o meno prolungata all’interno di un C.P.R.; ovvero, ancora — e dunque senza neppure “passare” per un C.P.R. — dopo un’indebita protrazione dei tempi di permanenza *extra ordinem* all’interno dei centri di crisi.

Se poi anche la concreta esecuzione dell’allontanamento dovesse risultare “bloccata” dalla successiva (e sempre possibile) presentazione di una richiesta di protezione internazionale, quel primo sommario “incasellamento” non

<sup>57</sup> Per ottemperare alle indicazioni racchiuse nella *Agenda europea delle migrazioni* è stata elaborata una serie di circolari ministeriali (reperibili sul sito del Ministero dell’interno): v. Ministero dell’interno, *Road Map*, 28 settembre 2015; Ministero dell’interno, *Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’Interno*, settembre 2015.

<sup>58</sup> Momento nel quale dovrebbe comunque trovare applicazione il precetto, racchiuso nel primo comma dell’art. 10 *ter* T.U.I., stando al quale allo straniero condotto nei punti di crisi va «assicurata l’informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell’Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito».

resterebbe comunque privo di ricadute per il diretto interessato, ove si ponga mente alla disciplina in tema di procedura accelerata preposta all'esame delle domande di protezione internazionale da parte della Commissione territoriale.

Senza entrare nel dettaglio, si consideri infatti come il secondo comma dell'art. 28 *bis* d. lgs. n. 25 del 2008 ("decreto procedure"), permetta l'instaurazione di tale iter accelerato nei confronti (fra gli altri) del «richiedente per il quale è stato disposto il trattenimento nelle strutture di cui all'articolo 10-ter del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [*hotspot*], ovvero nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [C.P.R.]»<sup>59</sup>. Una disposizione, questa, che riflette una *ratio* analoga a quanto prescritto dall'art. 6 comma 3 d. lgs. n. 142 del 2015 ("decreto accoglienza"), stando al quale il richiedente asilo che si trova in un C.P.R. in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di respingimento o di espulsione «rimane nel centro quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda [di protezione] è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione»<sup>60</sup>.

Mostrando di assegnare un significato pregiudicante alla circostanza che lo straniero sia "ospite" di un centro chiuso, entrambi i precetti appena riportati<sup>61</sup> sono infatti ispirati da una analoga e malcelata diffidenza nei confronti di chi non abbia manifestato la volontà di chiedere asilo nei momenti subito successivi al proprio arrivo in Italia: un'eventualità, quest'ultima, che però spesso consegue al solo fatto che lo straniero sia stato artatamente etichettato come migrante economico — e dunque avviato verso un percorso di allontanamento scandito dall'esercizio dei poteri coercitivi regolati dagli artt. 13 e 14 T.U.I. — proprio grazie a quell'iniziale selezione a ridosso dello sbarco, e

<sup>59</sup> Al pari di quella «di frontiera» (specificamente prevista dall'art. 28 *bis*, comma 2, lett. *b* del medesimo "decreto procedure", e sulla quale cui l'attuale Governo mostra di riporre grande fiducia), tale procedura (introdotta nel 2015 per poi essere in seguito modificata dalla "riforma Salvini" dell'autunno 2018, dalla "riforma Lamorgese" del 2020 e dal cosiddetto "decreto Cutro" del 2023) è connotata da scansioni molto celeri e difficili da conciliare con un effettivo rispetto del diritto di difesa del migrante. Stando all'attuale assetto normativo, i richiedenti asilo trattenuti (anche solo a fini identificativi) saranno sottoposti a «procedura accelerata» (ai sensi dell'art. 28 *bis* comma 2), e dunque saranno sentiti dalla Commissione territoriale entro sette giorni dall'invio degli atti da parte della questura (che provvede "immediatamente" dopo la domanda di asilo). I richiedenti protezione internazionale trattenuti riceveranno la risposta nei successivi due giorni; in caso di diniego potranno presentare un ricorso al tribunale che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello, nel termine ridotto di quindici giorni, dimezzato rispetto a quello ordinario; il ricorso sarà però privo di efficacia sospensiva automatica (potendo la sospensiva essere concessa, ove richiesta, solo quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni: v. art. 35 *bis* comma 4). Ne discende che la decisione del giudice viene adottata sulla base delle doglianze racchiuse nel ricorso predisposto da un difensore che ha avuto solo quindici giorni per preparare l'atto nell'interesse di una persona (il suo assistito) trattenuta in un *hotspot* o in un C.P.R.

<sup>60</sup> In questo caso, la durata del trattenimento è di dodici mesi. Il che ridimensiona notevolmente l'importanza dell'abbreviazione dei termini massimi di durata della detenzione in uscita (dell'art. 14 T.U.I.) a novanta giorni operata con la "riforma Lamorgese" (d.l. n. 130 del 2020, conv. con mod. con l. n. 173 del 2020).

<sup>61</sup> Al pari di quello dedicato alla procedura "di frontiera": v. art. 28 *bis*, comma 2, lett. *b*), d. lgs. n. 25/2008.

dunque in forza della compilazione del “foglio notizie” gestita (e spesso pilotata) dalla polizia di frontiera.

Orbene: per come disegnata dal legislatore, la disciplina della procedura accelerata non fa che incentivare l'applicazione del trattenimento (che di tale procedura consente appunto l'innescio), così alimentando un perverso circolo vizioso, a sua volta agevolato da una gestione poco trasparente della fase successiva all'approdo.

In questo quadro complessivo — e nonostante alcune pregevoli ma sporadiche prese di distanza giurisprudenziali<sup>62</sup> — la situazione attuale non è quindi così diversa da quella censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *Khlaifia*. Infatti, la prassi ha comunque finito per travolgere la regolamentazione (farraginoso e oscuro) frutto del doppio intervento novellatore operato nel 2017 e nel 2018, così com'è clamorosamente dimostrato dal fatto che la disciplina del comma 3 *bis* dell'art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015 sia rimasta sostanzialmente lettera morta.

Questa fuga dalla legge è senz'altro dettata *in primis* dalle difficoltà organizzative cui la sua osservanza imporrebbe di far fronte; ma — è innegabile — spesso risponde anche ad altre logiche.

Giunti a questo punto del discorso, si deve dar conto di un'ulteriore novità. È infatti stata definita la procedura di controllo dell'esecuzione della sentenza *Khlaifia* dinanzi al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (ai sensi dell'art. 46 CEDU), procedura che dal dicembre 2016 vedeva il nostro Paese “dietro alla lavagna”, con plurimi esami periodici cui non conseguiva mai la conclusione del monitoraggio<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> V. Trib. Torino, Sez. I civ., ord. 22 ottobre 2015, est. Scotti, secondo cui non può desumersi la strumentalità della domanda dalle scarse e generiche informazioni contenute nel c.d. “foglio notizie” in uso alle questure. Il provvedimento, che ha fra l'altro osservato come l'istituto del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale non possa applicarsi ai migranti trattenuti in forza di un decreto di respingimento differito adottato ai sensi dell'art. 10, comma 2, T.U.I. (visto che il comma 3 dell'art. 6 d. lgs. n. 142 del 2015 si riferisce al solo migrante trattenuto in un C.P.R. «in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione ai sensi dell'art. 13 e 14» T.U.I.), si può leggere al link [dirittoimmigrazione.cittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-1-2017/15-trib-to-22-10-2015/file](http://dirittoimmigrazione.cittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-1-2017/15-trib-to-22-10-2015/file).

Tale approccio è stato condiviso anche dalla giurisprudenza di legittimità: v. Cass. civ., Sez. II, ord. 1° settembre 2020, n. 18189 (ECLI:IT:CASS:2020:18189CIV), e Sez. II, 3 settembre 2020, n. 18322 (ECLI:IT:CASS:2020:18322CIV), ove la Cassazione ha avuto modo di rivelare come la compilazione del foglio notizie non necessariamente avvenga alla presenza di un interprete. Ancora: v. Cass. civ., Sez. VI, 25 marzo 2015 (ECLI:IT:CASS:2015:5926CIV), in *C.e.d. Cass.*, n. 634730, nonché Sez. VI, 3 maggio 2017 (ECLI:IT:CASS:2017:10743CIV), *ivi*, n. 651965, secondo cui «qualora vi siano indicazioni che cittadini stranieri o apolidi, presenti ai valichi di frontiera in ingresso nel territorio nazionale, desiderino presentare una domanda di protezione internazionale, le autorità competenti hanno il dovere, ai sensi degli artt. 1, comma 2, e 3 del d.lgs. n. 142 del 2015 (di attuazione della Direttiva del Consiglio CEE 26/06/2013 num. 32 art. 8), di fornire loro informazioni sulla possibilità di farlo, a pena di nullità dei conseguenti decreti di respingimento e trattenimento».

<sup>63</sup> 1419th meeting, 2 December 2021 (DH), *H46-9 Khlaifia and Others v. Italy* (Application No. 16483/12), Resolution CM/ResDH(2021)424 - Execution of the judgment of the European Court of Human Rights: v. [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680a4b405](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a4b405).

Per alcune interessanti considerazioni in ordine alle prime tappe che hanno segnato la procedura di monitoraggio, v. Cancellaro (2020), f. 3, pp. 431 ss., nonché Massimi, Ferri (2019); sul recente epilogo

Nell'ambito di tale attività di osservazione e verifica, non più tardi del marzo 2021 il Comitato dei Ministri aveva confermato le proprie precedenti valutazioni, e dunque la ritenuta inadeguatezza del sistema *hotspot* italiano, dovuta alla persistente prassi di non informare i migranti sui motivi del loro trattenimento e alla conseguente impossibilità degli stessi di presentare un ricorso giurisdizionale effettivo contro il trattenimento: garanzie, queste, assicurate dai paragrafi 2 e 4 dell'articolo 5 della Convenzione europea.

Tuttavia — come anticipato, e piuttosto sorprendentemente — il 2 dicembre 2021 la procedura di supervisione dell'attuazione della sentenza è stata dichiarata conclusa<sup>64</sup>.

Più nello specifico, rispetto alla necessità di adottare misure generali per superare l'inottemperanza ai paragrafi 1, 2 e 4 dell'art. 5 CEDU, il Comitato ha ritenuto che, grazie agli interventi legislativi apportati (tutti però precedenti al marzo 2021!), l'attuale quadro normativo fornisca una base giuridica chiara e accessibile in ordine alla detenzione amministrativa; richieda alle autorità di fornire informazioni alle persone interessate sui loro diritti e sui motivi della loro detenzione<sup>65</sup>; preveda un controllo giurisdizionale automatico della legittimità di qualsiasi decisione di trattenimento.

Inoltre, sulla scorta del fatto che nel caso specifico i ricorrenti avevano conseguito un risarcimento, il Comitato ha ritenuto che la combinazione di rimedi civilistici preventivi e risarcitori di cui all'art. 700 c.p.c. e all'art. 2043 c.c. rassicuri circa la possibilità, per l'interessato, di sottoporre a un'autorità giudiziaria nazionale denunce relative alle proprie condizioni di vita e ottenere un idoneo risarcimento nel caso in cui queste si sostanzino un trattamento inumano o degradante.

## 6. CONCLUSIONI

L'inattesa decisione del Comitato dei ministri delude le aspettative, e — vista la persistente vitalità delle prassi informali che marciano l'approccio *hotspot* — sembra da ascrivere a ragioni soprattutto politiche.

---

della vicenda, v. le giuste critiche racchiuse nel documento Asgi intitolato *Trattenimento in hotspot: c'era un giudice a Strasburgo. Nota di approfondimento*, in *asgi.it*.

<sup>64</sup> E questo con un singolare tempismo, visto che, proprio negli stessi giorni, le cronache italiane davano notizia della morte di Abdel Latif, un cittadino tunisino con problemi psichiatrici deceduto all'ospedale San Camillo di Roma dopo aver subito il percorso coercitivo — paradigmatico — che si è descritto in queste pagine: trattenimento informale (e dunque senza convalida) presso l'*hotspot* di Lampedusa, senza aver avuto la possibilità di accedere alla domanda di protezione internazionale; permanenza su una nave quarantena; trasferimento nel C.P.R. di Roma Ponte Galeria dove è stata formalizzata la richiesta di protezione (con successivo annullamento del precedente decreto di respingimento).

<sup>65</sup> Questa considerazione sembra assegnare un ruolo significativo all'innesto di una disposizione — introdotta con la "riforma Lamorgese" del 2020 (l'ultima novella che ha inciso sulla disciplina qui in esame), e dunque già presente nel sistema quando si svolgeva il monitoraggio del marzo 2021 — racchiusa in coda al comma 3 dell'art. 10 *ter* T.U.I.

Osservata nella sua parabola complessiva — e al di là della sua indubbia importanza — non pare, dunque, che la vicenda “Khlaifia contro Italia” sia riuscita a determinare un reale cambiamento. Dapprima, infatti, la sentenza della Grande Camera del 15 dicembre 2016 aveva sensibilmente ridimensionato la portata della sentenza resa dalla Seconda sezione della Corte europea nel giugno 2015 (che aveva ritenuto violato non solo l’art. 5 CEDU, ma anche l’art. 4 Prot. 4, per violazione del divieto di espulsioni collettive); dal canto suo, la decisione del Comitato dei ministri finisce per vanificare anche la portata della seconda pronuncia del dicembre 2016, accontentandosi di una versione — quella del Governo italiano — non corrispondente allo stato delle cose.

Né la recentissima e parimenti importante pronuncia della Corte europea — pronuncia che sembra contraddire l’esito della procedura di monitoraggio della sentenza Khlaifia — può considerarsi di per sé foriera di una nuova controtendenza. Infatti, sebbene con sentenza depositata il 30 marzo 2023 nel caso J.A. e altri contro Italia (ricorso n. 21329), i Giudici di Strasburgo siano tornati a censurare il *modus operandi* delle autorità italiane presso il centro di Lampedusa — ritenendo nel caso specifico violati tanto gli artt. 3 e 5 CEDU quanto il divieto di espulsioni collettive (di cui all’art. 4 prot. 4)<sup>66</sup> —, non si può trascurare che la nuova decisione allude a fatti svoltisi nell’ottobre 2017. Il dato cronologico è rilevante: malgrado sia successiva alla conclusione del monitoraggio apertosi dopo la sentenza Khlaifia, la pronuncia, riferendosi a fatti di quattro anni precedenti, non reca con sé una diversa valutazione dell’approccio italiano ai migranti in arrivo avallata nel dicembre 2021 dal Comitato dei ministri.

Quanto sin qui descritto ci porta a stilare un bilancio amaro, che non riguarda solo la detenzione informale negli *hotspot*, ma che accomuna tutte le situazioni — velocemente passate in rassegna — che vedono l’autorità di pubblica sicurezza far uso della coercizione in modo surrettizio e non formalizzato: dall’accompagnamento coattivo (clandestino) dei migranti oltre i confini con la Slovenia alla detenzione (parimenti clandestina) che abitualmente si svolge nelle sale di transito dei porti e degli aeroporti internazionali<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> La decisione (non ancora definitiva nel momento in cui questo contributo viene redatto) ha accolto il ricorso di quattro cittadini tunisini che, soccorsi in mare nell’ottobre del 2017 (e dunque dopo il recepimento del metodo *hotspot* da parte del legislatore italiano, intervenuto con la riforma Minniti nel febbraio dello stesso anno), erano dapprima stati trasferiti e collocati nell’*hotspot* di Lampedusa, e, da qui, dopo dieci giorni di trattenimento informale, erano successivamente stati rimpatriati previa emissione di un decreto di respingimento differito (*ex art. 10 comma 2 T.U.I.*). Come già anticipato nel testo, la Corte ha riscontrato la violazione tanto del divieto di trattamenti inumani e degradanti (per le condizioni di sovraffollamento e carenza di garanzie e servizi all’interno del punto di crisi), quanto del principio della base legale pretesa dall’art. 5 Cedu. Inoltre, l’informale classificazione come migranti irregolari (ottenuta ricorrendo alla sommaria compilazione del “foglio notizie” già descritta nel testo), cui è conseguita l’emissione del respingimento differito, ha convinto la Corte europea a ravvisare anche la trasgressione dell’art. 4 prot. 4 CEDU.

<sup>67</sup> Ipotesi, queste, a cui devono altresì sommarsi quella relativa al trattenimento dei naufraghi a bordo di imbarcazioni delle autorità italiane, come pure quella dei migranti a bordo delle navi delle

Al di là dei profili di dubbia compatibilità con l'art. 5 CEDU, tutte queste forme di restrizione della libertà personale che si realizzano *de facto* — si estrinsechino esse in una vera e propria detenzione o in un semplice accompagnamento coattivo fuori dai confini nazionali — generano una violazione dei principi costituzionali posti a presidio della libertà personale, non risultando rispettata né la riserva di legge né la riserva di provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (che dovrebbe intervenire quantomeno a titolo di convalida, secondo quanto stabilito dal terzo comma dell'art. 13 Cost.)<sup>68</sup>.

L'invisibilizzazione del ricorso alla coercizione — sulla quale il Comitato dei Ministri ha evidentemente chiuso entrambi gli occhi, e che non riguarda solo l'esperienza *hotspot*, accomunando più in generale anche le altre prassi richiamate in queste pagine — determina, a cascata, un'altrettanto eclatante violazione del diritto di difesa, i cui effetti sono acuiti non solo dalla resistenza della pubblica autorità (*in primis* la polizia di frontiera) o dei gestori dei centri *hotspot* a mettere a disposizione le liste dei difensori disponibili a fornire assistenza legale agli stranieri, ma anche dalla tendenza, da parte dei medesimi soggetti, a ostacolare l'accesso ai centri chiusi, come pure qualsiasi contatto con i migranti comunque ristretti nella loro libertà personale, ai rappresentanti di organizzazioni a tutela dei diritti umani.

Al netto delle difficoltà organizzative e gestionali che sarebbero generate dal rigoroso rispetto del dato positivo, e che senz'altro contribuiscono a spiegare (senza arrivare a giustificarla) una così manifesta fuga dalla legalità costituzionale, entrambi i “tradimenti” — quello al diritto di difesa e quello ai principi stabiliti dai commi 2 e 3 dell'art. 13 Cost. — sono intimamente connessi tra loro, con un legame che identifica il movente ultimo e nascosto del perdurante e ostinato ricorso alla coercizione *extra ordinem*: rendere difficili i contatti degli stranieri appena giunti in Italia (e in Europa) con esponenti della società civile o rappresentanti di organizzazioni non governative, con operatori giuridici qualificati e, non ultimo, con un giudice (il giudice della convalida), così da agevolare un pronto e veloce rimpatrio, riducendo in tal modo anche il numero totale dei potenziali richiedenti asilo.

## BIBLIOGRAFIA

Ammirati, A., Capezio, V., Crescini, G., Massimi A. (2021). *Le zone di transito aeroportuali: definizione, funzionamento e criticità alla luce della prassi. Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, f. 3, 52-97.

Asgi (Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione). *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di provazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, in [www.inlimine.asgi.it](http://www.inlimine.asgi.it), 28 gennaio 2021.

---

ONG a cui venga negato il porto di sbarco. Per un'analisi che evidenzia le specificità e differenze di queste due diverse fattispecie v. F. Cancellaro, *op. cit.*, pp. 433 ss.

<sup>68</sup> Così come osservato in dottrina, «il paradosso è che proprio nei casi in cui il tasso di arbitrarietà è più accentuato, l'accesso a rimedi giurisdizionali capaci di accertare l'illegittimità della detenzione risulta particolarmente complesso» (Id., *op. cit.*, p. 429)

- Barberini, R., Casucci, M. (2011). La Corte di giustizia dichiara l'incompatibilità tra i reati previsti dall'art. 14 co. 5 e la Direttiva rimpatri. *Cassazione penale*, 1615-1639.
- Bernardini, L. (2022). La detenzione degli stranieri tra "restrizione" e "privazione" di libertà: la Cedu alla ricerca di *Godot*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 74-95.
- Campesi, G. (2017). Chiedere asilo in tempo di crisi. Accoglienza, confinamento e detenzione ai margini d'Europa, in C. Marchetti, B. Pinelli (a cura di), *Confini d'Europa. Modelli di controllo e inclusioni informali*, Cortina, 1-24.
- Campesi, G. (2021). Geografia giuridica dei confini, *Sociologia del diritto*, f. 3, 15-42.
- Campesi, G. (2016). Sicurezza, democrazia e diritti. A proposito della nuova Guardia costiera e di frontiera europea. *Studi sulla questione criminale*, f. 3, 7-35.
- Cancellaro, F. (2020). Dagli hotspots ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?. *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, f. 3, 428-443.
- Cancellaro, F. (2017). Migranti, Italia condannata dalla Cedu per trattenimenti illegittimi. *Questione giustizia (online)*, 11 gennaio 2017.
- Cardinali, C. (2023). Riflessioni sulla illegittimità delle riammissioni informali in Slovenia alla luce di una loro possibile riattivazione. *Questione giustizia (online)*, 25 gennaio 2023.
- Cassibba, F. (2017). Il "trattenimento" del migrante irregolare nei «punti di crisi» ex art. 10-ter d.lgs n. 286 del 1998 nel prisma della convenzione europea. *Questione giustizia (online)*, 24 luglio 2017.
- Cavaliere, A. (2013). Diritto penale e politica dell'immigrazione. *Critica del diritto*, f. 1, 17-43.
- Cavaliere, A. (2022). Le vite dei migranti e il diritto punitivo. *Sistema penale*, f. 4, p. 43-71.
- Cherchi, R. (2019). Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, f. 3, p. 36-85.
- Crescini G., Pasquero, A., Cecchini, C.L., Fachile, S. (2020). S. L'attività delle organizzazioni internazionali in Libia e le problematiche ripercussioni sull'esternalizzazione del diritto di asilo. *Questione giustizia*, f. 1, 178-189.
- Donini, M. (2009). Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione. *Questione giustizia*, f. 1, 101-133. <https://doi.org/10.3280/QG2009-001010>
- Fachile, S., Massimi, A., Leo, L. (2019). Le nuove procedure accelerate: lo svilimento del diritto di asilo. *Questione giustizia (online)*, 3 novembre 2019.
- Favilli, C. (2011). Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia. *Diritto penale e processo*, f. 7, 904-907.
- Fazzini, A. (2020). Il caso "S.S. and Others v. Italy" nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, f. 2, 87-113.
- Felici, G., Gancitano, M. (2022). La detenzione dei migranti negli hotspots italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale. *Sistema penale*, f. 1, 45-71.
- Gatta, G.L., Mitsilegas V., Zirulia S. (2021). *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on 'Crimmigration'*, Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781509933952>
- Gatta, G.L. (2018). La pena nell'era della 'crimmigration': tra Europa e Stati Uniti. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, f. 2, 675-724.
- Lazarus Hirsch, A. (2007). The Borders Beyond the Border: Australia's Extraterritorial Migration Controls. *Refugee Survey Quarterly*, vol. 36, i. 3., september 2017, 48-80. <https://doi.org/10.1093/rsq/hdx008>

- Loprieno, D. (2018), "Trattenere e punire". *La detenzione amministrativa dello straniero*, Editoriale Scientifica.
- Marletta, A. (2012). L'illegittimità del respingimento "differito" intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa. *Giurisprudenza di merito*, f. 5, 1141-1151.
- Martelloni, F. (2021). *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, in Curi, F., Martelloni, F., Sbraccia, A., Valentini, E., *I migranti sui sentieri del diritto*, II ed., Giappichelli, 2021, 53-106.
- Masera, L., *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Giappichelli, Torino, 2020.
- Massimi A., Ammirati A. (2019). Zone di transito internazionali degli aeroporti: zone grigie del diritto. *Questione giustizia (online)*, 9 dicembre 2019.
- Massimi, A., Ferri, F. (2019). L'attualità del caso *Khlaifia*. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua. *Questione giustizia (online)*, 12 giugno 2019.
- Pelissero, M. (2012). Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione, in Aa. Vv. *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, a cura di M. Meccarelli-P. Palchetti-C Sotis, Eum, 37-85.
- Rondine, F. (2022). *Thiam c. l'Italie*: il trattenimento presso le zone di transito aeroportuali italiane tra prassi illegittime e vuoti di tutela. *www.adimblog.com*, 30 novembre 2022.
- Savino, M. (2015). L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso *Khlaifia*. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, f. 3-4, 50-71.
- Siccardi, C. (2021). *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio sulle rotte del Mediterraneo*, Editoriale scientifica.
- Spena, A. (2017). La *crimmigration* e l'espulsione dello straniero-massa. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, f. 2, 495-513.
- Sbraccia, A. (2021). *Pericolosi e funzionali, gli stranieri nel pensiero socio-criminologico*, in F. Curi-F. Martelloni-A. Sbraccia-E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto*, II ed., Giappichelli, 1-51.
- Sciurba, A. (2018). Al confine dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'*hotspot* alla decisione della Commissione territoriale. *Questione giustizia*, f. 2, p. 145-157.
- Scomparin, L. (2017). Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali: Governo e Parlamento alla ricerca dell'efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale. *La legislazione penale*, 17 luglio 2017, 1-12.
- Stumpf, J. (2006). The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, 367-419.
- Tognacci F. (2022), Migranti, al confine sloveno tornano i respingimenti bocciati dal tribunale, in *www.repubblica.it*, 10 dicembre 2022.
- Viganò, F., Masera. L. (2011). Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano. *Diritto penale contemporaneo (web)*, 4 maggio 2011.
- Wilsher, D. (2012). *Immigration Detention: Law, History, Politics*, New York, Cambridge University Press.



## IL NUOVO ART. 628 BIS DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE ITALIANO: UN AUTONOMO RIMEDIO PER L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EDU

### THE NEW ARTICLE 628 BIS IN THE ITALIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE: AN INDEPENDENT REMEDY FOR THE EXECUTION OF ECHR JUDGMENTS

Linda Rosa\*

Dottoranda di ricerca presso  
l'Università degli Studi di Brescia

**ABSTRACT:** Dopo oltre vent'anni dalla Raccomandazione R (2000) 2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 ha introdotto nell'ordinamento italiano un nuovo rimedio, al fine di dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte EDU. Tramite una succinta analisi dei presupposti e delle peculiarità della richiesta *ex art. 628 bis c.p.p.*, il contributo intende affrontare, in chiave critica, le prime problematiche sollevate dalla novella legislativa.

**PAROLE CHIAVE:** Codice di procedura penale italiano, Corte europea dei diritti dell'uomo, esecuzione sentenze Corte EDU

**ABSTRACT:** More than twenty years after Recommendation R(2000)2 of 19 January 2000 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, Legislative Decree 10 October 2022, n. 150 introduced into the Italian legal system a new remedy, in order to implement the final judgments of the ECHR. Through a brief analysis of the peculiarities of the request pursuant to art. 628 bis c.p.p., this essay intends to address, in a critical perspective, the first problems raised by the new legislation.

**KEYWORDS:** Italian code of criminal procedure, European court of human rights, implementation of the final judgments of the ECHR

---

\* Dottoranda di ricerca in *Business&Law* presso l'Università degli Studi di Brescia. [linda.rosa@unibs.it](mailto:linda.rosa@unibs.it). Codice ORCID 0009-0000-4187-9902.

**SOMMARIO:** 1. PREMESSA: UN INTERVENTO A LUNGO ATTESO.— 2. I PRINCIPALI PROGETTI DI RIFORMA.— 3. IL “NUOVO” 628 *BIS* C.P.P.: UN RIMEDIO POLIVALENTE DI NATURA STRAORDINARIA: 3.1. I titolari del diritto di effettuare la richiesta; 3.2. Forma, modalità e tempi di presentazione dell’impugnazione; 3.3. Considerazioni circa la natura del vaglio operato dalla Corte di cassazione; 3.4. Inedito rapporto tra rimedi *post-iudicatum*: art. 628 *bis* e rescissione del giudicato; 3.5. Un’ardua coesistenza: brevi cenni sull’onere della prova.— 4. QUESITI APERTI E INCERTEZZE APPLICATIVE.

## 1. PREMESSA: UN INTERVENTO A LUNGO ATTESO

Approvato, in esame definitivo, il decreto legislativo di attuazione della riforma della giustizia penale<sup>1</sup>, si prevede — tra le molte novità — l’introduzione di un nuovo art. 628 *bis* c.p.p., teso a disciplinare la richiesta per l’eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della CEDU e dei suoi protocolli addizionali e funzionale a colmare una palese lacuna normativa<sup>2</sup>.

La norma è stata adottata in virtù della direttiva di cui all’art. 1, c. 13, lett. o) l. delega 27.9.2021, n. 134<sup>3</sup>, poi recepita dal d.lgs. 10.10.2022, n. 150. *L’iter* che ha portato a compimento la c.d. riforma Cartabia è stato tutt’altro che lineare: molte sono state, infatti, le battute d’arresto, causate — in primo luogo — da fluttuazioni politiche. L’impianto normativo avrebbe dovuto entrare in vigore il 2 novembre 2022 ma, con l’insediamento del nuovo Governo, il momento è stato posticipato al 30 dicembre 2022: la giustificazione, addotta al fine di difendere la necessità ed urgenza della proroga, è che la stessa avrebbe dovuto «consentire una più razionale programmazione degli interventi organizzativi di supporto alla riforma»<sup>4</sup>.

L’intervento del legislatore era atteso da oltre vent’anni: risale ormai a 2000 la Raccomandazione<sup>5</sup> con la quale il Comitato dei Ministri del Con-

<sup>1</sup> D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, in G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022. In generale, Gialuz (2022).

<sup>2</sup> Il tema viene ripreso da Rosa (2023).

<sup>3</sup> Sul punto, la delega recava i seguenti principi e criteri direttivi: introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio; attribuire alla Corte di cassazione il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l’eventuale procedimento successivo; coordinare il rimedio di cui alla presente lettera con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest’ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l’incidente di esecuzione di cui all’art. 670 c.p.p. Sul tema, v., tra altri, Lavarini (2023).

<sup>4</sup> D.l. 31 ottobre 2022, n. 162, Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali, in G.U. n. 255 del 31 ottobre 2022.

<sup>5</sup> *Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights (Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694th meeting of the Ministers’ Deputies)*, testo in inglese disponibile in [www.coe.int](http://www.coe.int). Tra gli atti dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa atti a stigmatizzare l’inerzia

siglio d'Europa si rivolgeva a tutti gli Stati parte, sollecitandoli ad adottare rimedi giuridici per il riesame o la riapertura di casi nazionali oggetto di censure ad opera della Corte europea; in altre parole, li invitava a rispettare l'obbligo di conformazione posto dall'art. 46 CEDU<sup>6</sup>. Si tratta di un'esortazione rimasta sino ad oggi disattesa in Italia<sup>7</sup>: tanto che, dinanzi alla perdurante inerzia del Parlamento, la Corte costituzionale, nel 2011, si è sostituita al legislatore<sup>8</sup> ed ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non contemplava un caso di revisione ulteriore rispetto a quelli già previsti, volto specificamente a consentire la riapertura del processo quando risultasse necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte EDU. In questo modo, i giudici costituzionali hanno dato vita ad uno strumento nuovo: fenomeno singolare, se si pensa che la Consulta è garante del principio di legalità espresso dall'art. 111 Cost., ove si stabilisce che «il giusto processo è regolato dalla legge»<sup>9</sup>.

Preme mettere in rilievo che la Corte costituzionale è immediatamente apparsa consapevole dei limiti del proprio intervento additivo: difatti, pur coniano la c.d. “revisione europea”, ha sollecitato il legislatore, giustificando l'innesto in materia di revisione con la «inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell'intervento additivo». Non solo, i Giudici delle leggi hanno altresì sottolineato come il legislatore restasse «ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina — recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto — il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso».

Fin da subito, dunque, si è riconosciuto come la revisione non fosse l'istituto più indicato per rispondere alla necessità di adeguamento alla giurisprudenza della Corte EDU. Tuttavia, a fronte dell'incapacità del legislatore di rispondere a un bisogno ormai indifferibile<sup>10</sup>, lo strumento plasmato dalla giurisprudenza costituzionale è stato in grado di offrire una soluzione con-

---

del nostro Paese vanno ricordate anche le Raccomandazioni n. 1684 (2004) del 23 novembre 2004 e n. 1764 (2006), nonché il Rapporto n. 11020 (2006) e la risoluzione n. 1516 (2006) del 2 ottobre 2006. Cfr. Geraci, M.R. (2022), p. 189.

<sup>6</sup> L'art. 46 CEDU, al c. 1, prevede che «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti». Trattasi di un obbligo che incombe, per comune riconoscimento, su tutti gli organi e poteri dello Stato rimasto soccombente, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze. Si veda Viganò (2022), p. 15 ss.; Kostoris (2022), p. 38 ss. Inoltre, le sentenze definitive della Corte europea, nell'accertare le violazioni da parte degli Stati, non si limitano più ad imporre misure risarcitorie, ma tendono sempre più spesso ad indicare anche il tipo di misure individuali e/o generali che lo Stato parte deve adottare al fine di eliminare le conseguenze della violazione e favorire la *restitutio in integrum*. Sul punto, De Amicis (2023), p. 3.

<sup>7</sup> Nella quasi totalità degli Stati membri del Consiglio d'Europa veniva già garantita una vera e propria riapertura del processo penale. V. Gialuz (2009), p. 1844.

<sup>8</sup> Corte Cost., 7.4.2011, n. 113. *Giur. cost.*, 2011, p. 1523 ss.

<sup>9</sup> Così Gialuz (2011), p. 3311.

<sup>10</sup> Molteplici sono stati i disegni di legge presentati nelle varie legislature ed atti ad inserire nel codice di procedura penale disposizioni contenenti la previsione di un nuovo caso di revisione, quando una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia accertato che nel corso del giudizio sono state violate le disposizioni sul giusto processo di cui all'art. 6, par. 3 della Convenzione. Sul punto, tra altri, v. Canzio (2011).

creta. Come noto, infatti, la Corte di cassazione aveva nel tempo operato in maniera alquanto creativa, al fine di coordinare l'ordinamento processuale italiano e il sistema convenzionale di tutela dei diritti: per rimediare al vuoto legislativo ci si era infatti già appellati — a seconda dei casi — al ricorso *ex art. 625 bis c.p.p.*, nell'ipotesi di errori di fatto o di diritto verificatisi in Cassazione e confliggenti con diritti riconosciuti dalla CEDU<sup>11</sup>, oppure all'incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, nel caso di violazioni sostanziali del testo convenzionale<sup>12</sup>.

I percorsi esegetici intrapresi dai giudici nazionali sono stati dunque molteplici: questo assetto poliedrico di rimedi, però, ha generato «incertezze e dubbi applicativi»<sup>13</sup>, per cui deve accogliersi con estremo favore la previsione di un mezzo *ad hoc*, grazie al quale porre fine ai «tentativi ermeneutici di riempimento del vuoto normativo»<sup>14</sup>, con l'auspicio di superare i rischi connessi all'utilizzo di soluzioni pretorie. Non solo, appare parimenti apprezzabile la soluzione — analoga all'istituto processualpenalistico — adottata dal legislatore delegato in occasione della riforma del processo civile: anche per quanto attiene al giudicato civile, è stata introdotta una nuova ipotesi di revocazione, in presenza di violazioni convenzionali accertate dalla Corte europea (art. 391 *quater* c.p.c.) che hanno provocato un pregiudizio a un diritto di stato della persona<sup>15</sup>.

## 2. I PRINCIPALI PROGETTI DI RIFORMA

La modalità di esecuzione dei provvedimenti della Corte EDU è stata, per lungo tempo, oggetto di studio in Parlamento; tuttavia, le svariate proposte avanzate negli ultimi venticinque anni non hanno mai portato al risultato

<sup>11</sup> Nel caso Drassich, la Cassazione ha ritenuto di applicare analogicamente il rimedio previsto dall'art. 625 *bis* c.p.p., che disciplina il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto contro le sentenze della Cassazione, accordando al condannato la possibilità di interloquire, quanto meno davanti al giudice di legittimità, sulla qualificazione giuridica alternativa dei fatti materiali descritti nel capo di imputazione, già ritenuti sussistenti nella loro materialità dalla sentenza passata in giudicato. V. C.edu, sez. II, 11.12.2007, Drassich c. Italia; Cass. Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich. *Riv. dir. internaz.*, 2009 (2), p. 611. Sul punto, Viganò (2022), p. 20. V. anche Quattrocolo (2011), *Riqualficazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Jovene.

<sup>12</sup> Con la sentenza Ercolano, le Sezioni Unite hanno applicato il rimedio dell'incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, in luogo della revisione, in un caso in cui alla violazione del diritto convenzionale poteva porsi rimedio attraverso una modificazione della pena inflitta al condannato (Cass. S.U. 24.10.2013, n. 18821, Ercolano). Sul punto, riassuntivamente, v. ancora Viganò (2022), p. 21.

<sup>13</sup> Così la relazione finale della Commissione di Studio, presieduta da Giorgio Lattanzi, per la riforma della giustizia penale (2021): Riforma del processo penale, del sistema sanzionatorio e della prescrizione del reato: La relazione finale della Commissione Lattanzi. *Sistema Penale*.

<sup>14</sup> Così Quattrocolo (2012), p. 666. A proposito dei tentativi della magistratura di fornire risposte alle sollecitazioni europee, parla di «interventi di ortopedia convenzionale» Giostra (2023).

<sup>15</sup> Sul punto, De Amicis (2023), p. 2. L'azionabilità del rimedio in sede civile è limitata alla ricorrenza di due condizioni: a) che la violazione accertata abbia pregiudicato un diritto di stato della persona; b) che l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte EDU non sia idonea a compensare le conseguenze della violazione.

sperato, così — in balia di diverse legislature — non si era giunti, sino ad ora, alla positivizzazione di un rimedio processuale *ad hoc*.

Il primo disegno di legge — S3168 — risale addirittura al 1998<sup>16</sup>: l’iniziativa evidenziava la necessità di modificare l’istituto della revisione in virtù degli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese, tramite la firma della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Il progetto si sostanziava, da un lato, nella modifica della competenza in materia di revisione<sup>17</sup> e, dall’altro, nell’aggiunta di una lettera *d-bis*) all’art. 630 c.p.p., al fine di consentire la revisione del processo nel caso in cui fosse stata accertata, con una sentenza della Corte di Strasburgo, una violazione dell’art. 6, par. 3, lett. *c*) e *d*) CEDU. La Commissione giustizia ha poi deciso di stralciare questa seconda parte della proposta di legge, che è andata a confluire nel progetto n. 3168 *bis*: mentre quest’ultimo non è mai stato discusso, la prima parte del disegno originario ha proseguito l’*iter* sino alla approvazione della l. 23 novembre 1998, n. 405, che ha modificato gli artt. 633 e 634 c.p.p.<sup>18</sup>.

Durante la XIV legislatura, altri due progetti<sup>19</sup> — poi unificati — sono stati presentati alla Camera dei deputati ed approvati dall’Assemblea nel 2003, con il nuovo titolo “Modifiche al codice di procedura penale in materia di revisione a seguito di sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo”. Il testo contemplava l’inserimento di un nuovo art. 630 *bis*, dedicato, per l’appunto, alla revisione e destinato ad operare nel caso di violazioni dell’art. 6 CEDU. Una volta trasmesso al Senato, il progetto non è giunto in aula.

In tempi più recenti, l’introduzione di un nuovo caso di revisione (per l’ipotesi di accertamento di una violazione dell’art. 6, par. 3, lett. *c*) e *d*) CEDU) è stata prevista nel disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali<sup>20</sup>. Il testo è stato presentato come progetto di legge atto a rifor-

<sup>16</sup> S-3168 del 24 marzo 1998, XIII legislatura, Modifiche al codice di procedura penale in materia di revisione, consultabile in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>17</sup> Il disegno di legge modificava la competenza territoriale del giudice della revisione, prima individuato nella Corte d’appello nel cui distretto si trovava il giudice che aveva emesso la pronuncia di condanna passata in giudicato, attraverso l’introduzione nell’impugnazione straordinaria del criterio tabellare di cui all’art. 11 c.p.p.

<sup>18</sup> Vi è stata una modifica del c. 1 dell’art. 633 c.p.p., che ha, tra le varie statuizioni, previsto che la richiesta di revisione debba essere presentata nella cancelleria della corte d’appello individuata secondo i criteri dell’art. 11; è stato modificato il c. 2 dell’art. 634 c.p.p. che ha stabilito come, in caso di accoglimento del ricorso, la Corte di cassazione debba rinviare il giudizio di revisione ad altra corte d’appello individuata secondo i criteri di cui all’art. 11. Sul punto, Gialuz (2009), p. 1882. Cfr. anche Rapisarda (2023), p. 7.

<sup>19</sup> Il primo progetto C-1447 del 31 luglio 2001 (Modifiche al codice di procedura penale in materia di revisione a seguito di sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo) è stato presentato dall’on. Pepe e altri; il secondo progetto C-1992 del 20 novembre 2001 (Modifica agli articoli 630 e 633 del codice di procedura penale in materia di revisione delle sentenze di condanna e dei decreti penali di condanna) è stato presentato dall’on. Cola. La commissione Giustizia li ha poi unificati nel testo 1447-1992-A. Per questa ricostruzione, v. Gialuz (2009), p. 1882.

<sup>20</sup> Disegno di legge n. 3354 di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il quale emenda il sistema di controllo

mare il codice di procedura penale all'inizio della XV legislatura nel 2006, ma — anche in questo caso — è stato ritirato dopo pochi mesi.

Da ultimo, il 18 settembre 2007, il Governo depositava in Senato un articolato disegno di legge<sup>21</sup> (S-1797) che proponeva l'inserimento di un titolo IV *bis* all'interno del libro IX del codice di procedura penale disciplinante la "Revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo" (artt. 647 *bis*- 647 *octies*), ovvero un nuovo istituto dai «tratti differenziati rispetto alla revisione tradizionale». Si trattava di una proposta estremamente innovativa da due punti di vista: in primo luogo, era il primo progetto di iniziativa governativa e, *last but not least*, si prevedeva un mezzo di impugnazione straordinaria del tutto autonomo rispetto alla revisione. L'anticipata chiusura della legislatura ha però determinato l'interruzione dell'*iter* legislativo<sup>22</sup>.

Persino dopo l'ormai celeberrima sentenza n. 113 del 2011, già citata, che ha rappresentato un forte ammonimento per il legislatore, le proposte di legge avanzate negli anni seguenti si sono rivelate infruttuose.

Il d.d.l. S-23 del 23 marzo 2018<sup>23</sup> è stato l'ultimo — in ordine cronologico — prima della riforma Cartabia. Il disegno di legge aveva l'obiettivo di modificare il codice di procedura penale, inserendo nel libro IX, dopo il titolo IV, il titolo IV *bis* e una serie di disposizioni successive all'art. 647 c.p.p. In particolare, con l'art. 647 *bis* si sarebbe inteso introdurre l'istituto straordinario della revisione della sentenza di condanna, allorquando la Corte europea dei diritti dell'uomo avesse accertato, in maniera definitiva, la violazione di taluna delle disposizioni dell'art. 6, par. 3, CEDU, in relazione ad un processo che fosse stato celebrato nello Stato e sempreché tali violazioni avessero assunto una rilevanza determinante ai fini dell'esito del processo. La collocazione sistematica, congiuntamente alla previsione del nuovo titolo IV *bis* era diretta, da un lato, a confermare la natura straordinaria del rimedio e, dall'altro, a tenere distinto l'istituto in esame da quello della revisione della sentenza di condanna di cui agli artt. 629 e s. c.p.p. Seguivano poi gli artt. 647 *ter*-647 *opties*, intesi a disciplinare i soggetti legittimati ad avanzare la richiesta, le forme e le condizioni di ammissibilità della stessa, la sospensione dell'esecuzione, il giudizio di revisione e l'applicabilità di tutte le altre disposizioni in tema di revisione delle sentenze di condanna di cui agli artt. 629 e s. c.p.p.

---

della Convenzione, fatto a Strasburgo il 13 maggio 2004 e disposizioni per l'adempimento delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, XIV legislatura, disponibile in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>21</sup> Disegno di legge n. 1797 presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri Prodi e dal Ministro della Giustizia Mastella contenente Disposizioni in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, XV legislatura, disponibile in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>22</sup> Sul tema, Gialuz (2009), p. 1884; Rapisarda (2023), p. 10.

<sup>23</sup> Disegno di legge n. 23 d'iniziativa dei senatori Unterberger, Durnwalder, Steger, recante modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, XVIII legislatura, disponibile in [www.senato.it](http://www.senato.it).

### 3. IL “NUOVO” 628 BIS C.P.P.: UN RIMEDIO POLIVALENTE DI NATURA STRAORDINARIA

Il nuovo art. 628 *bis* c.p.p. si inserisce in un apposito titolo II *bis* all'interno del libro IX del codice di rito penale: collocazione topografica che di per sé recide ogni possibile legame tra il nuovo rimedio e la revisione. Si tratta, all'evidenza, di un ricorso polifunzionale e straordinario, per mezzo del quale il condannato e la persona sottoposta a misura di sicurezza possono attivare — mediante una richiesta unica nella forma — distinti rimedi: colui che abbia ottenuto una pronuncia della Corte europea che accerti la violazione dei diritti riconosciuti dalla CEDU può rivolgersi alla Corte di cassazione per chiedere la revoca della sentenza penale o del decreto penale di condanna pronunciati nei suoi confronti, o la riapertura del procedimento o, ancora, l'adozione dei provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione in tale sede rilevata.

Diversamente da quanto avviene nella maggior parte degli Stati membri, nei quali lo strumento individuato per il riesame del giudicato nazionale a seguito di pronuncia della Corte europea coincide con i mezzi straordinari di impugnazione già presenti nei singoli ordinamenti — anche se originariamente previsti per altri fini —, il nostro legislatore ha seguito la strada, già intrapresa per esempio da Francia, Belgio e Romania, dell'introduzione di un rimedio specifico, dal «carattere esclusivo»<sup>24</sup>, dotato di piena autonomia e distinto dagli altri mezzi di impugnazione<sup>25</sup>. Effettivamente, la “richiesta” *ex art. 628 bis* c.p.p. si distingue dalla revisione tanto per la denominazione e la competenza affidata alla Corte di cassazione, quanto perché — come si vedrà — è suscettibile di operare secondo moduli differenti in relazione alle caratteristiche specifiche delle violazioni accertate in sede europea.

Nonostante da tempo si lamenti un sovraccarico nel lavoro della Suprema Corte<sup>26</sup>, il legislatore della riforma ha comunque voluto affidare all'organo giurisdizionale di vertice il potere di rimuovere il giudicato interno. Per quanto vero, limitarsi ad affermare che la competenza a decidere sia stata affidata ai giudici di legittimità al fine di bilanciare l'esigenza di effettività nella tutela del singolo e l'omogeneità delle procedure interne atte a rimettere in discussione il giudicato nazionale *unfair*<sup>27</sup> sarebbe, però, riduttivo. Invero, l'assegnazione del ricorso alla Corte di cassazione assume certamente un valore simbolico rispetto al principio di inoppugnabilità delle relative sentenze. Il giudice di legittimità, collocato all'apice della piramide giudiziaria, rappresenta infatti un

<sup>24</sup> Espressione di Casiraghi (2023), p. 195.

<sup>25</sup> Sul punto, Lonati (2023). Più precisamente, gli ordinamenti che si sono dotati di una specifica disciplina sono almeno quattordici: Germania, Austria, Bulgaria, Croazia, Francia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Regno Unito, Repubblica di San Marino, Slovenia e Svizzera.

<sup>26</sup> Si veda già, in tal senso, il dibattito nato in seno all'Associazione tra gli studiosi del processo penale, confluito in Aa. Vv. (2014).

<sup>27</sup> In questi termini, Geraci (2022), p. 191. Nello stesso senso, anche Gialuz (2011), p. 3320.

«limite estremo», garanzia di certezza dei diritti dei cittadini<sup>28</sup>. In ogni caso, le istanze di contenimento del carico di lavoro della Suprema Corte sono state considerate recessive rispetto alla necessità di nomofilachia inerente all'applicazione di un istituto nuovo, di portata dirompente<sup>29</sup>.

Tornando ai profili procedurali, la “richiesta” deve proporsi dinanzi alla Corte di cassazione entro il termine di novanta giorni dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione della Corte europea che ha accertato la violazione o dalla data in cui è stata emessa la decisione che ha disposto la cancellazione del ricorso dal ruolo. Trattasi di un termine perentorio non del tutto coerente con la natura straordinaria del mezzo<sup>30</sup>, ma verosimilmente necessario al fine di garantire certezza e stabilità delle situazioni giuridiche. Per quanto attiene alla disciplina transitoria, l'art. 91, d.lgs. 150 del 2022<sup>31</sup>, stabilisce che, qualora la definitività della decisione europea o la cancellazione dal ruolo del ricorso siano avvenute in data anteriore all'entrata in vigore della riforma, il termine per la proposizione della richiesta decorre dal giorno successivo a tale data.

Ad ogni modo, il risultato della novella legislativa pare essere uno strumento molto più malleabile rispetto alla “revisione europea”, in grado sia di eliminare il giudicato iniquo (neutralizzando la sentenza irrevocabile), sia di rispondere all'esigenza di ricelebrazzare il processo. Inoltre, in assenza di specifiche indicazioni, pare potersi sostenere che il rimedio sia attivabile per violazioni di norme convenzionali così di natura processuale, come sostanziale. Infatti, la molteplicità ed eterogeneità delle violazioni convenzionali suggeriscono l'adozione di uno strumento riparatorio articolato e flessibile, orientato alla maggiore duttilità possibile e, pertanto, in grado di far fronte a distinte esigenze.

---

<sup>28</sup> Il ragionamento prende le mosse da Gialuz (2005), p. 6. In particolare, delineando cenni storici e comparatistici del principio di inoppugnabilità delle decisioni della cassazione, l'autore si esprime in questi termini: «È nella logica delle parole, prima che nei testi normativi, la necessità che il processo — in quanto serie di atti ordinati verso un fine — abbia un limite estremo e che, pertanto, “vi sia un magistrato che giudica e non è giudicato, perché gli appelli senza fine producono incertezza nei diritti dei cittadini, sono causa di discordie civili, non di rado di delitti, e sono nocivi più dell'ingiustizia stessa”. Ed è nella logica delle cose che questo magistrato sia quello collocato all'apice della piramide giudiziaria».

<sup>29</sup> Così, Casiraghi (2023), p. 197. Si parla di «portata dirompente» sia perché l'istituto mette in gioco l'equilibrio tra diritti umani e certezza del diritto, sia perché si pone inevitabilmente quale importante momento di un sistema giuridico multilivello fondato sul dialogo fra giudice europeo e giudici nazionali.

<sup>30</sup> «L'attivabilità del nuovo rimedio è subordinata dalla legge delega al rispetto di un termine perentorio. Per quanto non del tutto coerente con la natura straordinaria del mezzo, esso pare tuttavia giustificato dall'esigenza di garantire certezza e stabilità alle situazioni giuridiche» Geraci (2022), p. 194. In ogni caso, la scelta si pone in linea con l'esperienza degli altri Paesi europei. Pur essendovi alcune differenze con riferimento sia alla durata dei termini, sia all'individuazione del relativo *dies a quo*, un termine per la valida proposizione della richiesta di riapertura del giudizio nazionale a seguito della pronuncia della Corte europea è previsto in quasi tutti gli ordinamenti. Le uniche eccezioni riguardano il Regno Unito (*Sections 13-14 Criminal Appeal Act*) e l'Austria (artt. 363a - 363c c.p.p.). Sul punto, Lonati (2023), p. 266 s.

<sup>31</sup> Art. 91, d.lgs. 150/2022 rubricato “Disposizioni transitorie in materia di rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

### 3.1. I titolari del diritto di effettuare la richiesta

Con riferimento alla disciplina del procedimento, rilevano, in prima battuta, i soggetti legittimati ad impugnare e, successivamente, le modalità di presentazione della richiesta, nonché le caratteristiche del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione. Tuttavia, le prescrizioni impartite dal legislatore paiono scarse; pertanto, come si evidenziava, è stato affidato all'interprete un importante lavoro di coordinamento di quanto contenuto nell'art. 628 *bis* c.p.p. Le lacune andranno invero colmate richiamando, in primo luogo, la disciplina del procedimento avanti alla Corte di cassazione, poi quella della c.d. "revisione europea", ed infine quella relativa alla rescissione del giudicato. Ove queste non soccorrano o siano incompatibili con la struttura del nuovo rimedio, si dovranno applicare le regole generali che governano tutti gli strumenti aventi natura impugnatoria, ordinari o straordinari.

Ai sensi del primo comma del nuovo art. 628 *bis* c.p.p., legittimati ad impugnare sono solo «il condannato e la persona sottoposta a misura di sicurezza» che abbiano proposto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>32</sup>, nel caso in cui lo stesso sia stato accolto oppure cancellato dal ruolo a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato *ex* art. 37 CEDU<sup>33</sup>. Viene così esclusa la legittimazione — oltre che del ricorrente che sia risultato, nel giudizio nazionale, prosciolto con formula non completamente liberatoria<sup>34</sup> — anche di coloro che, nel processo interno, abbiano ricoperto il ruolo di parte civile o di persona offesa. Ai sensi del secondo comma, si prevede che, in caso di morte del condannato o prosciolto con misura di sicurezza, la richiesta possa essere presentata da un congiunto, a mezzo di difensore munito di procura speciale. La previsione sembra includere sia l'ipotesi in cui il soggetto giudicato sia morto dopo essere risultato vittorioso a Strasburgo, sia il caso in cui il congiunto sia subentrato già nel procedimento innanzi al giudice europeo. In ogni caso, resta da definire la nozione di "congiunto", la

---

<sup>32</sup> La l. delega 4 ottobre 2021, n. 137, faceva riferimento al solo soggetto che abbia presentato il ricorso. Il legislatore, quindi, a fronte dell'orientamento del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e della stessa Corte EDU, ha ristretto la legittimazione soggettiva alla proposizione del nuovo ricorso. Cfr. Risoluzione del Comitato dei Ministri nel caso *Lucà c. Italia*, n. 86/2005, adottata il 12 ottobre 2005, nonché Corte EDU, Grande Camera, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*. Si veda, *De Amicis* (2023), p. 8.

<sup>33</sup> L'art. 37 CEDU statuisce infatti che In ogni momento della procedura, la Corte può decidere di cancellare un ricorso dal ruolo quando le circostanze permettono di concludere: (a) che il ricorrente non intende più mantenerlo; oppure (b) che la controversia è stata risolta; oppure (c) che per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, la prosecuzione dell'esame del ricorso non sia più giustificata. La declaratoria di cessazione della materia del contendere, con la conseguente cancellazione della causa dal ruolo, seguita dalla dichiarazione unilaterale dello Stato di avvenuta violazione e adottata all'esito di una valutazione da parte della Corte EDU — pur non costituendo una condanna — ha natura ricognitiva, in quanto implica il riconoscimento della violazione della norma convenzionale ed è vincolante per lo Stato, che deve esercitare il suo potere di adeguamento secondo gli strumenti processuali interni. Sul tema, v. *De Amicis* (2023), p. 11.

<sup>34</sup> Si pensi, ad esempio, al proscioglimento per particolare tenuità del fatto, al perdono giudiziale o all'estinzione del reato. Sul punto, *Lonati* (2023), p. 302.

quale, tuttavia, sembra da intendersi quantomeno in termini più ampi rispetto a quella di “prossimo congiunto” di cui all’art. 307, comma 4, c.p.<sup>35</sup>.

Nessuna legittimazione a proporre la richiesta viene riconosciuta ai terzi non impugnanti che abbiano comunque subito una violazione accertata dai giudici europei: i c.d. “fratelli minori” potranno solo eventualmente sollecitare la rimozione del giudicato *ex art.* 673 c.p.p. a seguito dell’intervenuta pronuncia di incostituzionalità della norma su cui si fondava la loro condanna, «causa di una disfunzione sistemica dell’ordinamento»<sup>36</sup>. Per converso, nel caso di violazione procedurale, la salvaguardia dei diritti umani continua a risultare recessiva rispetto all’intangibilità del giudicato, nonostante un ampliamento degli effetti delle sentenze europee possa trovare la propria giustificazione tanto sulla scorta dell’art. 117 Cost. (parametrato all’art. 46 CEDU, da cui discende pure l’obbligo di porre in essere misure generali dirette a prevenire e a rimediare analoghe violazioni dei precetti convenzionali), quanto in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., così come interpretati estensivamente ed evolutivamente anche alla luce dei canoni sovranazionali. Infatti, nell’ipotesi in cui la Corte di cassazione non decidesse di sollecitare il giudice delle leggi, i “fratelli minori” non avrebbero altra possibilità, se non quella di rivolgersi al giudice dell’esecuzione, che diventerebbe l’ultimo presidio nazionale a tutela dei loro diritti<sup>37</sup>.

Nemmeno il procuratore generale presso la Corte di cassazione appare titolare di una potestà di impugnare: in tal modo, è stata negata rilevanza ad un eventuale interesse pubblico a discutere i *dicta* europei. Questa scelta si pone in discontinuità con le proposte di riforma avanzate (e sempre arenatesi) negli ultimi anni, che proponevano di rafforzare la legittimazione del procuratore generale presso la Corte di cassazione ad azionare il mezzo a suo tempo definito come “revisione europea”<sup>38</sup>. L’opzione normativa appare altresì in controtendenza rispetto all’esperienza della maggior parte dei Paesi membri, ove la richiesta di riesame del giudicato nazionale può essere proposta non solo dal soggetto nei cui confronti la Corte europea abbia riscontrato una violazione della Convenzione, ma anche da parte delle autorità pubbliche. Peraltro, va pure detto che l’opzione accolta dal nostro legislatore pare conforme alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e alle risoluzioni del Comitato dei Ministri, chiaramente volte a subordinare la riapertura del processo interno accertato come “ingiusto” a una espressa richiesta in tal senso dell’interessato<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Così Casiraghi (2023), p. 196.

<sup>36</sup> In questi termini Geraci (2022), p. 195.

<sup>37</sup> V. De Amicis (2023), p. 9; Mangiaracina (2023), p. 364.

<sup>38</sup> In questo senso il già citato disegno di legge n. 1797 che proponeva l’introduzione di un nuovo art. 201 *bis* disp. att., rubricato «*Adempimenti in caso di sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo*», secondo il quale, in caso di ricezione di una sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo per violazione dell’art. 6, par. 3, CEDU, la Presidenza del Consiglio dei ministri avrebbe dovuto trasmettere copia della decisione al Ministero della giustizia che, previa traduzione in italiano, avrebbe dovuto trasmetterla al Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Così Lonati (2023), p. 310.

<sup>39</sup> Cfr. Risoluzione del Comitato dei Ministri nel caso *Lucà c. Italia* 12 ottobre 2005 n. 86, *Council of Europe — Committee of Ministers, Resolution ResDH(2005)86*, consultabile in [www.coe.int](http://www.coe.int): *noting*

### 3.2. Forma, modalità e tempi di presentazione dell'impugnazione

Individuati i soggetti legittimati a proporre il rimedio straordinario, è possibile affrontare i temi correlati al *quomodo* dell'impugnazione. Il secondo comma, primo periodo, dell'art. 628 *bis* c.p.p. si preoccupa di stabilire alcuni requisiti di forma della richiesta che, come meglio precisa il comma terzo, sono imposti a pena di inammissibilità. Tali risultano: 1) «l'indicazione specifica delle ragioni che giustificano la richiesta»; 2) le modalità di presentazione della stessa; 3) le previsioni in ordine alla procura speciale; 4) il rispetto del «termine di novanta giorni dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione della Corte europea che ha accertato la violazione» o «dalla data in cui è stata emessa la decisione che ha disposto la cancellazione del ricorso dal ruolo» per la presentazione della richiesta stessa.

Per esclusione, ne deriva che l'unica disposizione del comma 2 che non comporta, in caso di inosservanza, la sanzione dell'inammissibilità della richiesta, è quella — descritta dal secondo periodo — inerente all'onere di allegazione della sentenza o del decreto penale di condanna, della decisione emessa dalla Corte europea e degli eventuali ulteriori atti che giustificano la richiesta. In definitiva, la mancata tempestiva produzione di tali atti non comporta alcuna sanzione, essendosi con tutta probabilità ritenuto che il materiale posto a sostegno della richiesta possa essere prodotto anche dopo, senza che ciò arrechi pregiudizio al suo esame<sup>40</sup>.

Per quanto attiene alla prima causa di inammissibilità, peraltro molto generica (facendo riferimento alle «ragioni che giustificano la richiesta»), la norma sottende, ragionevolmente, tutto ciò che l'interessato ritiene utile per ottenere, a seconda dei casi, la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna, la riapertura del procedimento interno, l'adozione di tutti gli altri provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata. Questa precisazione pare potersi concretizzare, prima di tutto, nell'indicazione delle violazioni delle garanzie convenzionali riscontrate dal giudice europeo che, dal tenore del generico riferimento alla «violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione [...] o dai suoi protocolli addizionali» di cui al comma 1, deve riferirsi a violazioni di norme sia sostanziali sia processuali<sup>41</sup>.

La seconda ipotesi per cui il ricorso potrebbe essere bloccato in *limine* attiene all'inosservanza delle regole relative al deposito della richiesta. Essa può essere presentata secondo quanto stabilito dalle disposizioni generali

---

*nevertheless with interest the ongoing reflection regarding the necessity of introducing into Italian law a clear possibility to reopen proceedings contrary to the Convention and the importance of ensuring that the legislative work in this respect is rapidly completed.*

<sup>40</sup> Così Lonati (2023), p. 312.

<sup>41</sup> In questi termini, già Galluzzo (2022), p. 665 ss.; Geraci (2022), p. 192.

sulle impugnazioni (art. 582 c.p.p.) e dalla previsione di carattere speciale dell'art. 628 *bis* c.p.p., personalmente dall'interessato o, in caso di morte, da un suo congiunto, per mezzo di difensore munito di procura speciale, con atto da depositare presso la cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza o il decreto penale di condanna oggetto della censura della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il "giudice depositario" dovrà poi trasmettere la richiesta alla Suprema Corte, per la verifica dei presupposti. Sul punto, va precisato che l'istanza, sebbene debba essere presentata "personalmente" dall'interessato, assumerà — inevitabilmente — la veste formale del "ricorso", ossia di un atto che — in quanto tale — non può essere proposto dalla parte personalmente ma deve essere sottoscritto (a seguito della modifica che la l. 103/2017 ha apportato agli artt. 571 e 613 c.p.p.), a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione<sup>42</sup>.

L'ultima causa di inammissibilità è connessa al mancato rispetto del termine per impugnare. Come detto, l'interessato deve depositare la richiesta presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento entro novanta giorni dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione della Corte europea o dalla data in cui è stata emessa la decisione che ha disposto la cancellazione del ricorso dal ruolo a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato. Quanto alla scelta di apporre un termine perentorio, merita ricordare che la legge delega non forniva indicazioni puntuali sul criterio da utilizzarsi. Si è dunque optato per un termine relativamente breve, sulla scia dell'impostazione propria di altri ordinamenti, quali Croazia (trenta giorni), Svizzera (novanta giorni), Andorra, Romania e Paesi Bassi (tre mesi). Sono state così scartate altre opzioni: avrebbe potuto prevedersi, ad esempio, un termine di quattro mesi conformemente a quanto previsto per proporre ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo. Addirittura, in altri ordinamenti europei viene previsto un termine di sei mesi (come in Belgio e nella Repubblica Ceca) o di un anno (Francia, Spagna e Turchia). In assenza di direttive, pare dunque esservi stato un temperamento rispetto alle previsioni esistenti nel panorama europeo. Anche la scelta di far decorrere il termine dalla data in cui la pronuncia della Corte europea diviene definitiva, o dal giorno in cui è stata emessa la decisione che ha disposto la cancellazione del ricorso dal ruolo, è comune alla maggior parte dei Paesi della c.d. Grande Europa. Tuttavia, non mancano ordinamenti che, forse più correttamente, indicano come *dies a quo* il giorno in cui il ricorrente ha avuto formale conoscenza della sentenza della Corte europea<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> La competenza funzionale di cui è investita la Cassazione è connotata da un elevato grado di tecnicismo, per cui l'assenza di assistenza tecnica — che, in questo caso, può essere affidata solo ad un difensore abilitato al patrocinio — rischierebbe di risultare asistemica ed inefficace. Cfr. De Amicis (2023), p. 13; Cabiale (2023), p. 2127.

<sup>43</sup> Per questa ricostruzione, v. Lonati (2023), p. 315 s. Esempi di ordinamenti virtuosi sono quello albanese, il cui codice di procedura penale, all'art. 450, lettera *d*), prevede un termine di sei mesi a partire dalla notifica della sentenza; ancora, l'art. 30 *bis* *Andorran Transnational Act on Judicial Proceedings* stabilisce un termine di tre mesi dalla notifica della decisione finale della Corte europea alla persona fisica o giuridica che ha subito la violazione; da ultimo, l'art. 465, par. 2, del codice di rito penale dei

### 3.3. Considerazioni circa la natura del vaglio operato dalla Corte di cassazione

Nel tentativo di ridurre la mole di lavoro della Suprema Corte, il quarto comma dell'art. 628 *bis* c.p.p., al primo periodo stabilisce che i giudici di legittimità decidano in camera di consiglio ai sensi dell'art. 611 c.p.p., ovvero senza l'intervento dei difensori nonché sulla base di un contraddittorio meramente cartolare. Come la revisione, anche la "richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli" si configura parimenti un mezzo di impugnazione non sospensivo; in dettaglio, la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza non consegue, automaticamente, alla proposizione della richiesta, bensì viene affidata ad una valutazione discrezionale della Corte di cassazione, che interviene — casomai — in un momento successivo. Infatti, sempre il comma quarto, al secondo periodo, effettua un rinvio all'art. 635 c.p.p.: il giudice di legittimità potrà accordare la sospensione dell'esecuzione ed applicare, se ne ricorrono le condizioni, le misure cautelari coercitive indicate dalla norma (quali il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, il divieto e l'obbligo di dimora o gli arresti domiciliari)<sup>44</sup>. Tanto premesso, pare evidente che l'esecuzione della condanna dovrà in ogni caso essere sospesa nel caso di revoca della sentenza o del decreto penale, anche al fine di consentire la celebrazione del nuovo processo avanti al giudice del grado o della fase in cui si è manifestata la violazione pattizia in sede europea<sup>45</sup>.

Il comma quinto dell'art. 628 *bis* c.p.p. recepisce una delle condizioni che il Comitato dei Ministri aveva previsto nella Raccomandazione R(2000)2: la Corte di cassazione accoglie la richiesta quando la violazione convenzionale accertata dalla Corte europea, per natura e gravità, abbia avuto «incidenza effettiva» sul provvedimento di condanna. Con ciò deve intendersi non solo una «influenza diretta sul cuore dell'accertamento penale, ma anche dal valore non trascurabile»<sup>46</sup>.

Con questa locuzione, il nostro sistema prende spunto dall'esperienza di altri Paesi europei come, primo fra tutti, il Belgio. Infatti, secondo l'art. 442

---

Paesi Bassi prevede un termine di tre mesi dopo che si sia verificata una circostanza da cui risulta che la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è nota all'individuo che era stato condannato sul piano nazionale «*after a circumstance has occurred from which it follows that the judgment of the European Court of Human Rights is known to the former suspect*».

<sup>44</sup> Sul tema, anche Capone (2023), p. 194.

<sup>45</sup> In questi termini, Lonati (2023). Del resto, non vi sono altre possibilità per realizzare la cd. *restitutio in integrum* se non la riapertura del processo: «*under the Committee of Ministers (CM) Recommendation No. R(2000)2, re-examination — including reopening of a case — should be possible at national level especially if, following a European Court's judgment, the injured party continues to suffer very serious negative consequences from the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified other than by re-examination or reopening*». Così Consiglio d'Europa, *Reopening of domestic judicial proceedings following the European court's judgments*, ottobre 2022, p. 4.

<sup>46</sup> Espressione di Allegrezza (2007), p. 22.

del locale *Code d'instruction criminelle*, la Corte di cassazione procede al riesame del giudicato quando dalla sentenza della Corte europea sia emersa la contrarietà nel merito alla Convenzione o, in alternativa, siano affiorati errori o carenze procedurali di gravità tale da far sorgere seri dubbi sull'esito del provvedimento impugnato.

Dunque, nello schema previsto dall'art. 628 *bis* c.p.p., il giudice domestico, pur non avendo margini di apprezzamento circa la violazione accertata dalla Corte di Strasburgo e la conseguente condanna in sede europea, conserva competenza giurisdizionale in ordine all'accertamento dell'incidenza dell'inosservanza riscontrata nel procedimento penale, al fine di stabilire i provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione. L'obbligo di conformazione al giudicato europeo viene infatti concepito dalla Corte di Strasburgo come un "obbligo di risultato", riconoscendo allo Stato-parte la libertà di scegliere i mezzi tramite i quali realizzare lo scopo, purché questi risultino compatibili con le conclusioni raggiunte in sentenza dai giudici europei<sup>47</sup>. Insomma: non tutte le violazioni possono condurre al riesame del giudicato o alla riapertura del processo penale, ma solo quelle che abbiano influito in maniera tale sulla sentenza di condanna da porsi in contrasto con il merito della Convenzione (nel caso di violazione sostanziale), oppure da generare dubbi sull'accertamento processuale (a fronte di una violazione di carattere processuale).

In conclusione, quanto al giudizio dinanzi alla Suprema Corte, quest'ultima — se non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto o risulta superfluo il rinvio — assume i provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione, disponendo, ove occorra, la revoca della sentenza o del decreto di condanna. Al contrario, nel caso in cui si rendano necessari ulteriori accertamenti, la Corte, a seconda dei casi, trasmette gli atti al giudice dell'esecuzione o dispone la riapertura del processo, dinanzi al giudice della cognizione, nel grado e nella fase in cui si procedeva nel momento in cui si è verificata la violazione, stabilendo se e in quale parte conservino efficacia gli atti compiuti nel procedimento già svoltosi.

### **3.4. Inedito rapporto tra rimedi post-iudicatum: art. 628 bis e rescissione del giudicato**

Il legislatore si è, infine, impegnato a coordinare i rapporti tra il nuovo mezzo di impugnazione e la rescissione del giudicato. Del resto, era proprio la l. 27.9.2021, n. 134, ad invitarlo ad «ampliare la possibilità di rimedi successivi a favore dell'imputato e del condannato giudicato in assenza senza avere avuto effettiva conoscenza della celebrazione del processo, armonizzando la normativa processuale nazionale con quanto previsto dall'art. 9 della direttiva

---

<sup>47</sup> Così De Amicis (2023), p. 2. Il riferimento è a Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Corte EDU, 1° marzo 2006, Sejdicovic c. Italia; Corte EDU, 13 luglio 2000, Scozzari c. Italia.

va UE 2016/343»<sup>48</sup>; come pure gli si chiedeva di individuare per la rescissione del giudicato «una coerente collocazione sistematica», coordinando detto strumento con il nuovo mezzo di impugnazione straordinario. Gli obiettivi prefissati, tuttavia, sono stati raggiunti solo parzialmente.

Quanto alla ricollocazione topografica, persiste ancora oggi «la posizione distopica del mezzo di impugnazione»<sup>49</sup>. Con riferimento, invece, all'ampliamento ed al coordinamento tra rimedi *post-iudicatum*, l'ultimo comma dell'art. 628 *bis* c.p.p. prevede che l'istituto trovi applicazione — in luogo della rescissione — anche quando la Corte di Strasburgo abbia accertato la violazione del diritto dell'imputato di partecipare personalmente al processo, come tutelato dall'art. 6 CEDU<sup>50</sup>. Non solo: l'art. 629 *bis* c.p.p. ha visto l'intervento del legislatore, allo scopo di un suo coordinamento con la nuova disciplina dell'assenza e, segnatamente, con l'istituto della rimessione in termini successivo alla riforma<sup>51</sup>.

Per quanto di nostro interesse, sulla scorta della previsione di cui al comma 8 dell'art. 628 *bis* c.p.p., pare inevitabile chiedersi se vi sia una libertà di scelta, per il condannato, in ordine al rimedio da azionare.

Una prima indicazione, circa il rapporto intercorrente tra i due mezzi straordinari, è fornita dalla clausola di apertura del riformato art. 629 *bis* c.p.p., che precisa come la rescissione del giudicato possa essere richiesta «fuori dei casi disciplinati dall'articolo 628 *bis*». Dalla lettera della norma, pare potersi affermare che, qualora sia già stato positivamente attivato il procedimento davanti alla Corte di Strasburgo, debba considerarsi precluso l'accesso alla rescissione del giudicato, che risulterebbe — in questo frangente — uno strumento di fatto inutilizzabile<sup>52</sup>.

A questo iniziale problema interpretativo si aggiungono altre questioni. Infatti, dalla lettura delle disposizioni, non si comprende se sia possibile per il condannato, almeno in una fase preliminare, avviare contemporaneamente sia il procedimento dinanzi alla Corte EDU, sia quello dinanzi alla Corte d'appello, volto a promuovere la rescissione del giudicato. Parimenti, non è prevista una disciplina di coordinamento che metta in chiaro — ove la strategia difensiva volta ad azionare entrambi i rimedi fosse percorribile — se

<sup>48</sup> Art. 1 c. 7, lett. g) l. n. 134/2021.

<sup>49</sup> Espressione di Miraglia (2023), p. 5.

<sup>50</sup> Cfr. art. 628 *bis* comma 8 c.p.p. «le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando la violazione accertata dalla Corte europea riguarda il diritto dell'imputato di partecipare al processo». In tema di diritto di partecipazione e art. 6 Cedu, v. Bricchetti e al. (2016), p. 6.

<sup>51</sup> La restituzione nel termine per impugnare, ai sensi dell'art. 175 comma 2.1 c.p.p., sarà esperibile unicamente nei casi di assenza accertata dal giudice o di assenza colpevole dichiarata legittimamente, quando l'imputato riesca a provare di non avere avuto conoscenza della pendenza del processo e di non aver potuto proporre impugnazione nei termini senza sua colpa, mentre, invece, la rescissione del giudicato opererà nei casi di erronea dichiarazione di assenza e richiederà la prova dell'incolpevole impossibilità di proporre impugnazione contro la sentenza. Cfr. Giungi (2023), p. 10.

<sup>52</sup> Sul punto, a p.176 della Relazione Illustrativa si legge che l'istituto della rescissione del giudicato è «destinato ad operare al di fuori dei casi in cui operi la revisione europea».

l'esperimento di uno dei due strumenti con esito negativo impedisca, successivamente, di avanzare richiesta di accesso all'altro<sup>53</sup>.

Al fine di razionalizzare questi primi spunti di riflessione, pare opportuno volgere lo sguardo, ancora una volta, alla legge delega ed all'*intentio* del legislatore. La parte finale della delega — art. 1, comma 13, lett. o), l. n. 134/2021 — come si è visto, impegnava il Governo nell'arduo compito di coordinare lo strumento di nuovo conio con la rescissione del giudicato *ex art. 629 bis c.p.p.* Vero è che si tratta di un'indicazione alquanto generica; tuttavia, non può non costituire un saldo punto di partenza. L'obiettivo perseguito dalla riforma sembra infatti essere l'abbandono della praticabilità di soluzioni e percorsi differenziati, peraltro nel tempo individuati dalla giurisprudenza, a vantaggio di un unico rimedio: il ricorso straordinario affidato alla Corte di cassazione, che valuta la modalità più adeguata attraverso cui realizzare la *restitutio in integrum* per la vittima di una violazione convenzionale. In questa prospettiva, facendo leva sulle prime interpretazioni dottrinali<sup>54</sup>, si ritiene di affermare che, in caso di accertata lesione delle garanzie partecipative ai sensi dell'art. 6 CEDU, il ricorrente vittorioso a Strasburgo possa ricorrere al nuovo strumento di impugnazione, che consente la riapertura del processo interno, assicurandosi una piena conformazione al giudicato europeo, con l'annullamento della sentenza e il conseguente rinvio al giudice dinanzi al quale si è verificata la lesione. All'istituto rescissorio di cui all'art. 629 *bis c.p.p.*, invece, residuerebbe un margine applicativo circoscritto alle sole lesioni partecipative accertate nel corso dell'*iter* procedurale nazionale, con riferimento alla dichiarazione di assenza emessa in mancanza dei presupposti previsti dall'art. 420 *bis c.p.p.*, coerentemente alla sua natura di rimedio restitutorio finale interno<sup>55</sup>.

In una logica di sistematicità e ottimizzazione delle risorse, la rescissione del giudicato resta così di competenza della Corte d'appello, con natura preventiva, in quanto idonea ad evitare violazioni delle garanzie partecipative nell'ordinamento interno; il nuovo rimedio, invece, può essere attivato solo a seguito dell'accertamento della medesima violazione convenzionale da parte della Corte EDU<sup>56</sup>.

### 3.5. Un'ardua coesistenza: brevi cenni sull'onere della prova

Nel quadro descritto, emerge la coesistenza tra richiesta *ex art. 628 bis c.p.p.* e rescissione; pertanto, preme una riflessione circa il differente onere

<sup>53</sup> Così Di Candia (2023), p. 191.

<sup>54</sup> In questo senso, anche De Amicis (2023); Di Candia (2023).

<sup>55</sup> In questi termini, Geraci (2022), p. 195. L'autrice suggerisce altresì di dare nuova collocazione sistematica all'istituto, magari inserendolo in un nuovo titolo del codice, al fine di evidenziarne l'eterogeneità rispetto alla revisione e razionalizzare la materia delle impugnazioni straordinarie. Nello stesso senso, anche Giungi (2023), p. 10.

<sup>56</sup> Così Mangiaracina (2023), p. 366.

probatorio richiesto dai due istituti, per ottenere l'eliminazione delle conseguenze derivanti dall'erronea dichiarazione di assenza dell'imputato e della successiva sentenza di condanna. Dall'intensità dell'onere probatorio gravante sul richiedente, può altresì ricavarsi il grado di accessibilità del rimedio.

Quanto alla rescissione del giudicato, il presupposto sostanziale per l'ottenimento della revoca della sentenza resta invariato. Al contrario di quanto indicato dal legislatore delegante, che sollecitava un complessivo ripensamento del rimedio in linea con l'art. 9 della direttiva 2016/343/UE<sup>57</sup>, l'art. 37 d.lgs. 150/2022 ha sì riformulato l'art. 629 *bis* c.p.p., ma senza risolvere le criticità dell'assetto previgente. Infatti, il condannato processato *in absentia* (o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato) può ottenere la rescissione del giudicato «qualora provi che sia stato dichiarato assente in mancanza dei presupposti previsti dall'articolo 420 *bis*, e che non abbia potuto proporre impugnazione della sentenza nei termini senza sua colpa, salvo risulti che abbia avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo prima della pronuncia della sentenza» (art. 629 *bis*, comma 1, c.p.p.). La disposizione di nuovo conio si limita, dunque, a reiterare la disciplina *ante* riforma<sup>58</sup>: infatti, il testo previgente prevedeva che il condannato (o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato) dovesse provare sia la non conoscenza della celebrazione del processo, sia di non aver colposamente contribuito al verificarsi di tale circostanza.

Allo stato attuale, quindi, il primo comma del vigente art. 629 *bis* c.p.p., pur mantenendo l'onere probatorio in capo al condannato, sostituisce la necessità di dimostrare la mancanza di effettiva conoscenza della pendenza del processo con quella di provare la non ricorrenza dei presupposti per la dichiarazione di assenza e l'incolpevole mancata presentazione dell'impugnazione entro i termini previsti dalla legge. Pur tuttavia, al netto di un effettivo "alleggerimento" dell'onere della prova (che si lega a criteri più oggettivi), permane in capo al condannato, richiedente la rescissione del giudicato, un'incombenza di segno negativo. Ciò sembrerebbe, ancora una volta<sup>59</sup>, porsi in contrasto con quanto stabilito in sede sovranazionale. Più precisamente, la giurisprudenza della Corte EDU — oltre a prevedere l'esigenza di un rimedio ripristinatorio nel caso in cui non sia stata accertata la rinuncia dell'imputato al diritto di partecipare oppure ove non venga provata la sua volontà di sottrarsi al processo — richiede che l'accesso alla rinnovazione del processo non debba essere condizionato ad un onere probatorio posto a carico dell'imputato<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Direttiva 2016/343/UE, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 11 marzo 2016, L 65/1.

<sup>58</sup> Vi è solo un limitato ritocco al momento da cui decorre il termine per proporre l'impugnazione, agganciato alla conoscenza non più del generico requisito del procedimento, ma di quello più puntuale della sentenza. In questi termini, Gialuz (2022), p. 36.

<sup>59</sup> Criticità circa il mantenimento di un onere probatorio in capo al condannato sono evidenziate anche nella disciplina dell'abrogato art. 625 *ter* c.p.p. Si veda, *ex multis*, Bargis (2015).

<sup>60</sup> Tra le molte, le sentenze della Corte EDU, 12 dicembre 2001, *Medenica c. Svizzera*; Corte EDU, 10 novembre 2004, *Somogyi c. Italia*; Corte EDU, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, nonché la recente

Diversamente, sul tema, l'art. 628 *bis* c.p.p. tace. Nel silenzio della legge, appare ragionevole ritenere che il metro di giudizio che la Corte di cassazione dovrà adottare per valutare l'effettiva incidenza della violazione convenzionale sulla sentenza nazionale di condanna dovrà essere il medesimo utilizzato dalla Corte EDU per accertare la violazione. Dunque, nel giudizio previsto dall'art. 628 *bis* c.p.p. l'onere di dimostrare la conoscenza effettiva (o la mancata conoscenza) del procedimento non dovrebbe gravare sul condannato.

Seguendo tale ricostruzione<sup>61</sup>, si creerebbe una ingiustificata spaccatura sul piano dell'onere probatorio, che potrebbe generare alcune criticità in merito alla tenuta del sistema, posto che non appare percorribile l'ipotesi di estendere il parametro di giudizio utilizzato dalla Corte di appello in sede di rescissione del giudicato, così come riformato, al giudizio della Corte di cassazione in sede di valutazione *ex art. 629 bis* c.p.p.

In assenza di coordinamento, sarebbe tanto auspicabile quanto probabilmente utopistico, al fine di non ingenerare inique dicotomie, interpretare le novellate norme nel senso che, in materia di mancata partecipazione, l'onere probatorio non gravi mai sul condannato, né qualora si presenti richiesta *ex art. 628 bis* c.p.p., né qualora si avanzi istanza di rescissione. Il compito di dimostrare l'effettiva conoscenza del processo, la volontaria rinuncia a parteciparvi e la correttezza della dichiarazione di assenza dovrebbe sempre gravare sulla pubblica accusa, conformemente a quanto indicato dalla Corte di Strasburgo.

#### 4. QUESITI APERTI E INCERTEZZE APPLICATIVE

Dall'analisi della nuova previsione che ci occupa, emergono alcune criticità che meritano brevi spunti di riflessione<sup>62</sup>.

In primo luogo, costituendo la richiesta *ex art. 628 bis* c.p.p. uno strumento polivalente, viene di chiedersi se al ricorrente sia consentito invocare tutti i rimedi individuati dalla norma (o non invocarne nessuno?), oppure limitarsi ad uno soltanto, così indicando o un *petitum* generico o una richiesta specifica. Quanto, poi, al rapporto tra *devolutum* e giudicato, occorre chiarire se la Corte adita, in sede di adozione dei rimedi necessari, sia vincolata alla richiesta del ricorrente, oppure possa optare per una soluzione diversa, nell'ottica del perseguimento dell'"obbligo di risultato" di cui si è già parlato. Pare ragionevole sostenere che di fronte alla presentazione di una richiesta determinata dovrebbe corrispondere un certo margine di libertà, per la Corte, nella scelta del rimedio considerato in concreto più opportuno.

Passando all'indicazione *specificata* delle ragioni che giustificano la richiesta, pare spontaneo domandarsi quali richieste possa sottendere l'istanza del

---

Corte EDU, 5 settembre 2019, Rizzotto c. Italia.

<sup>61</sup> In dottrina, v. Di Candia (2023), p. 196.

<sup>62</sup> Il punto viene ripreso da Rosa (2023).

ricorrente, oltre all'eliminazione degli effetti pregiudizievoli della sentenza di condanna. Verosimilmente, potrebbe ritenersi che il riferimento sia a tutto ciò che l'interessato ritiene utile, a seconda del caso specifico, per ottenere la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna; l'ottenimento della riapertura del procedimento interno; l'adozione di tutti gli altri provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata. Ad ogni modo, la formulazione della norma è alquanto generica ed il quesito resta, pertanto, aperto. Parimenti, è dubbio se vi sia una correlazione tra la *specificità delle ragioni* invocata in questa sede e la nuova formulazione dell'art. 581 c.p.p., che esige l'enunciazione «in forma puntuale ed esplicita» dei «rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato».

Ancora, si reputa di fondamentale importanza comprendere che cosa debba intendersi per «revoca della sentenza» e, soprattutto, se sia possibile individuare affinità — e in che misura — tra questo strumento e altri mezzi operanti in sede esecutiva, quale, ad esempio l'istituto di cui all'art. 673 c.p.p. Del resto, la “revoca” come rimedio generale è stata a lungo discussa; fino agli anni novanta del Novecento, la dottrina processualpenalistica se ne occupava esclusivamente in relazione al problema della stabilità delle ordinanze<sup>63</sup>. Solo recentemente, il concetto di revoca è stato esteso anche alle sentenze e, addirittura, alle sentenze passate in giudicato<sup>64</sup>.

Infine, un aspetto che non può certamente definirsi di dettaglio: come si è già visto, il nuovo art. 628 *bis* c.p.p. testualmente prevede che «fuori dei casi di inammissibilità, la Corte di cassazione accoglie la richiesta quando la violazione accertata dalla Corte europea, per natura e gravità, ha avuto una incidenza effettiva sulla sentenza o sul decreto penale di condanna pronunciati nei confronti del richiedente». Vale la pena continuare ad interrogarsi circa l'analogia tra la valutazione che deve essere compiuta dalla Suprema Corte e l'approccio di giudizio previamente seguito ed applicato dalla Corte EDU. Del resto, in sede europea, i ricorsi individuali superano il vaglio di ricevibilità solo allorché sia certo che il ricorrente abbia subito un pregiudizio reale valutabile in concreto. Pare, dunque, che l'«incidenza effettiva» della violazione del diritto convenzionale rispetto alla sentenza di condanna sia già stata valutata dal giudice di Strasburgo e ci si chiede, pertanto, quali tratti ulteriori specifici — oltre agli aspetti già profilati — debba assumere la disamina condotta dalla Corte di cassazione. Si tratta di un criterio di non facile interpretazione, che rischia di comportare un elevato tasso di discrezionalità, suscettibile di minare l'uniformità delle decisioni sul punto<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. per tutti, Aricò (1980), p. 966 s.; Gialuz (2005), p. 120 s.

<sup>64</sup> In questi termini, Gialuz (2005), p. 120 s.

<sup>65</sup> Sul punto, Lonati (2023), p. 323. Alcune perplessità, sul punto, sono state espresse anche nel Parere del CSM, n. 47/2022, reso, su richiesta del Ministro della Giustizia, in riferimento al testo del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri in data 4 agosto 2022, in Penale, Diritto e Procedura, 28 settembre 2022. «Occorre segnalare tuttavia che, rispetto ad alcuni passaggi, sarebbe auspicabile un intervento normativo chiarificatore, soprattutto per ciò che concerne una più precisa delimitazione dei

Benché questi e altri interrogativi attendano risposte, al nuovo istituto va certamente riconosciuto il merito di rappresentare il “lieto fine” di un percorso tormentato e di avere delineato un cammino unitario, nel rispetto dei principi di tassatività e legalità che ancora dovrebbero governare la materia delle impugnazioni penali.

## BIBLIOGRAFIA

- Aa., Vv. (2014). *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Roma, 27-29 settembre 2012. Giuffrè.
- Allegrezza, S. (2007). Violazione della Cedu e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi?, in Bin, R., Brunelli, G., Pugiotto, A., Veronesi, P., *All'incrocio tra costituzione e Cedu* (21-26). Giappichelli.
- Aricò, G. (1980). Ordinanza: b) diritto processuale penale, in *Enciclopedia del Diritto*, XXX. Giuffrè.
- Bargis, M. (2015). La rescissione del giudicato ex art. 625 ter cpp: un istituto da rivedere. *Diritto penale contemporaneo online*.
- Bricchetti, R., Cassano, M. (2016). *Il procedimento in absentia, principi sovranazionali e profili applicativi a confronto*. Giuffrè.
- Cabiale, A. (2023). Sub art. 628 bis. In Giarda, A., Spangher, G., *Codice di procedura penale commentato*. Wolters Kluwer.
- Canzio, G. (2011). Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale, in *Gli effetti dei giudicati “europei” sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale. Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, (2).
- Capone, A. (2023). Le impugnazioni tra speditezza e garanzie. *Diritto penale e processo*, (1), 184-194.
- Casiraghi, R. (2023). Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo. *Diritto penale e processo*, (1), 195-199.
- De Amicis, G. (2023). Giudicato interno e sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo: un nuovo strumento di governo della cedevolezza del giudicato nazionale. *Sistema Penale*.
- Di Candia, T. (2023). L'inedito rapporto tra il nuovo rimedio per l'esecuzione delle decisioni della Corte EDU previsto dall'art. 628 bis c.p.p. e la rescissione del giudicato, in Aa. Vv., *Gli snodi problematici della riforma Cartabia con uno sguardo al futuro: giovani studiosi a confronto*, Foggia, 22 ottobre 2022 (191 – 198). Cacucci Editore.
- Galluzzo, F. (2022). *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Spangher, G., *La Riforma Cartabia* (657 – 668). Pacini Giuridica.
- Geraci, M. R. (2023). Un'attesa lunga vent'anni: il ricorso straordinario per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo. *Processo penale e giustizia*, (1), 188-199.
- Gialuz, M. (2005). Il ricorso straordinario per Cassazione, in Ubertis, G., Voena, G. P., *Trattato di procedura penale*. Giuffrè.

---

confini tra i numerosi e diversificati rimedi successivi, *ante e post iudicatum*. La molteplicità dei relativi presupposti applicativi e il diverso onere probatorio che grava sull'imputato ai fini della loro concreta applicazione possono infatti condurre, nella pratica, a soluzioni interpretative difformi quanto all'esatta qualificazione del rimedio e alla sua operatività, con la conseguenza di produrre l'effetto paradossale di allungare i tempi di definizione del processo e non di ridurli».

- (2009). Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1844 – 1895.
- (2011). Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”. *Cassazione penale*, (10), 3308-3320.
- (2022). Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali). *Sistema penale*.
- Giostra, G. (2023). Recensione a S. Lonati, Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee, Cedam, 2023. *Sistema Penale*.
- Giungi, R. (2023). La riforma Cartabia e i suoi effetti sulla disciplina del processo in assenza. *Giurisprudenza Penale Web*, (4), 1 – 16.
- Kostoris, R. E. (2022), Le fonti, in Aa. Vv., *Manuale di procedura penale europea*, (1-49). Giuffrè.
- Lavarini, B. (2023). Un nuovo rimedio “bifasico” per l’esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo. *La legislazione penale*, 1 – 23.
- Lonati, S. (2023). *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*. Cedam.
- (2023). Richiesta per l’esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo: il nuovo art. 628 bis c.p.p. *Sistema penale*.
- Mangiaracina, A. (2023). *L’ottemperanza al giudicato “europeo”: un puzzle da costruire*. In Aa. Vv., *Esecuzione penale e modifiche del giudicato* (335- 368). Giappichelli.
- Miraglia, M. (2023). I rimedi post iudicatum nel processo in assenza dopo la “riforma Cartabia”: novità e residue criticità. *La legislazione penale*, 1- 20.
- Quattrocchio, S. (2012). Violazioni di convenzioni internazionali e giudicato penale interno. *Rivista di diritto processuale*, (3), 647-667.
- Rapisarda, L. (2023). Il nuovo art. 628-bis c.p.p.: l’ordinamento italiano dispone finalmente di un istituto per l’esecuzione dei provvedimenti della Corte di Strasburgo. *Giurisprudenza penale web*, (1).
- Rosa, L. (2023), Quali rimedi per l’esecuzione delle condanne pronunciate dalla Corte EDU?, in in Aa. Vv., *Gli snodi problematici della riforma Cartabia con uno sguardo al futuro: giovani studiosi a confronto*, Foggia, 22 ottobre 2022 (173 – 180). Cacucci Editore.
- Viganò, F. (2022). L’impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano, in Ubertis, G., Viganò, F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale* (15 – 33). Giappichelli.



*STATUTORY PRECEDENTS*  
MISURA DEL VINCOLO E PARAMETRI  
DI LEGITTIMAZIONE DELLA DECISIONE GIUDIZIARIA  
NEL DIRITTO ANGLO-AMERICANO\*

STATUTORY PRECEDENTS  
EXTENT OF THE CONSTRAINT AND LEGITIMACY PARAMETERS  
OF THE JUDICIAL DECISION IN ANGLO-AMERICAN LAW

Francesco Maria Damosso\*\*

Università degli Studi della Tuscia di Viterbo

**ABSTRACT:** Un discorso intorno all'interpretazione dello *statute* in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America implica la questione dell'interazione dei formanti legislativo e giurisprudenziale nell'ambito di quei sistemi. La questione è trattata dall'autore riflettendo sul coordinamento tra autorità della legge e autorità del precedente formalmente vincolante, dapprima nelle ipotesi in cui legge e precedente operino contestualmente ai fini della decisione, e in seguito nelle ipotesi in cui si avvicendino cronologicamente.

Sullo sfondo vi è una constatazione, da cogliere nella sua linearità pure alla stregua di una chiave di lettura. Farsi carico del problema interpretativo, cioè gestire adeguatamente uno spazio di manovra in potenza esteso, dipende in definitiva dal senso di responsabilità di ciascun giudice e dal grado di interiorizzazione di una direttiva specifica, senz'altro a tutt'oggi

---

\* Il contributo nasce dalla relazione svolta oralmente, sulla base di un questionario predisposto dall'Unità di Ricerca di Roma, nel corso della Tavola Rotonda organizzata nell'ambito del Progetto PRIN - Progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale 2017, prorogato 2024, "Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo", in cui sono impegnate l'Università "La Sapienza" di Roma, l'Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna, l'Università degli Studi di Padova e l'Università degli Studi di Ferrara. Il contributo è destinato, in forma lievemente modificata, alla raccolta degli Atti dell'evento.

\*\* Dottorando di ricerca in "Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione" presso l'Università degli Studi della Tuscia di Viterbo, profilo processualpenalistico. E-mail: francesco.damosso@unitus.it. ORCID ID: 0009-0001-5855-8168.

permeante il modo di ragionare angloamericano: quando si deve decidere, un precedente pertinente va seguito. Tuttavia, se proprio dovesse trattarsi di un cattivo precedente, regole e principi validi *erga omnes* possono essere rimeditati.

**PAROLE CHIAVE:** Interpretazione dello *statute*. Precedente vincolante. Intervento parlamentare correttivo. Precedente-ombra.

**Abstract:** The examination of statute interpretation in England and the United States grapples with the interplay between legislative and jurisprudential formants within these legal systems. The author explores this issue by contemplating the alignment between the authority of the law and that of formally binding precedents. This exploration spans scenarios where law and precedent coexist in decision-making and later delves into instances where they become chronologically intertwined. In the context, there is an observation that can be seen as a guiding principle for interpretation.

Tackling the challenge of interpretation, which involves navigating a potentially vast scope for decision-making, fundamentally relies on each judge's sense of responsibility and their assimilation of a particular guideline. Undoubtedly, this mindset still influences the Anglo-American way of reasoning: a precedent must be followed. However, if a precedent proves flawed, universally applicable rules and principles might be overruled.

**KEYWORDS:** Statutory Interpretation. Binding Precedent. Overriding. Shadow-Precedent.

**SOMMARIO:** 1. COORDINATE TERMINOLOGICHE E CONCETTUALI.— 2. BASI DI TEORIA E PRATICA DEL PRECEDENTE VINCOLANTE ANGLO-AMERICANO.— 3. AUTORITÀ DELLA LEGGE E AUTORITÀ DEL PRECEDENTE COME FONDAMENTI DI UN VINCOLO COMPOSITO.— 4. DIVERSA FORZA NORMATIVA DEI DIVERSI PRECEDENTI: 4.1. *Super-strong presumption* di correttezza del precedente statutario.— 5. SOPRAVVIVENZA DELLA LEGGE AL PRECEDENTE DI GENESI ORALE E VICEVERSA: CONDIZIONI DELLA COESISTENZA E DELLA INCOMPATIBILITÀ— 6. SOPRAVVIVENZA DELLA LEGGE AL PRECEDENTE STATUTARIO, TRA *OVERRIDING* E PRECEDENTI-OMBRA.— 7. BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE DI APPROFONDIMENTO.

## 1. COORDINATE TERMINOLOGICHE E CONCETTUALI.

La dinamica convergenza di cui vivono le famiglie di *civil law* e *common law* rappresenta un dato oramai acquisito. Che si coglie osservando, nelle prime, la progressiva valorizzazione del formante giurisprudenziale; e non solo sul piano pratico, ma pure su quello teorico, su quello istituzionale e su quello della legislazione. Riguardo alle seconde — in particolare, all'Inghilterra e agli Stati Uniti d'America —, fin dall'inizio del secolo scorso si parla della c.d. *statutorification*, e dunque dell'invalidare del formante scritto nei diversi settori dell'ordinamento.

Una tale premessa consente di mettere a fuoco i primi punti fermi della nostra riflessione.

Da un lato, i precedenti giudiziari, non soltanto nel nostro sistema ma pure oltremarica e oltreoceano, indicano come un giudice ha precedentemente deciso un certo caso e quindi funzionano anzitutto come criteri decisori per la trattazione dei casi successivi. Dall'altro, non soltanto nel nostro sistema ma pure oltremarica e oltreoceano, essi si basano per lo più su passate inter-

pretazioni di legge scritta, le quali indirizzano in vario modo le decisioni successive. Del resto, se è la legge a dominare sotto il profilo quantitativo anche il sistema delle fonti anglo-americane, ne segue, giocoforza, che le masse di precedenti con cui in Inghilterra e negli Stati Uniti abbiamo a che fare sono in larga parte costituite da *statutory precedents*, come si usa denominarli.

Correlativamente — rimanendo sempre meno spazio per ambiti non disciplinati dagli *statutes* — i *common law precedents*, ossia quelli che storicamente compongono il c.d. diritto comune non scritto, fondanti principi e regole giuridiche di genesi puramente orale, nel complesso costituiscono oggi una percentuale inferiore rispetto a quelli di origine legale.

Sul versante terminologico, nella letteratura più tradizionale il termine *precedent* viene talvolta impiegato per indicare esclusivamente il suddetto *common law precedent*, cioè il contenuto del diritto non scritto, vigente in quanto non inciso dalla legislazione parlamentare o da atti normativi scritti secondari. Ebbene, nel prosieguo del discorso non verrà assecondata l'impostazione appena menzionata, la quale non risulta appropriata per discorrere dei temi ora d'interesse. Piuttosto, si rivelerà opportuno differenziare i *common law precedents* dagli *statutory precedents*, perché, a seconda della fonte da cui promanano, i precedenti hanno un diverso peso nella pratica giudiziaria.

Discorso diverso riguarda la distinzione classica, piuttosto netta, da delineare tra *common law* e *statutes*: il primo, quale patrimonio diciamo consuetudinario-sapienziale discendente dalle corti, continua ad essere teoricamente e operativamente separato rispetto agli interventi del legislatore. Nel senso che il giudice, quando decide un caso, si appella al diritto comune e alla legge, riconoscendole come due entità autonome, con due distinti ambiti di operatività e — preme ribadirlo — con due forze non equiparabili *in toto*. Non sarebbe comunque fuori luogo parlare di *common law* in un senso nuovo, diverso da quello classico, come comprensivo tanto della tradizione prettamente orale, quanto dei prodotti interpretativi: di fatto, il diritto applicabile può costituire il frutto di questa combinazione. Un diritto in definitiva potenzialmente diverso da quello che vigerebbe in un sistema fondato solo sulle norme scritte o solo sulle norme non scritte. D'ora in avanti, tuttavia, si continuerà a valorizzare la concezione classica.

Concettualmente intermedio, tra *common law* e *statute*, è poi il c.d. *common law statute*. Legge, cioè, verbalmente e finalisticamente formulata per lasciare ai giudici ampio margine di attribuzione del relativo significato. Quando si prevede una simile delega al potere giudiziario, si dà anche più facilità di mutare l'interpretazione delle norme nel tempo, rispetto a quanto di solito si ammette<sup>1</sup>. Il punto risulterà maggiormente comprensibile più avanti.

---

<sup>1</sup> Leib, Serota (2010), p. 53.

## 2. BASI DI TEORIA E PRATICA DEL PRECEDENTE -VINCOLANTE ANGLO-AMERICANO.

Lo stato delle cose di cui s'è iniziato a dare conto, e in particolare la compresenza di precedenti geneticamente diversi a seconda della fonte da cui originano (*common law precedents* e *statutory precedents*), non tocca peraltro la questione di come ogni precedente debba essere inteso.

Il suo contenuto normativo, ossia il principio o la regola giurisdizionalmente pre-fissati e destinati a fare precedente per i casi a venire, deve infatti essere sempre rapportato ai fatti accertati in un determinato processo, sulla base dei quali il giudice ha deciso. Prestando attenzione alle elaborazioni dottrinali, nonché all'articolazione della parte motiva delle sentenze, ci si rende conto di quanto sia raro che l'argomentazione basata sulle precedenti interpretazioni della legge riesca a sganciarsi completamente dal contesto fattuale entro il quale le interpretazioni sono state formulate. Nei termini in discorso, l'interpretazione non risulta quasi mai astratta e valida una volta per tutte; ma necessariamente vicina ai fatti di causa in quanto adeguata e da adeguare a questi ultimi.

Storicamente, a determinare e alimentare una simile cifra culturale e metodologica hanno contribuito le raccolte di giurisprudenza — c.d. *law reports* —, strutturate in modo da illuminare in via sistematica le regole di diritto con i *particulars* della vicenda concreta. E proprio su tale versante culturale e metodologico è possibile cogliere un tratto distintivo del panorama anglo-americano, che, a nostro avviso, segna ancora oggi la reale misura della distanza con altri sistemi, per esempio con quello italiano: nel nostro paese, infatti, è diffusa la tendenza a fare ricorso al precedente senza curarsi troppo della c.d. fattispecie concreta di riferimento.

Un altro elemento caratteristico dei prodotti dello *jus dicere* inglesi e nordamericani, se vogliamo addirittura secondario rispetto alla rilevanza del fatto appena considerata, riguarda l'attributo della vincolatività, di cui in quel contesto ogni precedente è dotato. Lì ogni *precedent* — ossia la *ratio decidendi* espressa in, o comunque desumibile da, una certa pronuncia — costituisce formalmente un *binding precedent*. Nel decidere casi ritenuti simili, il principio dello *stare decisis et non quia movere* impone di fare applicazione dello stesso criterio già stabilito nella sentenza passata. Non si tratta di un principio autoevidente cioè operante con assoluta oggettività, poiché la misura del vincolo è sempre in certa parte mutevole e soggettivamente determinata; un caso deciso diventa un precedente, pur facendo applicazione di una norma scritta, in quanto venga individuato e interpretato come tale dal giudice sopravveniente. Da questo punto di vista, non c'è differenza tra *statutory precedent* e *common law precedent*, salvo quanto verrà precisato a tempo debito sull'argomento in forza del quale il primo può essere superato.

Ancora, non si tratta di un vincolo inderogabile: il giudice, nel tempo, si è auto-attribuito il potere di revocare il precedente sbagliato, obsoleto o ingiu-

sto. Al riguardo, conta la dimensione propriamente gerarchica della giustizia anglosassone, in quanto, salvo eccezioni, l'*overruling* può essere esercitato solo dal medesimo giudice che ha creato il precedente o da un giudice equioridinato. Per questi ultimi, il vincolo è dunque tendenziale.

Così invece non è per i giudici inferiori, obbligati a decidere riapplicando il precedente proveniente dai giudici superiori. Il sentire comune è infatti nel senso dell'aderenza al vincolo nonostante la ritenuta scorrettezza, obsolescenza o ingiustizia delle anteriori pronunce. È alquanto radicata la consapevolezza, da parte del giudicante collocato a un livello più basso della c.d. piramide giudiziaria, di difettare del potere di *ius dicere* sostituendosi al giudicante collocato a un livello più alto.

Un potere comunque sussistente in capo ai membri di tutte le corti è quello del c.d. *distinguishing*, cioè del distinguere il caso da decidere rispetto a quello già deciso, perché i rispettivi fatti rilevanti risultano troppo diversi, con il risultato di non ritenere vincolante un precedente che altrimenti lo sarebbe.

Quando si distingue, questo va detto con chiarezza, il precedente non è messo in discussione nei relativi contenuti. Nella sua dimensione fisiologica, cioè, il distinguere non comporta una flessione dello *stare decisis*, dovendosi "rimanere su quanto già deciso" solo se il "già deciso" è un caso analogo<sup>2</sup>. Lungi dallo screditare il precedente, il *distinguishing* opera insomma teoricamente a favore di un suo imprescindibile approfondimento e, in ultima analisi, di una sua valorizzazione, in quanto spinge verso un esercizio interpretativo teso alla ricerca dell'autentico ambito di operatività della *legal rule*, estrinsecazione della *ratio decidendi*, ossia di cosa il precedente abbia realmente statuito.

Il passo da un esercizio razionale e ragionevole di questo potere a una pretestuosa «spaccatura del capello in quattro»<sup>3</sup> è piuttosto breve. Nella sua dimensione patologica, infatti, distinguere può divenire il dispositivo capace di rendere lo *stare decisis* semplicemente inesistente in concreto, non essendo immaginabili due casi naturalisticamente identici.

Gestire adeguatamente uno spazio di manovra potenzialmente tanto esteso dipende, in definitiva, dal senso di responsabilità di ciascun giudice e dal grado di interiorizzazione di una direttiva specifica, direi tutt'ora permeante il modo di ragionare inglese e nordamericano: quando si deve decidere, un precedente pertinente va seguito; anzitutto per garantire la certezza del diritto in termini di prevedibilità della decisione, e l'uguaglianza nell'applicazione delle norme per come esse vivono. Tuttavia, se si tratta proprio di un cattivo precedente, regole e principi validi *erga omnes* possono essere rimeditati (dal giudice, come si è detto, di pari grado o da quello che li ha stabiliti).

<sup>2</sup> Caso qui inteso come fatto più questioni giuridiche inerenti: Gorla (1990), p. 10.

<sup>3</sup> Black (1912), p. 62, traduzione nostra.

### 3. AUTORITÀ DELLA LEGGE E AUTORITÀ DEL PRECEDENTE COME FONDAMENTI DI UN VINCOLO COMPOSITO.

Venendo al rapporto tra legge e giurisprudenza, e in particolare alla questione dell'interazione dei due formanti, è indubbio che, con l'avvento degli *statutes*, l'autorità del precedente debba coordinarsi con l'autorità della legge. Quest'ultima è infatti pacificamente sovraordinata rispetto alla giurisprudenza. Si tratta peraltro di una sovraordinazione mai codificata, bensì appartenente direi al diritto costituzionale, tanto nel sistema inglese quanto in quello nordamericano.

Così, da un lato, la precedente interpretazione influenza significativamente le decisioni sui casi successivi. Dall'altro, lo *statute*, risultato dell'esercizio del potere legislativo, detiene e deve detenere un valore superiore a quanto prodotto dai giudici; e soprattutto, almeno sulla carta, non può essere da essi manipolato nei relativi contenuti.

A questo proposito diciamo che in Inghilterra si percepisce ancora oggi piuttosto viva la tradizione dichiarativistica, un tempo riferita solo al formante giurisprudenziale e successivamente riferita pure a quello legislativo. La realtà del sistema d'oltremarica nasce cioè nel consolidamento della finzione per cui il diritto non scritto preesiste rispetto all'atto della sua applicazione concreta ed è necessariamente fisso e immutabile, in quanto manifestazione del buon senso e della ragione, ovvero in quanto consuetudine «esistente *ab immemorabilia*»<sup>4</sup>. Praticamente lo stesso verrà affermato riguardo alla produzione legislativa, pretendendo un rapporto appunto dichiarativo fra testo e suo lettore-applicatore: il giudice deve applicare le norme dicendo il diritto per come esso è, rinvenendo il significato proprio della *littera* senza ulteriori mediazioni. Si è dunque imposto un criterio di stretta letteralità (c.d. *plain meaning rule*), sebbene nei limiti della ragionevolezza del risultato interpretativo (c.d. *golden rule*).

Lo dimostrano le conclusioni raggiunte attorno alla metà del secolo scorso, circa il fatto che le parole rinvenibili all'interno della parte motiva della sentenza, con le quali uno *statute* veniva interpretato, non potevano sostituire le parole impiegate dallo stesso testo di legge, e cioè dal parlamento; pena, evidentemente, una invasione del potere giudiziario in quello legislativo. Un passaggio della *opinion* di Lord Denning chiarisce efficacemente l'idea: «*(i) f a point should be reached where the words of the judges lead to a different result from the words of the statute, then the statute must prevail: because the judges have no right to supplant the words of the statute and would not wish to do so*»<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Mattei (1991), p. 89.

<sup>5</sup> *Goodrich v Paisner*, (1955) 2 Q.B. 353, 358-359.

Rimaneva e rimane comunque fermo il principio dello *stare decisis*, che impone di applicare a casi simili la stessa regola di diritto.

Questa dialettica implicita tra vincolo alla legge e vincolo al precedente in Inghilterra è stata storicamente sciolta considerando vincolante la decisione della corte (c.d. *decision*) ma non il suo contenuto argomentativo (c.d. *reasoning*). Non reputando, cioè, particolarmente significativi i principi e i fondamenti, diversi dalla legge, invocati a sostegno di una determinata soluzione giuridica; ma riconoscendo valore autoritativo esclusivamente alla suddetta soluzione. Così, nell'impostazione tradizionale, a vincolare in senso stretto è la legge per come applicata ad un certo caso. Da qui, tra l'altro, l'attribuzione della massima importanza ai fatti — ritenuti rilevanti — in rapporto a quello che diremmo il dispositivo della sentenza.

Ciò spiega pure come mai per molto tempo è stato ritenuto vietato fare ricorso ai lavori preparatori per risolvere eventuali perplessità esegetiche: lavori preparatori, cioè parole diverse da quelle visibili nel testo di legge. Oggi si è aperto alla consultazione di questo tipo di documenti, ma nella pratica il loro utilizzo non è molto frequente. E comunque, almeno sul piano declamatorio, giammai al fine di valorizzare l'intenzione del legislatore in quanto tale; ma piuttosto per scoprire, all'interno del testo, un significato coerente rispetto alle circostanze nelle quali esso è stato promulgato. Lo stesso legislatore, dal canto suo, cerca poi di ridurre al minimo i margini di equivocità semantica, predisponendo un'appendice al testo, in cui si offre l'interpretazione autentica di molti termini impiegati.

Guardando invece alla realtà statunitense, l'influenza dichiarativistica è senz'altro presente in astratto, ma si avverte di meno in concreto, e comunemente si afferma che l'interpretazione della legge in quanto tale è vincolante per i casi futuri. La decisione del giudice determina il contenuto del diritto per le decisioni a venire.

Anche oltreoceano, poi, il principio dello *stare decisis* convive con un vincolo diretto alla legge. Un conto infatti è il rispetto dello *statutory precedent* in relazione alle operazioni di sussunzione stabilite in quel precedente, dinanzi quindi a casi ritenuti analoghi; un altro conto è decidere un caso ritenuto diverso cioè nuovo. A quest'ultimo riguardo, si parla di «interpretazione diretta», la quale si rende necessaria quando un diritto vivente manchi<sup>6</sup>. In tali evenienze, la decisione è fondata sull'autorità della legge, e non delle passate decisioni. Con la precisazione che è andato acquisendo sempre maggior peso, nella pratica delle corti, un certo modo di leggere le disposizioni statutarie — come pure quelle costituzionali —, sganciato dai confini della *littera* rigidamente intesi. Ne è seguito il promovimento di una interpretazione funzionale, e non strettamente letterale, rispetto all'intenzione o agli scopi del legislatore in termini di *public policy* o di armonia con il dettato costituzionale statale e federale.

---

<sup>6</sup> Jaffe (1949), p. 364, traduzione nostra.

Nella materia penale, persiste un atteggiamento di maggiore cautela. La Corte Suprema del Massachusetts, per esempio, in epoca abbastanza recente, ha affermato che il significato di uno *statute* è interamente predeterminato dal legislatore al momento della sua promulgazione<sup>7</sup>.

Fino a che punto ciò sia possibile e quanto un simile approccio rimanga almeno in certa parte fuori della realtà pratica-processuale — constatando come la norma di legge viva e vincoli nel significato attribuitele, nella possibile varietà dei prodotti interpretativi — è una questione grave e diversa, sulla quale ora non ci si può soffermare. Va comunque detto con chiarezza, per esplicitare un'ovvietà, che nell'ambito di quei sistemi ammettere una componente limitatamente creativa dell'atto interpretativo giudiziario non equivale a negare l'effettività di un vincolo pur sempre discendente dalla legge, e dunque la sussistenza del vincolo effettivamente composito di cui stiamo parlando, in cui autorità della legge e autorità del precedente coesistono e si integrano reciprocamente.

Nella tensione, ineludibile, di rinvenire un equilibrio tra i poteri legislativo e giudiziario, da un lato valorizzando la tangibilità della produzione normativa del giudice; e dall'altro riconoscendone una portata «interstiziale»<sup>8</sup>, in quanto legittima solo entro i confini del testo e di pratiche argomentative sufficientemente condivise.

#### 4. DIVERSA FORZA NORMATIVA DEI DIVERSI PRECEDENTI.

Se sono chiare le coordinate finora poste, bisogna adesso volgere lo sguardo a un orizzonte tematico in particolare, ossia al peso specifico dello *statutory precedent* in rapporto agli altri tipi di precedenti. L'incidenza del primo nell'economia della decisione, la sua forza normativa, è infatti indubbiamente diversa rispetto a quella di cui risulta dotato un *common law precedent* oppure un *constitutional precedent* (l'interpretazione giudiziaria della Costituzione, statale o federale che sia, in Nordamerica).

L'elemento differenziale è costituito dalla fonte originaria da cui i precedenti promanano.

A tale riguardo, sembra particolarmente emblematica la giurisprudenza dello Stato di New York, in quanto detiene uno spiccato valore persuasivo — non formalmente vincolante — nei confronti dei giudici degli altri stati. In quell'ordinamento, dovendo essere drasticamente sintetici, viene superato con più facilità il precedente che interpreta una disposizione costituzionale rispetto a quello statutario o al precedente di genesi orale. Nel medesimo ordine d'idee, almeno in via di principio, si è nel tempo posizionata la Corte Suprema degli Stati Uniti.

<sup>7</sup> *In re McIntire*, (2010 Mass), 458 Mass. 257, 261.

<sup>8</sup> Per fare tesoro dell'espressione di McCormick, (1994), p. 188, traduzione nostra.

Cerchiamo di descrivere un po' più nel dettaglio il panorama appena tratteggiato, nello sforzo di individuare una direzione univoca, almeno in via tendenziale e al netto di sviluppi recenti più o meno visibili.

Quanto alla relativa agevolezza nel dipartirsi da un precedente costituzionale, il valore che s'intende promuovere — che s'intende cioè veicolare attualmente e in via generale attraverso una determinata norma fondamentale — evidentemente pre-vale sul valore della stabilità interpretativa. Come si comprende, un tale giudizio di prevalenza è a sua volta una scelta di valore. Un atto praticamente politico. Essendo ampiamente riconosciuta, del resto, almeno da una parte della giurisprudenza, la malleabilità di quelle norme per garantire una risposta efficace alle esigenze sociali per come nel tempo si presentano e si trasformano. E senz'altro pesa pure un certo pragmatismo nel considerare che il processo di emendamento della Carta è molto più lungo e laborioso in confronto a un *overruling* immediato da parte del giudice.

Quanto invece alla difficoltà di superare un precedente di *common law*, gioca un ruolo decisivo la dimensione sapienziale delle passate esperienze. Il precedente di *common law*, come si è inteso, solitamente affonda le proprie radici lontano nel tempo, e la sua effettiva vigenza è confortata da una pratica molto consolidata. Pensiamo soprattutto al settore dei contratti, della responsabilità civile e dei diritti di proprietà. Si valorizza molto, dunque, l'affidamento: sulle regole anche di dettaglio stabilite dai precedenti le parti hanno impostato le loro scelte negoziali, i loro investimenti, la gestione dei rischi, ecc. Le corti allora spesso concludono di non poter rimeditare l'indirizzo consolidato, perché "non hanno la libertà di farlo".

Che la tutela dell'affidamento sia spesso reputata valore pre-valente rispetto alle ragioni del mutamento non inficia quanto detto fin dall'inizio di questo discorso. Se il precedente è un cattivo precedente nei termini di cui sopra va senz'altro revocato, e ciò in concreto avviene; apertamente in deroga allo *stare decisis*.

#### **4.1. Super-strong presumption di correttezza del precedente statutario.**

Quanto alla difficoltà di superare la precedente interpretazione di una legge, pesa invece il fatto che quella decisione, nella prospettiva dichiarativistica cui abbiamo fatto cenno poc'anzi, si è occupata di chiarire e scoprire diciamo così una volta per tutte il significato di una disposizione o le intenzioni del legislatore o lo scopo della disposizione o dell'intera disciplina. Non a caso si parla di *super-strong presumption* di correttezza del precedente statutario.

Una parte della dottrina d'oltreoceano ha auspicato d'intendere la suddetta presunzione in termini assoluti.

L'esigenza di esprimersi sul significato del testo si presenterebbe nel tempo una volta sola; così, quando quell'esigenza sia stata soddisfatta mediante

l'atto interpretativo giudiziario, un atto reinterpreativo in sostituzione del primo rimarrebbe radicalmente ingiustificato. Non importerebbe che il giudice ritenga quella lettura esegetica una cattiva lettura: quando una lettura vi sia stata, solo il parlamento potrebbe intervenire per porvi rimedio correggendola. Altrimenti si attribuirebbe alla magistratura il potere di variare periodicamente il contenuto di atti riservati alla competenza del potere legislativo, e dunque garantiti dal principio democratico. Salvo dover comunque ammettere, verrebbe da aggiungere, che almeno in sede di interpretazione diretta<sup>9</sup> un apporto specificativo del testo, da parte del giudice, vi sia; cioè vi debba giocoforza essere, anche a volerlo reputare quale atto meramente dichiarativo. Il risultato, per certi versi paradossale, coinciderebbe quindi con l'inevitabile consolidamento nel tempo di un prodotto interpretativo giudiziario indiscutibile nei suoi contenuti, e perciò davvero avente forza di legge *erga omnes*. Ecco perché, nella proposta di costruire uno *statutory stare decisis* inderogabile, è stata espressa la necessità di un effettivo coinvolgimento parlamentare in sede interpretativa<sup>10</sup>.

In questa visione servirebbe una partecipazione non già meramente negativa, ma appunto effettiva e positiva da parte del legislatore. Come è stato osservato da più parti, non si può infatti escludere l'opportunità di un *overruling* sulla base dell'inazione del parlamento. Il mancato intervento di quest'ultimo, al fine di revocare una precedente interpretazione vincolante (c.d. *overriding*), cioè, non può essere considerato univocamente significativo della volontà implicita di avallare un certo indirizzo e quindi di negare spazio a qualunque altro indirizzo differente. Il contrario equivarrebbe ad alimentare una ulteriore finzione, che in quanto tale è rigettata dagli studi più moderni. D'altronde, data la loro quantità, i precedenti possono essere ignorati dal legislatore, l'inazione del parlamento può essere semplice inerzia, e così via: insomma, che una legge non intervenga per smentire la giurisprudenza di per sé non prova nulla. E comunque non si possono far derivare da uno stato di dubbio conseguenze tanto gravi in punto di vincolatività di una precedente interpretazione.

La tesi della presunzione assoluta di correttezza del precedente statuario è stata a lungo fatta propria in via di principio dalla giurisprudenza.

Fatta salva la sussistenza di un affidamento particolarmente forte, maturato negli anni presso i consociati, oppure la particolare influenza di un certo diritto vivente sulla legislazione successiva, la pratica giurisprudenziale degli ultimi decenni è invece più apertamente nel senso dell'operatività di una presunzione di correttezza solo relativa, ossia valida fintanto che il precedente risulti davvero condivisibile e adeguato ai tempi.

In tale ottica risulterebbe senz'altro irragionevole trattare diversamente gli *statutory precedents* rispetto ai *common law precedents*, chiudendo cioè

---

<sup>9</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>10</sup> Marshall (1989), p. 211.

drasticamente al superamento dei primi e contemplando invece il superamento dei secondi quando appaiano sbagliati, obsoleti o ingiusti<sup>11</sup>.

Affermare la relatività della presunzione di correttezza non implica, si badi, la messa in discussione del fondamento di essa. Al di fuori delle ipotesi in cui possa avere luogo l'*overruling* del precedente statuario — ipotesi comunque eccezionali e in concreto non frequenti —, vigendo lo *stare decisis* l'orientamento del giudice non può essere mutato, poiché significherebbe in certa misura sostituirsi inaccettabilmente al legislatore.

Nei termini in discorso una rigida separazione dei poteri, soprattutto in materia penale, convive con il formante giurisprudenziale che viene a consolidarsi. Al contempo, tuttavia, proprio in virtù della stessa separazione dei poteri, il superamento di uno *statutory precedent* può essere giustificato sul rilievo che «le leggi hanno determinati fini da raggiungere, ed è a quei fini che il giudice ha l'obbligo di rimanere fedele»<sup>12</sup>. Per i c.d. testualisti, i quali rappresentano una parte della magistratura giudicante anche all'interno della Corte Suprema federale e rifiutano drasticamente qualsivoglia approccio teleologico, la soggezione alla legge — non ai suoi fini appunto, ma alle sue parole intese nel relativo significato originario —, può costituire una delle ragioni idonee a spiegare la tendenza abbastanza recente a superare gli indirizzi reputati non conformi all'*original meaning* del testo.

Il testualista, in particolare, sposa una concezione formalistica sul piano della teoria dell'interpretazione. E questo ragionare secondo lo schema dell'unica risposta corretta finisce per accrescere la propensione ad abbandonare una precedente interpretazione reputata scorretta<sup>13</sup>. Una simile *judicial philosophy* si riflette pure nella visione del ruolo del legislatore, nel senso che per mettere in discussione un orientamento giurisprudenziale non è assolutamente necessario l'intervento del parlamento. Ancora di meno può avere senso attribuire una qualche valenza all'inazione dello stesso<sup>14</sup>.

Sia come sia, quando un precedente debba essere superato, pare proprio che l'oggetto del vincolo per il giudice rimanga la legge — l'autorità della legge prevale su quella della giurisprudenza, come del resto dispone la gerarchia delle fonti —, nel senso che il precedente statuario cessa di frapporsi tra il fatto e la norma scritta (come invece avviene applicando lo *stare decisis*). O almeno è questo argomento implicito a essere valorizzato quando un mutamento interpretativo abbia luogo. Ciò a differenza di quando un orientamento debba essere tenuto fermo, operando sul piano teorico e argomentativo quel vincolo composito derivante da legge e giurisprudenza di cui abbiamo parlato prima.

<sup>11</sup> Al riguardo, si rinvia alle riflessioni e la casistica analizzata da Eskridge Jr. (1988), p. 1392.

<sup>12</sup> Per ricordare le parole di Frankfurter (1947), p. 535, traduzione nostra.

<sup>13</sup> È una delle osservazioni di Krishnakumar (2018), p. 202.

<sup>14</sup> *Johnson v. Transp. Agency*, 480 U.S. 616, 670 (1987) (Scalia, J., *dissenting*).

In breve, il parametro di legittimazione di una decisione difforme non è il precedente ma è la legge. Quindi, il parametro di legittimazione muta a seconda che si tratti di decisione conforme o difforme: se è conforme, il parametro della legge è condiviso con — cioè integrato dal — principio dello *stare decisis*; se è difforme, il parametro è esclusivamente la legge.

L'impressione è dunque che, con l'avvento della normazione scritta, almeno nel panorama statunitense, non sia cambiato sostanzialmente nulla sul piano dell'esercizio della discrezionalità giudiziaria: a seconda dei casi, l'interpretazione vincolante di una legge può essere modificata o superata. Da questo punto di vista, non c'è molta differenza con la pratica dei sistemi di *civil law*. La misura del vincolo di qualunque precedente è in certa parte sempre determinata dallo stesso giudice-interprete. Se proprio lo vuole, costui trova il modo di decidere diversamente. Il punto è che a differenza del *common law precedent*, lo *statutory precedent* è modificato o superato in base all'argomento — spesso implicito — per cui il giudice deve rimanere soggetto alla legge in misura maggiore che alla precedente interpretazione della stessa.

Questo tra l'altro avveniva, attraverso una serie di espedienti tecnici e dogmatici, pure nell'epoca in cui i giudici aderivano alla presunzione di correttezza del precedente statutario in termini assoluti. La Corte Suprema federale, per esempio, spesso trattava molte proprie affermazioni come *obiter dicta* per superare alcune letture esegetiche, nonostante nella pratica nordamericana gli *obiter* della Corte detenessero carattere vincolante per gli altri giudici. Un precedente statutario poteva inoltre essere revocato in virtù di un giudizio, a maglie piuttosto larghe e dagli esiti irrimediabilmente opinabili, di incompatibilità di quel precedente con un altro, sempre di origine legale. Ancora: un precedente poteva non valere più quando si reputava scoperta una nuova storia legislativa, come si usava dire, della norma oggetto d'interpretazione, alla luce dei lavori parlamentari.

Quelle di cui s'è appena detto venivano costruite come «*proceduralist exceptions*» al rigido *statutory stare decisis*. Di eccezioni, peraltro, ve ne erano anche altre. Le quali non di rado suonavano «elaborate improvvisazioni»<sup>15</sup>, volte a preservare una dichiarazione di principio senza rinunciare a cambiare il contenuto del diritto nelle ipotesi in cui fosse apparso opportuno farlo.

Quando poi si voleva e si vuole tenere fermo che lo *statutory precedent* non può essere superato dal giudice — perché non ci sono gli estremi per vincere la relativa presunzione di correttezza —, il giudice lo superava e lo supera ugualmente dichiarando come a ben vedere non si tratti proprio di uno *statutory precedent*, ma di un principio o una regola solo parzialmente discendenti dall'interpretazione di uno *statute*, e per il resto facenti parte del *common law*. E abbiamo visto come per il giudice sia più agevolmente giustificabile modificare il diritto non scritto rispetto all'interpretazione della legge.

---

<sup>15</sup> Eskridge Jr. (1988), p. 1385, 1370.

## 5. SOPRAVVENIENZA DELLA LEGGE AL PRECEDENTE DI GENESI ORALE E VICEVERSA: CONDIZIONI DELLA COESISTENZA E DELLA INCOMPATIBILITÀ.

Avvicinandoci alla conclusione, si può passare alla interazione tra i formanti legislativo e giurisprudenziale nelle ipotesi in cui il primo sopravvenga rispetto al secondo. La maggior parte delle volte, bisogna osservare, la legge non entra in vigore per sostituire integralmente la disciplina di *common law*: semmai sottrae ambito di operatività all'area di quest'ultima, instaurandosi un rapporto di specialità. Questo significa che molto spesso la disciplina di diritto comune rimane valida in generale, salvo quanto previsto dallo *statute* in relazione a determinate classi di casi.

I vecchi precedenti di genesi orale e le nuove norme scritte, dunque, attualmente convivono se non risultano incompatibili tra loro. Un simile giudizio di compatibilità, il quale attiene, in definitiva, alla determinazione dell'ambito applicativo delle discipline in potenza concorrenti, culmina naturalmente in un atto interpretativo più o meno controllabile. Viene comunque prestata molta attenzione, in dottrina e in giurisprudenza, a una lettura della norma che rimanga coerente con il sistema, e quindi con tutti i vecchi precedenti non necessariamente incompatibili. In questi termini, viene promossa una interpretazione della legge orientata ai precedenti. Le nuove norme vanno calate nel contesto del diritto comune preesistente<sup>16</sup> il più armoniosamente possibile. Pesa anche qui una certa tendenza al *non quia movere* che veniva richiamato in apertura: è infatti un criterio generale quello d'intendere restrittivamente il testo normativo promulgato in deroga a un precedente di genesi orale.

Ciò posto, quando la legge sia intervenuta in senso difforme rispetto a un precedente, perché il parlamento ha voluto ridisciplinare nella sua interezza una materia fino ad allora governata dal *common law* o perché rimpiazza quest'ultimo solo limitatamente, è pacifico che prevalga la legge in forza della gerarchia delle fonti, come in precedenza osservato in merito al rapporto di sovra-sottordinazione tra diritto scritto e diritto non scritto. Ha così luogo una forma di abrogazione implicita, per *ius superveniens*, della regola contenuta nel vecchio precedente. Dovrebbe fare eccezione l'ipotesi in cui la regola non scritta esprime un contenuto normativo consacrato esplicitamente o implicitamente a livello costituzionale, poiché l'autorità della costituzione è superiore rispetto a quella della legge. Indirettamente quindi un *common law precedent* potrebbe risultare inderogabile.

Pure quando si verifica quell'effetto abrogativo lo *statute* va tuttavia interpretato alla luce dei precedenti, sebbene non più in vigore. Nel senso che deve essere valorizzato lo spirito dell'intervento legislativo (c.d. *mischief*

<sup>16</sup> Maltz (1988), p. 387.

*rule*) di introdurre una disciplina parzialmente o totalmente diversa rispetto al passato.

Costituisce a sua volta una questione interpretativa determinare quando un vecchio precedente possa reputarsi totalmente o parzialmente superato dalla legge sopravvenuta. Può infatti accadere che la legge si ponga in termini di specialità solo apparente, espressamente disciplinando una determinata classe di casi ma sostanzialmente affermando nuovi principi validi pure al di là di esse. Questioni gravi, da risolvere alla luce del criterio *cessante ratione legis* — intendiamo legge qui in senso ampio — *cessat lex ipsa*; con risultati tutt'altro che univoci.

Può inoltre accadere che un precedente di genesi orale nasca in contrasto con una legge. Si considererà allora emesso *per incuriam*, e quindi semplicemente non sarà ritenuto vincolante per i casi a venire.

È anche possibile che la legge intervenga per codificare — anche nel diritto angloamericano si usa il termine *codifyng* in questa accezione — regole o principi appartenenti all'area del *common law*, con il risultato di attribuire loro una forza maggiore rispetto al passato.

## 6. SOPRAVVENIENZA DELLA LEGGE AL PRECEDENTE STATUTARIO, TRA OVERRIDING E PRECEDENTI-OMBRA.

Uno *statute* può sopravvenire non solo rispetto a un precedente di genesi orale, ma pure rispetto a precedente statutario.

Quando si verifica quest'ultima evenienza, non è raro che il legislatore intervenga per correggere un'interpretazione scorretta o non condivisa della legge, la quale è andata consolidandosi<sup>17</sup>. Anzi è piuttosto condivisa l'idea secondo cui ciò sia prerogativa e responsabilità del legislatore, più che del giudice. Questa è la ragione per la quale, sebbene sia tendenzialmente prevalsa la presunzione relativa di correttezza del precedente statutario, è più frequente un *overriding* legislativo in confronto a un *overruling* giurisdizionale; avendo sempre chiaro come ciò avvenga, ossia mediante l'introduzione di una norma incompatibile con il precedente, che dal parlamento non può essere tecnicamente annullato.

In quest'ordine di idee, può tra l'altro essere spiegato quanto correlativamente usa affermarsi a proposito di un errore nel *common law*, per come è stato dichiarato dai giudici: errore che è prerogativa e responsabilità anzitutto degli stessi giudici correggere.

Rimanendo comunque sul precedente statutario, gli interventi legislativi correttivi in discorso contribuiscono senz'altro ad aumentare i margini di chiarezza del diritto vigente. Ma questo non implica affatto l'azzeramento di

<sup>17</sup> In relazione agli anni 1967-2011, si veda l'analisi di Christiansen, Eskridge Jr. (2014), p. 1317-1541.

qualsivoglia perplessità esegetica, né conseguentemente la soppressione di ogni spazio di manovra in relazione al possibile significato del testo. Trovandosi infatti ad applicare la norma scritta a seguito di un *overriding*, il giudice dovrà in teoria considerare una certa interpretazione oramai preclusa, salvo potenzialmente domandarsi fino a che punto il legislatore abbia davvero disatteso quell'interpretazione.

Si possono e si devono distinguere, al riguardo, i diversi possibili scenari, perché gli interventi correttivi non hanno tutti la stessa portata. Un precedente statutario può essere esplicitamente o implicitamente tenuto fermo su di un piano generale, eccezion fatta per le classi di casi ridisciplinate in sede di *overriding*. Verificandosi ciò, tra l'altro, l'interpretazione mantenuta valida in generale dovrebbe acquistare una forza ancora superiore in quanto avallata dal parlamento.

Un medesimo precedente potrebbe poi essere oggetto di una messa in discussione integrale, risultando dunque superato *tout court*. Del pari, l'intervento correttivo potrebbe avere una portata più sfumata, limitandosi a ridisciplinare una determinata classe di casi e al contempo problematizzando circa la residuale portata del precedente. È infine una questione aperta se, dopo un intervento correttivo, il precedente su cui poggia quello superato risulti in qualche misura messo in discussione, pur avendo un differente ambito di operatività.

Il più delle volte, la pratica giudiziaria sembra aprioristicamente orientata a intendere gli interventi correttivi in modo restrittivo, mancando della volontà di ricercare l'autentico spirito della norma di nuovo conio. Con il risultato di continuare ad applicare lo *statutory precedent* in tutti i casi non espressamente considerati dal legislatore.

La dottrina nordamericana non ha mancato di sottoporre a critica una simile tendenza, che in effetti talvolta mal si concilia col fondamentale principio secondo cui un precedente va sempre inteso alla luce del contesto fattuale all'interno del quale s'inserisce. Se, infatti, una certa interpretazione della legge viene affermata dai giudici per decidere un caso, e successivamente interviene il legislatore in sede correttiva per disporre l'inapplicabilità di quella interpretazione in quello stesso caso ed eventualmente in casi simili, continuare a ritenere valido un precedente sradicato dal relativo contesto fattuale risulta una operazione inappropriata. Inappropriata rispetto a quanto il precedente ontologicamente rappresenta (il criterio decisivo di un caso) nonché alla sua funzione (decidere analogamente casi analoghi). A tal proposito, quello che si persiste a reputare vigente è stato definito un precedente-ombra, perché «come in Peter Pan, l'ombra ha un'esistenza del tutto avulsa dal suo soggetto primario»<sup>18</sup>.

Intendere un intervento correttivo restrittivamente non significa, peraltro, scadere sempre e comunque in una dimensione patologica dello *stare*

---

<sup>18</sup> Widiss, (2009), p. 533, traduzione nostra.

*decisis*: se il precedente statutario è sufficientemente universalizzabile, un *overriding* che gli sottragga parte dell'ambito di applicazione non risulta feroce di criticità. I confini del precedente risulteranno cioè ripermetrati, ma la connessione con i fatti rilevanti perdurerà e indebite distorsioni di senso saranno tendenzialmente scongiurate.

## 7. BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE DI APPROFONDIMENTO.

- Alexy, R., (1998). *Teoria dell'argomentazione giuridica* (it. ed. La Torre, M.). Giuffrè. (Original work published 1978).
- Atiyah, P.S., Summers, R.S. (1987). *Form and Substance in Anglo-american Law*. Clarendon Press.
- Black, H.C. (1912). *Law of Judicial Precedent*, St. Paul.
- Cadoppi, A. (2014). *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità* (2nd ed.). Giappichelli.
- Calabresi, G. (1982). *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press.
- Christiansen, M., Eskridge Jr., W.N. (2014). Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. *Texas Law Review*, 92, 1317-1541. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2418417](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418417).
- Cappelletti, M. (1981). The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: a Fundamental Difference — or No Difference at All?. In Bernstein, H., Drobnig, U., Kötz, H. (Eds.), *Festschrift für K. Z. Weigert zum 70. Geburtstag* (pp. 380-392). J.C.B. Mohr.
- Crisafulli, V. (1964). Disposizione (e norma). *Enciclopedia del diritto*, XIII, 195-209.
- Cross, R., J.W. Harris (1991). *Precedent in English Law* (4th ed.). Oxford University Press.
- Damosso, F.M. (2022). *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*. Giappichelli.
- Donini, M. (2017). An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 14-47.
- Duxbury, N. (1995). *Patterns of American Jurisprudence*. Clarendon Press.
- Eskridge Jr., W.N. (1988). Overruling Statutory Precedents. *The Georgetown Law Journal*, 76, 1361-1439.
- Frankfurter, F. (1947). Some Reflections on the Reading of Statutes. *Columbia Law Review*, 47(4), 527-546. <http://www.jstor.org/stable/1118049?origin=JSTOR-pdf>.
- Goodhart, A.L. (1930). Determining the Ratio Decidendi of a Case, *Yale Law Journal*, XL(2), 161-183.
- Grande, E. (1990). La sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto. *Il Foro italiano*, 113(I), 415-427.
- Hanretty, C. (2020). *A Court of Specialists: Judicial Behavior on the UK Supreme Court*. Oxford University Press.
- Jaffe, L.L. (1949). The Judicial Universe of Mr. Justice Frankfurter. *Harvard Law Review*, 62(3), 353-412.
- Krishnakumar, A.S. (2018). Textualism and Statutory Precedents. *Virginia Law Review*, 104(2), 157-231. <https://virginalawreview.org/articles/textualism-and-statutory-precedents/>.
- Leib, E.J., Serota, M. (2010). The Costs of Consensus in Statutory Construction. *Yale Law Journal online*, 120, 47-63. [https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty\\_scholarship/98](https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/98).

- Maltz, E. (1988). The Nature of Precedent. *North Carolina Law Review*, 66(2), 367-393. [http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol66/iss2/5?utm\\_source=scholarship.law.unc.edu%2Fnclr%2Fvol66%2Fiss2%2F5&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol66/iss2/5?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fnclr%2Fvol66%2Fiss2%2F5&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages).
- Marshall, L.C. (1989). Let Congress Do It: The Case for an Absolute Rule of Statutory Stare Decisis. *Michigan Law Review*, 88(2), 177-238. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol88/iss2/>.
- MacCormick, N. (1994). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press. (Original work published 1979).
- Marinelli, V. (2002). Precedente giudiziario. *Enciclopedia del diritto*, agg. IV, 871-912.
- Mattei, U. *Common Law*. (1991). *Il diritto anglo-americano*. Giappichelli.
- Orlandi, R. (2017). Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione “politica” delle corti di legittimità. *Cassazione penale*, 7-8, 2596-2616.
- Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli.
- Price, P.J. (2000). Precedent and Judicial Power after the Founding. *Boston College Law Review*, 42, 81-121. <https://ssrn.com/abstract=266411>.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1-34.
- Santangelo, A. (2023). *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Giappichelli.
- Schauer, F. (2008). Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. *Perspectives on Psychological Science*, 3, 454-460. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1007001>.
- Surrency, E.C. (1981). Law Reports in the United States. *The American Journal of Legal History*, 25(1), 48-66. <https://doi.org/10.2307/844997>.
- Taruffo, M. (1994). Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 411-430.
- Wall, J. (2009). Prospective overruling — it's about time. *Otago Law Review*, 12(1), 131-147. <https://ssrn.com/abstract=3346709>.
- Widiss, D.A. (2009). Shadow precedents and the separation of powers: statutory interpretation of congressional overrides. *Notre Dame Law Review*, 84(2), 511-584. <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol84/iss2/1>.
- Wroblewski, J. (1974). Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision-Making. *Rechtstheorie*, 1, 33-45.



