

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



TESI DI LAUREA

in

DIRITTO PENALE

**La condizione giuridica dello straniero: un
diritto penale del nemico?**

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa
Antonella Massaro

Laureanda:

Margherita Gatta

Anno Accademico 2016 – 2017

A Ibrahim, Mohammed, Lamin e Assan,
per gli occhi che condividiamo,
per la voce
per il cuore

Introduzione	8
CAPITOLO I	16
Guardarsi intorno. I volti del diritto penale e dell'immigrazione ieri ed oggi.	16
1. Tasselli di un mosaico: il diritto dell'immigrazione	19
2. Jakobs, l'amico del diritto penale del nemico.....	24
3. È ancora tempo per il doppio binario?	33
4. Sicurezza cognitiva e voci discordanti	35
5. Diritto penale dello straniero o diritto penale del nemico?	40
6. Soggettivismo e diritto penale del tipo d'autore fanno male al diritto	44
7. "Al lupo! Al lupo!": la legge emergenziale, eccezione che conferma la regola	49
8. Da grandi poteri possono derivare grandi responsabilità, ma anche grandi	
abusi	55
CAPITOLO II	60
I reati nel testo unico dell'immigrazione. Diritto penale del nemico come strumento	
di governo della paura?	60
1. L' identificazione personale dello straniero, la paura dell'altro.	62
1.1. Art. 5 comma 8- <i>bis</i> T.U.Imm.: falsità nel titolo di soggiorno.	63
1.2. Art. 6 comma 3 T.U.Imm.: mancata ottemperanza all'ordine di	
esibizione	64
2. L'immigrazione "clandestina": chi ha paura dell'uomo nero?	68
2.1. Il "famigerato" 10- <i>bis</i> e la criminalizzazione della clandestinità	68
2.2. Favoreggiamento dell'immigrazione illegale, "i mille ed un modo"	
nell'art.12 del Testo Unico dell'Immigrazione	81
a) Art. 12 comma 1, T.U.Imm.: favoreggiamento dell'immigrazione	
illegale	82
b) Art. 12 comma 3 T.U.Imm.: favoreggiamento dell'immigrazione illegale	
aggravato	83
c) Art. 12 comma 1, "ovvero di altro Stato" T.U.Imm.: favoreggiamento	
dell'emigrazione illegale	85
d) Art. 12 comma 5 T.U.Imm.: favoreggiamento della permanenza illegale	
87	
e) Art. 12 comma 5- <i>bis</i> T.U.Imm.: cessione a titolo oneroso di immobile	
allo straniero clandestino	89
2.3. Lo straniero da "clandestino" a "lavoratore in nero", art. 22, comma 12	
T.U.Imm.	90
3. "Lontano dagli occhi, lontano dal cuore", l'espulsione come antidoto contro	
la paura?.....	92
3.1. L'espulsione non così garantista nell'art.13 del T.U.Imm.	93

a) Il comma 13, trasgressione del divieto di reingresso	93
b) Il comma 13- <i>bis</i> T.U.Imm.: ulteriore trasgressione al divieto di reingresso	97
Il reingresso in violazione di misura di sicurezza o di misura alternativa	97
Il reingresso in violazione di precedente denuncia ed espulsione	98
3.2. L'art. 14 del T.U.Imm. e l'espulsione "ad ogni costo" nei commi 5- <i>ter</i> e 5- <i>quater</i>	100
3.3. Reati (solo) topograficamente collegati all'espulsione	109
CAPITOLO III	113
La reale dimensione delle migrazioni irregolari, uno sguardo " <i>omni-contemporaneo</i> "	113
1. Il traffico di migranti, mercato di speranza o di morte?	117
1.1. Il protocollo contro il traffico dei migranti	122
1.2. "Trafficking in human beings", lo straniero come vittima	124
1.3. "Smuggling of migrants", lo straniero come complice	127
2. Transnazionalità, problema di percezione o di diritto?	130
2.1. Competenza giurisdizionale	131
2.2. "Dimmi da dove vieni e ti dirò chi sei": il ruolo degli Stati d'origine	133
2.3. "Nemo tenetur se detegere?": la veste processuale delle vittime di traffico	135
3. Criminalità transnazionale, i molti confini di un unico problema	141
3.1. Affondando le radici nella disperazione	143
3.2. Il <i>network</i> che risponde alle esigenze	145
3.3. Una nozione " <i>loading...</i> "	147
3.4. La fattispecie associativa nel 416 c.p.	150
4. Studio in memoria del comma 11- <i>bis</i> , per imparare dal passato	154
4.1. Il sostrato "securitarizzante"	155
4.2. Contro gli stigmi, la voce della Costituzione	158
APPENDICE	161
"Prova a prendermi", ovvero l'incriminazione tramite la reità mediata	161
1. Al di là dei confini	162
2. Il "mare di nessuno"?	164
2.1. Libertà ostacolo?	165
2.2. Quale giurisdizione?	166
3. Come incriminare?	168
3.1. La condotta dei trafficanti	169
3.2. La condotta dei soccorritori	170

3.3. “Un pò per uno non fa male a nessuno”	171
4. La teoria della reità mediata	174
4.1. Voci a confronto	176
4.2. Trafficanti in cerca d’ autore (im)mediato	178
4.3. Chi ha “incastrato” lo stato di necessità?	180
5. Continuando a navigare a vista... ..	182
Riflessioni conclusive.....	187
Ringraziamenti	189
Bibliografia	192

Parto.
Lascio il passaporto
prendo
cuore
testa
ricordi
solo alcuni
quelli che possono nuotare nel Mediterraneo.

Lascio
mia madre
prendo
fiato
coraggio
desiderio
di vita migliore.
Lascio
i miei studi
prendo
la mia lingua
il mio udito
ed il mio gusto.
Lascio il mio cuore essere la mia casa.

Prendo
nuovo mondo
navigo a vista.
Margherita, 10 ottobre 2016

Introduzione

Questo lavoro nasce da molteplici interrogativi, da un desiderio di conoscenza accompagnato dal coraggio di incontrare la forza cognitiva delle norme, uniche e sole in grado di guidare una giovane mente alla ricerca di risposte.

L'inafferrabile complessità del tempo che viviamo ci fornisce immagini che già parlano da sé. Un mondo preso e perso tra le mille diversità che lo attraversano. Problematiche di eco planetaria affrontate senza omogeneità, Unioni "disunite", Federazioni "sfederate", Coalizioni "scoalizzate", disoccupazione, "cervelli in fuga", pensioni ridotte, bassi tassi di natalità, migrazioni sproporzionate, terrorismo spregiudicato, mode criminali, "*fake news*" e molte altre ancora.

L'uomo occidentale si è ritrovato da solo al centro di questo mondo, ed ha iniziato a provare paura per tutto ciò che potesse mettere in discussione lo status quo, che aveva per anni cercato di creare intorno a sé, rivelatosi flebile. In questo contesto l'Europa e gli europei hanno dovuto fare i conti con la diversità, ovvero necessità di apertura prodromica ad un'integrazione e strutturazione della società alla ricerca di un nuovo equilibrio che fosse in grado di includere anche intere comunità portatrici di valori completamente diversi dai propri. Con l'intensificarsi dei flussi migratori, tale costruzione è stata chiamata ad una verifica della sua tenuta, e non ha retto, dimostrandosi il sistema variamente carente.

La conseguenza principale è stata la diffusione nel comune sentire di un senso di forte instabilità, diffidenza ed insicurezza. Il mondo dei sentimenti di paura e terrore compone un variegato catalogo di azioni e conseguenti reazioni che in maniera naturale si rispecchiano nella visione che ognuno ha del mondo in cui vive. Spesso si tramutano in vere e proprie istanze, che stentano a trovare adeguata risposta nel diritto positivo, ma in momenti di crisi incontrollata vengono assunte come bandiere di politiche necessarie che si rivelano poi inefficaci.

Da cosa nasce questa sensazione di insicurezza, questo bisogno di proteggersi da tutto ciò che è "altro"?

Le ondate di terrorismo di matrice islamica, hanno gettato un'ombra di sospetto su ogni persona proveniente da un contesto "altro" rispetto al nostro, enfatizzandone la

diversità in termini di criminalità potenziale e minaccia per i valori basali delle comunità europee.

La serie di attentati terroristici che ha avuto inizio il 15 gennaio 2015 con l'attacco alla redazione della rivista satirica *Charlie Ebdot*, costituisce sicuramente una delle cause principali di questo bisogno di sicurezza. La diversità di questi soggetti, la loro provenienza, il loro modus di affiliare nuovi criminali desta notevoli preoccupazioni nel vecchio continente che ha perso la certezza delle sue frontiere esterne. Il terrorismo pur non essendo un fenomeno nuovo, desta un tale alto grado di allarme sociale, da poter essere considerato come il fenomeno che incute maggiore paura al giorno d'oggi. Si ricordi che il controllo dei confini è affidato ad ogni Stato singolarmente, essendo quindi per natura estremamente eterogeneo. A nulla può valere indicare la centralità del ruolo dell'agenzia Frontex, che sconta, come tutti gli istituti nati dal diritto dell'Unione Europea, il prezzo di una mancanza di legittimazione dal basso, non essendo i poteri conferiti all'Unione stessa in grado di superare la forza delle singole sovranità statali. Sul versante interno la situazione non è più rassicurante, vedendo gli attacchi terroristici ed il modo in cui si sono susseguiti negli ultimi anni, non sembra scontato affermare che i terroristi abbiano modo di spostarsi da un Paese all'altro senza problemi.

Si è conseguentemente andato rafforzando quel senso di chiusura nei confronti dei "diversi", ritenuti portatori di ideologie e culture in grado di minare il sostrato della nostra civiltà, risultato di un processo di costruzione lento e lungo, che ha attraversato secoli e guerre. Nelle capitali di tutta Europa sono aumentati i "ghetti", fino a diventare spesso quartieri nei quali le forze dell'ordine non possono agire, tanta è la coesione delle comunità che li abitano. Questa paura generalizzata causata dagli attacchi terroristici, è stata sottovalutata dalle autorità, che invece di concentrarsi sulla lotta al terrorismo ed evidenziarne la differenza con le altre forme di criminalità, hanno spostato l'attenzione sugli ingenti flussi migratori in arrivo dall'Africa e dal medio-Oriente, verso Grecia ed Italia. Le persone hanno iniziato a sovrapporre due fenomeni, che seppur accostabili non sono necessariamente comunicanti.

Non si può affermare che i terroristi abbiano bisogno di far arrivare le proprie cellule tramite i "barconi", ma non si può neanche essere sicuri del contrario, e così si è andato

a giustificare una vasta gamma di sensazioni legate all'immigrazione che sono tutt'altro che positive sia per gli autoctoni dei Paesi di destinazione che per i migranti.

Il termine sicurezza (dal latino "*sine cura*": senza preoccupazione) sta ad indicare una condizione di certezza che un determinato evento non provocherà dannosi risultati futuri. Una conoscenza scientifica basata sulla ripetuta osservazione di un determinato fenomeno è l'unica in grado di fornire una valutazione sensata circa il tasso di rischio. Ma sempre più frequentemente tale vocabolo viene utilizzato in termini completamente "ascientifici", si afferma un bisogno di sicurezza totale, dimenticando che tale risultato è conseguibile solo in assenza di rischi, ergo in un mondo prettamente ideale e fortemente distaccato dalla realtà. Si tenga presente che non esistono ad oggi dati empirici in grado di dimostrare su base scientifica il collegamento tra immigrazione e terrorismo, non a caso si è scelto di parlare di "sensazioni" di paura. La società "a rischio zero" non esiste. Per ottenerla, si dovrebbero legittimare una serie di misure e controlli estremamente invasivi nella vita di ognuno, come ad esempio regimi di sorveglianza video in ogni luogo pubblico o privato che sia, o di utilizzo dei dati dei codici PNR finalizzati al controllo dei passeggeri dei voli internazionali, che andrebbero in modo evidente a porsi in contrasto con altre esigenze quali quelle di riservatezza, sacre da questo lato dell'Oceano. Per fornire un'immagine che renda l'idea del concetto di sicurezza, occorre pensare ad una rete. Le maglie possono stringersi od allargarsi a seconda del momento storico e delle esigenze sociali, ma occorre ricordare che la rete per natura è un tessuto filtrante, che lascia entrare ed uscire. L'osmosi, come movimento attraverso la rete porta con sé il rischio. Oggi la sicurezza dovrebbe essere letta maggiormente come una collaborazione fra il tutelato ed il tutelante, solo così si può rendere efficace un sistema di sicurezza, senza pretendere che questa efficacia sia assoluta.

Si aggiunga che la confusione, non solo terminologica, tra sicurezza e prevenzione ha ulteriormente sparigliato le poste in gioco su ogni tavolo politico contemporaneo. La garanzia della sicurezza è data dall'effettività del sistema tutto, in ogni sua componente, sbaglia chi valuta la sicurezza seguendo solo il parametro politico o amministrativo o giudiziario o penitenziario, poiché così agendo sceglie una visuale

relativizzata, perdendo di vista l'insieme, sfocia in insensate soluzioni inattuabili sul piano fattuale della concretezza.

Su questa scia si sono alzati muri, pensando che fossero la garanzia per lo status quo sociale, convincendosi che impedire a delle persone di varcare i confini per raggiungere il nostro Paese fosse il rimedio alla spinta migratoria. Nello stesso solco si può inserire il consolidamento del sistema di detenzione amministrativa che assomiglia sempre di più ad una galera e sempre di meno ad un luogo in grado di garantire un'efficace risposta ai migranti in termini di detenzione e rimpatrio. Le politiche in tema di immigrazione irregolare rappresentano uno dei capitoli più significativi della questione "sicurezza", rispetto alla quale i governi hanno stentato a fornire una soluzione alternativa rispetto a quella "segregazionista": l'incapacità di elaborare risposte alla domanda di sicurezza fondate su un'idea inclusiva della legalità, insieme alle filosofie "neo-liberiste" della "tolleranza zero" contribuiscono a delineare la condizione dello straniero in termini di forte limitazione delle sue libertà, per vedere garantite le nostre. Certamente una torsione del nucleo garantista in grado di legittimare l'esistenza del diritto della coazione, anche detto diritto penale. È lecito porsi un interrogativo che rimane, ad avviso di chi scrive, privo di risposta, quanta libertà siamo disposti a sacrificare in cambio della sicurezza?

Si è scelto di analizzare nel primo capitolo la teoria del diritto penale del nemico, in quanto espressione di quel diritto penale di guerra che pur rimanendo sopito durante l'ordinaria amministrazione è sempre pronto a riemergere nei momenti di maggior instabilità sociale e politica. Questo perché in grado di fornire un sostrato legittimante a tutte quelle misure che in tali momenti si sente il bisogno di adottare, che sono teleologicamente orientate alla sconfitta non del nemico in quanto tale, ma della paura che dalla sua presenza deriva. Il nemico è incarnato di volta in volta dal soggetto che viene ritenuto la fonte della minaccia per la pace e la sicurezza collettiva, può essere l'ozioso, il vagabondo, l'ubriaco abituale, il terrorista, l'immigrato clandestino, o chiunque altro venga ritenuto pericoloso perché diverso.

Questa visione di lotta derivante dalla paura verso un soggetto che perde, sotto svariati punti di vista, le garanzie fondamentali legate al suo *status* di essere umano, conduce l'analisi, nel secondo capitolo, dei reati collegati all'immigrazione delineati all'interno

del Testo Unico di cui al d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, e dei fenomeni criminali di respiro internazionale collegati anch'essi al fenomeno migratorio nel terzo capitolo. Non si può negare il fascino della ricostruzione descrittiva di Günther Jakobs, e ciò anche in ragione di tutti gli sforzi che illuminata dottrina ha profuso nell'intento di minarne i presupposti teorici, poiché se non avesse avuto una tale forza, non si sarebbe chiaramente tentato di evitarne la confutazione. L'osservazione di determinate caratteristiche dell'apparato normativo italiano, come il sistema del "doppio binario", risveglia ancora una volta l'eco di quella paura in grado di indirizzare scelte politiche e di politica criminale. Il settore oggetto della presente analisi, si presenta rispetto al diritto penale ordinario quasi come una "spina nel fianco" a causa della sua disomogeneità dovuta ad una notevole e spesso irrazionale stratificazione di interventi legislativi. La condizione dello straniero alla luce di questa teoria viene delineata in termini di forte differenziazione e spersonalizzazione.

Le figure normative delineate all'interno del Testo Unico dell'Immigrazione rivelano la differenza in punto di condizioni applicative rispetto alle figure delineate nel codice penale. Si è tentato di giustificare questa diversità nei confronti dei "diversi", affermando la portata extra-penale di trattamenti spesso carenti in punto di garanzie fondamentali, per spiegare il grado di incidenza che gli interventi sanzionatori hanno sulla condizione giuridica dello straniero "irregolare". Emerge il comune rilievo di una tendenza del nostro ordinamento alla costruzione di una sorta di "diritto speciale" per gli immigrati, che si pone come un binario parallelo a quello ordinario per i cittadini. La questione, se posta in termini di diritto dell'immigrato irregolare piuttosto che dell'immigrazione irregolare, enfatizzata anche dall'eco mass-mediatica, è in grado di suscitare nella popolazione quel senso di paura, dal quale sono nati una serie di provvedimenti che appaiono di diritto penale simbolico, a testimonianza di quella reciproca influenza esistente tra scelte politiche, consenso sociale e comune sentire.

La portata internazionale della cd. "crisi migratoria", inoltre, conduce quasi naturalmente l'analisi verso quei fenomeni criminali caratterizzati dal coinvolgimento di una pluralità di Nazioni.

Nell'analisi riguardo alla posizione giuridica dello straniero irregolare, fino ad ora osservata dal punto di vista dell'autore di reati, non si può prescindere da uno sguardo sull'attualità del fenomeno migratorio. Si presentano infatti alcuni casi in cui lo

straniero viene ad assumere i tratti della vittima, ponendosi come oggetto del reato, meritevole in quanto tale di tutela, prescindendo dalla regolarità o meno del suo titolo di ingresso o di soggiorno. La tragica verità del tempo odierno, attraversato da crisi umanitarie quotidiane, che, come sottolineato nei capitoli precedenti spingono migliaia di persone ad emigrare nella speranza di una vita migliore e di un futuro, è che i soggetti che intraprendono questi viaggi si trovano spesso coinvolti in reti criminali, che sono nate per lucrare su questa disperazione. L'analisi della figura del traffico di migranti intrecciata indissolubilmente con quella della tratta di esseri umani, esprime la necessità, avvertita come sempre più impellente, di disporre di un quadro fattuale chiaro, al fine di predisporre adeguati mezzi di tutela ove necessari ed efficaci strumenti repressivi, per contrastare fenomeni, ormai ben radicati che vanno molto oltre i confini nazionali, che vengono continuamente sottovalutati. Con il termine "crisi umanitaria" si è soliti riferirsi a una situazione di emergenza umanitaria che richiede l'intervento nella sfera autoritaria di uno Stato da parte di un altro Stato o di un'organizzazione sovranazionale. Stando a tale definizione l'Africa ad esempio, è costantemente segnata da crisi umanitarie di varia natura, le quali spesso generano ingenti spostamenti di popolazione, tanto a livello intracontinentale, quanto a livello intercontinentale. In base a ciò, non è difficile affermare che tali soggetti per mancanza di alternative reali, si avventurino in lunghi "viaggi della speranza", esponendosi a rischi e pericoli e diventando spesso vittime di trafficanti senza scrupoli.

Affrontare gli aspetti delle migrazioni legati al traffico di esseri umani, permette di osservare la condizione giuridica dello straniero sotto il punto di vista di una domanda di tutela. Emerge l'inefficiente risposta a tale domanda da parte dei Paesi di transito o di destinazione, poiché spesso il passaggio o l'ingresso avviene in modo irregolare. Quasi una richiesta di aiuto, che pur essendo stata ascoltata da alcuni governanti, che hanno tentato di garantire la libertà di movimento, insita in ogni essere umano, criminalizzando giustamente le condotte di quei soggetti, quali i trafficanti, che operano sui "barconi", che senza alcun dubbio devono essere oggetto di repressione e prevenzione. In punto di applicazione di tali norme però, si riscontra una sorta di "gap" dovuto alla carenza di consapevolezza ed alla frammentarietà dell'approccio al riguardo. Non si vuole con ciò negare la difficoltà delle sfide poste dall'arrivo e dall'accoglienza di centinaia di migliaia di profughi e migranti in territorio europeo.

L'appendice si propone, di analizzare, quel recente orientamento giurisprudenziale che ha condotto al radicamento della giurisdizione italiana su fatti di reato extra-territoriali, tramite l'adozione della teoria della cd. "reatità mediata". Un tale approccio, come si avrà modo di vedere, garantirebbe la stretta sanzionatoria in capo ai soggetti le cui condotte esulano dai criteri di collegamento del crimine con il territorio nazionale, stabiliti nel codice penale.

L'argomento è inscindibilmente collegato alla situazione di instabilità dei Paesi d'origine, il cui ruolo a livello di responsabilità internazionale non è ancora ben definito. Ciò che succede nei Paesi d'origine sta iniziando ad essere noto a tutti, in un'ottica di responsabilità, sembra quasi che i Paesi di destinazione se ne lavino le mani, che stipulino accordi con i dittatori, dandogli la dignità di essere controparti in intese siglate sulla pelle dei migranti. Ed ulteriormente collegato alle scelte adottate dall'Unione Europea al riguardo, scelte che stanno rivelando l'inefficacia delle politiche di gestione dei flussi migratori ad uno con l'inefficacia del coordinamento degli apparati giudiziari dei ventotto Stati membri. Il nostro è il Paese che ha respinto i migranti in mare, commettendo una illegalità e un gesto moralmente vergognoso. Una mancata presa di responsabilità? Il richiamo alla responsabilità ha la forza di un urlo, è un tema che la politica non può ignorare, tanto più lunga è la catena del rinvio della responsabilità, tanto più urgente è la necessità di romperla. È facile dire che la colpa di tutto è dei criminali che fanno la tratta degli esseri umani. Ma chi ha stabilito che ci sono uomini liberi di muoversi e uomini che non possono farlo?

La trattazione tutta si pone come un tentativo di ricostruire il presente con un occhio al passato ed uno al futuro, senza alcuna pretesa di esaustività.

Scacciati dalla terra, siamo il seme sputato il più lontano
dall'albero tagliato, fino ai campi del mare.
Servitevi di noi, giacimento di vita da sfruttare,
pianta, metallo, mani, molto più di una forza da lavoro.
Nostra patria è la cenere fresca di vecchi e di animali,
è partita nel vento prima di noi, sarà arrivata già.
Non avete mai visto migrar patrie? Noi dell'Africa sì,
s'alzano con il fumo degli incendi, si spargono a concime
Erri De Luca

CAPITOLO I

Guardarsi intorno. I volti del diritto penale e dell'immigrazione ieri ed oggi.

Il secolo attuale è caratterizzato da un fenomeno migratorio che non trova precedenti nella storia¹: il costante incremento delle domande di ingresso di cittadini stranieri, ha ingenerato, nella maggior parte dei Paesi occidentali², una diffusa preoccupazione per le conseguenze sull'ordine pubblico³. Si possono individuare almeno due distinti atteggiamenti degli Stati nei confronti di questi fenomeni di spostamento, che trovano radici in momenti storici assai diversi⁴. La prima «reazione» è quella del *laissez-faire*⁵, che ha dominato la scena per tutto il XIX secolo fino agli inizi del XX. Di impronta economica, questo principio trova alimento nella nascita di vaste aree economiche di

¹ «By the end of 2016, 65.6 million individuals were forcibly displaced worldwide as a result of persecution, conflict, violence, or human rights violations. That was an increase of 300,000 people over the previous year, and the world's forcibly displaced population remained at a record high». Dati e numeri consultabili presso *Global Trends, forced displacement in 2016*, in www.unhcr.org. v. anche M. AMBROSINI, *Rifugiati, meno chiacchiere più numeri*, 24 giugno 2016, in www.lavoce.info; *Siamo nell'epoca delle più grandi migrazioni della storia?* in www.ilpost.it del 31 maggio 2015; P. ADAMS, *Migration: Are more people on the move than ever before?*, 28 maggio 2015, in www.bbc.com

² J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*. Cortina, milano 2008, p.4

³ R. PILIA, *La condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano e francese*, Napoli, Jovene Editore 2014, p.1.

⁴ Per una disamina storica v. P. CORTI, *Storia delle migrazioni internazionali*, Roma-Bari, Laterza, 2003. V. anche M. LIVI BACCI, *In cammino. Breve storia delle migrazioni*, Bologna, il Mulino, 2014.

⁵ Letteralmente «*lasciate fare*», principio del liberalismo economico favorevole al non intervento statale

libera circolazione, che sembrano ispirarsi al tradizionale *ius gentium* di età classica. Seguendo questa logica, lo Stato riveste un ruolo assai marginale in termini di controllo dei movimenti delle persone. Il secondo atteggiamento, al contrario, provoca forti poteri di controllo⁶ da parte dello Stato ed è improntato alla chiusura e all'esclusione. Si tratta di una reazione che affonda le radici in momenti di crisi, e di generalizzata insicurezza⁷, che infatti è andata affermandosi agli inizi del XX secolo, a ridosso del primo conflitto mondiale.

L'emergenza ha legittimato la nascita e la stretta applicazione da parte degli Stati di forti *exclusionary powers*⁸, che si sono tradotti in politiche migratorie fortemente restrittive, sia in punto di controllo delle frontiere, sia in punto di soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, indipendentemente dalla loro condizione regolare o meno. Questo cambiamento, dall'apertura, all'ostilità aperta, ha avuto evidenti effetti sulla tutela giuridica dello straniero che in nome di una generalizzata esigenza di difesa sociale⁹, si è visto ridurre sempre di più diritti e libertà.

Nel campo del diritto penale si assiste ad una delle più imponenti manifestazioni dell'utilitarismo penale inteso come «la massima utilità possibile da assicurare alla maggioranza dei non devianti»¹⁰ tipico di tutti i momenti storici in cui a prevalere è l'esigenza di sicurezza sociale, piuttosto che l'esigenza di garanzia delle libertà individuali. Tutto ciò non fa altro che contribuire alla sensazione di generale insicurezza¹¹, che finisce per estendersi anche allo status che dovrebbe essere attribuito all'interno del nostro ordinamento a soggetti, che, come accadeva nel passato, sono

⁶ A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, DeriveApprodi, 2000

⁷ Sul peso specifico dell'insicurezza all'interno della gestione della vita sociale, v. F. M. LO VERDE, *Insicurezza e sfiducia generalizzata. Rappresentazioni sociali e politiche pubbliche*, in *Multiculturalismo e comunicazione*, a cura di F. M. LO VERDE e G. CAPPELLO, Milano, FrancoAngeli, 2007

⁸ «poteri di esclusione» G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, Diritto, Politica*, Roma, Carocci Editore 2013, p.70-71.

⁹ M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2008; v. anche M. DONINI e M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bononia university press, Bologna, 2011

¹⁰ «l'utilitarismo è il presupposto di ogni dottrina razionale di giustificazione della pena e insieme di limiti della potestà punitiva dello Stato (...) è in via di principio una dottrina ambivalente, a seconda del tipo di scopo assegnato alla pena e al diritto penale. Una prima versione è quella che commisura lo scopo alla massima utilità possibile da assicurare alla maggioranza dei non devianti, riferisce dunque lo scopo agli interessi di sicurezza sociale, diversi da quelli dei soggetti cui è inflitta la pena, e rende impossibile la commisurazione tra costi e benefici» L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, vol. 1 ultima ratio filosofie del diritto penale, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 37.

¹¹ Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, il Mulino, 1999

vittime di un processo di stigmatizzazione che quasi li rende responsabili penalmente per la propria emarginazione. Dunque un diritto orientato al cittadino, e non allo straniero, che si trova pertanto, in balia di provvedimenti che restringono la sua libertà personale senza alcuna garanzia, poiché la maggior parte delle misure sono di competenza del sottosistema penale di polizia¹², in cui «si è finito per camuffare l'arbitrio poliziesco con una legalità di facciata»¹³. Quando il problema delle garanzie, tipico del diritto penale, si sposta sul livello amministrativo, la questione perde i suoi connotati giuridici e diventa un problema gestionale, e così i destinatari delle misure di restrizione della libertà personale in via preventiva, perdendo le proprie garanzie fondamentali¹⁴, perdono i propri connotati umani, vengono ridotti a numero e statistica, a massa informe, in cui migliaia di persone vengono private della propria individualità¹⁵. Il prevalente ricorso alle misure amministrative segna il differente passo adottato dalle recenti legislazioni in tema di diritto penale dell'immigrazione e svuota la parola *diritto* di tutti i suoi connotati principali, venendo le suddette misure effettivamente a collocarsi in una «sfera di legalità eccezionale dove i limiti ordinari all'uso del potere detentivo previsti dalla Costituzione democratica, non si applicano»¹⁶.

¹² Per una disamina sul tema v. D. BERTACCINI, *La "nuova riforma" della polizia italiana: i discorsi e le pratiche ufficiali di "polizia di prossimità" in Italia*, in M. PAVARINI, *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Roma, Carocci Editore, 2006; F. CARRER, *La polizia nel terzo millennio: potenzialità, limiti e modalità d'impiego*, Milano, FrancoAngeli, 2006;

¹³ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. p. 2, p. 23

¹⁴ G. FRIGO, *Straniero "cacciato" senza garanzie*, in Guida al diritto n.33 del 2005, p.76ss.

¹⁵ «la privazione dell'individualità, facilita la burocratizzazione delle politiche nei confronti di chi cerca salvezza, rifugio o una vita migliore. Quando si sposta un problema umano sul livello "amministrativo" non c'è più spazio per la morale. Anche gli amministratori si sentono sollevati da eventuali obiezioni di coscienza o rigurgiti di dignità e agiscono pragmaticamente. Così il male nato da azioni banali, finisce per trasformarsi in tragedia» M. AIME, *Banali esecutori del male, non sono razzista ma* - aprile 2017, in www.nigrizia.it, 28 aprile 2017; v. anche C. CATTANEO, M. D'AMICO, *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, Milano, FrancoAngeli, 2016, p. 12ss. «Nell'elaborazione della Carta Costituzionale, i Costituenti, memori delle gravi violazioni dei diritti umani e delle persecuzioni perpetrate durante il fascismo, si fondavano "su un presupposto chiaro (...) di fronte al quale non vi possono essere incertezze o tentennamenti", volto ad impedire, "la possibilità di nuove violazioni dei diritti di libertà della persona umana", tanto nei confronti dei cittadini, tanto nei confronti degli stranieri. Ciò è dimostrato anche dall'attenzione che l'Assemblea Costituente pose nella formulazione dell'art. 10 della Costituzione, il quale regola la condizione giuridica dello straniero e la garanzia del diritto d'asilo»

¹⁶ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. p. 2, p. 75

Una riflessione relativa al versante penale dell'immigrazione, dunque, finisce necessariamente per comprendere ambiti assai rilevanti per gli attori processuali¹⁷, quali ricerche più inerenti al settore sociologico e culturale, e studi criminologici¹⁸. L'obiettivo è quello di tentare di spiegare come si sia arrivati a criminalizzare la marginalizzazione e la povertà¹⁹, ed evidenziare, come le risposte, forse, siano già da tempo all'interno del nostro ordinamento.

Inoltre attraverso uno studio sul cd. *diritto penale del nemico*²⁰, è possibile inquadrare alcuni interrogativi²¹, che allo stato attuale è lecito porsi, soprattutto in un momento, come quello attuale, da un lato connotato dal rischio di contrasto della suddetta normativa, con i dettami costituzionali, dall'altro da una quotidiana ed incalzante attenzione mediatica sulla tematica delle migrazioni.

1. Tasselli di un mosaico: il diritto dell'immigrazione

Attualmente le principali fonti normative in tema di diritto dell'immigrazione e di condizione giuridica dello straniero, sono strutturate sui tre livelli, complementari, del diritto nazionale, sovranazionale ed internazionale, che hanno seguito nel corso dei

¹⁷ A. BALLONI, G. MOSCONI, F. PRINA, *Cultura giuridica e attori della giustizia penale*, Milano, FrancoAngeli, 2004

¹⁸ Per una disamina sul necessario approccio interdisciplinare tra i molti v. J. GAROFALO, *The fear of crime: causes and consequences*, in *Journal of Criminal law and criminology*, vol. 72 n.2, del 1981; G. GENNARO, *Manuale di sociologia della devianza*, Milano, FrancoAngeli, 1991; M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, il Mulino, 2011;

¹⁹ D. WAGMAN, *Criminalización de la pobreza, criminalización de lo que no tienen poder*, in *RCSP* 16/2006

²⁰ L'espressione rimanda a molti concetti, qui viene analizzata nella sua veste sostanziale, per cui v. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, *nuovo revisionismo penale*, Milano, Monduzzi editore, 2007, p.109-129 che riporta l'intervento dello studioso tedesco nell'incontro di studio organizzato dall'Associazione Franco Bricola a Trento nei giorni 10 ed 11 marzo 2006.; interessante notare dove compare la nozione di nemico all'interno dell'ordinamento italiano, per farsi un'idea del tipo concettuale di cui si tratterà nella presente analisi. La nozione riguarda disposizioni relative al diritto di guerra e si ritrova in 3 testi normativi, precisamente, l'allegato A regio decreto legge 8 luglio 1938 n.1415 (legge di guerra), nel codice penale militare di guerra approvato con r.d. 20 febbraio 1941 n.303 ed infine nel codice penale agli artt. da 247 a 252 e da 265 a 267 (norme notoriamente inserite per colmare le lacune del sistema giuridico di guerra, si ricordi che il codice rocco è del 1930)

²¹ L. GRACIA MARTÍN *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”* «La expresión “Derecho penal del enemigo” suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término “enemigo”» in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02-2005, p.02:3 in www.criminet.ugr.es

secoli tre sviluppi separati, ma vicendevolmente influenzati, in seno alla crescente globalizzazione e alle spinte universalistiche del diritto²².

Sul crinale nazionale, la materia trova il suo ancoraggio costituzionale nell'art. 10, II comma della Costituzione²³, mentre a livello legislativo è attualmente disciplinata dal d.lgs. n. 286 del 1998²⁴, che, oltre ad essere il risultato di una lunga evoluzione, ha subito nel tempo una serie di modificazioni, che ne sono andate di volta in volta a restringere o ampliare il contenuto, senza un'apparente logica, al di fuori del processo di crescente «*securitarizzazione*» delle migrazioni²⁵.

Le fonti di livello sovranazionale, Europeo, sono la Convenzione Europea dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali del 1950²⁶ ed i Trattati Costitutivi della Comunità Europea del 1957²⁷, che costituiscono oggi una delle fonti normative dalle quali attingere per una definizione della condizione giuridica dello straniero. In particolare il TFUE, nella parte terza, che regola l'*azione interna dell'Unione*, di cui interessano particolarmente le enunciazioni di principio contenute nel titolo IV relativamente alla *libertà di circolazione per le persone*, e soprattutto, per centrale inerenza al tema corrente, le disposizioni contenute nel titolo V denominato *spazio di libertà, sicurezza*

²² «i fenomeni migratori, nella loro attuale consistenza sono una delle manifestazioni più visibili della globalizzazione» R. M. GENNARO, *Stranieri e repressione penale*, Milano, FrancoAngeli, collana i diritti negati, 2012, p.163; Per una disamina sul tema v. anche U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, Carocci Editore, 1999; L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma-Bari, Laterza, 2000

²³ Art. 10. «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge. Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici.» Da Costituzione della Repubblica Italiana.

²⁴ Decreto legislativo del 25 luglio 1998, n. 286. *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*. Pubblicato in G.U. n.191 del 18-8-1998, da www.normattiva.it, da ora in poi T.U.Imm.

²⁵ «Laddove lo straniero venga considerato un nemico che minaccia l'esistenza della comunità politica in cui tenta di penetrare abusivamente. Tale rappresentazione riflette la retorica politica che pervade gran parte del dibattito pubblico sull'immigrazione vista quale minaccia della sicurezza nazionale, ha spinto le scienze politico sociali contemporanee a riferirsi all'idea di un incipiente processo di securitarizzazione delle migrazioni» G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. p. 2, p.26; v. anche S. ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su giustizia e sicurezza*, in Cass. Pen. 2008, p.1727, «l'immigrazione in quanto fenomeno rilevante per la sicurezza, va affrontata in primo luogo con le norme di ordine pubblico e con strumenti di polizia, in un contesto di cooperazione internazionale. Solo quando venga acclarato il nesso con le attività criminali dovrebbero conseguire effetti anche sul piano della repressione penale»

²⁶ «Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» firmata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore in Italia, il 10 ottobre 1955.

²⁷ I trattati che hanno istituito la CEE e la CEEA, firmati a Roma il 25 marzo 1957, costituiscono il fondamento dell'Unione Europea.

e giustizia. I capi I, II, IV e V²⁸, guidano la presente ricerca alla luce di principi che si pongono come attuali fonti normative di valenza trasversale tra gli Stati membri.

Il processo di cooperazione nel ramo della giustizia e degli affari interni in Europa²⁹ ebbe inizio negli anni '70, nell'ottica della creazione di uno *spazio giuridico europeo* che portò all'emanazione dell'accordo di Dublino³⁰, relativo all'applicazione tra gli Stati membri della Convenzione Europea per la repressione del terrorismo³¹ in linea con il quadro storico degli «anni di piombo». Con gli anni '80, l'affermazione dell'abbattimento delle frontiere come presupposto necessario per la creazione di un mercato unico, porta alla sigla dell'Accordo di Schengen³² nel 1985. Il tema del diritto dell'immigrazione assunse così, un connotato ulteriore: in assenza di frontiere interne, l'azione di controllo si sposta tutta sulle frontiere esterne determinando, forse per la prima volta nella storia europea, una linea di demarcazione, un'esplicita esclusione geografica tra territorio comunitario e territorio extracomunitario. A completare il quadro le disposizioni relative al diritto d'asilo, sostituite nel 1997 dalla convenzione di Dublino³³.

²⁸ Capo I, rubricato “*Disposizioni Generali*”, artt. Da 67 a 76 TFUE. Capo II, rubricato “*politiche relative ai controlli alle frontiere, all’asilo e all’immigrazione*”, artt. Da 77 a 80 TFUE. Capo IV, rubricato “*cooperazione giudiziaria in materia penale*”, artt. Da 82 a 86 TFUE. Capo V, rubricato “*cooperazione di polizia*”, artt. Da 87 a 89 TFUE. www.eru-lex.europa.eu

²⁹ R. PILIA, *La condizione giuridica dello straniero nell’ordinamento italiano e francese*, cit. p. 1, p. 7ss.

³⁰ Accordo firmato a Dublino, il 4 dicembre 1979

³¹ *Convenzione europea per la repressione del terrorismo*, firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1977.

³² *Accordo di Schengen*, firmato il 14 giugno 1985 dagli Stati del Benelux, dalla Germania e dalla Francia. Attualmente l’*Acquis Schengen* è disciplinato nel protocollo n.19 allegato ai trattati europei. Da www.eur-lex.europa.eu

³³ *Convenzione sulla determinazione dello stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli stati membri delle Comunità Europee*, firmata a Dublino il 15 giugno 1990, ma entrata in vigore per i firmatari, a partire dal 1 settembre 1997.; v. E. DI PASQUALE, A. STUPPINI, C. TRONCHIN, *Quanto costa accogliere i rifugiati*, 19 luglio 2016, in www.lavoce.info «La cosiddetta “emergenza migranti” ha di fatto messo in discussione l’intera politica europea di asilo: le misure proposte dalla Commissione, in particolare i maggiori controlli (attraverso gli *hotspot*) e le quote di ricollocamento, mirano proprio al superamento del regolamento di Dublino (basato sul principio secondo cui l’accoglienza spetta al paese di primo ingresso). Parallelamente agli sforzi proposti dalla Commissione, una maggiore omogeneità tra i sistemi nazionali porterebbe a una più efficace ed efficiente gestione delle risorse, oltre che a una maggiore trasparenza e chiarezza, importanti per dare risposte all’opinione pubblica.»; Questi due accordi fondamentali per la definizione della condizione giuridica dello straniero – Schengen e Dublino - stiano subendo delle modificazioni piuttosto rilevanti, nell’ottica di quelle misure restrittive che si stanno adottando, per far fronte al «fenomeno migratorio che in Europa sta assumendo proporzioni sempre più ingenti e sta dunque mettendo alla prova la capacità degli Stati di assorbire e integrare la presenza degli stranieri». R. PILIA, *La condizione giuridica dello straniero nell’ordinamento italiano e francese*, cit. p.1, p.29ss; v. anche M. BOUCHARD, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Quest. Giust.* 3/2007, p.469ss., v. anche A. COLOMBO, G. SCIORTINO, *Gli immigrati in Italia. Assimilati o esclusi: gli immigrati, gli italiani, le politiche*, Bologna,

Per il tramite dell'art. 10, I e II comma Cost., all'interno del nostro ordinamento nazionale, acquisiscono rilevanza le norme derivanti dal diritto internazionale sulla condizione dello straniero, tali norme tuttavia, peccano di generalità³⁴. Dunque, nell'accostare il sistema penale italiano in tema di immigrazione al diritto internazionale, sarà necessario fare i dovuti distinguo, pur senza sottovalutarne la portata e l'influenza incancellabile che l'affermazione di principi generali in sede internazionale ha avuto sullo sviluppo del nostro diritto nazionale. Momento fondante³⁵, per il riconoscimento dei diritti indipendentemente dal rapporto di appartenenza territoriale, è la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino, del 1948, il cui articolo 14, al primo comma così stabilisce: «*devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays*»³⁶: la disposizione rappresenta il primo storico riconoscimento del diritto d'asilo a livello internazionale. A tre anni di distanza venne siglata a Ginevra la Convenzione sullo status dei rifugiati³⁷. Questa convenzione testimonia un'evidente segno del cambiamento dei tempi, e della crescente consapevolezza che gli esseri umani potessero spostarsi da un Paese all'altro, con la necessaria garanzia per i propri diritti, indipendentemente dal rapporto di cittadinanza, quindi soltanto in quanto individui. Il lavoro compiuto dall'OIL nel 1975, riveste importanza centrale ai fini della nostra ricerca, in quanto portò all'emanazione della convenzione che riconosceva i diritti dei lavoratori migranti³⁸ fu a seguito del recepimento di questa convenzione

il Mulino, 2006; v. anche T. MARCI, *La società e lo straniero. Per un diritto ospitale nell'età della globalizzazione*, Milano, FrancoAngeli, 2003.

³⁴ Come noto l'ordinamento internazionale è un «diritto della comunità dei governanti e non dei governati», quindi a prescindere dal contenuto più o meno garantista, che tali discipline possano avere, bisogna tenere a mente la loro portata, generalmente distante dalle reali istanze di diritto e tutela del tessuto sociale. È noto infatti che, l'individuo non dispone, a livello internazionale, di mezzi coercitivi diretti per far valere i propri diritti, in caso di abuso. B. CONFORTI, *Manuale di diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

³⁵ «il terzo modo di giustificare i valori è quello di mostrare che sono appoggiati sul consenso onde un valore sarebbe tanto più fondato quanto più è acconsentito. La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo può essere accolta come la più grande prova storica, che mai sia stata data, del "consensus omnium gentium" circa un determinato sistema di valori. Un sistema di valori è per la prima volta nella storia, universale, non in principio ma di fatto» N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino Einaudi, saggi, 2014, p.20

³⁶ «La Déclaration universelle des droits de l'homme» adottata nella sessione plenaria delle Nazioni Unite n.177, con la risoluzione n. 217, il 10 dicembre 1948, a Parigi, au Palais de Chaillot. Da www.un.org

³⁷ Convenzione delle Nazioni Unite relativa allo status dei rifugiati, adottata il 28 luglio 1951 a Ginevra, da www.unhcr.org

³⁸ Convenzione dell'OIL n.143 del 24 giugno 1975 sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti.

nell'ordinamento nazionale che in Italia si avviò un vero e proprio processo di giuridicizzazione della condizione degli stranieri. Infatti a distanza di cinque anni della ratifica della convenzione OIL³⁹ venne emanata la prima legge organica sugli stranieri la n. 943 del 30 dicembre 1986⁴⁰, che riconosceva ai lavoratori stranieri regolarmente presenti nel territorio italiano una serie di garanzie per il loro status, tra cui la parità di trattamento con i cittadini italiani.⁴¹ Gli anni '90, possono essere osservati per il grande fervore legislativo in tema di stranieri e migrazioni soprattutto perché l'Italia, affrontò per la prima volta un ingente un flusso migratorio in entrata, proveniente dai vicini Balcani, a causa dei conflitti che li caratterizzarono in quegli anni. La tendenza si invertì, e da una generale apertura si passò ad una più chiusa ostilità; ne fu manifestazione l'emanazione, nel dicembre 1989 della cd. «legge Martelli»⁴² che apportò rilevanti innovazioni nel campo del controllo dei flussi migratori, prevedendo una specifica disciplina per l'ingresso ed il soggiorno secondo una programmazione annuale dei flussi in entrata per ragioni di lavoro; contemporaneamente si inasprirono le norme a contrasto dell'immigrazione clandestina, con pochissimi casi di regolarizzazione, attestandosi su di una politica più restrittiva della precedente. A distanza di soli due anni dalla Martelli venne emanata la legge n. 91 del 1992 che, ancora oggi, regola ed informa il diritto della cittadinanza in Italia⁴³. Il passaggio ad una trattazione più organica della materia si ebbe nell'anno 1998, con la legge n.40,

³⁹ Ratificata con L. 10 aprile 1981, n. 158

⁴⁰ *Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori immigrati e contro le immigrazioni clandestine*, Pubblicata nella G.U. del 12 gennaio 1987 n. 8, da www.legislature.camera.it, per un approccio critico v. M. LA TERZA, *Innovazioni legislative sul lavoro degli stranieri extracomunitari in Italia*, in *Quest. Giust.* 1/1987 p.29ss.

⁴¹ R. PILIA, *La condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano e francese*, cit. p.1, p.31ss. ove, si afferma che la legge del 1986 tuttavia, non si rivelò un successo, a causa dell'inefficienza delle strutture amministrative deputate alla sua applicazione; v. anche M. PASTORE, *La nuova legge sugli stranieri extracomunitari: disciplina innovativa o razionalizzazione dell'esistente?* In *Quest. Giust.* 2/1990, p.331ss.

⁴² dal nome del ministro della giustizia all'epoca in carica. *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo*. Pubblicata in G.U. n. 49 del 28 febbraio 1990 legge 39/90 da www.legislature.camera.it)

⁴³ Legge 5 febbraio 1992, n. 91, *Nuove norme sulla cittadinanza*. (GU n.38 del 15-2-1992) da www.normattiva.it. Lecito porsi delle domande al riguardo, perché non c'è casualità nel concatenarsi delle scelte legislative (o meglio, non sempre ce n'è), il diritto vive per rispondere alle esigenze della società, e dunque non è assurdo vedere nella contemporaneità di queste normative, il passo verso un concetto di "cittadinanza escludente", del quale ci occuperemo meglio in seguito.

nota come «legge Turco-Napolitano»⁴⁴, e con il d.lgs. n. 286 dello stesso anno, entrato in vigore il 2 settembre del 1998. Queste due norme segnano il confine oltre il quale, le modifiche legislative si sono susseguite sempre più freneticamente, per arrivare fino ad oggi.⁴⁵ Alla luce di ogni mutamento sociale, gli studiosi del diritto hanno il dovere di analizzare criticamente l'assetto che regge l'ordinamento tutto, e a maggior ragione, quel ramo dell'ordinamento caratterizzato per eccellenza dalla coazione nella sua forma più intensa, cioè il diritto penale.⁴⁶ Per permettere al diritto di rispondere alle esigenze che si presentano nella società odierna, è necessario sottoporlo ad una verifica.

2. Jakobs, l'amico del diritto penale del nemico

La Teoria del diritto penale del nemico, è stata formulata dal tedesco Günther Jakobs⁴⁷ come una rivisitazione ad uno con una giustificazione delle attuali tendenze del diritto

⁴⁴ Legge 6 marzo 1998, n. 40, *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*. (GU n.59 del 12-3-1998 - Suppl. Ordinario n. 40) da www.normattiva.it ; per una prospettiva, v. E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENN, *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, Il Mulino, 2013

⁴⁵ Si darà conto di questa evoluzione legislativa nei capitoli successivi, per spiegare in riferimento a determinate modifiche al testo unico dell'immigrazione, i cambiamenti in punto di trattamento penale degli stranieri.

⁴⁶ F. DÜNKEL, *The refugee problem and what criminologists should say to it*, marzo 2015, in www.escnewsletter.org «We are facing a human catastrophe at the moment. Between 45 and 60 million people worldwide are on the run due to wars and ethnic, religious or political persecution. The reactions towards the humanitarian disaster in the receiving countries are ambiguous. (...) What is the relation to criminology? Why and how should criminologists intervene in the debate? The former president of the ESC, Michael Torny, has repeatedly expressed his view on the characteristics of European criminology as being oriented toward the protection of human dignity and human rights in general, much more than in other parts of the world. The refugee problem has many criminological aspects to address: First, refugees are victims of crimes, often seriously traumatised in their countries of origin, but also on their way to Europe. (...) The fears of the national population are that immigrants will be involved in crime and commit violent crimes against the domestic population. Indeed, it can be observed that immigrants that are not given real chances to become socially integrated can develop criminal lifestyles, and there is certainly a small proportion of refugees who were criminal offenders in the country of origin and will continue to commit such acts. Another concern is that Islamic radicals might be hiding among the refugees to sneak into Europe to commit terror attacks. Criminologists should raise their voices and contribute to a rational discourse about immigration, crime and the possibilities for a humanitarian solution. I really hope that not only in countries like Hungary and others in Eastern Europe, but also, for example, in the UK, criminologists will protest against politics of foreclosure. But we should furthermore address the causes of the refugee problem: the conflicts in the Middle East, poverty and food shortage in regions of ongoing civil war, such as in Libya. Therefore, war, conflicts, religious and political persecution and the role of state crime should be discussed. I think that our next Annual Meeting in Münster will have to address these problems intensively»

⁴⁷ Nel 1985 durante le giornate dei penalisti tedeschi a Francoforte sul Meno, e pubblicata in ZStW 97, del 1985, con il titolo “*Kriminalisierung im vorfeld einer rechtsgutverletzung*” perfezionata nel 1999 nella relazione al congresso celebrato a Berlino su “*la Scienza del Diritto Penale alle soglie del nuovo millennio*” e portata a compimento nel 2003/2004, in una serie di scritti, anche di risposta alle

penale, soprattutto in conseguenza del «nuovo rapporto tra esigenze di sicurezza degli Stati, ed esigenze di Tutela degli individui»⁴⁸. Oggi è possibile utilizzare questa lente per osservare ed analizzare fenomeni che caratterizzano l'epoca attuale, quasi travalicando il piano del diritto in senso stretto.

L'approfondimento sul diritto penale del nemico è presentato da Jakobs sotto il profilo dei *paradigmi ideali*⁴⁹, modelli non realmente esistenti nella realtà fattuale, fortemente influenzati da esigenze social-difensive di carattere preminentemente preventivo⁵⁰. Suddetto paradigma coinvolge le tematiche più varie da fenomeni legislativi a politiche criminali, non riducibili a categoria unitaria a causa dei loro caratteri estremamente differenziati, ma accomunate dalla matrice teleologica: l'annientamento di fenomeni e persone pericolose attuato per il tramite del "diritto" penale e processuale penale. I caratteri qualificanti questa teoria sono sintetizzabili in quattro macro-categorie, che ne indicano le cause ad uno con gli effetti⁵¹:

La prima macro-categoria è l'*anticipazione della soglia di punibilità*⁵²: Jakobs, guarda a tutte quelle discipline che puniscono gli atti preparatori del delitto e le definisce come

innumerevoli critiche che gli furono mosse, nel ambito del dibattito scientifico giuridico europeo e mondiale. v. G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003, pp.19-56; G. JAKOBS, *Terroristen als Personen im Recht?* in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 2005, fasc.4, pp.117-134; G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.4; v. anche A. APONTE, *Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*, Bogotá, Temis, 2005; v. anche R. ZAFFARONI, *buscando el enemigo : de satàn al derecho penal 'cool'*, tradotto in studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di E. DOLCINI, C.E. PALIERO, vol I, p.757-780, Milano, Giuffrè editore, 2006; v. anche F. RESTA, *nemici criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. Pen.* 2006 I, p.181-227; v. anche M. DONINI, *il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass.Pen.* n.2/2006, p.735-777

⁴⁸ M. STRAZZA, *sicurezza degli Stati e tutela dei diritti. La Teoria del diritto penale del nemico*, in www.pensierofilosofico.it 15 dicembre 2015.; v. anche M. DONINI, M. PAPA, *Diritto Penale del Nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2007. Prefazione a cura di Donini e Papa, La ricezione in Italia, dell'ampio dibattito sul diritto penale del nemico, è avvenuta in ritardo rispetto al resto del mondo giuridico. Solo nel 2006, si registrano le prime pubblicazioni ed i primi convegni.

⁴⁹ M. DONINI, M. PAPA, *Diritto Penale del Nemico*, cit. p.7, p. 6

⁵⁰ Per una disamina sul tema v. L. PEPINO, *Immigrazione e politiche securitarie*, in *Quest. Giust.* 4/2001 p.745ss.

⁵¹ M. CANCIO MELIÀ, in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA, cit. p.7, p.80

⁵² Nel fatto che il diritto penale sia utilizzato come prevenzione di pericoli Jakobs vede una di quelle manifestazioni dell'intrinsecità del diritto penale del nemico nell'attuale ordinamento. Spiega che il diritto già attualmente adotta un trattamento differenziato per i normali delinquenti e per i nemici. Le forme di anticipazione della tutela ancorano l'incriminazione alla condotta non ancora realizzata, al danno potenziale. «la difesa dalla minaccia di pericoli sarebbe di per sé, compito della polizia. Perché allora è il diritto penale a intraprendere questo compito nonostante il pericolo di una sua trasformazione in istituzione poliziesca?» G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.4, p.123; sul tema v. anche F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Dir e Quest. Pubbl.*

legittimabili soltanto da uno *stato di necessità penalistico*⁵³. Non presentandosi una violazione del sistema di diritto vigente, ma bensì una vera e propria creazione di un altro binario, parallelo a quello del diritto penale ordinario, ed autonomo da esso. Alcuni autori hanno sottolineato come sia effettivamente riconducibile ai «recenti sviluppi espansionistici del diritto penale questa anticipazione della soglia di punibilità ad una fase precedente la lesione del bene giuridico» delineando un modello di *diritto penale del rischio*, dai tratti illiberali⁵⁴.

La *sproporzione nelle pene previste rispetto ai fatti criminosi*, è la seconda macro-categoria. Una caratteristica collegabile al fenomeno di espansione del diritto penale, qualificato dal *diritto penale simbolico*⁵⁵ e dal riemergere del *punitivismo*. Il primo riconducibile a quelle parti della scienza penalistica che formulano pene edittali senza tener conto del loro reale valore afflittivo, ponendosi su di un piano estremamente lontano dalla realtà⁵⁶. Nel riferirsi al risorgere del punitivismo si fa invece riferimento

Palermo, 2011, p.529 «Con l'espressione «Feindstrafrecht» si intende infatti riferirsi alla cosiddetta "terza velocità", attualmente caratterizzante taluni settori dei sistemi penali europei e nordamericani. La netta prevalenza del paradigma del reato di pericolo indiretto e di quello di pericolo presunto, così determinando l'autonoma incriminazione di condotte astrattamente inidonee ad attingere la soglia di immanente, (generelle Gefährlichkeit)»

⁵³ G. LICCI, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, III edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, p.86. v. anche M. STRAZZA, *Sicurezza degli Stati e tutela dei diritti*, cit. p.7.

⁵⁴ M. CANCIO MELIA in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, che cita Jakobs in ZStW 97(1985), afferma che nei paesi continentali, la legislazione penale degli ultimi anni, ha affiancato al nucleo essenziale degli illeciti penali tradizionali, una serie di fattispecie nuove, emanate in risposta a recenti esigenze, come ad esempio la normativa antiterroristica varata all'indomani dei fatti dell'11 settembre 2001, che sono caratterizzate da questa anticipazione della soglia di punibilità e da limiti edittali sproporzionati. L'autore fa risalire queste tendenze alla crisi dello stato sociale in ambito penale, posizionabile all'incirca a partire dagli anni ottanta del secolo scorso; v. anche M. DONINI, *il terrorista straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quaderni Fiorentini* 38/2009, i diritti dei nemici tomo II, p.1702 Spiega il metodo utilizzato in America, il cui parallelismo è utile per la comprensione della teoria da qua «in tale ottica il terrorista è un nemico, prima di essere un criminale, e come tale, prima di venire punito, deve essere innanzitutto neutralizzato»

⁵⁵ Il termine *feind* comparso anche nelle teorizzazioni di Dahm e Schaffstein, teorici del nazionalsocialismo, ed in particolare in uno scritto del 1933 '*liberales oder autoritäres Strafrecht?*' che sostennero la necessità che la pena assolvesse una funzione simbolica, consistente nel manifestare la potenza dello stato. Da *quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volume 36, Milano, Giuffrè Editore 2007 p. 1063; v. anche P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della norma penale?* in *Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione* 2009, 5

⁵⁶ «all'origine di questi processi ci sono, evidentemente, politiche penali, tanto indifferenti alle cause strutturali dei fenomeni criminali, quanto promotrici di un diritto penale massimo e disuguale, incurante delle garanzie. Si tratta di politiche interessate soltanto a riflettere e ad assecondare, e perciò ad alimentare, le paure e gli umori repressivi nella società. Il luogo privilegiato di questa politica è quello della sicurezza.» L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, cit. p.2, p. 232; v. anche V. GUIRAUDON, C. JOPPKE, *Controlling a new migration world*, London, Routledge, 2001; v. anche F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, cit. p.7, p.530ss. «La fenomenologia criminologica di Jakobs oscilla fra descrizione e prescrizione,

a quel *modus agendi* informato all'inasprimento delle pene percepito come unica strategia di controllo della criminalità⁵⁷, che favorisce la creazione di un sottosistema penal-poliziesco⁵⁸, orientato ad un processo di disciplinamento, che «sia in grado almeno potenzialmente di normalizzare le vite dei soggetti coinvolti, o quanto meno di neutralizzare la loro pericolosità sociale»⁵⁹. Quindi vediamo come la soglia di punibilità oltre ad essere anticipata, risulta anche fortemente ampliata, soprattutto dalla struttura delle pene edittali che, come vedremo, si concretizzano maggiormente in misure alternative alla pena, che in pene vere e proprie.

Ulteriore categoria è la *forte relativizzazione delle garanzie processuali*⁶⁰: ciò che differenzia il moderno diritto processual-penalistico di tipo accusatorio dal vecchio

ponendo come presupposto un paradosso, cioè garantire le forme del diritto attraverso atti di forza di natura nettamente politica. Se il nemico rappresenta un altro da sé, il suo agire non è riconducibile allo status di mero criminale, in quanto uno scontro di natura politica esclude nettamente una "lotta giuridica" (...) La prospettiva della pena è assolutamente pregiudizievole, in quanto la commissione del fatto non è singola da parte del nemico, ma comprende un'ostilità assoluta e indiscriminata verso un ordine sociale instaurato, impedendo al diritto penale di svolgere la funzione reintegrativa, in quanto il nemico non vorrà essere reinserito in quell'ordine sociale colpito.»

⁵⁷ M. DONINI, M. PAPA, *Diritto Penale del Nemico*, cit. p.7, p.72

⁵⁸ Per qualche spunto di riflessione sul tema v. M. PIANTEDOSI, *Libertà fondamentali, misure di polizia e sistema sanzionatorio nella legislazione sull'immigrazione*, Giustizia amministrativa, studi e contributi, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁹ G. CAMPESI, *Il controllo delle «nuove classi pericolose»: sottosistema penale di polizia e immigrati*, diritto penale del nemico, in dei delitti e delle pene, edizioni scientifiche italiane, Napoli- Salerno, 2003, p.179, v. anche A. MANNA, *il diritto penale dell'immigrazione clandestina tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in Cass. Pen. 2011, doc. n. 151.1.

⁶⁰ «Le garanzie processuali, assicurano con le condizioni di accettazione o rifiuto delle medesime ipotesi come "vere" o "false", la loro verità o falsità fattuale, cioè la loro verifica o falsificazione in concreto pur con gli inevitabili margini di probabilità legati alla valutazione delle prove» L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, cit. p.2, p.25; sul tema della carenza di garanzie giurisdizionali, sulla base di una ormai accettata distinzione tra titolarità ed effettività, si è espresso anche A. PUGIOTTO, *"Purché se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, 16-17 ottobre 2009, in *Dir. e Soc.* 3-4/2009, p.5 «Questa distinzione tra titolarità ed effettivo godimento rispetto alle garanzie giurisdizionali, che differenzia la condizione dello straniero da quella di cittadino. suo pieno esercizio talvolta è negato *de facto*, in ragione delle modalità esecutive delle misure di allontanamento, altre volte *de jure*, a causa di una disciplina legislativa omissiva o carente. (...) Dimostrare l'assunto è agevole. La complessa stratificazione normativa che caratterizza l'ordinamento di polizia degli immigrati, infatti, risponde ad un fine che tutto concepisce ed ha una fine che tutto ricomprende: assicurare l'allontanamento dello straniero (irregolare o clandestino) dal territorio statale, il prima possibile e preferibilmente in forma coattiva. È questa la stringa che lega insieme i tanti tasselli normativi che compongono la legislazione vigente in materia di espulsione e respingimento.»; v. anche L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, cit. p.15, p. 93 «seconda deformazione, che investe la natura del giudizio penale. Questa mutazione sostanzialistica e soggettivistica del modello di legalità penale all'insegna del nemico ha infatti per effetto il crollo di tutte le garanzie processuali. Se il delinquente e l'imputato sono nemici, il giudice a sua volta diventa "nemico del reo", secondo le parole di Beccaria, e perde inevitabilmente ogni carattere di imparzialità. Lo schema dell'amico/nemico opera qui in due direzioni: in direzione del soggetto e in direzione dell'oggetto del giudizio. In primo luogo esso imprime una connotazione partigiana sia all'accusa che al giudizio, trasformando il processo in momento di "lotta" (...) In secondo luogo lo schema si manifesta nell'alterazione dell'oggetto processuale, che direttamente consegue a

modello inquisitorio è la caratterizzazione dell'imputato, che agisce come *soggetto del processo* e non più come *oggetto*. Alla base della teorizzazione incentrata sul nemico c'è la perdita dello *status* di cittadino e di persona⁶¹, come si spiegherà meglio in seguito, dunque un ritorno del soggetto allo stato di oggetto, perciò non parte del giudizio vera e propria, ma pura materia del contendere⁶². In ambito processuale questa

quella delle fattispecie penali. Se il presupposto della pena è rappresentato, più che da fatti delittuosi determinati, dalla sostanziale personalità terroristica o mafiosa del loro autore, il processo decade inevitabilmente da procedura di verifica empirica delle ipotesi d'accusa in tecnica d'inquisizione sulla persona»

⁶¹ F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, cit. p.7, p.530, «la teoria jakobsiana delimita una via differente, ovvero quella di concepire un diritto che, seppur ricondotto ad una matrice antiumanistica che nega i diritti fondamentali, è pronto a scontrarsi con un soggetto riconosciuto come differente, alieno, anche se ciò comporta il rischio di far prevalere il potere sul diritto. Non si può eludere il problema della degenerazione penalistica nel concetto di nemico, dimostrabile dal fatto che, la mancanza di un possibile riconoscimento e rispetto dell'ordinamento giuridico vigente da parte del criminale-nemico comporti non solo l'applicazione di un potere punitivo neutralizzante, ma anche una concezione dell'avversario come "non persona". La tesi di Jakobs ha ad oggetto un diritto penale "del futuro", volto a distruggere i pericoli, e non "del passato", cioè mirante a riconoscere la validità e l'applicazione di una norma giuridica.»; v. anche L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, «Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare», Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 161. L'Autore evidenzia come il diritto penale del nemico rappresenti l'inizio di una nuova antropologia della disuguaglianza, in cui il nemico non può considerarsi come un essere umano, in quanto rappresenta una non-persona, che non merita di essere trattato né con gli strumenti del diritto né con quelli della politica.

⁶² Non appare distante da una tale visione del diritto penale del nemico la modifica apportata dalla recente "*riforma Minniti*" (D.l. 13 febbraio 2017 n.13 convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale." Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.90 del 18-4-2017, in www.camera.it) in tema di procedimento di esame delle richieste di asilo, improntato ad un'ottica di forte accelerazione e snellimento delle procedure, con conseguente e volontario sacrificio del contraddittorio. L'introduzione delle sezioni specializzate per l'immigrazione, che poteva essere salutata con grande plauso, è stata compensata da una serie di ulteriori previsioni, circa le quali è lecito interrogarsi sulla tenuta democratica. Il rito passa da passa da monocratico a collegiale. L. SCOMPARNI, *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*, 17 luglio 2017 in *Legis. Pen.*, approfondimento, www.lalegislazionepenale.eu «E ciò, probabilmente, anche per ridurre, almeno in parte, le critiche legate alla mancata previsione di un secondo grado di merito e all'assoluta eccezionalità delle ipotesi in cui, nel nostro sistema, alla decisione di un giudice monocratico non si accompagna comunque la previsione di un grado di appello. Una prima nuova regola riguarda la fase giurisdizionale del riconoscimento della protezione internazionale. Il procedimento sommario di cognizione viene sostituito da un rito camerale a contraddittorio scritto con udienza soltanto eventuale. Si tratta, va detto, di una deroga espressa a quanto previsto dall'art. 742-bis c.p.c., in base al quale le disposizioni dedicate al rito camerale si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio «che non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone». Su questo punto, nel corso dei lavori parlamentari sono state operate alcune modifiche al testo originario del decreto, il cui risultato complessivo, però, sembra ancora lontano da un'affermazione del diritto al contraddittorio in udienza come regola e non come mera eccezione. L'obbligo di disporre l'udienza è, infatti, solo apparentemente tale, in quanto la sussistenza delle ipotesi in cui ricorrervi, sia pure proclamate come tassative, è subordinata ad una valutazione del giudice che presenta ampi margini di discrezionalità. (..) Il risultato finale, anche dopo le modifiche inserite dalla legge di conversione, sembra insomma in linea con l'aspettativa del Governo di contrarre il più possibile i tempi delle procedure. Il contraddittorio sarà allora generalmente scritto (il ricorrente

perdita comporta l'emergere della *nuda coazione* soprattutto in riferimento alla carcerazione preventiva o alla custodia di sicurezza, che il soggetto subisce senza alcuna alternativa, perché è ritenuto, in sé ed aprioristicamente, potenzialmente in grado di turbare l'ordine generale e la sicurezza collettiva⁶³.

Ultimo tassello, il *fondamento delle fattispecie criminali sul tipo di autore*: Jakobs, dichiarò l'ammissibilità e poi la legittimità di un diritto penale fondato «sull'atteggiamento interno dell'autore»⁶⁴. «Per l'appartenenza al gruppo dei nemici, l'elemento decisivo, non è tanto il fatto quanto le caratteristiche dell'autore»⁶⁵

Dunque un binario parallelo, autonomo e coesistente con il diritto penale del cittadino, ma *ad hoc* per i cosiddetti *nemici*. Il concetto di nemico⁶⁶ si basa su una logica dell'esclusione⁶⁷, che può farsi risalire già alla teoria del contratto sociale di

può depositare una nota difensiva entro i venti giorni successivi alla scadenza del termine per la notificazione del ricorso) e il contatto diretto tra giudice e ricorrente sarà escluso nella stragrande maggioranza dei casi. La prima, più semplice osservazione che potrebbe farsi a una prima lettura del provvedimento di riforma, è che siamo in un contesto in cui le dichiarazioni del ricorrente costituiscono spesso, o dovrebbero costituire, il principale, se non l'unico, elemento sulla base del quale valutare la condizione del soggetto nel Paese d'origine, oltre che la stessa credibilità del richiedente: dunque, l'elemento su cui, di fatto, la decisione del giudice generalmente si basa o dovrebbe basarsi.»

⁶³ G. JAKOBS in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA, cit. p.7, p.20; v. anche G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.4, p.123 Jakobs assegna al diritto penale del nemico il compito di garantire la sicurezza, piuttosto che quello di mantenere la vigenza del diritto, «*Il che è rilevabile a livello dello scopo della pena e delle fattispecie criminose pertinenti. Il diritto penale del cittadino, garanzia della vigenza del diritto si trasforma in sistema di difesa da pericoli.*»

⁶⁴ M. CANCIO MELIA in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p. 94 ss. argomentazione decisiva leggesi in ZStW 97(1985) un contrasto così evidente con il principio di materialità, corollario del principio di legalità, che funge da garanzia per i consociati contro arbitrarie incriminazioni, concretizzatosi nel principio di offensività.

⁶⁵ K. AMBOS in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7 p.47.

v. anche G. MARTÍN, *Consideraciones críticas sobre el actual denominado "derecho penal del enemigo"*, del 7 febbraio 2005 in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, www.criminet.ugr.es

⁶⁶ G. LOSAPPIO, *diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.3, p.251, l'elaborazione di Jakobs discende da una premessa distinzione tra persona ed essere umano, l'una come concetto normativo, l'altra come concetto naturalistico. «*l'articolazione persona-essere umano, dissolve il legame tra uguaglianza e diritti umani sul quale si fonda un diritto penale liberale.*»

⁶⁷ Si noti che la logica dell'esclusione è portatrice di una prorompente portata distorsiva, in grado di influenzare perfino il tessuto normative, impregnandolo di disposizioni le cui parole mirano proprio a questo. Si fa riferimento alla "*riforma Minniti*" (D.l 13 febbraio 2017 n.13 convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante *disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale.*" Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.90 del 18-4-2017, in www.camera.it) che nel riformare la disciplina della detenzione amministrativa, per il tramite dell. Art. 19, comma 3, attribuisce un effetto di potenziamento alla giusta dislocazione dei centri di permanenza per il rimpatrio, tramite un'applicazione della logica dell'esclusione. Infatti in tale dislocazione sono privilegiati «i siti e le aree esterne ai centri urbani, che risultino più agevolmente raggiungibili e nei quali siano allocate strutture pubbliche, rese idonee, anche

Rousseau⁶⁸. La teorica di rigido *contrattualismo* dello svizzero prevede come conseguenza immediata della violazione del contratto sociale la perdita dello *status civitatis*, che legittima dunque il trattamento alla stregua di un non cittadino, la sua sanzione non è dunque una pena, ma un mero strumento di sicurezza. Si assiste ad una ricaduta in uno «stato di completa assenza di diritti»⁶⁹. Seguendo queste ricostruzioni dunque si vengono a creare due status differenti. Il primo è quello del *bürger*, la cui trasgressione alle regole viene considerata alla stregua di un mero errore, che non perde le garanzie connesse al suo *status civitatis*⁷⁰, dunque titolare di diritti poiché ritenuto in grado di promettere, anche in forma minima, una qualche fedeltà all'ordinamento⁷¹. Su di un binario parallelo, il *feind*, ritenuto un «deviante in via di principio», che nega in modo radicale la legittimità dell'ordinamento, la cui trasgressione è orientata a distruggerne pervicacemente le fondamenta⁷². Il deviante quindi, non può essere trattato come il cittadino e perde i suoi diritti sia sostanziali che processuali, inoltre laddove continuasse nei suoi comportamenti dovrebbe essere messo nella condizione di non nuocere⁷³.

mediante interventi di adeguamento o ristrutturazione, allo scopo prestabilito e dotate di capienza limitata, funzionale a garantire condizioni di trattenimento conformi al rispetto della dignità della persona» Per approfondire la logica dell'esclusione v. anche, E. GARCÍA ESPAÑA, *Extranjero sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión*, 5 agosto 2017, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 19-15-2017 p.1-28, in www.criminet.urg.es

⁶⁸ Per approfondire v. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, 1762.

⁶⁹ G. JAKOBS in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p.9ss.

⁷⁰ «la cittadinanza è uno status che viene conferito a coloro che sono membri a pieno diritto di una determinata comunità.» T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, Utet, 1976, p.24; analogamente J. M. BARBALET, *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, Padova, Liviana Editrice, 1992, p.48.

⁷¹ «chiunque sia in grado di promettere almeno in qualche misura fedeltà all'ordinamento, è titolare di una legittima pretesa a essere trattato come persona in diritto. Chi non offre simile garanzia in modo credibile, tendenzialmente viene trattato da non cittadino; gli vengono sottratti i diritti» in G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.4, p. 118.

⁷² «L'identificazione del nemico da escludere del resto rafforza l'identità di chi esclude; segna i confini di una realtà inclusiva, che relega all'esterno del suo perimetro di sicurezza l'altro-da-sé, da segregare e controllare con occhio attento» F. RESTA, *Nemici o criminali? Paura o libertà dopo l'11 settembre*, in *quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 i diritti dei nemici tomo II, Giuffrè editore, 2009, p.1764.

⁷³ G. JAKOBS in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7 , p. 19 «il diritto penale conosce due poli o tendenze delle sue discipline: da un lato il trattamento del cittadino, nel quale si ripongono aspettative sino a quando egli esteriorizzi le sue azioni, reagendo solo allora, al fine di confermare la struttura normativa della società; dall'altro, il trattamento del nemico, che è immediatamente bloccato già nello stadio precedente e che si combatte in quanto pericoloso»; v. anche R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Quest. Giust.* 2/2011

Ai due status fanno da contraltare i due differenti sistemi sanzionatori: la pena, con tutto l'apparato di garanzie⁷⁴ che la accompagna fino al momento della sua esecuzione, verrà applicata solamente al cittadino, perché il nemico non è più una persona, dunque a quest'ultimo verranno applicate solo misure preventive, indipendenti da un giudizio di colpevolezza. In base ad una concezione contrattualistica dell'ordinamento, il diritto corrisponde a una forma di auto-tutela, quindi la sanzione penale viene vista come la risposta necessitata dall'esigenza di autoconservazione dell'ordinamento⁷⁵, poiché la minaccia è orientata verso il futuro, la sanzione penale si presenta funzionalmente preventiva. Seguendo la logica del diritto penale del nemico, colui che si comporta in modo deviante non dà alcuna garanzia di tenere una condotta propria di una persona, ergo non può essere trattato a tale stregua e va combattuto con mezzi diversi. Elemento guida di questo ragionamento è il concetto di *pericolosità sociale*, che porta ad una spersonalizzazione giuridica, in grado di giustificare, un autonomo sistema sanzionatorio, differenziato in base al tipo di autore e non al tipo di illecito⁷⁶. Jakobs basa la distinzione sul paradigma concettuale diritto-coazione: mentre i rapporti con il cittadino-*person*, sono informati alla categoria del *diritto*, a cui segue in caso di violazione la pena, i rapporti con il nemico-*unperson*, sono impostati sulla categoria della *coazione*, a cui segue la misura di sicurezza, caratterizzata imprescindibilmente da un'efficacia social preventiva⁷⁷, che si presenta però qui, con un'elevata forza repressiva, tale infatti, da condurre fino all'allontanamento coattivo. La pena dunque non spetta al nemico, perché questo soggetto non viene guardato nell'ottica

⁷⁴ «Le garanzie penali assicurano, con le condizioni d'uso del termine “vero”, la verità o falsità giuridica delle ipotesi accusatorie, cioè la verificabilità e falsificabilità in astratto pur con gli inevitabili margini di opinabilità legati all'interpretazione della legge» L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, cit. p.2, p.25

⁷⁵ G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit. p.7, p.86. v. anche Z. BAUMAN, *La società sotto assedio*, Roma-Bari, Laterza, 2003

⁷⁶ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 1/2009, p.101-133, nello specifico, parr. 6 e 10 per la presenza di un diritto penale d'autore in forza di una discriminazione geopolitica o di cittadinanza nella disciplina dell'immigrazione. A. MARTUFI, *Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato: nulla pericolasitas sine actione?* in *RIDPP*. n.2 del 2015, p.819-850

⁷⁷ «Il carattere massiccio del fenomeno migratorio ed il conseguente allarme sociale che nasce dal suo impatto, danno indubbiamente origine ad una forte esigenza di prevenzione generale, che rischia di offuscare se non addirittura di mettere a tacere, importanti principi dei nostri ordinamenti, quando la risposta è data solo attraverso una generalizzata prevenzione speciale, assicurata dalle espulsioni» G. PIGHI, *Le migrazioni negate: clandestinità, rimpatrio, espulsione, trattenimento*, Milano, FrancoAngeli, 2008, p.22

dell'effettività dei fatti commessi, ma bensì nell'ottica della potenzialità dei fatti futuri che potrebbe commettere.

«Con questo tipo di diritto penale il legislatore non dialoga con i cittadini, ma, minaccia i propri nemici comminando pene draconiane, riducendo le garanzie processuali, ampliando la possibilità di sanzionare condotte molto lontane dalla lesione di un bene giuridico»⁷⁸

Sottolineare il pericolo che potenzialmente potrebbe derivare dal nemico ha come effetto la *spersonalizzazione giuridica*⁷⁹ e questo perché la reazione contro il nemico dipende soprattutto da *quello che si teme di lui*⁸⁰. Il soggetto in questione subisce un processo di completa spersonalizzazione, attuato tramite «la demonizzazione prima, e l'esclusione poi»⁸¹. Allo stesso tempo tramite l'esagerazione la minaccia sembra assumere maggiore importanza nella realtà, poiché l'applicazione del diritto penale del nemico si basa sul riconoscimento della capacità dell'autore di mettere in discussione la vigenza della norma⁸². «La guerra preventiva, sembra trasformarsi in uno strumento indispensabile come reazione a questa realtà fittizia»⁸³.

⁷⁸ F. MUÑOZ CONDE in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, che cita le parole di G. Jakobs, cap. I, sezione 5.

⁷⁹ Per approfondire v. G. JAKOBS, *Staatliche strafe: bedeutung und zweck*, 2004, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften.

⁸⁰ Il principio di stretta legalità impone alla giurisdizione penale una regola deontologica che è al tempo stesso la prima garanzia del cittadino contro l'arbitrio giudiziario: «il giudice non è chiamato a giudicare della moralità dei rei, ma solo ad accertare i fatti empirici da essi commessi e previsti dalla legge come reati. È questo carattere (almeno tendenzialmente) cognitivo che distingue quello che Beccaria chiamò "il processo informativo", nel quale il giudice è "un indifferente ricercatore del vero", da quello che egli chiamò il "processo offensivo" proprio del modello inquisitorio» L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, cit. p.2, p.141

⁸¹ M. CANCIO MELIA in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p. 93.; sulla demonizzazione che gli stranieri subiscono, v. B. CALDWELL, "The demonization of criminal aliens", 25 ottobre 2016, in www.crimmigration.com

⁸² Jakobs opera una sorta di relativizzazione del concetto di persona vista come soggetto portatore di diritti e doveri e del diritto inteso come assoluto. Afferma che la vigenza giuridica si declina in tre tipi di normatività. Primariamente diritto vigente è «la relazione reciproca tra persone fondata come giusta, pura normatività (*reine normativität*)»; secondariamente diritto vigente è «normatività concretamente realizzata (*verwirklichte normativität*)»; ad ultimo diritto vigente sono le «regole della relazione reciproca, praticate nel complesso e in misura rilevante tra persone (*tatsächlichkeit*)»; «se l'aspettativa in cui consiste una norma non viene soddisfatta deve seguire una sanzione» a tutela della vigenza giuridica. G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.3, p.112; v. anche M. CANCIO MELIA in *derecho penal y politica transnacional barcelona 2005*: «la percezione del pericolo è determinata in base al diritto penale del nemico»

⁸³ «È nella legittimazione politica di queste pratiche punitive l'atto di nascita del diritto penale del nemico. Alla base dell'identificazione ad esse sottostante del terrorista e del criminale come nemici c'è uno slittamento semantico in funzione di autolegittimazione: la confusione, più d'ogni altra distruttiva del diritto e dello stato di diritto, tra diritto penale e guerra». L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del*

3. È ancora tempo per il doppio binario?

Effetto naturale dell'anticipazione della soglia punitiva, e della creazione di uno status giuridico differenziato, per i cd. *devianti*, è la previsione di un sistema sanzionatorio ad hoc per il nemico⁸⁴. Il nostro sistema sanzionatorio, fondato sulla coppia concettuale «*pene-misure di sicurezza*»⁸⁵, sembrerebbe in effetti offrire una solida base giuridica a una soluzione di questo tipo.

Il codice Rocco riflette l'eccezione soggettivista allo stampo generale di marca liberal-oggettiva, nella previsione delle misure di sicurezza.⁸⁶ Le suddette misure, rispondono ad un criterio di prevenzione speciale, ossia ad una doppia esigenza, di azione sulla pericolosità del soggetto e di protezione della collettività, piuttosto che ad un'esigenza sanzionatoria nei confronti del colpevole. Il concetto di pericolosità sociale, viene ad essere definito, seguendo il testo dell'Art. 203 c.p.⁸⁷, come una qualità della persona, anche non imputabile o non punibile, la quale ha commesso uno dei fatti indicati dalla

nemico” e la dissoluzione del diritto penale, in *Quest. Giust.* 4/2006, p. 87-99, p. 90; v. anche K. AMBOS, in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p.50ss.

⁸⁴ «modus operandi non è una novità posto che il tema del governo della sicurezza si è storicamente mostrato connesso alla gestione dei processi di esclusione sociale. Si può anzi ritenere che sia sempre stato considerato lo strumento culturalmente più appropriato per imporre l'esclusione dalla collettività di chi viene avvertito come pericoloso» R. M. GENNARO, *Stranieri e repressione penale*, cit. p. 4, p.19; v. anche A. CAPUTO, *Verso un diritto speciale per gli immigrati?* in *Quest. Giust.* 6/2000, p.1178ss.

⁸⁵ Ferrajoli in un'ottica garantista esprime il suo punto di vista sulle misure di sicurezza sostenendo che «di fatto esse costituiscono una duplicazione delle pene alle quali si aggiungono in presenza di condanna, o si sostituiscono in occasione del proscioglimento per difetto di imputabilità» L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2011 p.811; v. anche T. PADOVANI, *misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Anno accademico 2012/2013, *Giustizia criminale n.2, radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*. Pisa University press 2014

⁸⁶ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè editore, 2015, p.7, «l'attacco frontale mosso dalla scuola positiva è restato sostanzialmente senza effetto, infatti nel codice del 1930, presupposto dell'applicazione delle misure di sicurezza, in presenza di pericolosità sociale, rimane la commissione di un fatto preveduto dalla legge come reato (art 202 cp). La pena non può quindi essere utilizzata come discriminatorio deterrente volto a reprimere ogni manifestazione di infedeltà allo Stato ovvero ogni sintomo di una personalità pericolosa. L'impostazione del nostro sistema penale, si giustifica in un'ottica di prevenzione generale, escludendo dunque che la pena possa essere legittimata alla luce della retribuzione, infatti incontra il limite nella funzione di prevenzione speciale, e più precisamente di rieducazione, che la costituzione (art 27, comma 3) assegna alla pena. L'effetto deterrente non potrà essere indiscriminato.»; v. anche A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della “materia penale”*, 15 luglio 2015, in www.penalecontemporaneo.it «il binomio pene-misure di sicurezza, incorre da tempo in critiche volte a denunciarne l'anacronismo e/o l'inefficienza: tanto la categoria della pericolosità sociale quanto quella dell'imputabilità, attraverserebbero una crisi pressoché irreversibile.»

⁸⁷ «Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133.»

legge penale come presupposti di applicazione delle misure amministrative di sicurezza.⁸⁸ Non siamo così lontani dal diritto penale dell'autore (*täterstrafrecht*), ma ciò che salva la legittimità di queste misure è il loro collegamento con il fatto di reato commesso. Si vanno infatti a configurare come misure *post-delictum*, emanate in relazione di stretta proporzione con il delitto che si è già consumato, che è già sintomatico della pericolosità, ergo idoneo a fondare il giudizio di recidiva⁸⁹, quindi misure che guardano al futuro basandosi sul passato.

Nel diritto penale del nemico invece, solleva obiezioni il meccanismo di scelta della sanzione: non in base a dati fattuali, illeciti penali commessi, e fattispecie criminose, ma al contrario sotto il profilo soggettivo dei caratteri personali del destinatario. Inoltre, il sistema delineato dall'art 203 c.p., si pone come alternativo alla pena, con possibilità di cumulo, laddove al giudizio di imputabilità si aggiunga anche quello di pericolosità, per creare un meccanismo di maggior deterrenza, di carattere generale, senza alcuna predeterminazione tipologica dell'autore, che può essere passibile di tali misure. Al contrario, il diritto penale del nemico, opera quasi una stigmatizzazione dei soggetti, tramite l'applicazione di un diritto penale *ad hoc*, per coloro che

⁸⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Anno accademico 2007/2008, *Giustizia criminale n.4, radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa University press 2014, lezione I, p. 7-13 individua i vari significati che può assumere il diritto penale del nemico; dapprima un diritto penale basato sulla figura dell'autore del reato ed affrancato dall'ide della retribuzione come proporzione delle conseguenze sanzionatorie rispetto al fatto commesso, non seguendo dunque la logica del principio di colpevolezza; secondariamente un diritto penale in cui si utilizza strumentalmente il diritto penale del fatto in una funzione che viene definita simbolico-espressiva attuando una "lotta" contro il male commesso da un tipo di autore. In questo secondo caso, si è in presenza di un ribaltamento del rapporto, tra diritto penale e allarme sociale, in una relazione altalenante, osservabile più che da una prospettiva giuridica in senso stretto, dal punto di vista della politica criminale. «l'allarme sociale fa saggio sull'offesa» supera di gran lunga l'entità di quest'ultima e dunque per placarlo, si tenta di rispondere con un uso strumentale del diritto penale; ad ultimo la concezione del diritto penale teorizzata da Jakobs, che si è preoccupato di fornire gli strumenti assiologici, sulla cui base edificare questo nuovo edificio del diritto penale, ma come dice Ferrajoli, nel diritto penale non si inventa mai niente. Dunque si mettono insieme queste teorie al fine di tracciare un massimo comun divisore nella logica d'autore, e si mettono insieme varie ipotesi, molto diverse tra loro (misure di sicurezza, emergenze, criminalizzazione della guerra)

⁸⁹ Le misure di sicurezza possono prescindere dalla proporzione con il fatto reato, guardano al futuro, svolgendo essenzialmente una funzione preventiva e di difesa sociale. Pur essendo trascorsi molti anni dall'emanazione del codice Rocco, ancora oggi, l'introduzione del doppio binario, pur con inevitabili critiche è una delle manifestazioni di maggior rilievo e significato della scienza giuridico-penalistica italiana. Il giudizio di pericolosità in tema di misure di sicurezza ha senza dubbio un tratto comune con quello relativo alle misure di prevenzione (l. 27 dicembre 1956 n 1423), in entrambe la pericolosità riguarda la rilevante probabilità che il soggetto possa compiere in futuro nuove manifestazioni criminose penalmente rilevanti A. MICONI TONELLI, voce *pericolosità sociale*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIII, 2010, par.2.2; per un punto di vista sulla pericolosità che ingenera il sospetto v. anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 16, p.800ss.

necessariamente devono essere considerati *diversi*⁹⁰. Corre dunque sul filo del doppio binario questa teoria, ponendosi fra le dottrine penalistiche che guardano al futuro in quanto intese a prevenire il crimine o la sua reiterazione. Quando trionfa l'esigenza social-difensiva di tipo preventivo assisteremo all'applicazione di misure di sicurezza *sine delicto*: le misure di prevenzione, disciplinate dalla legge del 27 dicembre 1956 n. 1423⁹¹, hanno in comune con le misure di sicurezza disciplinate dal codice penale, solamente il parametro valutativo della pericolosità, rintracciato nella rilevante probabilità che il soggetto possa compiere in futuro nuove manifestazioni criminose penalmente rilevanti. Le misure preventive trovano un limite all'applicabilità in riferimento a sole norme di leggi speciali nelle quali sia previsto un concetto di pericolosità per la morale o per la sicurezza pubblica. Sono allora strumento flessibile, nel quale il concetto di pericolosità è necessariamente più elastico e sganciato da un presupposto di reato, per meglio adattarsi a criteri di opportunità, di convenienza e di tutela sociale per prevenire con più efficacia quella criminalità latente, solo apparentemente inesplosa. È l'ottica della prevenzione, quella che meglio si presta a spiegare la teoria oggetto della nostra analisi.

4. Sicurezza cognitiva e voci discordanti

Non è bastata la precisazione iniziale⁹² dello stesso Autore cui è attribuita la paternità del "diritto penale del nemico", che ha definito questi concetti come poli ideali, paradigmi, che nella realtà fattuale non si presentano come puri, a fermare le critiche

⁹⁰ «Lo straniero viene considerato alla stregua di un soggetto portatore di rischi che lo Stato deve cercare di governare. Questo dà luogo a un processo di securitarizzazione delle migrazioni che non si svolge attraverso la proclamazione di uno stato di emergenza o l'approvazione di misure eccezionali, ma per mezzo del progressivo istituzionalizzarsi di strumenti di controllo che, senza drammatiche fratture dell'ordine normativo, agiscono al di sotto della soglia dell'eccezionalismo. L'adozione di misure di sicurezza dirette al controllo degli immigrati che indeboliscono le garanzie giuridiche a tutela della libertà personale, avviene in quest'ottica più lentamente, attraverso il progressivo accostamento della politica migratoria alle attività di controllo svolte dalla polizia nel governo della pericolosità e del disordine sociale». G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. p.2, p.35

⁹¹ Legge 27 dicembre 1956, n. 1423, *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*, pubblicata in G.U. n.327 del 31-12-1956, da www.normattiva.it ; per un approfondimento sul tema v. T. PADOVANI, *misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Anno accademico 2012/2013, *Giustizia criminale n.2, radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*. Pisa University press 2014

⁹² «diritto penale del nemico non rappresenta affatto una regola di annientamento illimitato, ma costituisce nell'ambito dello Stato di diritto governato in modo assennato una ultima ratio, che in modo consapevole viene utilizzata come eccezione, come qualcosa che non è adatto ad essere adottato in via duratura» G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.3, p.119

che ne sono scaturite da vari autori, preoccupati di come questa teoria da paradigma descrittivo potesse trasformarsi in un programma di politica criminale⁹³. E così è stato, nel momento in cui lo stesso Jakobs ha invitato la scienza giuridica penalistica a prendere parte a questo processo di concettualizzazione, mettendo i suoi sforzi a favore dell'individuazione del diritto penale del nemico, tramite la distinzione con il diritto penale del cittadino. In questo programma di politica criminale, vediamo la forza che Jakobs ripone nel concetto di *sicurezza cognitiva*⁹⁴, quasi uno spartiacque tra lo stato di natura e lo stato di diritto, come mezzo di sopravvivenza di quest'ultimo, unico in grado di garantire la vigenza delle norme come tutela delle libertà individuali, e delle garanzie fondamentali. Utilizzando le parole di Jakobs «la pena non mira a combattere un nemico; né tantomeno a stabilizzare un ordine auspicabile, ma è volta soltanto al mantenimento della realtà sociale»⁹⁵.

Secondo Kai Ambos «il pericolo più grande che si annida in questa formulazione teorica, è il modo in cui il destinatario di questo diritto parallelo, sia il nemico, cioè una persona che viene trasformata tramite la perdita del suo status di cittadino, piombando in una situazione di totale assenza di diritti»⁹⁶. Soprattutto con riferimento alla teoria del nemico interno, ci si interroga concretamente su chi sia questo individuo, e cioè quando in una determinata società si possa produrre una deviazione dai valori fondamentali tale da provocare questo cambio di status. Quale è la violazione che giustifica l'esclusione del deviante?⁹⁷ Quindi il diritto penale del cittadino, vive al

⁹³ Così Fiandaca parla di politiche punitive di stampo populista che si manifestano nella ricomparsa del controllo sociale attraverso la punizione, espressione di quell'ossessione securitaria, di cui sono soggetti attivi i cittadini, e soggetti passivi, i diversi, anche cittadini, tutti coloro ritenuti non integrabili all'interno del contesto sociale, non assimilabili ad alcunché di positivo per la collettività tutta. G. FIANDACA, *diritto penale del nemico, una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.3, p.189; così Donini sottolinea il rischio delle concezioni strumentali dei diritti penali di lotta, della pena, che provochino una strumentalizzazione del diritto tutto: «questa penetrazione nella giurisdizione della logica politica dell'amico/nemico è avvenuta, come ci mostrano tanti casi, in tutte le fasi del processo; all'atto di formulazione delle accuse, quando il nemico è identificato con l'ausilio di figure di reato indeterminate, non già in base a fatti, ma con riguardo alla sua personalità sovversiva» M. DONINI, *diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.3, p.134

⁹⁴ F. MUÑOZ CONDE in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7 «aspirazione fondamentale di qualsiasi sistema giuridico, ma non potrà essere mai garantita nella sua forma totale da alcun sistema, di qualunque tipo esso sia» potranno perciò esserci, livelli minori o maggiori di sicurezza, in dipendenza da fattori sistemici e storici.

⁹⁵ M. CANCIO MELÌA, in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p.94.

⁹⁶ K. AMBOS in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p.40.

⁹⁷ Secondo Jakbos, è la società a stabilire quale violazione provochi il mutamento da uno status di pienezza dei diritti ad uno di assenza di essi, ponendo tale mutamento in relazione diretta con la vigenza giuridica: «quando la società qualifica il reato come reato e tratta il reo come tale, quindi lo assoggetta

riparo da ingerenze sovversive del sistema, grazie alla presenza di questo binario parallelo denominato diritto penale del nemico. Ma allora dov'è il limite al diritto penale del nemico? Quali sono le garanzie per i consociati, in un sistema di tal guisa?⁹⁸ In ambito politico la distinzione cittadino-nemico aumenta la pressione su quei gruppi sociali che devono lottare contro la propria emarginazione, come per esempio, gli immigrati, gli ebrei⁹⁹, quando Jakobs evoca il pericolo della *pluralità estrema* e la *forza esplosiva del multiculturalismo*¹⁰⁰, le sue riflessioni riguardano in particolare i soggetti che provengono da una cultura straniera. Se la pena deve confermare l'identità culturale dominante, allora l'immigrato che resta (anche solo mentalmente) nel proprio contesto culturale, di base non può essere in grado fornire quella sicurezza cognitiva, eretta da Jakobs a bandiera del suo pensiero, visto che in termini cognitivi non si presenterà come potenzialmente fedele al diritto del paese ospitante.

Brillantemente Francisco Muñoz Conde adduce una serie di motivazioni, condivisibili anche con specifico riguardo al diritto dell'immigrazione, per denunciare questa teoria, che si è insinuata «attraverso la porta falsa di un ordinamento giuridico, i cui parametri costituzionali avevano riconosciuto dei diritti umani fondamentali, delle garanzie che, almeno formalmente fungono da barriera insormontabile al potere punitivo dello

a pena, ciò dimostra l'effettività della norma, la sua vigenza sociale. Una norma vige a livello sociale, non soltanto quando viene osservata, ma anche quando viene riaffermata controfattualmente» G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.3, p.113, v. anche R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?* in *Quest. Giust.* 2/2011 cit. p.12; v. anche S. DI NUOVO, *L'atteggiamento verso gli immigrati: pregiudizio o integrazione?* In *Da stranieri a cittadini. Inserimento degli immigrati ed educazione interculturale in Sicilia*, a cura di S. DI NUOVO, Troina, Oasi, 1999, p.15ss.; v. anche G. MAROTTA, *Immigrati: devianza e controllo sociale*, Padova, CEDAM, 1995; v. anche M. PELLISERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sulla immigrazione*, in *Quest. Giust.* 4/2007, p.684ss; v. anche M. CIACCI, V. GUALANDI, *La costruzione sociale della devianza*, Bologna, il Mulino, 1997.

⁹⁸ «il primo presupposto della funzione garantista del diritto e del processo penale è il monopolio legale e giudiziario della violenza repressiva" garanzie contro l'arbitrio. Ma il sistema italiano del doppio binario è particolare e lascia sempre riflettere sulla natura arbitraria di talune figure quali quelle delle misure di prevenzione assoggettate a 'regimi liberi dagli impacci garantisti'» L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 16, p. 795

⁹⁹ Per approfondire v. G. KAISER, *Criminologia. Una introduzione ai suoi principi*, a cura di E. MORSELLI, C. BLONKSTEINER, Milano, Giuffrè Editore, 1985, p.32ss; v. anche A. MARGARA, *A proposito di leggi razziste e ingiuste*, in *Quest. Giust.* 2/2009, p.53ss.

¹⁰⁰ Per un approfondimento sul tema v. L. BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del diritto* 3/2001, p.131ss.; v. anche L. FERRAJOLI, *Multiculturalismo e universalità dei diritti fondamentali*, in *la Magistratura* 4/2007; V. CESAREO, *Società multietniche e multiculturalismi*, Milano, Vita e Pensiero, 2000; id. *La questione dell'altro*, in LO VERDE F. M. e CAPPELLO G., *Multiculturalismo e comunicazione* cit. p. 1; v. anche A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006

stato»¹⁰¹. Preliminarmente bisogna tener presente che il diritto penale è il più autoritario tra tutti i rami della scienza giuridica¹⁰², e tra tutti i sistemi formalizzati di controllo sociale, dunque è quello che si presta maggiormente a rispondere all'emergente domanda di sicurezza, che caratterizza la nostra epoca. Dal lato opposto però, il carattere autoritario deve essere bilanciato da una serie di garanzie imprescindibili in uno stato che voglia definirsi di diritto¹⁰³. La situazione internazionale all'indomani degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001¹⁰⁴ ha portato ad una rapidissima evoluzione degli ordinamenti nella direzione di una legislazione di lotta, presentando tutta una serie di caratteristiche in comune con la teoria del diritto penale del nemico¹⁰⁵. Quando si antepone il valore *sicurezza* a tutti gli altri, è necessario riorientare l'ago della bilancia, per evitare pericolosi abbattimenti delle mura costituzionali¹⁰⁶. Il Professore spagnolo evidenzia infatti come sempre più spesso vengono utilizzate in luogo di normative penali ordinarie, coordinate con

¹⁰¹ F. MUÑOZ CONDE, in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p. 129ss. Si riporta in virgolettato un tratto della relazione svolta da F. Muñoz Conde, al Colloquio Humboldt, tenutosi a Montevideo nell'aprile del 2003.

¹⁰² «il diritto penale è quello che si pone in termini più problematici con la democrazia e con il pluralismo, perché la sua caratteristica peculiare è quella di stabilire le soglie di intolleranza, oltre le quali non si accettano offese ai diritti fondamentali e agli interessi che li presidiano magari più da lontano. Per vedere la tutela giuridica del pluralismo però bisogna piuttosto rivolgersi alla società dei diritti, prima che a quella punitiva» M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?* In *RIDPP* 2010, p. 1068-1098, p.1095, S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, Giuffrè editore, 2009.

¹⁰³ Inteso nel senso forte del termine, o sostanziale, come «quell'ordinamento nel quale i pubblici poteri sono altresì soggetti alla (e perciò limitati o vincolati dalla) legge, non solo quanto alle forme ma anche quanto ai contenuti del loro esercizio». L. FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p.3

¹⁰⁴ La tensione tra libertà paura e sicurezza che caratterizza l'attuale dibattito politico e giuridico, si fa ancora più forte all'interno del diritto penale, come settore che ne è caratterizzato in radice. Tale tensione è andata a farsi ancora più centrale a seguito degli attacchi terroristici del 2001, «in ragione della correlazione instauratasi tra la deformalizzazione del diritto penale, il terrore e le sue strategie». F. RESTA, *Nemici o criminali? Paura o libertà dopo l'11 settembre*, in *quaderni fiorentini*, cit. p.12, p.1761

¹⁰⁵ Per un parallelismo sui due concetti, v. M. DONINI, *diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit. p.17, che parla di una «dimensione punitiva che risulta segnata radicalmente dall'idea della sospensione di alcuni diritti fondamentali e quindi dalla stessa violazione dei diritti dell'imputato e dell'uomo»; v. anche M. EVANGELISTA, *Diritto, etica e guerra al terrore*, Milano, Vita e Pensiero, 2009; v. anche M. MIRAGLIA, *Una nuova normalità: metamorfosi della giustizia penale statunitense dopo l'11 settembre*, in *Cass. Pen.* 2005, 2820 ss.; v. anche G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI, Torino G. Giappichelli Editore, 2006, p. 3.

¹⁰⁶ F. MUÑOZ CONDE in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p.136, «la conseguenza immediata sarà la pace, la pace dei cimiteri però. Una società nella quale la sicurezza si converte nel valore fondamentale è una società paralizzata, incapace di assumere anche la minima possibilità di cambiamento e di progresso, il minor rischio»; v. anche C. HALE, *Fear of crime: a review of the literature*, in *International Review of Victimology* 4/1996, p.79-150;

l'assetto costituzionale, normative emergenziali, emanate su esigenze di presupposta straordinarietà ed urgenza, che però altro non sono che strumenti repressivi e general-preventivi non rispettosi delle garanzie fondamentali. «Si sta legittimando la creazione, a livello nazionale, di una legislazione speciale, in determinate delicate materie, non rispettosa delle garanzie e dei diritti fondamentali (...) questa tendenza, constatabile sia a livello nazionale che internazionale, sorta a difesa di una situazione del tutto particolare, corre il pericolo di generalizzarsi e convertirsi in regola che ispiri il *modus operandi* degli organi incaricati dell'applicazione del diritto penale (Forze di Polizia e Giudici) provocando anche un processo di 'fascistizzazione' sociale delle masse, più proprio di dittature che di democrazie partecipative e rispettose delle minoranze, ponendosi in contrapposizione con il legittimo pluralismo di tutte le culture ed ideologie che rispettino il quadro basilare dei diritti fondamentali». Ciò che vediamo succedere in nuce a queste teorie, è un preventivo processo di spersonalizzazione di determinate categorie di soggetti¹⁰⁷. La perdita dei connotati umani, favorisce l'utilizzo di strumenti non garantisti, che esulano dallo stato di diritto rispondendo a logiche special-preventive¹⁰⁸.

Non è poi così errato, vedere dietro a quella figura del *nemico*, tutte quelle categorie di persone che lottano contro l'emarginazione. Infatti, considerando la situazione dei migranti, a partire dal fatto che comunemente fanno ingresso nel territorio nazionale, in modo prevalentemente illegale, cioè attuando una condotta illecita a monte, essi entrano e si relazionano con le istituzioni portando già, in termini cognitivi, un contrassegno d'infedeltà all'ordinamento nazionale. Dal punto di vista di Jakobs, allora non è poi così strana ed illegittima l'applicazione di misure preventive e speciali in tutti i settori di possibile rilievo del diritto penale del nemico, e a maggior ragione in quello dell'immigrazione, nel quale si è lontani dalla predisposizione di un modello repressivo, in grado di rispondere efficacemente alle esigenze sociali, ma piuttosto si

¹⁰⁷ L. BALBO, *Immigrati, non cittadini?* Milano, FrancoAngeli, 1990

¹⁰⁸ Tali logiche hanno ricevuto l'avallo di una «legislazione emergenziale violativa delle garanzie fondamentali sancite dal diritto internazionale, così non meno dirompenti sono stati, nella prassi gli effetti dell'assunzione del paradigma del nemico a criterio di regolazione del bilanciamento tra libertà e sicurezza» F. RESTA, *Nemici o criminali? Paura o libertà dopo l'11 settembre*, in *quaderni fiorentini*, cit. p.12, p. 1763; v. anche S. LORUSSO, *Sicurezza pubblica e diritto emergenziale: fascino e insidie dei rimedi processuali*, in *Dir. Pen. Proc.* 3/2010, p.269ss; C. RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione*, in *RIDPP* 2009, p.1089ss; v. anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 16, p. 251; v. anche M. PELLISERO, *contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Quest. Giust. Speciale* n.1/2016

«intraprendono crociate contro crudeli malfattori. Si tratta di nemici in senso pseudo-religioso»¹⁰⁹. Quando si caratterizza in questi termini l'autore di un reato, il concetto di nemico è strettamente collegato perciò a quello di *alterità*¹¹⁰ ed il diritto penale dovrebbe fornirci la lente giusta per guardare attraverso lo specchio delle garanzie.

5. Diritto penale dello straniero o diritto penale del nemico?

Guardando alla vigente normativa in tema, non è difficile riscontrarvi tratti, che sembrano figli della teoria del diritto penale del nemico. Il diritto dell'immigrazione si pone rispetto al diritto ordinario su un binario parallelo, non perdendo così la sua qualifica di diritto: risulta rivolto ad una specifica categoria di soggetti che subiscono una certa deprivazione di diritti. Questo fenomeno si pone in stretta correlazione con la tendenza socio-culturale dei nostri tempi, verso una «decescente comprensione nei confronti di alcune categorie di delinquenti e quindi di persone»¹¹¹, e l'emergente e sempre più pressante domanda di sicurezza, a cui si è tentato di far fronte con l'azione combinata di incriminazione penale ed azione poliziesco-amministrativa¹¹².

¹⁰⁹ M. CANCIO MELÀ in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.9, p.85; v. anche don A. SCIORINO, *Migranti e sicurezza un punto di vista cattolico*, in *Quest. Giust.* 11/2009, p.21ss; S. RODOTÀ, *Migranti e sicurezza un punto di vista laico*, in *Quest. Giust.* 11/2009, p.32ss.; v. anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. p.17, p. 5, «La storia del diritto penale moderno è segnata dalla svolta epocale della secolarizzazione, il passaggio cioè dal reato come peccato al reato come fatto dannoso, dall'uscita cioè delle fattispecie incriminatrici dall'ambito del diritto divino, per rientrare nella competenza del diritto degli uomini, e dunque di tribunali costituiti da giudici laici ed imparziali. Il terreno fu preparato dai giusnaturalisti, nella loro opera di ricostruzione dello Stato come guardiano della pace esteriore. Naturale conseguenza dell'uscita dall'ambito più prettamente interiore, proprio del sistema di incriminazione dello stato Teocratico. Dunque questa secolarizzazione si inserisce in un vasto movimento di Laicizzazione complessiva dello Stato, che influenzò rilevantemente non solo il diritto penale.»

¹¹⁰ A. ERTA, *Migranti in cronaca, la stampa italiana e la rappresentazione dell'"altro"*, Verona, Ombre Corte, 2014

¹¹¹ «La decrescente comprensione nei confronti di determinati gruppi di delinquenti e le crescenti esigenze di sicurezza della collettività si lasciano spiegare più chiaramente con riferimento all'estensione della custodia di sicurezza. Disciplinata dal codice penale ma non costituisce una sanzione penale. Ciò significa che il tempo trascorso in custodia di sicurezza non vale come punizione, ma serve esclusivamente alla difesa della collettività nei confronti delle persone pericolose» il principio di colpevolezza non vale (riguardo a queste misure): I soggetti sottoposti alla custodia di sicurezza possono rimanere in carcere tutta la vita a prescindere dalla colpevolezza. T. HORNLE in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.9, p.117

¹¹² «il diritto speciale destinato agli indesiderabili, ai nemici che la politica mira ad escludere dalla sfera della cittadinanza, non si limita solo alla pena ed alle sue modalità esecutive. Al contrario si riflette sulle indagini, sul processo e sulle misure limitative della libertà ante-delictum; quelle misure di polizia che prescindono dalla commissione di reati e che mirano alla sorveglianza e al controllo disciplinare e biopolitico di coloro che vengono percepiti come pericolosi per la sicurezza pubblica.» F. RESTA, *Nemici o criminali? Paura o libertà dopo l'11 settembre*, in *quaderni fiorentini*, cit. p.12, p.1766; v. anche G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. p.2, p.36; per un approccio sociologico v. S. PALIDDA, *Polizia e immigrati: un'analisi etnografica*, in *Rassegna Italiana di Sociologia* 1/1999, il Mulino, p.77-144; id. *Polizia postmoderna. Etnografia del nuovo controllo sociale*, Milano, Feltrinelli,

Si pone come un diritto di marca speciale ed eccezionale¹¹³, emanato in una situazione di emergenza (o apparente tale), ma non risponde alle logiche del diritto emergenziale che nasce segnato dalla precarietà della vigenza a tempo determinato ed in ragione di uno specifico evento. La normativa vigente in Italia sembra quasi *eccezionale a tempo indeterminato*, e questa è sicuramente una delle principali cause della perdita di garanzie da parte dei soggetti colpiti dai provvedimenti presi in occasione del controllo sulle frontiere, o anche successivamente all'ingresso. A tempo indeterminato è fisiologicamente anche il concetto di pericolosità sociale, sotteso alle misure di prevenzione, che nascono senza una fine, poiché la loro vigenza è determinata dalla sussistenza dello stato di pericolosità, che può durare anche per sempre¹¹⁴. Quindi non stupisce il fortissimo aumento di misure correlate a presupposti *praeter-delictum*, che potrebbero portare ad esempio alla detenzione a tempo indeterminato, prescindendo in modo radicale da un accertamento sulla colpevolezza.

Non si può prescindere nella presente analisi, dall'osservazione dell'attuale momento storico con occhio critico: in Italia, le normative penali in tema di immigrazione sono state ampiamente utilizzate come strumenti di accaparramento di consenso politico-elettorale¹¹⁵, che hanno portato all'infelice risultato dell'attuazione di politiche lesive non solo per la vita dei migranti ma anche per quella di tutti i cittadini.

interzone, 2000; id. *Devianza e criminalità tra gli immigrati: ipotesi per una ricerca sociologica*, in *Inchiesta*, 1994, p. 25-40

¹¹³ In una prospettiva di rifiuto di disciplinare giuridicamente gli stati di eccezione Ferrajoli afferma che «la cultura dell'emergenza e la pratica dell'eccezione, ancor prima delle trasformazioni legislative, sono responsabili di un'involuzione del nostro ordinamento punitivo, che si è espressa nella riedizione, in panni ammodernati, di vecchi schemi sostanzialistici propri della tradizione penale premoderna, nonché nella recezione nell'attività giudiziaria, di tecniche inquisitorie e metodi di intervento che sono tipici dell'attività di polizia. Alterazione della fonte di legittimazione, nell'accettazione dell'eccezione come giustificazione della rottura delle regole del gioco poste a fondamento del diritto penale in uno stato che voglia definirsi di diritto» *Sarebbe un non diritto perché la necessità non ha legge*. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 16, p. 844; v. anche G. RICCIO, *politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli-Salerno, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p.72

¹¹⁴ «Pericolosità, è ciò che fonda le misure di sicurezza, potrebbe non spegnersi e quindi determinare la necessità di protrarre la misura anche per tutto l'arco della vita di un soggetto. La misura di sicurezza, è potenzialmente indeterminata, cessa solo con il cessare della pericolosità» T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit. p.17

¹¹⁵ «Il diritto è politica: esso risponde alle istanze di formalizzazione provenienti dalla politica. Altro è l'uso politico del diritto, cioè il ricorso a pur sempre in agguato strumentalizzazioni del dato normativo per finalità meramente politiche.» A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. Pen. Proc.* 4/2017, p.522; sul tema v. anche L. MIAZZI, *Detriti di una legislazione cosa resta della normativa sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 5/2013, p.129 che vede le leggi sull'immigrazione come strumento di propaganda politica ovvero: il governo della paura «nel mondo del diritto non esiste la paura, non troverete la parola paura nel codice penale e nella legislazione speciale in alcun articolo. Il suo

Come insegna lo studio della storia e del paradigma ideale teorizzato da Günther Jakobs, il diritto penale del nemico si concretizza quando nel sentire comune vi è una forte preoccupazione per la vigenza del diritto penale del cittadino, ma non c'è una netta distinzione tra colui che è cittadino e colui che non lo è. Negli ultimi tempi, infatti, in nome e sotto l'egida di un'indefinita prerogativa di sicurezza, si sono andate affermando prassi giudiziarie non rispettose dei principi costituzionali di legalità e di giurisdizionalità, basate su normative spesso eccezionali e precarie, nelle mani delle autorità amministrative e poliziesche piuttosto che in quelle, più garantiste della magistratura. Si assiste certamente all'emergere di questa, più volte citata, domanda di sicurezza, che dà luogo a politiche migratorie eccessivamente afflittive ed inefficaci, che non fanno altro che svelare ulteriormente la distanza tra la legislazione e la realtà. Le azioni di repressione messe in atto da vari tipi di agenzie istituzionali, sono più attribuibili alla sfera del diritto penale simbolico e del punitivismo, piuttosto che di un diritto criminale che attua una politica repressiva informata al rispetto dei principi e delle garanzie fondamentali, ad esempio la disciplina degli *hotspot*, istituita con la legge n. 563 del 1995¹¹⁶ che pur essendo nata come disposizione, emanata in condizioni di straordinaria necessità ed urgenza, «non è mai stata effettivamente normata, dando dunque vita ad un sistema privo di garanzie da un punto di vista sostanziale prima che procedimentale e processuale»¹¹⁷.

contrario in diritto non è la speranza ma la sicurezza.»; per l'impatto dei flussi migratori sui comportamenti elettorali dei nativi nei confronti di coalizioni che propongono gradi diversi di restrizione con riguardo all'immigrazione v. anche G. BARONE, A. D'IGNAZIO, G. DE BLASIO e P. NATICCHIONI, *Immigrazione e preferenze politiche degli elettori*, 26 settembre 2014, in www.lavoce.info

¹¹⁶ La cd "*Legge Puglia*" creò sotto forma di legge emergenziale, il primo embrione degli attuali Centri di accoglienza, decretando l'apertura, per gli anni 1995, 1996, 1997, di strutture ricettive lungo la frontiera marittima pugliese per far fronte alle esigenze di prima accoglienza e soccorso degli stranieri sbarcati sulle coste italiane. La legge, riferendosi anche alle esigenze di contrasto dell'"immigrazione clandestina", sembrava implicare la creazione di strutture chiuse, dalle quali lo straniero accolto non sarebbe potuto uscire a piacimento. In Centro di documentazione, da www.osservatoriomigranti.org

¹¹⁷ L. TRUCCO, intervento nella lezione "*La politica europea sulle migrazioni, il ruolo dell'Italia nell'agenda europea per la migrazione*" 24 maggio 2017, in "Dritti e Rovesci" corso di formazione centro Astalli- JRS, Roma.; v. anche MAGISTRATURA DEMOCRATICA – GIURISTI DEMOCRATICI – ASGI, *Osservazioni sul decreto legge n. 489/1995 e politica dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 4/1995, p.990; v. anche G. PALOMBARINI, *il CSM sul decreto Dini in tema di immigrazione extracomunitaria (parere 7 febbraio 1996 del CSM)*, in *Quest. Giust.* 1/1996, p.203; v. anche L. SCOMPARIN, *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedimentali*, cit. p. 12, «La seconda nuova regola introdotta dalla riforma in esame riguarda l'eliminazione della possibilità di proporre appello contro il provvedimento del Tribunale distrettuale e dunque la soppressione del secondo grado di giudizio in materia, con conseguente concentrazione dei ricorsi in sede di cassazione. Il tema della mancata previsione di un gravame di merito contro il decreto del Tribunale non va letto in sé, per non incagliarsi in inutili disquisizioni sulla non generale obbligatorietà del doppio grado di giudizio nel nostro sistema,

Inoltre, è sempre più evidente l'anticipazione della soglia di punibilità, e l'impronta soggettivistica di molte figure delittuose, basta guardare al modo in cui determinati soggetti vengono detenuti all'interno di appositi centri, in ragione di *ciò che essi sono e che potrebbero fare*, e non in ragione di ciò che hanno fatto. Secondo le leggi vigenti, questo è un atto legittimo e legale, come legittima e legale finisce per essere il mettere in atto la deprivatione dei diritti di quegli stessi soggetti tramite l'istituzione di uno status giuridico differenziato. In *nuce* a questa categorizzazione vediamo ancora una volta una tipizzazione dell'autore che porta alla spersonalizzazione. Direbbe Calvi: «nell'ambito di un sistema criminologico affiora il delinquente-tipo, ogniqualvolta il positivo riscontro empirico d'una caratteristica soggettiva, omogenea sul piano d'una classificazione, permetta di ricondurre l'individualità umana ad una particolare categoria di autori, effettivi o anche solo potenziali, di comportamenti antisociali»¹¹⁸. Il tratto caratterizzante che può orientare il nostro sguardo attraverso la lente del diritto penale del nemico, è questa estremizzata impronta soggettivista, che impedisce di inquadrare la vigente normativa criminale in tema di immigrazione, nella categoria della semplice colpevolezza. Quest'ultima analizza i pericoli in maniera neutra, tecnocratica e priva di biasimo, mentre nella teorica di Jakobs, si assiste ad una «costruzione della categoria di *rappresentanti umani del male*, qualifica ben più grave dell'essere semplicemente colpevoli, dando vita ad una forma di incriminazione che approda alla *demonizzazione*»¹¹⁹. Ad ultimo si aggiunge la recente riforma, di cui si

quanto in stretto collegamento con la possibilità di rinunciare ove le garanzie processuali nell'unico grado di giudizio di merito risultino particolarmente contratte come quelle fin qui descritte e, in particolare, quando i principali elementi di fatto su cui il Tribunale è chiamato a decidere non si basino su un contraddittorio pieno e su un contatto diretto tra richiedente e giudice. Il problema della mancata previsione di un gravame di merito va poi letto anche in raffronto con altri contesti in cui l'oggetto del giudizio è certamente meno rilevante (come nella stragrande maggioranza delle controversie civili) ma risulta in ogni caso previsto: il quadro che ne deriva sembra allora caratterizzato da una irragionevolezza complessiva difficilmente giustificabile. Resta il timore che la Cassazione possa essere in futuro chiamata a pronunciarsi in quest'ambito – sia pure impropriamente e certo con scarso successo per i ricorrenti – su vizi motivazionali che nascondono in realtà elementi diversi da meri *errores in procedendo* o violazioni di legge. Se si tratti di timori infondati potrà dirsi solo all'esito di un periodo applicativo della nuova legge che in questo specifico ambito, come altrove, andrà attentamente monitorato»

¹¹⁸ A.A. CALVI, *Tipo criminologico e Tipo normativo d'autore. La tipologia soggettiva della legislazione italiana, tipologia soggettiva e politica criminale*, Padova, Cedam, 1967, p.50; v. anche M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit. p.13

¹¹⁹ M. CANCIO MELIA in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p. 93

darà conto nel prosieguo della trattazione¹²⁰, che elimina per intere categorie di persone svariate garanzie processuali, ponendoci di fronte alla sensazione che sia «la prima volta, nella storia della Repubblica, che viene affermato così chiaramente che alcune persone hanno diritti ed altre no»¹²¹. Accade in momenti di crisi che la bilancia tra garanzia e sicurezza si inclini palesemente a favore della sicurezza e sono proprio questi i momenti in cui bisogna tenere fermi i punti cardine, le garanzie fondamentali, uniche in grado di orientare la nave anche con il timone alla deriva. Muñoz Conde, ci pone delle domande, alle quali si cercherà di rispondere nel corso della trattazione, la prima di tipo concettuale «chi definisce il nemico, e come lo si definisce?», la seconda riguardante il quadro di riferimento «è compatibile con lo stato di diritto e con il riconoscimento a tutti, senza eccezioni, dei diritti umani fondamentali?»¹²²

6. Soggettivismo e diritto penale del tipo d'autore fanno male al diritto

Anche la longeva discussione sul binomio oggettivismo-soggettivismo affonda le radici nel sostrato storico-giuridico tedesco. Il primo, inteso come il diritto penale del fatto, designa l'orientamento che pone l'accento e assegna il rango primario al fattore oggettivo, scorgendo il fondamento della pena nella realizzazione del fatto, quintessenza dell'offesa ai beni penalmente protetti, assegnando al principio di

¹²⁰ Decreto-Legge 17 febbraio 2017, n. 13, *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*. Convertito con modificazioni dalla L. 13 aprile 2017, n. 46, pubblicata in G.U. 18/04/2017, n. 90. In www.normattiva.it; U. NAZZARO, *I decreti "immigrazione" e "sicurezza" del 2017: considerazioni critiche*, in Riv. Pen. 7-8/2017, p.599 «il sentimento di disagio collettivo rappresenta, infatti, la formale fonte di legittimazione, perlomeno alla luce di intenti meramente declaratori, del duplice provvedimento del legislatore del 2017, punti d'approdo di due percorsi paralleli, che non mancano di presentare, tuttavia, continui elementi di contatto. Il lungo iter attraverso il quale si articolano le politiche securitarie, scandito da cicli di "pacchetti sicurezza", vive per ora un ultimo atto, nel D.l. 20 febbraio 2017, nn. 13 e14; entrambi i provvedimenti sottendono logiche autoritarie, che si esprimono attraverso due piani paralleli, quello del contrasto all'immigrazione clandestina, e quello dell'esasperazione del concetto di "sicurezza urbana"»

¹²¹ L. TRUCCO, intervento nella lezione *“La politica europea sulle migrazioni, il ruolo dell'Italia nell'agenda europea per la migrazione”*, cit. p.19.

¹²² «ci si chiede se l'idea del diritto penale del nemico, teoricamente fondata su una particolare concezione dell'effettività dell'ordine giuridico, abbia preso corpo in concreti sviluppi dei sistemi penali chiamati a confrontarsi con sfide nuove, che a volte mettono radicalmente in discussione la "fedeltà" all'ordinamento. Producendo un'incrinatura che tocca i diritti fondamentali dell'uomo» D. PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p.3, p.233.; v. anche F. MUÑOZ CONDE in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p.135

colpevolezza - dolo, colpa, assenza di scriminanti, errore sulla legge penale, imputabilità - il ruolo di limite alla rilevanza dei fatti offensivi dei beni giuridici¹²³.

Il soggettivismo si presenta invece come una tendenza che può prestarsi ad una duplice interpretazione, ora nel significato di *interiore*, come rappresentazione e volizione del fatto, ora nel significato di *personale*, come «diritto penale d'autore»¹²⁴ riferito cioè al modo di essere del soggetto: come soggetto pericoloso ovvero come nemico della società e dello Stato.

Autore è chi impersona una figura criminologica ovvero una figura c.d. normativa, comune a entrambe le figure è l'additare il fondamento della pena non in «quel che uno fa», bensì in «quel che uno è»¹²⁵. Tale tipizzazione non si lascia intendere naturalisticamente, bensì sul piano dei rapporti tra individuo e comunità o Stato: l'illecito penale come espressione della «crisi della coscienza civica dell'agente, caduta del suo atteggiamento interiore verso la comunità, assenza di fedeltà e di onore del suo atteggiamento interiore, *nemico del popolo e dello Stato*», come affermato da Mezger in relazione agli *estranei alla comunità*¹²⁶. Questa concezione, se radicalizzata, porta ad intendere il reato come la manifestazione fenomenica di una

¹²³ «un principio basilare del garantismo penale è il principio dell'inderogabilità del fatto, espresso dal brocardo *nulla poena sine crimine*, in forza del quale non si può essere puniti per ciò che si è, ma solo per ciò che si fa. Possono essere puniti in forza del principio di offensività e insieme di stretta legalità, soltanto comportamenti lesivi, e mai identità o condizioni personali, non essendo ammesse identità di per sé lesive o illecite, o a-normali, o devianti o aliene, come variamente presuppongono le diverse antropologie della disuguaglianza. Si tratta di una garanzia elementare del principio di uguaglianza e delle libertà fondamentali» L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit. p.2, p.121; v. anche A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008; v. anche B. PEZZINI, *lo statuto costituzionale del non cittadino una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali*, intervento nel convegno tenutosi a Cagliari 16-17 ottobre 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti

¹²⁴ *Täterstrafrecht*= dottrina del tipo d'autore, A.A. CALVI, *Tipo criminologico e Tipo normativo d'autore*, cit. p.20, p.17ss.

¹²⁵ *Täterschuld*= colpa per il modo di essere: il delinquente va punito non perché ha rubato, bensì perché è un ladro. G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit. p.7, p.75ss.; v. anche F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, cit. p.7, p. 537ss. «La più temibile crisi del sistema penalistico è relativa non solo alla punizione di un comportamento *ante-delictum*, ma addirittura di una mera appartenenza ad una specifica categoria nemicale, indipendentemente dallo svolgimento o meno di un'attività illecita. Infatti, uno dei rischi maggiori è la sussistenza della responsabilità penale, in quanto «quando la pena è un puro mezzo di eliminazione del nemico in ragione della sua appartenenza identitaria a una determinata categoria, è negata in radice l'idea stessa di responsabilità. La quale presuppone invece l'esistenza, bensì, di un conflitto di volontà e di interessi realizzatosi nella violazione, ma anche e soprattutto l'idea di mantenere questo conflitto all'interno di un orizzonte comune in cui sia virtualmente possibile e auspicato il realizzare il coordinamento della volontà e degli interessi»

¹²⁶ F. MUÑOZ CONDE in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p. 132ss, citando Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, III edizione, Valencia 2002.

realtà ben più profonda, e muovendo da questa premessa un soggetto sarà ladro ancora prima di aver rubato.

Il modello del diritto penale dell'autore considera il reato come il sintomo di un modo di essere, come episodio rivelatore della personalità, e ripropone il dibattito in termini di concezioni soggettivistiche(sintomatiche) ed oggettivistiche(realistiche)¹²⁷. Ancor più difficile è ricondurre ad un tipo del fatto o dell'autore, le varie fattispecie criminose che interessano il diritto penale dell'immigrazione, disciplina che si interseca inscindibilmente con altri rami della scienza giuridica, come il diritto amministrativo, e quello internazionale, proprio a causa di ciò, il presente lavoro sarà solo un timido tentativo di riordino di varie fattispecie altamente eterogenee.

Una siffatta attribuzione quasi genetica di colpevolezza, scavalca i principi di legalità (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e di materialità (*cogitatio inis poenam nemo patitur*)¹²⁸ ed attribuisce il potere di incriminare alla realtà fenomenica, che non appresta alcun tipo di garanzia al soggetto¹²⁹, uscendo completamente dal seminato dello Stato di diritto.

Queste concezioni affondano le radici in impostazioni di stampo prima psicologico, poi moralistico, ed esulano dal positivismo, alla base invece del nostro dettato costituzionale, che attraverso l'affermazione dei succitati principi di legalità e materialità, ha imposto un divieto assoluto di incriminare atteggiamenti meramente interni o psicologici, non tradottisi in alcunché di materiale. Il sostrato storico giuridico italiano suscita infatti, un altro fenomeno tipologico nell'affrontare l'analisi del

¹²⁷ G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit. p.7, p. 76.; v. anche R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, in RIDPP 4/2012, p. 1425

¹²⁸ Art. 1 c.p. "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite." Art. 25, comma II, Cost. "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso."

¹²⁹ «Se il diritto penale 'del cittadino' è un diritto penale del fatto, orientato al principio di colpevolezza, il diritto penale 'del nemico' sembra piuttosto un diritto penale d'autore, orientato all'idea della neutralizzazione della pericolosità individuale dell'autore. Il che finisce per ripercuotersi sulla stessa teleologia della sanzione penale, che secondo Jakobs, sarebbe qui spogliata di ogni contenuto rieducativo stante la radicale non "risocializzabilità" dei suoi destinatari.» F. VIGANÒ, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale. tra 'diritto penale del nemico' e legittimi bilanciamenti*, in Studi Urbinati A, vol.58, n.4, 2007, in www.ojs.uniurb.it p.337; v. anche F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in RIDPP 2006, p. 648; v. anche F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, cit. p.7, p. 537 «Il concetto di prevenzione viene concepito come uno strumento giustificativo per fronteggiare un *modus vivendi*, ovvero una personalità sintomatica di un potenziale atteggiamento criminoso, che però è sempre dimostrato e accertato, al contrario della funzione neutralizzante, che presuppone uno scopo drastico, ovvero l'eliminazione del nemico, andando a inficiare la scienza penalistica di connotati prettamente punitivi.»

soggettivismo e dell'oggettivismo, a seguito dell'affermarsi del pensiero liberale, che ha portato alla secolarizzazione del diritto penale. Artefice primo Cesare Beccaria¹³⁰, che tagliò con un colpo netto il nodo che univa da sempre peccato e delitto: allo Stato spettava soltanto il compito di valutare il danno arrecato alla Società. Siamo nella metà del '700, ed in Italia trionfa l'oggettivismo, e quindi il diritto penale del fatto.

Osservando da questa prospettiva la teoria del diritto penale del nemico, ci si rende conto di come il soggettivismo, addotto da Jakobs, come uno dei caratteri fondamentali di quel binario del diritto criminale parallelo al diritto del cittadino, porti lo stampo di una scelta etica, piuttosto che normativa, non accettabile alla luce di uno stato di diritto. La tipizzazione per tipi d'autore, rinvenibile nel procedimento di spersonalizzazione attuato con la teorizzazione della figura del nemico, deve fare i conti necessariamente con il principio di materialità e di offensività.

La dottrina italiana, a differenza di quella tedesca non ha mai avuto propensione per il *Täterstrafrecht*, ancorata a «concezioni realistiche dell'illecito»¹³¹. Il pensiero liberale informò l'elaborazione dei codici del 1889 e del 1930, ma chiaramente, il sugello finale a questo stampo oggettivista, venne dato nel 1948, dall'affermazione a livello costituzionale del principio di necessaria offensività¹³², *nullum crimen, nulla necessitatis, sine iniuria*¹³³. Questa concezione subì nel tempo vari "assalti", causati principalmente da fattori esterni, socio-culturali, necessariamente contingenti, come sappiamo il diritto è una scienza viva, che dovrebbe essere in grado di riflettere i cambiamenti della società, soprattutto nei suoi momenti di profonda riforma, che portarono all'affermazione in taluni settori di un vero e proprio diritto penale dell'autore, «connotato dall'esplicita funzione di governo di individui e classi

¹³⁰ C. BECCARIA, *dei delitti e delle pene*, (prima pubblicazione 1764), Milano, Feltrinelli editore, 1991

¹³¹ G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit. p.7, p.77.

¹³² M. DONINI, *il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 settembre 2013, ed 4/2013, p.7. "i diritti fondamentali devono essere tutelati e, quando necessario, anche penalmente. E se è necessaria la tutela penale, allora essa deve avvenire nella forma della tutela dei beni"

¹³³ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit. p.2, p.24; v. anche «Il principio enunciato nell'articolo 25, comma secondo della Costituzione Repubblicana, si pone come garanzia per il consociato avverso l'incriminazione di fatti materiali che seppur corrispondenti ad una data fattispecie criminosa, non risultino concretamente offensivi dell'interesse giuridico tutelato dalla norma penale» M. TRAPANI, A. MASSARO, *Temi penali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, cap. 3 a cura di G. PANUCCI, p. 64

pericolose, sviluppando un'ampia sfera di istituti dallo spiccato carattere poliziesco-disciplinare»¹³⁴

L'esponenziale aumento della criminalità, che ebbe inizio durante l'Ottocento, in seguito all'occupazione francese e dopo l'Unità d'Italia, portò all'elaborazione di teorie non così dissimili dalla concezione soggettivista del diritto penale. L'antropologia criminale¹³⁵ si pose come terreno fertile a tutte quelle teorie che analizzano i fenomeni criminali, ponendo a margine le fattualità concrete, per centralizzare l'incriminazione su fattori interiori o fisici del soggetto. Queste teorie hanno da sempre portato con sé un «formidabile fascino»¹³⁶, perché sono in grado di interpretare i sentimenti di paura che percorrono la società in un dato periodo storico, e dar loro un sostrato teorico, è chiaro che portate all'estremo, le conseguenze non sarebbero più misurabili in termini di diritto, ma quasi di superstizione.¹³⁷ Nelle regole operazionali vediamo la solita distanza tra dottrina e prassi, e come, di fronte ad un formale rifiuto del *täterstrafrecht* da parte della prima, segua invece un'utilizzazione pratica di questa figura del tipo d'autore, da parte della seconda, non già in *bonam partem*, per restringere la portata delle fattispecie incriminatrici, bensì in *malam partem*, per estenderla¹³⁸.

¹³⁴ G. CAMPESI, *Il controllo delle «nuove classi pericolose»: sottosistema penale di polizia e immigrati*, cit. p.9, p.155ss; v. anche l'attività preventiva della polizia è chiamata a gestire la complessa relazione tra sicurezza e pericolo, ed esprime la capacità dello stato di farsi carico del pericolo, non potendo agire solamente in via repressiva tramite l'applicazione della legge penale, tanto più che spesso questa azione non risulta neppure efficiente per contrastare certi tipi di fenomeni. G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza*, Verona, Ombre Corte, 2009, p. 225

¹³⁵ La corrente culturale che trova il suo fondatore in Cesare Lombroso veicolò una particolare teoria in base alla quale per comprendere l'uomo criminale si dovesse «separarlo dall'uomo normale», dando a questa separazione una base di *atavismo biologico*, affermando cioè che «il criminale nasce criminale». Per approfondire v. C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente. Antropologia, giurisprudenza, discipline carcerarie*, vol. I, Torino, Fratelli Bocca Editore, 1896.

¹³⁶ E. CICONTE, *Storia criminale. La resistibile ascesa di mafia, 'ndrangheta e camorra dall'Ottocento ai giorni nostri*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2008, p.94ss. «l'analisi dei fenomeni criminali e di quelli mafiosi veniva spostata su un terreno che escludeva o metteva ai margini le cause economiche e sociali, la concreta vicenda storica di quelle terre e delle classi dirigenti che avevano esercitato il predominio per relegare tutto alla misurazione del cranio, al controllo del peso corporeo, alla razza, all'osservazione del volto, dello sguardo, della fisionomia per catturare gli indizi che potessero individuare di primo acchitto un criminale in atto o potenziale. Questa teoria venne a collocarsi in un periodo storico nel quale, non riuscendo a dare una lettura soddisfacente del fenomeno mafioso, molti avevano cominciato a ripiegare nella facile e consolatoria conclusione che a determinarne le radici erano state le condizioni climatiche, l'abitudine al bere, l'inferiorità razziale dei meridionali»

¹³⁷ Nell'analisi di Calvi il cd. «delinquente-nato» lombrosiano, si riduce in realtà ad una qualsiasi tra le figure tipologico-soggettive. Il sostrato naturale di questa teoria è quello dei *reati abituali*, fortemente caratterizzati dalla reiterazione da parte del soggetto agente. A.A. CALVI, *Tipo criminologico e Tipo normativo d'autore*, cit. p.20, p.29.

¹³⁸ G. LICCI, *Figure del diritto penale*, cit. p.7, p. 77ss.

Inoltre l'analisi di Jakobs, e la sua teorizzazione di questo binario parallelo al *Bürgerstrafrecht* (diritto penale del cittadino), porta ad analizzare il concetto di *norma eccezionale*¹³⁹, intesa come quella disposizione capace di derogare alla norma comune, in presenza di determinati presupposti, o per determinati specifici motivi. Occorre tener presente che la questione relativa all'opportunità di misure eccezionali, che formano un ordinamento autonomo rispetto a quello del diritto penale del cittadino, si pone prevalentemente «in termini di politica legislativa»¹⁴⁰, piuttosto che in termini di diritto in senso stretto.

7. "Al lupo! Al lupo!": la legge emergenziale, eccezione che conferma la regola

Il diritto dell'immigrazione, nato come settore ordinario della politica, è stato sospinto nel corso dei secoli, verso quello della giustizia penale, nella sfera delle questioni relative alla sicurezza¹⁴¹, e strumentalizzato, tramite l'utilizzo della retorica-politica, per l'attribuzione al potere esecutivo di «prerogative e poteri eccezionali, che al persistere dell'emergenza, sono andati istituzionalizzandosi, facendo perdere il nesso tra ciò che è diritto ordinario, e ciò che è diritto eccezionale»¹⁴². Abbiamo assistito negli ultimi anni alla creazione di un diritto dell'emergenza¹⁴³, cito letteralmente le parole di Campesi¹⁴⁴ «in cui le ordinarie garanzie giuridiche a tutela della libertà personale, sono sospese di fronte all'esigenza di tutelare la sicurezza della comunità politica, da quella che viene considerata una grave minaccia esistenziale.

¹³⁹ È chiaro che la logica dell'eccezionalità si rifà ad un concetto di specialità, che indica la genetica incapacità di assurgere al rango di norme generali. Ulteriore connotato naturale della norma eccezionale è il suo carattere temporaneo, quindi durata predeterminatamente limitata dalla circostanza che ne ha giustificato l'emanazione.

¹⁴⁰ M. CANCIO MELÀ in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.7, p. 101.

¹⁴¹ Il comma 3 dell'art. 13 cost, stabilendo che «in casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori (...)» apre la strada a quelle ipotesi in cui la suddetta autorità può incidere sulla libertà personale di un soggetto per tempi molto brevi e con l'obbligo della convalida, ipotesi estremamente vive all'interno della materia di cui trattasi T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit. p.17 p. 238.

¹⁴² G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. p.2, p. 21-22.

¹⁴³ Ferrajoli afferma l'incompatibilità tra stato di diritto e stato d'eccezione, identificando quest'ultimo come quello stato in cui il diritto e la morale vengono piegati alla ragione di stato, o politica. «per le teorie della ragion di stato, lo stato è un fine, non fondato che su sé medesimo e fondamento a sua volta dei mezzi giuridici i quali restano indifferenti flessibili, mutevoli e manipolabili ad arbitrio, per quelle dello stato di diritto, lo stato è un mezzo, giustificato dalle sue finalità di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini e a queste vincolato tramite la soggezione di tutti i suoi poteri a regole costituzionali rigide e fondanti» L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 16, p.850; v. anche S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

¹⁴⁴ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. p.2, p. 26ss.

L'eccezionalità della privazione della libertà personale, in via amministrativa, sarebbe in questo caso giustificata dalla logica emergenziale, che ispira le politiche di controllo della frontiera». Inoltre il *processo di securitarizzazione delle migrazioni* e la diffusione del paradigma del diritto penale del nemico, consentono di inquadrare in termini più coerenti con tutta la presente analisi, la questione della presenza degli stranieri sul territorio nazionale. Questi soggetti, che vengono sempre più spesso sottoposti a regimi di sorveglianza speciale, di marca preventiva, non si offrono alle attenzioni delle agenzie istituzionali per la loro pericolosità individuale, ma in quanto membri di un gruppo più ampio, «gli immigrati», il cui ingresso incontrollato nel territorio, può rappresentare una potenziale fonte di problemi, legati a tutta la serie di conseguenze che ne scaturiscono sul piano, sociale, prima che giuridico.

«Constatare che da sempre¹⁴⁵ si è cercato di rispondere con norme eccezionali e con giurisdizioni speciali a situazioni di crisi, in cui erano presenti rischi vitali per l'ordinamento e quindi per la sicurezza pubblica, a prescindere che questi fossero reali o fittizi, così come reali o fittizie hanno finito per essere le istanze giudiziali che sono state manipolate per neutralizzarli. Constatare che da sempre esiste l'abuso del potere punitivo tramite la cultura dell'emergenza e dell'eccezione, è il principale insegnamento che ci viene dalla storia ai fini dell'analisi della questione oggi riemersa con la denominazione diritto penale del nemico»¹⁴⁶ Il diritto penale dell'immigrazione, quindi, vive in quanto eccezione alla regola, ma fino a che punto un'eccezione può essere giustificata?¹⁴⁷ C'è una consapevolezza della portata che le norme eccezionali¹⁴⁸, in quanto tali, dovrebbero avere? Se una questione perde i suoi connotati di emergenza, è possibile continuare a trattarla con norme eccezionali? Una disciplina organica e stabile non avrebbe un doppio effetto benefico, per i destinatari

¹⁴⁵ «gli stereotipi di soggetti pericolosi, che le novelle recenti hanno esaltato, non sono nuovi, sono stereotipi tradizionali, fortemente radicati in un diffuso 'senso comune' politicamente strumentalizzabile» D. PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico*, cit. p.25, p. 239

¹⁴⁶ Ferrajoli vede in tali schemi dell'eccezione un'applicazione del principio antiliberal *«salus rei publicae, suprema lex»* diritto d'emergenza visto come la legge suprema alla quale tutto deve piegarsi, compresi i diritti fondamentali. Questo *modus operandi* porta alla giustificazione nonché alla pericolosa legittimazione di devianze dai principi costituzionali che reggono il nostro ordinamento tutto. D. R. PASTOR in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. DONINI, M. PAPA cit. p.9, p.200

¹⁴⁷ Sul'ultrattività delle normative emergenziali v. C. RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale*, cit. p.21 Ultrattività delle norme emergenziali, p.1098

¹⁴⁸ Efficacia limitata nel tempo e nello spazio

dei provvedimenti, e per la collettività, favorendo anche la certezza del diritto, sia in termini cognitivi che effettivi?

In momenti di crisi, però, si assiste al fenomeno dell'ultrattività delle normative eccezionali, quasi a formare un para-sistema, nel quale è all'interprete che spetta il delicato compito di saggiare di volta in volta la vocazione generale delle singole discipline.¹⁴⁹

Osservando la storia dell'Italia¹⁵⁰, è possibile ricostruire questa tendenza all'emanazione di norme eccezionali e per tipologie di autori, che segna i prodromi di una legislazione speciale di marca eccezionale, con finalità fortemente preventiva, nonché la predisposizione" del diritto penale italiano, verso il *Feindstrafrecht* (=diritto penale del nemico), e quindi ad un uso sempre più frequente e meno garantista, di un diritto penale di marca più poliziesca che giuridica.

La Legge Pica del 1863¹⁵¹ inaugurò l'infausta e deleteria tradizione della legislazione d'emergenza. L'art 1 del regolamento di esecuzione della succitata Legge¹⁵², ne stabilì l'ambito soggettivo di applicazione, tracciando una categoria di potenziali destinatari in cui i tratti soggettivi si perdono ed i singoli tipi si presentano come fortemente interscambiabili. Dunque una specificazione per tipologia di autore, con una notevole

¹⁴⁹ È chiaro che il regime di eccezionalità, legittima, proprio in funzione delle situazioni alle quali deve far fronte, una diminuzione delle garanzie fondamentali, che però non può essere incontrollata, e comunque non può mai portare all'elisione del nucleo duro dei diritti fondamentali.; L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, cit. p.15, p.99 «La ragione giuridica dello stato di diritto, infatti, non conosce nemici ed amici, ma solo colpevoli e innocenti. Non ammette eccezione alle regole se non come fatto extra- o anti-giuridico, dato che le regole - se sono prese sul serio, come regole, e non come semplici tecniche - non possono essere piegate ogni qual volta fa comodo. E nella giurisdizione il fine non giustifica mai i mezzi, dato che i mezzi, ossia le regole e le forme, sono le garanzie di verità e di libertà, e come tali hanno valore per i momenti difficili ben più che per quelli facili; mentre il fine non è già il successo comunque sul nemico, ma la verità processuale raggiunta solo per loro mezzo e pregiudicata dal loro abbandono.»

¹⁵⁰ Fondamentale, G. FABINI, *Migranti e polizia. Tra diritto penale del nemico e regole del disordine*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2011.

¹⁵¹ L. n. 1409 del 15 agosto 1863, *Procedura per la repressione del brigantaggio e dei camorristi nelle province infette*. Questa legge inoltre segna il passaggio delle misure di prevenzione nell'ambito politico, ponendole su un terreno che è diverso dal semplice disagio sociale, ma certamente in stretta correlazione con esso. «La legge si muove su un duplice livello repressivo, quello più propriamente penale, della repressione diretta, e quello indiretto, della repressione anticipata tramite l'utilizzo delle misure di prevenzione, già disponibili nel sistema piemontese, ed ora facenti parte a tutti gli effetti del sistema dell'Italia unita» Da T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit. p. 17, p.199.

¹⁵² Regio Decreto del 25 agosto 1863, n.1424, Regolamento per l'esecuzione dell'art.5 della legge 15 agosto 1863, n. 1409. U. MACULAN, *Indicatore delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia 1861-1938*, ed.XVI, Padova, CEDAM, 1938.

diminuzione delle garanzie sia procedurali che sostanziali¹⁵³, ed un'altissima discrezionalità della pubblica sicurezza. Il piano storico-giuridico di questa epoca è stato fortemente influenzato da questi fenomeni di repressione mirata, al punto da farci dubitare ancora oggi di quanto questa ferita arrecata alle cd «province infette»¹⁵⁴ sia rimarginata.

Ulteriore conseguenza di questa disambiguazione tra legge penale, ed attività amministrativa, è il restringimento dei poteri della polizia, ma più che attenuarne la portata, questo restringimento, ne provocò una concentrazione nei confronti di determinate categorie di soggetti. Dunque venne creata la nozione di *classi sociali pericolose*¹⁵⁵, che la polizia si prese carico di governare, tramite il dispiegamento di ampi poteri di controllo, spesso, altamente invasivi della vita privata di queste persone. Si viene così a delineare un sistema che esercita una forte pressione, ed un forte controllo sulle più diffuse forme di marginalità ed esclusione sociale, poiché le categorie oggetto di questo controllo special-preventivo, non sono ritenute per le loro caratteristiche personali (tra cui ruolo centrale occupa lo stile di vita) meritevoli dei riguardi garantisti, essendo sufficiente ed efficiente la discrezione della polizia.¹⁵⁶

A seguito dell'unità d'Italia, il provvedimento che per primo tentò il riordino di questa materia fu la “Legge Lanza” del 1865¹⁵⁷, a soli tre anni di distanza dalla legge Pica, peraltro ancora vigente in regime di proroga, della quale interessa particolarmente, ai fini della presente analisi, l'*allegato B*, portatore della *legge sulla sicurezza pubblica*,

¹⁵³ Ci riferiamo all'inserimento del *domicilio coatto in forma diretta*, cioè quel procedimento che prescindeva dalla previa ammonizione, e dunque metteva tali soggetti in una situazione di radicale carenza di garanzie giurisdizionali). Il domicilio coatto era una situazione “paradetentiva” formalmente, perché l'individuo rimane libero, ma sotto sorveglianza. Art. 12 regolamento di esecuzione della legge Pica: sorveglianza affidata alla pubblica sicurezza, le garanzie per il soggetto, ferme a livello minimo, si concretizzavano in tre atti unilaterali recettizi da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Il primo era la diffida della sorveglianza, il secondo era l'ammonizione a procacciarsi utile e stabile occupazione, e per finire, un termine di dieci giorni entro il quale comunicare l'occupazione a cui darsi e la località di domicilio scelta.

¹⁵⁴ T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit. p. 17, p. 200ss.

¹⁵⁵ G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza*, cit. p.29 p.59 e 220

¹⁵⁶ Il XIX secolo è caratterizzato infatti dalle *leggi di pubblica sicurezza*, che legittimano l'attività preventiva della polizia, chiamata a gestire la complessa relazione tra sicurezza e pericolo, ed esprime, inoltre, la capacità dello Stato di farsi carico del pericolo, non potendo agire solamente in via repressiva tramite l'applicazione della legge penale. Le misure di polizia, infatti, agiscono in un ambito operativo libero dalle pastoie dei principi di garanzia e di libertà del cittadino.

¹⁵⁷ Legge del 20 marzo 1865, n. 2248, *legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, U. MACULAN, *Indicatore delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia 1861-1938*, ed.XVI, Padova, CEDAM, 1938.; Il sistema di controllo preventivo su di essi si basava essenzialmente sulla triade, ammonizione, sorveglianza speciale, divieto di soggiorno e come *extrema ratio* il domicilio coatto, il tutto nelle mani dell'autorità di pubblica sicurezza che era il giudice mandamentale.

che si presentava in modo naturale come una legge di polizia, con l'innovazione sul versante degli oziosi e vagabondi. Si assiste con questa normativa, ad un altissimo numero di abusi legittimati e ad una quasi completa assenza di garanzie processuali per i soggetti destinatari di tali misure, potendosi basare la dichiarazione anche solo su mere voci di notorietà, senza necessitare dunque un'espressa denuncia, ponendosi l'onere della prova contraria a carico del soggetto presunto ozioso o vagabondo, fino ad arrivare all'esonero per il giudice dagli accertamenti, laddove si rivelassero troppo difficili¹⁵⁸. Dunque ad uno sguardo complessivo, nel sistema penale dell'Italia neo-unita, protagonista affianco al diritto penale vero e proprio, è l'attività di polizia, che potrebbe riportare con la mente a quel sistema autonomo e parallelo che corre vicino al diritto penale del cittadino. Evidente infatti una doppia filiera punitiva, a seconda del tipo di autore: da un lato il potere della polizia di imporre prescrizioni, realizzando una perseguibilità penale in via indiretta, che agisce con *funzioni para-giudiziarie* quando è chiamata ad emanare provvedimenti che incidono direttamente sulla libertà individuale dei soggetti colpiti; dall'altro la magistratura, con *funzioni para-poliziesche*, nel momento in cui viene chiamata a pronunzie che si fondano non su un accertamento di un fatto di reato, ma bensì su di un carattere peculiare del soggetto.¹⁵⁹ L'ultima grande riforma dello Stato liberale, avvenne sotto l'egida del governo Crispi, e portò all'emanazione del Codice Zanardelli, e della legge di pubblica sicurezza n. 6144¹⁶⁰. Nel Codice del 1889 le figure di sospetto dell'ozioso e del vagabondo non furono riproposte.¹⁶¹

Con l'avvento del Regime fascista il sistema di prevenzione personale assunse una centralità mai vista prima. Un'indiscriminata applicazione delle misure di polizia¹⁶², non solo *ante* ma *praeter factum*, di competenza dell'autorità amministrativa. Le

¹⁵⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit. p. 17, p.203ss.

¹⁵⁹ Il settore penal-poliziesco, opera su di una vasta gamma di soggetti, che ha la capacità di ampliarsi a dismisura, in quanto basata su concetti estremamente effimeri, quale la *fama pubblica*, che sappiamo essere un mezzo duttile in grado di «materializzare tutto quello che da essa si vuole trarre T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit. p. 17, p. 210ss.

¹⁶⁰ emanata con regio decreto del 30 giugno 1889

¹⁶¹ Malgrado la modifica in senso garantista, queste misure non vennero eliminate dall'ordinamento, semplicemente furono «affidate a qualcuno che facesse il lavoro sporco che il diritto penale non era più disposto ad assumere», con questa rottura, causata dall'avvento del sistema liberale, si spezza la commistione tra diritto penale e diritto criminale, ed il secondo viene trasferito quasi interamente nella competenza del diritto amministrativo. La situazione, fu di evidente conflitto tra le due distinte istanze, l'una di difesa sociale, l'altra di tutela della libertà personale.

¹⁶² G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza*, cit. p.29, p.221ss.

manifestazioni più evidenti sono il generalizzato uso politico che si fa di queste misure, che perdono la natura eccezionale e transitoria, per assumerne una ordinaria con portata generale. Con l'elaborazione della nozione di *abitudine*¹⁶³, vicino a quella di pericolosità si rinforzò il fondamento dell'incriminazione sulla base del sospetto. Alla caduta del regime si rivelò la cronica incapacità del sistema di fare a meno delle misure preventive, ormai quasi esplicitamente informate ad una logica dell'*eccezione generalizzata*.

L'avvento della Repubblica del 1946, e della Carta Costituzionale a due anni di distanza, non segnò un grande cambiamento sotto il profilo di queste misure, che conservarono intatti i loro caratteri fortemente antiliberali, di cui le correnti dottrinarie maggiormente garantiste, erano a conoscenza. Le leggi di portata generale infatti non fecero altro che rivedere l'intera disciplina per adeguarla ai principi della Costituzione, affiancate da leggi speciali, che introducevano istituti e misure difficilmente legittime, ma giustificate in via eccezionale dal bisogno di attribuire maggiore efficacia all'intervento preventivo in situazioni ad hoc, ed utilizzando il binario amministrativo, come quel «buio sotterraneo» in cui difficilmente entra la luce delle garanzie fondamentali ed alla stregua di situazioni emergenziali, tutto può essere giustificato. L'entrata in vigore della l. n. 1423 del 1956¹⁶⁴, non contribuì a placare le polemiche dottrinarie. Da un lato si portava come bandiera il «*Diritto alla Sicurezza*», di eco Hobbesiano¹⁶⁵, in cui le misure di prevenzione, applicate dal questore, garantivano la comunità statale contro i pericoli rappresentati dalla condotta di persone sospettate di essere proclivi a delinquere, o comunque devianti in punto di comportamento. Dall'altro lato, si considerava l'esigenza simmetricamente opposta, la «*Sicurezza dei Diritti*», proprio perché, ed alla luce delle garanzie costituzionali questo era più evidente, attraverso l'applicazione di tali misure, si andava ad incidere sulla

¹⁶³ Istituto riguardo al quale non si può aver dubbi sulla modalità di configurazione del tipo criminologico, il delinquente abituale viene affidato alla circostanza che il soggetto abbia nel corso del tempo collezionato una serie di condanne. Questa nozione, inoltre colorò in termini ancor più soggettivisti il meccanismo penale, basandosi il concetto di abitudine, sull'opinione di cui il soggetto in questione gode all'interno della società. Anche la nozione di pericolosità venne rinforzata, diventando un'aggravante, quindi un presupposto legittimante l'applicazione anche delle misure di sicurezza.

¹⁶⁴ Legge 27 dicembre 1956, n. 1423, *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*, pubblicata in G.U. n.327 del 31-12-1956. In www.normattiva.it

¹⁶⁵ Hobbes distingue tra il cittadino che delinque e il reo di alto tradimento, il primo viene condannato secondo la legge emanata il secondo viene combattuto come nemico, la ragione di questa diffidenza è in punto di lesività della condotta, il primo cerca un singolo vantaggio, il secondo, si ribella al sistema, al potere concreto. T. HOBBS, *Leviathan*, La nuova Italia, Firenze 1987

delicatissima materia della libertà personale¹⁶⁶. Il consolidarsi del sistema di controllo sulla popolazione, attraverso l'attività di polizia e le misure di prevenzione, aveva portato all'affermazione del «diritto di escludere»¹⁶⁷ degli Stati, coloro che potevano essere ritenuti portatori di rischi, quindi potenziali fonti di problemi che lo Stato stesso doveva cercare di governare. Quest'ultimo argomento, si accosta in modo quasi naturale alla tematica qui trattata con riguardo al diritto penale dell'immigrazione ed alla condizione dello straniero irregolare, in particolare, poiché, come si può osservare, è spesso in questa logica di *necessaria protezione dell'ordine pubblico* che vengono emanate le misure più disparate, non coperte da garanzie costituzionali in senso stretto e lesive della sfera di libertà personale dei soggetti interessati da tali provvedimenti.¹⁶⁸

8. Da grandi poteri possono derivare grandi responsabilità, ma anche grandi abusi

Il dibattito¹⁶⁹ circa la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione si sviluppò fortemente all'inizio degli anni 70', dove la dottrina profuse un notevole sforzo nella ricerca degli ancoraggi costituzionali di tale sistema. I suddetti ancoraggi, furono rintracciati in tre disposizioni fondamentali.

La prima è l'articolo 16 della Costituzione con riferimento alla libertà di movimento, ed alle sue «*limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza*». Tenendo presente che le misure di sicurezza operano con riferimento ad una *fonte di pericolo*, nel caso in cui siano predisposte in via generale, tale fonte sarà collocabile nello spazio, quindi su base oggettiva ed esterna al singolo, il che non solleva particolari questioni. Laddove invece le limitazioni siano poste riguardo ad un singolo individuo la persona stessa viene concepita come fonte di pericolo in un determinato spazio. In questo frangente, entra in gioco la libertà personale di un

¹⁶⁶ T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit. p. 17, p.235.

¹⁶⁷ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. p.2, p. 23ss; v. anche D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nella cultura contemporanea*, Net, 2007 a cura di A. Ceretti;

¹⁶⁸ La Corte Costituzionale, ha da sempre utilizzato l'argomento del diritto alla sicurezza per giustificare la legittimità del sistema delle misure di prevenzione, con una serie di pronunce, dichiarò infondate, le questioni di legittimità costituzionale, poste con riferimento agli articoli della l.1423/1956, affermando che le suddette misure «trovano causa al pari di quella di sicurezza, nella pericolosità sociale-criminale, si attuano attraverso la parziale interdizione sociale del soggetto e tendono al recupero del medesimo all'ordinato vivere civile» C. Cost. Sent. Del 25 marzo 1975, n. 69, basata sul precedente della C. Cost. Sent. Del 29 maggio 1968, n. 53, in www.cortecostituzionale.it

¹⁶⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit. p. 17, p.235-246

singolo e dunque l'art 16 Cost.¹⁷⁰, non può essere utilizzato come mezzo per *bypassare* le garanzie collegate alla suddetta. Quest'ultima conduce al secondo ancoraggio costituzionale delle misure di prevenzione rintracciato nell'articolo 13 Cost.¹⁷¹, riguardante l'inviolabilità della libertà personale, e la doppia riserva¹⁷², legale e giurisdizionale, che copre le ipotesi di restringimento della suddetta libertà.¹⁷³ Nessun problema dunque con riferimento alle misure di prevenzione, laddove siano delimitate in questo modo, ma ad uno sguardo più accurato, si nota che la norma costituzionale nulla dice con riferimento al fondamento di queste misure, che non essendo basate sulla potestà punitiva dello Stato collegata alla responsabilità penale, in cui trovano fondamento le pene, o la strumentalità al processo, in cui trovano fondamento le misure cautelari. Le misure di prevenzione sembrano dunque basarsi sul solo fatto di essere previste dall'ordinamento in determinati modi. Ma sono in gioco interessi più rilevanti, ergo è assolutamente necessario rintracciare un *fondamento autonomo*, e questo non può farsi sulla base dell'art 13, perché questa norma non fa riferimento ad una realtà fattuale ed obiettiva, inoltre fisiologicamente tali misure sono storicamente e non possono non essere, composte in larga parte di sospetto, e dunque di indeterminatezza.¹⁷⁴ Infine l'art 25, comma 3 Cost. che legittima l'esistenza delle misure di prevenzione sulla base del dettato «nessuno può essere sottoposto a misure

¹⁷⁰ Articolo 16 «Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche. Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge.»

¹⁷¹ Articolo 13 «La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.»

¹⁷² C. FERRAJOLI, *Un rifugio senza libertà*, in politica del diritto, a. XXXVIII, 2 giugno 2007 p. 185

¹⁷³ Queste ipotesi, sono ammesse solo «per atto motivato dell'autorità giudiziaria, e nei soli casi e modi previsti dalla legge», quindi la legge, assicura la definizione di queste ipotesi, mentre il giudice assicura la corrispondenza delle suddette alla realtà.

¹⁷⁴ Inoltre è innegabile, allo stato attuale, l'incongruità dell'approccio del legislatore con il dettato dell'art. 13 cost, poiché la definizione dei casi e dei modi in cui è legittima una limitazione della libertà personale, avviene tramite occasionali e generalissime previsioni, non sufficienti. M. PIERDONATI, *La restrizione della libertà personale nel carcere amministrativo dei C.I.E.*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA, *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, Cacucci editore, 2014, p.270; v. anche A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. Giust.* 3/1999, p.424ss.

*di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».*¹⁷⁵ Con la prevenzione si vanno a sanzionare, sulla base di un giudizio di pericolosità in astratto, fenomeni che di per sé non sono ancora reati, ma che esprimono una criminalità in potenza.¹⁷⁶

Malgrado l'impulso delle pronunce della Corte Costituzionale degli anni '70 che operarono un'estensione delle garanzie processuali di difesa legate agli articoli 3 e 24 della Costituzione, anche nell'ambito delle misure di sicurezza¹⁷⁷, non venne smentita la generale accondiscendenza con riguardo a tali misure, con conseguente dichiarazione di infondatezza di tutte le questioni sollevate con riferimento ai poteri discrezionali del questore, unico competente per la diffida nei confronti di soggetti ritenuti potenzialmente pericolosi per l'ordinamento, negando dunque l'incompatibilità con gli articoli della costituzione¹⁷⁸.

Gli anni '70, in cui esplose il terrorismo di matrice interna, furono caratterizzati da una generale sensazione di insicurezza, e quindi le norme non poterono far altro che riflettere tale comune sentimento, in disposizioni marcatamente repressive anche sul piano della prevenzione.

La disciplina che più di tutte esprime questo momento di crisi, è quella dettata con la L. n.152 del 1975, passata alla storia sotto il nome del ministro della Giustizia

¹⁷⁵ Non si può rinvenire il fondamento costituzionale delle misure delineate dalla legge del '56 in questo comma, perché quando la costituzione fu redatta, faceva riferimento al sistema del doppio binario pena-misura di sicurezza, basato sul giudizio di pericolosità in concreto. Al contrario, le misure preventive, in quanto misure *praeter delictum*, sono completamente slegate dalla responsabilità penale, ed invocare a giustificazione le misure di sicurezza, equivarrebbe a confondere due istituti con nature diverse.

¹⁷⁶ La Suprema corte, delineò la differenziazione tra i due tipi di pericolosità, per evitare sovrapposizioni: «la pericolosità dell'art 3 della l. n. 1423 del 1956, è quella sociale in senso lato, comprendente sia la semplice immoralità non costituente reato, sia l'accertata predisposizione al delitto e la presunta vita delittuosa di una persona nei cui confronti non sia raggiunta prova sicura di colpevolezza per delitto. Non è necessariamente collegata ad un reato ma si ricava dall'esame dell'intera personalità del soggetto e da situazioni che giustificano sospetti o presunzioni purché gli uni e le altre siano fondati su elementi obiettivi o su fatti specifici accertati» Cass., sez. II, Pen. 23 giugno 1968, in *Giust. Pen.* 1969, II, 193; v. anche M. RUTA, P. GIORDANO, *quando l'immigrazione è governata dal pregiudizio*, 22 luglio 2009 in www.lavoce.info; v. anche G. W. ALLPORT, *Prejudice: is it societal or personal?* In *Journal of Social Issues* 18/1962, p.120-134

¹⁷⁷ «questa Corte ha dichiarato, in rapporto al processo di sicurezza, non fondata l'analoga questione affermando che debbono oggi ritenersi operanti nel procedimento in esame, per logica necessaria estensione, le parallele disposizioni dettate per quello ordinario, nei limiti in cui le disposizioni stesse risultino, con prudente interpretazione, compatibili con la peculiare struttura, con l'oggetto e con le finalità dello speciale giudizio per l'applicazione delle misure di sicurezza» Sent. n. 168 del 1972 e n. 110 del 1974.

¹⁷⁸ C. Cost., 7 maggio 1975, n. 113, in www.cortecostituzionale.it «l'autorità di p.s. non può agire a proprio arbitrio sulla base di semplici sospetti, poiché è richiesta dalla legge un'oggettiva valutazione di fatti, da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona, che siano manifestazione concreta della sua proclività al delitto e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive ed incontrollabili (sent. n. 23 del 1964)»

dell'epoca. La «legge Reale»¹⁷⁹ introducendo nuove categorie di pericolosità, portò alla riemersione di quel *valore del sospetto incriminante*, che presenta la capacità di espandersi a dismisura, per abbracciare le più ampie categorie di soggetti, si pone su di una linea comune senza soluzione di continuità con la legge Pica, anteriore di circa un secolo. Il testo normativo del 1956 non poteva però più evitare di fare i conti con la palese incongruenza tra il sistema preventivo-repressivo e le garanzie costituzionali, per questo ci fu un altro tentativo di adeguamento nel 1988 con la legge n. 327¹⁸⁰.

Oggi tra le nuove tipologie di soggetti socialmente pericolosi, quasi senza soluzione di continuità con i vagabondi e gli oziosi del regno Sabauda trova posto «*il cittadino non comunitario in perenne rischio di espulsione. Inoltre guardando alla normativa sull'immigrazione attualmente in vigore ci sembra chiaro che il sistema giuridico italiano continui ad adeguarsi alle mutate esigenze rifacendosi a vecchi schemi ed aggirando gli stessi ostacoli di sempre con soluzioni comprovate*»¹⁸¹.

¹⁷⁹ Legge 22 maggio 1975, n. 152, *Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*, pubblicata in G.U. n.136 del 24-5-1975. In www.normattiva.it

¹⁸⁰ Legge 3 agosto 1988, n. 327, *Norme in materia di misure di prevenzione personali*, pubblicata in G.U. n.186 del 9-8-1988. In www.normattiva.it; Eliminò il meccanismo della diffida ad uno con le categorie degli oziosi e dei vagabondi, in quanto obsoleti ed inutilizzati baluardi di un'epoca passata. L'art. 1 individuò i destinatari della disciplina («*I provvedimenti previsti dalla presente legge si applicano a: 1) coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi; 2) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; 3) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.*») con il riferimento, di marca garantista, agli elementi di fatto, richiedendo dunque che gli indici sintomatici della proclività al reato trovassero riscontro in dati fattuali, secondo l'opinione di T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, cit. p. 17, p.243., questo passo avanti viene smorzato dalla natura equivoca di questi elementi di fatto, perché si posizionano a metà tra la determinatezza necessaria a fondare il giudizio di responsabilità penale, e quella, di minor intensità, necessaria al giudizio di pericolosità.

¹⁸¹ Fondamentale, G. FABINI, *Migranti e polizia. Tra diritto penale del nemico e regole del disordine*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2011

Le leggi non servono
se non sono sorrette
da una forte e precisa volontà politica,
se non sono in grado di funzionare
per carenza di strutture adeguate
e soprattutto se le strutture non sono dotate
di uomini professionalmente qualificati
Giovanni Falcone

CAPITOLO II

I reati nel testo unico dell'immigrazione. Diritto penale del nemico come strumento di governo della paura?

Parlando di migrazioni irregolari, si affonda in un sostrato socio-politico, che fa riferimento ad una distinzione, ad una scelta, tra classi di migranti, travalicando il fenomeno migratorio in quanto fenomeno sociale, ed identificandolo con il fenomeno politico. In tal modo i migranti vengono classificati a seconda delle motivazioni che li spingono a muoversi, distinguendo tra quelli ritenuti meritevoli di accoglienza e dunque di tutela, e quelli non ritenuti meritevoli di tali garanzie¹⁸². Le generalizzazioni sono facili, ed a portata di mano, specialmente in momenti come quello odierno in cui le comunità statali, chiamate all'accoglienza, si trovano ad interrogarsi sulla propria identità¹⁸³, e sulla propria capacità di accogliere persone *altre*, provenienti da Paesi

¹⁸² Sull'esistenza di uno *ius migrandi* alle origini della civiltà giuridica europea, L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.* 5/2009, p. 9ss. Le dottrine dei diritti naturali affermano lo *ius migrandi*, come uno dei più elementari diritti dell'uomo, diritto con il quale l'uomo nasce, e che oggi è oggetto di sospetto e paura. Come è ben visibile dall'analisi delle vigenti normative, più incentrate ad una forma di controllo repressivo del fenomeno che ad una tutela dei soggetti che vi rientrano, non sempre e non solo a titolo di autori di reati, certamente gravi ed in grado di suscitare un rilevante senso di pericolosità sociale ma spesso anche come vittime, in quanto tali necessitanti una tutela specifica. «nel momento in cui si è trattato di prenderne sul serio il carattere universale quel diritto, è svanito, capovolgendosi nel suo contrario: tramutandosi in reato. Oggi la novità della penalizzazione dell'immigrazione compromette radicalmente l'identità democratica del nostro Paese. Si è creata sulla scia di legislazioni fortemente incriminanti, una nuova figura: la persona illegale, fuorilegge solo perché tale, non persona, perché priva di diritti e perciò potenzialmente esposta a qualunque tipo di vessazione destinata a generare un nuovo tipo di proletariato, della cui integrazione sociale è lecito interrogarsi, discriminato giuridicamente e non solo, come i migranti di vecchia generazione, economicamente e socialmente.»

¹⁸³ per una prospettiva di tale concetto v. A.M.P. CRISCI, *il trattamento penale dello straniero irregolare*, ciclo XXIV, a.a. 2009/2010, p.30 e p.60 in www.boa.unimib.it; v. anche P. L. ZANCHETTA, *Essere*

extraeuropei. Il tema dell'immigrazione irregolare, è complesso, si presenta come apparentemente unitario, ma necessita di uno sguardo più approfondito, per distinguere situazioni più o meno consolidate. Le distinzioni non sono segno di discriminazione ma piuttosto di differente trattamento in vista della speranza di garantire maggiore equità.

Come già evidenziato, i periodi di crisi, caratterizzati dal forte incremento dei flussi migratori, accompagnati da una inadeguata gestione a livello normativo, amministrativo, politico e sociale, si rivelano essere terreno fecondo per la nascita di politiche criminali estremamente restrittive, come quelle intraprese dagli stati dell'Europa meridionale a partire dagli anni Settanta.¹⁸⁴ Oggi, che lo Stato arretra sul piano della legittimazione politica e sociale¹⁸⁵, a fronte di istanze individuali e locali e l'efficacia del diritto penale e dell'apparato di pubblica sicurezza sono costantemente accusati di ineffettività e sottoposti al pericoloso vaglio del populismo mediatico¹⁸⁶, non stupisce vedere che le questioni, e le possibili soluzioni siano sempre le stesse, e allora se nulla cambia, come possiamo legittimamente aspettarci un miglioramento?

stranieri in Italia, Milano, FrancoAngeli, 1991; v. anche G. BLANGIARDO, *La presenza stranieri in Italia: dal quadro di riferimento agli scenari evolutivi*, in *Quindicesimo rapporto sulle migrazioni 2009*, Fondazione ISMU, Milano, FrancoAngeli, 2010; v. anche M. BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, il Mulino, 2002

¹⁸⁴ si presentano con sempre maggior frequenza atteggiamenti di paura e dunque di chiusura, che portano ad una generale insicurezza. A. CERETTI e R. CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. MAZZA e F. VIGANÒ, *il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2009, p.9; sull'immigrato irregolare quale figura massmediatica su cui si svilupperebbe una impresa della paura e del razzismo v. anche M. PELISSERO, *immigrazione e diritto penale*, in *Crit. Dir.* 2011, p.37ss.; v. anche M. PAVARINI, *il governo del bene pubblico della sicurezza. Analisi di fattibilità-rapporto di sintesi*, 2005 in www.nuovamente.org; per un'approfondimento sociologico sulla tematica del razzismo, spesso sottratto dei sentimenti di paura ed insicurezza v. anche M. A. CEA D'ANCONA, "La medición de las actitudes ante la inmigración: Evaluación de los indicadores tradicionales de racismo", in *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, num. 99 del 2002, p.87-111.

¹⁸⁵ Per un punto di vista critico v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *RIDPP* 1994 p.38ss.

¹⁸⁶ «Negli ultimi mesi, in Italia e in tutta Europa, le televisioni hanno prestato molta attenzione al tema dell'emergenza migranti; negli ultimi tempi, poi, non si è fatto altro che parlare di terrorismo. Ciò ha probabilmente spinto molte persone a pensare spesso a queste problematiche, a collegarle fra loro e a parlarne con altri, formandosi un'opinione nei confronti dell'immigrazione, che dipende sia dalle discussioni con altre persone sia da come i media hanno presentato le notizie. All'interno dei programmi televisivi gli immigrati sono rappresentabili in tre modi. Il primo è nascondere il problema: l'immigrato non compare nelle notizie, ne è escluso, in modo che non si parli della tematica. Il secondo è presentare l'immigrato come una minaccia da cui ci si deve proteggere. Oppure i media televisivi possono adottare una copertura imparziale di tutte le notizie: questo atteggiamento promuove una maggiore assimilazione, mitigando ogni pregiudizio ingiustificato e trattando l'immigrato come ogni altro membro della società, soggetto sia di notizie positive che negative.» P. BALDUZZI, A. TOPPETA, *vista in tv l'immigrazione fa paura*, 15 dicembre 2015 in www.lavoce.info;

All'origine delle politiche di gestione dei flussi migratori, assai eterogenee tra loro, vi è la comune esigenza di controllo di determinate categorie di persone, come garanzia della sicurezza generale, dello Stato e dello *status quo*¹⁸⁷. È proprio per questo che analizzando le varie figure di reato collegate all'immigrazione irregolare, diventa più congeniale parlare di *diritto penale dell'immigrato irregolare*, e non di diritto penale dell'immigrazione irregolare. È il distacco dal diritto penale del fatto, e l'approdo al diritto penale dell'autore che guida la presente analisi delle fattispecie criminose.

Le figure di reato rinvenibili nel T.U.Imm. dell'immigrazione¹⁸⁸ sono classificabili in tre macro categorie¹⁸⁹, ognuna di esse portatrice di un diverso interesse tutelato dall'ordinamento, perciò in grado di suscitare un diverso livello di allarme sociale.¹⁹⁰

1. L' identificazione personale dello straniero, la paura dell'altro.

I reati concernenti esigenze di identificazione personale, rispondono ad interessi strumentali all'esercizio da parte delle autorità di forza pubblica dei poteri di controllo del territorio per il mantenimento dell'ordine pubblico. La categoria in questione non solleva, in condizioni di normalità, particolari problemi ma alla luce del periodo storico attuale, alcuni dubbi ed interrogativi sorgono spontanei, soprattutto per quanto riguarda la compatibilità delle norme in questione con i principi costituzionali che reggono il nostro ordinamento.

¹⁸⁷ Il diritto penale si presta ad essere lo specchio delle paure e delle insicurezze e ciò emerge con chiarezza dall'analisi della normativa vigente, ove è possibile scorgere quella differenza tra il ruolo di governo ed il ruolo di giustizia, le cui ragioni dunque non sempre coincidono, soprattutto perché «*la politica opera scelte fondate sull'opinione*» cosa che il diritto non dovrebbe fare. F. PULITANÒ, intervento in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016, p.3; v. anche S. ANASTASIA, M. ANSELMi, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, CEDAM, 2015.

¹⁸⁸ D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, recante *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 191 del 18 agosto 1998 - Supplemento Ordinario n. 139, in www.camera.it

¹⁸⁹ Per la classificazione v. F. CARINGELLA (et. al.), *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, Roma, Dike Giuridica, 2016, p.1743 ss.

¹⁹⁰ La classificazione ha uno scopo principalmente esemplificativo, non essendo possibile concretamente considerare ogni fattispecie al di fuori dell'impianto sistematico complessivo, né escludere le influenze reciproche tra le varie figure penali, e non solo. Le figure amministrative infatti hanno un rilevante peso sulla condizione giuridica dello straniero, arrivando a volte ad essere quelle più restrittive della libertà personale; v. anche D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010.

1.1. Art. 5 comma 8-bis T.U.Imm.: falsità nel titolo di soggiorno.

La prima fattispecie è quella di *falsità nel titolo di soggiorno* di cui al comma 8-bis dell'art. 5 del T.U.Imm. Inserita con la legge 189 del 2002¹⁹¹, mira a punire la contraffazione di documenti da parte di chiunque e ad opera della legge 94 del 2009, la punibilità è stata estesa anche alla condotta di utilizzazione di tali documenti¹⁹². Secondo Luca Masera¹⁹³, l'assimilazione delle condotte di contraffazione ed utilizzazione sul versante del trattamento sanzionatorio, configura un vizio di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione, in ragione del fatto che disvalori diversi dovrebbero produrre conseguenze diverse. Inoltre le due condotte si pongono in rapporto di progressione criminosa, in quanto non si potrebbe configurare il delitto di utilizzazione di documenti contraffatti laddove non si sia previamente consumato il delitto di contraffazione, ben più allarmante per la connotazione organizzativa che lo caratterizza.¹⁹⁴ ¹⁹⁵

L'irragionevole equiparazione di condotte diverse, è uno dei sintomi del diritto penale del nemico, il cui approccio nei confronti del *feind* ¹⁹⁶ non è orientato in base ad una valutazione sul fatto concreto, ma sulla classe di soggetti potenzialmente pericolosi alla quale egli appartiene. Non fa differenza che l'atto di contraffare sia più grave di quello di mera utilizzazione, ciò che il sistema vuole criminalizzare è il soggetto. Nel codice penale invece, per i *cittadini*, le differenziazioni in funzione di garanzia esistono, evidenziandosi così la differenza con il trattamento riservato ai *non cittadini*.

¹⁹¹ Legge 30 luglio 2002 n. 189 recante *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo*. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.199 del 26-8-2002 - Supplemento Ordinario n. 173, in www.normattiva.it

¹⁹² I documenti in questione sono il visto di ingresso o di reingresso, il permesso di soggiorno, il contratto di soggiorno o la carta di soggiorno e qualunque documento necessario al rilascio del visto di ingresso.

¹⁹³ L. MASERA, *"terra bruciata attorno al clandestino"*, cit. p. 44, p. 59.

¹⁹⁴ *Pubblica fede*, lesa con il dolo generico della consapevolezza della falsificazione, *regolarità degli ingressi* lesa con il dolo specifico del fine di entrare illegalmente in Italia utilizzando un documento falso, F. CARINGELLA (et. al.), *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, cit. p.2 p.1746ss.

¹⁹⁵ Ulteriori distinzioni si notino sul piano dell'offensività, essendo la prima fattispecie mono-offensiva, mentre la seconda, pluri-offensiva, ovvero sul piano dell'elemento soggettivo, laddove oggetto della condotta penalmente rilevante sia il titolo di soggiorno, ci si troverebbe in presenza di un dolo generico, consistente nella coscienza e volontà della falsificazione del documento, ove invece oggetto della condotta sia la falsificazione di un documento necessario ad ottenere il rilascio del titolo di soggiorno, in quanto fattispecie teleologicamente orientata a delinquere, ci si troverebbe di fronte ad un dolo specifico S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Torino, IPSOA gruppo Wolters Kluwer, 2009, p. 225

¹⁹⁶ M. DONINI, M. PAPA, *Diritto Penale del Nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, a cura di G. JAKOBS, p. 19

Due norme sanzionano le condotte in questione la prima di *possesso e fabbricazione di documenti falsi*, di cui all'art. 497-bis c.p.¹⁹⁷ Il bene giuridico che il legislatore intende tutelare per il tramite di tale incriminazione, è tradizionalmente ricondotto alla fede pubblica, contro quei comportamenti che alterano gli elementi identificativi di una persona o le sue qualità personali¹⁹⁸. La seconda norma del codice penale riconducibile al comma 8-bis dell'art. 5 T.U.Imm., è l'art. 489 c.p., *Uso di atto falso*, che in apertura esclude espressamente l'ipotesi di concorso nella falsità, creando una netta distinzione con la fattispecie di cui al 497-bis comma secondo, anche in punto di *ratio legis*, non solo tutela dell'affidamento collettivo nella genuinità dell'atto, ma anche della conformità alla funzione giuridica tipica del documento falsificato, potendo essere rintracciabile in una qualsiasi condotta.

Con l'introduzione della fattispecie di cui al comma 8-bis dell'articolo 5 T.U.Imm. si assiste ad un'*anticipazione della soglia punitiva* del titolo di soggiorno, altro cardine della teoria di Jakobs, arrivando ad un'incriminazione che può retroagire fino al momento della falsificazione¹⁹⁹. La pena prevista per questo reato comune è di tipo detentivo, reclusione da 1 a 6 anni. Tale forbice edittale risulta ampliata ad opera di due aggravanti.²⁰⁰

1.2.Art. 6 comma 3 T.U.Imm.: mancata ottemperanza all'ordine di esibizione

La seconda figura di reato concernente esigenze di identificazione personale è prevista dal comma 3 dell'art. 6²⁰¹ del T.U.Imm. Al contrario del reato di falsità nel titolo di

¹⁹⁷ Articolo inserito ad opera dell'art. 10, comma 4, del D.L. 27 luglio 2005, n. 144, poi convertito, con modificazioni, nella l. 31 luglio 2005, n. 155. In www.brocardi.it

¹⁹⁸ Come recentemente sottolineato dalla Cassazione, la *ratio* di cui all'art. 497-bis c.p. è quella di «punire in modo più significativo chi fabbrica o comunque forma il documento, oppure lo detiene fuori dei casi di uso personale, con la conseguenza che il possesso per uso personale rientra nella previsione di cui al comma primo dell'art. 497-bis c.p. solo se non accompagnato dalla contraffazione ad opera del possessore». Cass., sez. V pen., 15 febbraio 2013, n.18535, in www.italgiure.giustizia.it

¹⁹⁹ S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p. 43, p. 223ss.

²⁰⁰ la prima di carattere oggettivo, laddove ad essere contraffatto sia un atto pubblico di fede privilegiata prevedendosi la reclusione da 3 a 10 anni, La stessa pena è prevista dal cpv. dell'art.476 c.p., argomento decisivo per dedurre la natura circostanziale della fattispecie di cui al secondo periodo del comma 8-bis dell'art.5 T.U.Imm. Con la seconda aggravante di tipo soggettivo la pena viene aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale.

²⁰¹ *Facoltà ed obblighi inerenti al soggiorno*, racchiude una serie di previsioni, che non hanno subito notevoli evoluzioni legislative, essendo già previste dagli artt. 144 e 148 del RD n.773 del 18 giugno 1931, e poi dall'art. 6 della legge n. 40 del 1998.; per qualche spunto critico sulla legge 40/1998 v. L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Quest. Giust.* 1/1999, p.1

soggiorno, si configura come reato proprio di natura istantanea²⁰², come si vede in apertura dell'articolo, soggetto attivo è «*lo straniero*», dunque la fattispecie non si concretizzerà, laddove autore della condotta sia un cittadino italiano, o comunitario, ma solo un cittadino extra-comunitario o un apolide. Non può però non prendersi atto, del mutato assetto normativo, che si propone di analizzare nel presente lavoro, e dunque dare a questa norma un'interpretazione necessariamente sistematica, inserendola nel più ampio sistema penale delineato come un mosaico all'interno del testo unico. Oggi la maggior parte degli stranieri che fa ingresso nel territorio nazionale versa in condizione di clandestinità, proprio questa condizione ha caratterizzato il dibattito in dottrina e in giurisprudenza circa la configurabilità del reato se autore ne sia uno straniero irregolare. Ad un'interpretazione inizialmente estensiva, secondo la quale suddetta fattispecie poggia sul fatto che lo straniero, indipendentemente dalla sua condizione regolare o meno, per il solo fatto di trovarsi fisicamente sul territorio dello Stato, è destinatario dell'obbligo di munirsi di documenti idonei a renderlo identificabile e di esibirli a qualunque richiesta delle autorità di pubblica sicurezza²⁰³ ha fatto seguito un orientamento più restrittivo. Le Sezioni Unite²⁰⁴ prevenendo un forte contrasto interpretativo, hanno affermato la non configurabilità del reato in questione, laddove soggetto attivo fosse uno straniero irregolare, essendo il possesso di documenti una condizione ontologicamente inconciliabile con la condizione di clandestinità. Sembra quasi che con il pacchetto di sicurezza del 2009 il legislatore abbia voluto delineare un “doppio binario”, stabilendo trattamenti differenziati per gli stranieri soggiornanti legalmente e per quelli invece soggiornanti illegalmente, i cosiddetti clandestini²⁰⁵. Ed ecco che la riflessione sulla condizione giuridica dello

²⁰² S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, cit. p. 43, p.229

²⁰³ Cass., Sez. I pen., 23 settembre 2009, n. 44157 in www.italgiure.giustizia.it

²⁰⁴ La pronuncia pare tutta incentrata sul cambio di una minuscola lettera, dalla congiunzione disgiuntiva “o” a quella congiuntiva “e”, si è verificata una vera e propria *abolitio criminis* per gli stranieri irregolari, poiché possibili autori di tale reato sono solamente gli stranieri legittimamente soggiornanti sul territorio nazionale, in quanto gli unici in possesso dei documenti oggetto della richiesta di esibizione. Cass., S.U. pen., 27 aprile 2011, n. 16453 in www.italgiure.giustizia.it; v. anche L. PEPINO, *Straniero extracomunitario irregolare e dovere di esibizione dei documenti* (Cass., sez VI pen., 17 giugno 2003), in *Quest. Giust.* 4/2003, p.878

²⁰⁵ Fondamentale M. GAMBARDELLA, *Lo straniero irregolare e il reato di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 dicembre 2010; v. anche A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Quest. Giust.* 1/2009, p.87ss.; v. anche, F. PALAZZO, *Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 4/2004, p. 783

straniero irregolare, compie un'altra svolta, non più e non solo, scorgiamo differenze tra il cittadino ed il non cittadino, ma anche e con un tono rinforzato osserviamo le differenze tra il non cittadino, che soggiorna in posizione legale ed il non cittadino che conduce la propria esistenza celato agli occhi della legge e del sistema.

L'esigenza identificativa costituisce il *fil rouge* sul quale far correre l'analisi della norma, come è stato anche evidenziato dalla Corte di Cassazione in una pronuncia anteriore alla novella legislativa «*Non integra il reato di omessa, ingiustificata esibizione, da parte dello straniero, del passaporto o di altro documento identificativo il fatto che lo stesso sia provvisoriamente sprovvisto del documento, allorché la sua identificazione non risulti ostacolata*»²⁰⁶. La richiesta di documenti identificativi, e la sanzione che deriva dalla mancata esibizione, attraverso le quali è possibile ricostruire la *ratio legis*, testimoniano come la legislazione in tema di immigrazione sia rigidamente ancorata ad un'ottica di controllo e prevenzione oltre che essere una delle manifestazioni di quel diritto penale simbolico, strumento principe di una legislazione improntata maggiormente ad esigenze di deterrenza e punitivismo piuttosto che retributive²⁰⁷.

L'inottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti identificativi, si configura come un reato omissivo a consumazione istantanea, in quanto la condotta di inottemperanza è di per sé sufficiente a determinare la consumazione dell'illecito²⁰⁸. La pena è l'arresto fino ad un anno, e l'ammenda fino a euro duemila, che vengono applicate cumulativamente a discrezione dell'autorità di pubblica sicurezza, in ragione della qualifica di straniero dell'autore, il che chiaramente suscita critiche con

²⁰⁶ Cass., pen. sez. I, 21 dicembre 2007, n. 47512, e Cass., pen., sez. I, 31 marzo 2010, n. 12511, in www.italgiure.giustizia.it; v. anche G. L. GATTA, *Inottemperanza del 'clandestino' all'ordine di esibire i documenti. Davvero abolitio criminis?* in *Dir. Pen. Proc.* 11/2011, p.1348-1358 (cass. Pen. S.U. 27 aprile 2011 n. 16453)

²⁰⁷ La fattispecie in questione, inserita nel d.lgs. 286 dalla legge 94 del 2009, prevede che la richiesta di esibizione proveniente da ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza possa avere ad oggetto il passaporto o altro documento di identificazione, il permesso di soggiorno od altro documento in corso di validità attestante la regolarità della presenza sul territorio dello Stato. La novella legislativa ha delineato nell'ordine di esibizione il nucleo centrale della norma, mancando nella versione precedente un tale esplicito riferimento, che poteva permettere la configurazione del reato anche laddove la mancata esibizione fosse involontaria.

²⁰⁸ Come per le altre contravvenzioni, l'elemento soggettivo dovrebbe essere identificato indistintamente nel dolo o nella colpa, ma la suddetta attribuzione di centralità all'ordine di esibizione attuata tramite la novella del 2009, porta a ritenere configurabile il dolo, nella volontaria inottemperanza da parte dello straniero. L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 36.

riferimento al rispetto del principio di materialità, di uguaglianza e di ragionevolezza²⁰⁹.

Il bene giuridico che la norma intende tutelare varia a seconda che si intenda la fattispecie come reato di pericolo o come reato di danno, ma generalmente sarà riconosciuto in esigenze di tutela dell'ordine pubblico, in linea d'altronde con l'impianto del pacchetto sicurezza.²¹⁰ Guardando al diritto comune, si trova una disposizione accostabile al reato di cui al comma terzo dell'art 6 tu, nell'art. 651 c.p. rubricato *Rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale*²¹¹, che prevede un trattamento sanzionatorio assai meno aspro, rispetto a quello comminabile in base al d.lgs. 286 del 1998. La presenza dell'inciso *senza giustificato motivo*, «individua un elemento costitutivo del reato e non già una mera causa di esclusione della punibilità, delineando i confini del penalmente rilevante»²¹², si può argomentare sull'ampiezza di tale clausola, non esplicitata dal legislatore, lasciandone all'interprete la ricostruzione, che non potrà non correre il rischio della discrezionalità. La strada meno impervia sembra essere quella di leggere l'inciso in questione secondo il modello dell'assenza di colpevolezza, ossia non si configurerà il reato se «*lo straniero non abbia potuto esibire il documento per un motivo non ricollegabile ad un proprio comportamento volontario*»²¹³.

²⁰⁹ S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p. 43, p. 232; v. anche, A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, p.5ss; v. anche, L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta la riserva di codice*. In AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, *Atti dell'incontro di studio*, Firenze 3 marzo 2000, Padova, CEDAM, 2001

²¹⁰ Nel primo caso, oggetto di tutela da parte dell'ordinamento sarà la sicurezza pubblica minacciata dal fatto che persone non legittimamente presenti sul territorio nazionale possano potenzialmente costituire un pericolo per la collettività. Se invece si procede ad un'interpretazione della fattispecie come reato di danno, l'interesse protetto sarà individuato nel preventivo controllo da parte delle autorità di pubblica sicurezza sui titoli che abilitano alla permanenza sul territorio dello Stato, interesse in posizione strumentale alla tutela della sicurezza pubblica F. CARINGELLA (et. al.), *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, cit. p.2, p.1750; v. anche M. GAMBARDELLA, *Ancora sulla mancata esibizione dei documenti da parte del cittadino straniero "irregolare"*, in *Quest. Giust.* 3/2010, p.173

²¹¹ «*Chiunque, richiesto da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, rifiuta di dare indicazioni sulla propria identità personale, sul proprio stato, o su altre qualità personali, è punito con l'arresto fino a un mese o con l'ammenda fino a duecentosei euro.*»

²¹² S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43, p.229

²¹³ S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43, p.230

2. L'immigrazione "clandestina": chi ha paura dell'uomo nero?

La seconda macro-categoria è senza alcun dubbio quella che suscita il maggiore allarme sociale e che è perciò stata oggetto negli anni di numerosi interventi ad opera del legislatore²¹⁴, tesi a seconda delle esigenze del momento e del sentire sociale²¹⁵, ad inasprire o attenuare il trattamento sanzionatorio destinato agli autori di tali illeciti.

2.1. Il "famigerato" 10-bis e la criminalizzazione della clandestinità

La norma centrale, è l'art. 10-bis del T.U.Imm., rubricato *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*²¹⁶, risultante dal pacchetto sicurezza, di cui alla legge n.15 del 2009²¹⁷. Questo articolo costituisce insieme all'art. 10 e al 10-ter, di recente introduzione²¹⁸, una triade di centrale importanza per l'intero impianto sistematico delle norme penali e di quelle sulla condizione giuridica dello straniero. L'art. 10 sul *respingimento*, opera a monte del 10 bis, una sorta di selezione, è la norma che si applica alla frontiera, quindi in un luogo logicamente anteriore a quello di applicazione del reato di ingresso illegale, che non si è ancora realizzato. Ne sono passibili gli

²¹⁴ Pulitanò critica tale stratificazione normativa: «l'insieme delle pene edittali sia divenuto il contingente risultato di riforme settoriali susseguitesi nel tempo, di ispirazioni diverse e talora contrapposte; non è più una scala organicamente pensata, ma l'esito casuale del sovrapporsi di disegni settoriali non coordinati fra loro» in D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. Pen. Proc.* 9/2008, p.1077.

²¹⁵ Per un punto di vista circa l'attuale tendenza del diritto penale ad assurgere a diritto simbolico, orientato a coltivare illusioni di sicurezza da pericolosità, insieme ad una politica criminale che in attuazione di mere finalità politiche cede all'incriminazione di tali illusioni, che altro non sono che percezioni diffuse nel tessuto sociale, C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *RIDPP* 1992, p.891ss.; v. anche F. GIUNTA, A. CAPUTO, M. CICALA, *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p.387ss.

²¹⁶ L'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno illegale dello straniero operata ad opera dell'art.1, comma 16, lett. a), l. 15 luglio 2009, n. 94, recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica", ha sollevato in dottrina molti dubbi di costituzionalità fin dalla sua emanazione, anche riguardo alla collocazione delle fattispecie di cui al 10-bis nell'ambito della tutela penale delle funzioni amministrative, tra cui v. R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al diritto* 34/2009, p.32ss; A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43; G. L. GATTA, *il 'reato di clandestinità' e la riforma della disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. Pen. Proc.* 11/2009; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm. Citt.* 4/2009

²¹⁷ Secondo Caputo l'ordinamento italiano non si stacca dall'opzione amministrativistica dell'illecito *de qua*, ma saldandola all'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno illegale, crea una disposizione carattere marcatamente sanzionatorio, a presidio delle disposizioni di cui al d.lgs. n.286/1998 e di quelle di cui all'art.1 l. n. 68/2007, instaurando un *continuum* tra *status di irregolarità amministrativa e perfezionamento delle figure penali*; v. anche A. CAPUTO, *Immigrazione, politiche del diritto, qualità della democrazia. Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. Giust.* 1/2009, p.83;

²¹⁸ Questo articolo è stato inserito dall' art. 17 del D.L. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito, con modificazioni, nella L. 13 aprile 2017, n. 46.

stranieri sprovvisti dei requisiti per l'ingresso legale (passaporto, o altro equipollente e visto d'ingresso), ovvero quelli sottrattisi ai controlli di frontiera che però vengono fermati all'ingresso e ad ultimo coloro che pur non avendo i requisiti per entrare legalmente, vengono ammessi temporaneamente per motivi di soccorso, nel rispetto della norma di cui all'art.54 c.p.²¹⁹. Questa fattispecie è disegnata per lo straniero presentandosi come un tipico reato proprio, il simbolo del *trend* della legislazione penale della *criminalizzazione normativa del migrante irregolare*²²⁰. La norma di cui all'art.10-bis è l'eccezione che conferma quella regola fatta di misure di ordine pubblico in risposta, non ad esigenze vere e proprie ma a paure della collettività e pressioni politiche contingenti, impedendo così lo sviluppo di quella cultura della consapevolezza tanto necessaria per porre in essere politiche di lungo periodo che puntino realmente alle radici del problema. Si segnala da subito inoltre, che il reato in questione sarebbe dovuto rientrare a pieno titolo nella depenalizzazione imposta dalla legge delega n. 67/2014²²¹, a causa di una chiara e diffusamente riconosciuta

²¹⁹ «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo»

²²⁰ Masera tracciando le tappe dell'evoluzione legislativa, scandite dalla sensazione di crescente insicurezza, le definisce parte di un «progetto di esclusione e che ha preso avvio nel 2002 e si è consolidato con gli interventi del 2004 e del 2008. Tutti testi ispirati dalla medesima *ratio* di gestione dei flussi migratori attraverso la predisposizione di un apparato repressivo sempre più duro nei confronti degli immigrati irregolari, veri protagonisti “dell'emergenza sicurezza” ormai da anni al centro dell'agone mediatico» L. MASERA, “terra bruciata attorno al clandestino”, cit. p. 44, p. 28; v. anche S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?* in *Ind. Pen.* 2003, p.491ss

²²¹ «Con l'art. 2, co. 3, lett. b) della legge 28 aprile 2014, n. 67, il Parlamento ha delegato il Governo ad abrogare e a trasformare in illecito amministrativo il reato di “Ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato” di cui all'art. 10-bis T.U.Imm. In sostanza, doveva essere depenalizzato soltanto il primo ingresso irregolare nel territorio dello Stato, previsione che tuttavia avrebbe mantenuto un peso amministrativo con l'esplicita possibilità di ricorrere alla sanzione dell'espulsione. Al contrario, avrebbero conservato rilievo penale le altre figure di reato previste nel d.lgs. n. 286/1998 (T.U.Imm.), legate per lo più all'inosservanza dei provvedimenti amministrativi adottati in materia. Secondo quanto esposto nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 8/2016, “le ragioni politiche sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione vanno ricercate nel carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie in esame: per tali materie, in assenza di un intervento sistematico di più ampio respiro, lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito”» C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di “immigrazione clandestina”: un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *dpc fascicolo 2/2017*, p. 135-145; v. anche G. FERRERO, *Contro il reato di immigrazione clandestina. Un'inutile, immorale, impraticabile minaccia*, Roma, Ediesse, 2010

ineffettività²²² della norma *de qua*, ma la vicenda si è attualmente, e si spera temporaneamente, conclusa con un nulla di fatto riconducibile nell'alveo della strumentalizzazione di scelte legislative per fini meramente politici. Non è impossibile leggendo la relazione di accompagnamento al d.lgs. 8/2016, scorgere nelle giustificazioni addotte dal Governo per la mancata depenalizzazione, quella scelta di diritto simbolico, dettato da null'altro che orientamenti criminogeni orientati dal sentire pubblico, tipicamente emotivi e discriminatori²²³.

²²² Pelissero parla dell'art. 10-bis come la manifestazione di un "*diritto penale a due velocità*", in quanto modello del "*reato non punito*", che non fa altro che creare una pericolosa distorsione del sistema sanzionatorio in senso paternalistico, eticizzante ed altamente populista, parola assai cara al dibattito politico odierno. In M. PELISSERO, *immigrazione e diritto penale*, cit. p. 41, p. 28ss.; v. anche C. RENOLDI, *Il reato di immigrazione clandestina e la costituzione*, in *Quest. Giust.* 5/2009, p.165-178, (Profili di illegittimità costituzionale della fattispecie di reato di immigrazione clandestina (art. 10-bis T.U.Imm.), nella ordinanza del giudice di pace di Torino- sezione immigrati, ord. 6 ottobre 2009 giud. Polotti di Zumaglia, imp. E.A.), l'autore aveva da subito evidenziato il contrasto della norma *de qua* con l'art 97 Cost. sul buon andamento della pubblica amministrazione, «la scelta dell'incriminazione si rivela essere largamente inefficace esponendo il sistema al rischio di un meccanismo costosissimo e sostanzialmente inutile in contrasto con art. 97 comma 1 secondo il quale i pubblici uffici devono essere organizzati in modo che ne sia assicurato il buon andamento», con l'art. 3 Cost, attesa la «perfetta sovrapponibilità tra illecito penale ed amministrativo evidente vulnus al principio di sussidiarietà della norma penale, che consente l'utilizzo della sanzione penale attesa la sua incidenza sui diritti fondamentali di libertà soltanto quando ogni altra sanzione si riveli in concreto inadeguata, come insomma *extrema ratio*», con l'art. 25, comma 2, Cost. perché si assiste alla «penalizzazione non di un fatto, ma di una mera condizione soggettiva, che appare non immediatamente riconducibile a coefficienti di pericolosità né concreta né fondatamente presumibile.» afferma inoltre che anche la C. Cost. sent. 78/2007 censura la «previsione di una normativa penale di sfavore "collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva (mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello stato) che di per sé non è univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale»; infine con l'art.27, comma 3, Cost. poiché «la mancata previsione della clausola del giustificato motivo, come nell'art. 14 T.U.Imm. crea un vulnus al principio della personalità della responsabilità penale, già ribadito dalla C. Cost. sent 5/2004, impedendo che possano assumere rilevanza situazioni e accadimenti che rendano inesigibile l'osservanza delle norme violate, impedendo in concreto l'osservanza delle norme violate, della regola di condotta ovvero rendendola difficoltosa.»

²²³ Le parole del ministro degli Interni Angelino Alfano sono chiare in tale direzione «*sono consapevoli che si sono levate voci molto autorevoli e rispettabili che affermano ragioni tecnicamente valide a sostegno di un'abrogazione, ma motivi di opportunità fin troppo evidenti mi inducono a ribadire che è meglio non attuare la delega ed evitare di trasmettere all'opinione pubblica dei messaggi che sarebbero negativi per la percezione di sicurezza in un momento particolarissimo per l'Italia e per l'Europa*», tra le voci autorevoli citate dal ministro Alfano rientra sicuramente quella del procuratore nazionale antimafia Franco Roberti secondo il quale il reato di immigrazione clandestina è un ostacolo alle indagini «*è molto più utile per accertare la responsabilità di soggetti colpevoli di traffico organizzato di migranti poter esaminare i clandestini solo come persone informate sui fatti*» invece che come potenziali imputati di reato connesso ex. Art. 12 c.p.p., 8 gennaio 2016, in www.repubblica.it ; per un punto di vista critico per accorgersi che non da ieri la percezione del pericolo e del crimine influenza le scelte politiche v. C. CORSI, *Le nuove disposizioni al testo unico sull'immigrazione: tra inasprimento della disciplina e norme "bandiera"*, in *Foro Amministrativo-Consiglio di Stato*, p.3047ss.; A. GILIBERTO, *Direttiva rimpatri: la corte di giustizia UE conferma la propria giurisprudenza sull'art. 10-bis T.U.Imm. (Corte di giustizia UE, III sezione, ord. 21 marzo 2013, Mbaye (causa C-522/11))*, 12 aprile 2013, in www.penalecontemporaneo.it, certamente non depone a favore della depenalizzazione la conferma provenuta dalla corte di giustizia circa la compatibilità in linea di principio con la direttiva 2008/115/UE (c.d. "direttiva rimpatri") della contravvenzione prevista dall'art. 10-bis d.lgs. 286/1998,

L'articolo definisce il concetto di illegalità associato alle condotte di ingresso e di soggiorno, nella violazione delle disposizioni del testo unico, e dell'art. 1 della legge n. 68 del 2007²²⁴, salvo che il fatto costituisca più grave reato, e ne incentra il disvalore nella violazione della disciplina amministrativistica relativa al regime di «ingresso condizionato»²²⁵ al quale è sottoposto lo straniero. La sanzione stabilita per questa figura di reato che *nel 2009 mutò natura da delitto a contravvenzione*, è l'ammenda da un minimo di euro cinque mila, fino ad un massimo di euro dieci mila, con espressa esclusione dell'applicazione dell'art. 162 c.p.²²⁶ che invece permette l'oblazione per le contravvenzioni per le quali è prevista la sola pena dell'ammenda. Questa esclusione non trova precedenti né simili nell'intero sistema penale²²⁷, facendo dell'art.10bis una norma simbolo, di quel diritto penale del nemico, differenziato per categorie di soggetti, in ragione delle loro caratteristiche personali, e non delle specifiche del fatto, in grado di trasmettere «*l'immagine di rigore sanzionatorio, privando l'imputato di uno strumento idoneo a ridurre il quantum di pena irrogabile*»²²⁸. Ulteriore particolarità è la possibilità per il giudice di sostituire l'applicazione della pena

purché la sua applicazione in concreto da parte del giudice non conduca a risultati incompatibili con la direttiva medesima, in particolare per ciò che concerne la possibilità di applicare al condannato la pena sostitutiva dell'espulsione. «La direttiva rimpatri non osta né alla sussistenza del reato di clandestinità, né alla celebrazione del relativo giudizio penale, né alla conseguente condanna a pena pecuniaria, né - infine - alla sostituzione di questa con la pena dell'espulsione immediata, purché quest'ultima sia disposta nei limiti di cui all'art. 7, par. 4, direttiva.»

²²⁴ Legge 28 maggio 2007, n. 68, recante *Disciplina dei soggiorni di breve durata degli stranieri per visite, affari, turismo e studio*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 126 del 1° giugno 2007, in www.camera.it. Non è necessario il permesso di soggiorno se, quest'ultimo è inferiore a mesi tre, lo straniero è però destinatario dell'obbligo di dichiarare la propria presenza sul territorio nazionale immediatamente o nel termine massimo di giorni otto. In caso di inottemperanza all'obbligo di dichiarazione, o se il soggiorno si protrae oltre i tre mesi per i quali non è necessario il permesso di soggiorno, la conseguenza è l'espulsione ex art.13 T.U.Imm. immigrazione.

²²⁵ Formula descrittiva per riassumere il requisito *documentale* richiesto dalla legge allo straniero che intende accedere al territorio dello stato insieme al requisito *locativo* per il quale l'accesso può avvenire, salvi casi di forza maggiore, solo attraverso i valichi di frontiera. Così C. MORSELLI, *diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, Jovene Editore 2012, p.9.

²²⁶ *Oblazione nelle contravvenzioni*. Si tratta dell'oblazione ordinaria, a differenza di quella di cui al 162-bis discrezionale, che porta all'attribuzione all'autore del reato di un vero e proprio diritto soggettivo all'estinzione del reato. In www.brocardi.it

²²⁷ S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43, p.255.. In quest'ottica non è difficile affermare che l'allontanamento costituisca il fine sotteso all'intervento del 2009.

²²⁸ L. MASERA, «*terra bruciata attorno al clandestino*», cit. p. 44, p.45 «oppure si può immaginare che l'impossibilità di estinguere il reato sia finalizzata a concedere maggiore spazio alla *sanzione sostitutiva dell'espulsione*, che non sarebbe stata applicabile qualora l'imputato avesse fatto ricorso all'oblazione. (..) Il risultato è quello di dettare una disciplina più rigorosa rispetto a quanto previsto per reati della medesima o anche di maggiore gravità, con chiari profili di contrasto con il canone costituzionale dell'uguaglianza-ragionevolezza.»

pecuniaria con il provvedimento di espulsione, che forse aiuta nella ricostruzione delle ragioni dell'esclusione dell'oblazione, proprio a tutela dell'applicabilità del provvedimento di espulsione, affinché il campo non ne risulti ristretto²²⁹. Anche qui si è in presenza di un unicum, non registrandosi all'interno dell'intero sistema altri casi in cui la sanzione sostitutiva sia più grave di quella ordinaria²³⁰. Si sottolinea sul punto²³¹ la superfluità dell'intervento, poiché anche nel caso in cui il giudice abbia optato per la sostituzione il migrante si troverà sottoposto al medesimo trattamento che gli sarebbe spettato in ragione di un provvedimento amministrativo di espulsione²³². Coordinando la fattispecie con l'art. 16 del T.U.Imm., si rileva che cause ostative alla sostituzione sono solo quelle ex art.14 comma 1, individuate in quelle ipotesi che impediscono l'esecuzione immediata con accompagnamento alla frontiera o il respingimento, qualificate dal testo normativo come situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento²³³. In termini processuali, è possibile dedurre la competenza all'accertamento penale del reato *de qua* del giudice di pace, dal terzo comma dell'art.10 bis, che facendo espresso richiamo alle norme di cui al d.lgs. 274 del 2000, rende inapplicabile la sospensione condizionale della pena, altro tratto differenziale di discutibile fattezze, in contrasto con il principio di eguaglianza e ragionevolezza. L'istituto della sospensione condizionale²³⁴ è riconducibile all'alveo del *favor rei*²³⁵, non si riscontrano i motivi di

²²⁹S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43, p.247. L'opzione del legislatore solleva profili di contrasto con il principio di eguaglianza e ragionevolezza, la logica in realtà sottesa all'esclusione in esame, sembra essere quella dell'incentivo all'applicazione dell'espulsione ad ogni costo; v. anche C. RENOLDI, *Il reato di immigrazione clandestina e la Costituzione* (commento a Giudice di pace di Torino, sez. immigrati, 6 ottobre 2009), in *Quest. Giust.* 5/2009, p.165ss.

²³⁰ Secondo Corte Cost. ordinanza n 369 del 1999, l'espulsione in esame ha natura amministrativistica, non configurabile come sanzione criminale.

²³¹ L. MASERA, *"terra bruciata attorno al clandestino"*, cit. p. 44, p.33 «nulla cambia in concreto per il migrante. Nel primo caso egli si vedrà condannato al pagamento di una somma di denaro di cui quasi certamente non dispone, e verrà rinchiuso nel C.i.e. in attesa dell'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione. Nel caso in cui invece, il giudice di pace abbia optato per la sostituzione della pena pecuniaria, lo straniero si troverà sottoposto all'esecuzione di un provvedimento penale di espulsione, da eseguire con le medesime modalità previste per l'espulsione amministrativa: anche in questo caso dunque, trattenimento nel C.i.e. in attesa di accompagnamento alla frontiera»

²³² Trattenimento in un CIE, in attesa dell'accompagnamento alla frontiera.

²³³ Ex. Art 14 comma I, costituiscono cause ostative all'espulsione «*quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo.*»

²³⁴ C. MORSELLI, *diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit. p. 49, p.77

²³⁵ tra i fattori di estinzione del reato si presenta infatti come un beneficio che segue ad una prognosi positiva sulla personalità del condannato

questa esclusione, al di fuori di quelle tesi a rendere ancora più complicato il percorso di regolarizzazione dello straniero²³⁶. Si riscontra ancora un trattamento differenziato in ragione di uno status personale, ingiustificato e superfluo, intendendosi con quest'ultimo termine evidenziare che, l'effetto in grado di determinare un reale impatto sulla vita del migrante, non discende dalla norma penale, e neppure dall'esclusione del soggetto in questione dal godimento di benefici che gli spetterebbero secondo le regole di diritto comune. Riecheggia il brocardo «*Iure est civiliter utendum*», a parità di efficacia tra due misure infatti, il legislatore dovrebbe optare per quella che comprime meno i diritti del singolo, a fortiori se i destinatari della suddetta misura siano *soggetti deboli*, dovrebbe scattare il principio solidaristico ex art. 2 della Costituzione e non consolidarsi un intervento penale, ingiusto perché diretto a sanzionare mere disobbedienze²³⁷.

Ciò che rileva, è la coincidenza tra la contravvenzione del 10bis e la sfera applicativa degli illeciti amministrativi di ingresso e soggiorno *contra ius*, per i quali è già prevista la disciplina dell'espulsione amministrativa o il respingimento, una sovrapposizione che lascia perplessi²³⁸ e porta a concludere per l'inutilità di tale figura di reato al di fuori del diritto penale simbolico²³⁹. Sanzionare per mandare un messaggio di coerenza dell'ordinamento e di criminalizzazione non di fatti ma di soggetti, per un migliore *effetto annuncio*, come lo chiama Onida²⁴⁰ «*non già nei confronti dei stranieri destinatari della norma, ma nei confronti degli elettori*» per sottolineare, quanto

²³⁶ Ad ultimo, una volta portata a compimento l'espulsione, il giudice sarà chiamato a pronunciare sentenza di non luogo a procedere, che naturalmente impedendo la vigenza del *ne bis in idem*, tiene aperta la via dell'azione penale per i medesimi fatti, qualora lo straniero rientri illegalmente nel territorio dello Stato

²³⁷ C. MORSELLI, *diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit. p. 49, p.105ss.

²³⁸ Per un punto di vista critico v. P. POMPONIO, *Espulsione amministrativa e modalità di esecuzione del provvedimento*, in *Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione 2009*, 46

²³⁹ «È un reato contravvenzionale, punito con la sola pena pecuniaria, per il quale, di conseguenza, non è possibile l'adozione di forme limitative della libertà personale, quali l'arresto o il fermo di polizia. Lo straniero che entra o soggiorna illegalmente in Italia non può quindi essere arrestato, viene denunciato a "piede libero" e processato mesi o anni dopo, normalmente in contumacia. La condanna non viene mai eseguita perché lo straniero irregolare – proprio perché privo di permesso di soggiorno – non può avere un conto corrente, né un lavoro regolare, né essere titolare di un immobile. Quindi, le pene pecuniarie irrogate restano senza alcun effetto. Il processo è invece oneroso per lo Stato, sia in termini di personale occupato sia perché lo straniero deve avere un difensore e, poiché è privo di reddito, può essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato» M. AMBROSINI, A. GUARISO, *Immigrazione illegale: perché è un reato inutile*, 2 febbraio 2016 in www.lavoce.info

²⁴⁰ V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in www.archivistorico.ilsole24ore.com, 19 maggio 2009.

spesso queste tematiche diventino oggetto di campagna elettorale, invece che di interventi legislativi mirati, intelligenti e rispettosi della dignità umana.

Il coordinamento con l'art. 10 giustifica il caso di non applicabilità della sanzione ex 10bis agli stranieri respinti alla frontiera, proprio perché il suddetto respingimento è temporalmente e logicamente anteriore all'ingresso ed al trattenimento illegale, la dottrina tipicamente ricostruisce la situazione *sub observatione* come elemento negativo del fatto tipico. Nel secondo comma è stato recentemente introdotto²⁴¹ un ulteriore periodo che sancisce la non applicabilità della sanzione neppure allo straniero identificato ai controlli alla frontiera ed in uscita dal territorio nazionale. In quest'ultima situazione la dottrina ha rinvenuto una causa sopravvenuta di non punibilità, per la cessazione dell'interesse dello Stato alla punizione, poiché la condizione in cui il soggetto viene a trovarsi a seguito dell'identificazione non mette in pericolo l'interesse che lo Stato ha nel controllo e gestione dei flussi migratori. Si è inoltre voluto consentire al migrante in condizione di irregolarità la possibilità e lo spazio fisico, di lasciare la Repubblica senza essere destinatario di un provvedimento di espulsione²⁴².

L'elemento oggettivo²⁴³ è costituito da due condotte alternative, la prima è quella dell'ingresso, che concretizza un reato commissivo istantaneo, la cui illiceità si coglie necessariamente alla luce dell'art.4 del T.U.Imm.²⁴⁴. La seconda condotta illecita è quella del trattenimento, costituente invece fattispecie omissiva pura²⁴⁵ e permanente in quanto il disvalore deriva dal mancato allontanamento dal territorio nazionale, «Secondo la ricostruzione più accreditata della norma ciò che si rimprovera allo straniero, in caso di trattenimento in carenza dei presupposti legali, è la violazione di una *norma di comando* che impone di allontanarsi dal territorio nazionale»²⁴⁶ la

²⁴¹ Legge 2 agosto 2011, n. 129, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, recante *disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari*. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.181 del 5-8-2011. In www.normattiva.it

²⁴² L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, cit. p. 46, p. 58

²⁴³ A.M.P. CRISCI, *il trattamento penale dello straniero irregolare*, cit. p.40, p.65ss.

²⁴⁴ Art. 4, comma I «L'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti.» a contrario, la mancanza dei requisiti configurerà una condotta illecita.

²⁴⁵ S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43, p.240

²⁴⁶ A.M.P. CRISCI, *il trattamento penale dello straniero irregolare*, cit. p.40, p.83

difficoltà maggiore che si incontra in tema di norme di comando, è la presenza di un termine per l'adempimento²⁴⁷ affinché si configuri la fattispecie tipica, termine assente nel 10bis e solo eccezionalmente previsto dalla normativa in questione²⁴⁸. Evidente trattamento differenziato, poiché lo straniero non è posto nella condizione di evitare il reato, e dunque la fattispecie di trattenimento illegale si verificherà in ogni caso. In modo automaticamente istantaneo alla scadenza dei termini di validità del permesso di soggiorno, si verserà in condotta penalmente rilevante, con tutte le conseguenze che ne derivano. Il carattere personale della responsabilità penale deriva dal fatto che la condotta sia esigibile, sia cioè possibile per il soggetto, che deve essere messo nelle condizioni di adempiere. La mancanza del termine, la rende impossibile, collocando il reato in questione sotto la clausola *ad impossibilia nemo tenetur*²⁴⁹, con sembianze di responsabilità oggettiva, che in quanto tale non trova più spazio nell'ordinamento alla luce dell'art 27 comma 2 della Costituzione²⁵⁰. Quale conclusione trarre rispetto a

²⁴⁷ La previsione di un termine per l'adempimento è un elemento imprescindibile del reato omissivo proprio, ma la dottrina è divisa, tra gli autori che ne sostengono la natura di elemento essenziale della fattispecie omissiva v. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, CEDAM, 1988, p.816; tra gli autori che ne sostengono la natura di condizione obiettiva di punibilità, v. I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, Giuffrè editore, 1975, p.95; ed autori che ne sostengono la natura intrinseca al reato omissivo proprio «l'obbligo di fare postula sempre, per necessità logica, un termine entro il quale deve essere realizzato. Il termine può essere perentorio (...) oppure ordinatorio. Proprio l'accettazione di questo punto di partenza: l'obbligo di fare non può prescindere da un termine che ne assicuri l'effettività.» M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, pt. I, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, p.77

²⁴⁸ S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43, p. 242ss. Caputo fa il caso del termine di quindici giorni previsto dall'art. 13, comma 5, T.U.Imm. per l'ipotesi della scadenza del permesso di soggiorno da più di sessanta giorni, senza che ne sia stato chiesto il rinnovo. Primo termine, fissato dal T.U.Imm. di sessanta giorni, secondo termine, fissato in via prefettizia, di quindici giorni. In tutti gli altri casi, si prevede che l'espulsione debba essere disposta in via coattiva, ove impossibile, si ricorre all'ordine di allontanamento del questore con un termine di sette giorni, la cui ingiustificata osservanza integra la diversa fattispecie di cui all'art. 14 comma 5-ter.

²⁴⁹ «alla figura dell'illecito trattenimento resta operante "il basilare principio *ad impossibilia nemo tenetur*, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie". In rapporto a tali fattispecie, l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta esclude la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione» C. Cost, sent. 8 luglio 2010, n. 250, pres. Amirante, red. Frigo, in *Dir. Pen. Proc.* 10/2010; per un approccio nettamente critico a tale impostazione v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2007, p.352, afferma la non costruibilità dell'inesigibilità come causa generale, autonoma e praeter-legale di esclusione della colpevolezza; v. anche G. JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cuadernos de confernacias y asrticulos n. 12, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 1996 (trad. de J. SANCHEZ-VERA), si interroga sul momento in cui un'omissione acquisisca rilevanza all'interno di un ordinamento «hay que decidir cuando exactamente una omisión, siendo contraria al deber y debiendo ser punible, ha de tratarse como una acción» p.17.

²⁵⁰ L'art. 27, comma 1, Cost. sancisce il principio di inesigibilità. La sent. 364 del 1988 ha fornito l'interpretazione centrale della personalità della responsabilità penale discendente dall'articolo in

questo ragionamento?²⁵¹ La contravvenzione di cui all'art. 10 bis, non sanziona un fatto, ma una condizione personale, si è ancora in presenza della preoccupante tendenza, verso il diritto penale dell'autore e non del fatto, che pervade a macchia d'olio tutto l'impianto incriminatore del diritto dell'immigrazione. Laddove si voglia attribuire la determinazione di un termine per l'adempimento della condotta, alla discrezionalità del giudice, quindi caso per caso, ci si troverebbe di fronte ad un evidente contrasto con il principio di tassatività e determinatezza²⁵². Diritto penale simbolico, più che effettività dell'incriminazione, sussiste tutte quelle volte in cui si utilizza una norma penale, non per sanzionare, ma per mandare un messaggio, per affermare, nel conflitto tra gruppi sociali, quale sia il più forte contrapponendolo al più debole, quello che subisce una norma non rispondente alla vocazione di protezione alla quale tutte le norme di un sistema che si voglia chiamare garantista, dovrebbero rispondere. L'assenza della previsione della clausola «senza giustificato motivo», che è stata oggetto di pronuncia da parte della Corte Costituzionale²⁵³ solo con riferimento

questione, in termini di colpevolezza: l'individuo è chiamato a rispondere penalmente solo per le condotte da lui controllabili. La controllabilità è l'elemento mancante nell'art. 10-bis.

²⁵¹ I dubbi in ordine alla figura di reato di ingresso e permanenza illegale sul territorio dello Stato sono sollevati in ordine a specifici profili della norma incriminatrice, quali la mancata previsione della clausola del giustificato motivo, ed in ordine alla sua compatibilità sul piano generale, con alcuni principi penalistici. Si contesta, sul primo versante una irragionevole disparità di trattamento rispetto a quello spettante in base all'art. 14, co 5-ter T.U.Imm. e sul secondo versante una violazione del principio di colpevolezza ex art. 27 Cost. Per un'attenta disamina, dei motivi della contestata legittimità che hanno portato la Corte Costituzionale a pronunciarsi sulla norma de qua, v. A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale* (commento alla sent. 8 luglio 2010 n. 250), in *Dir. Pen. Proc.* 10/2010, p.1196, «la Corte sottolinea tuttavia che residua sempre “una diversità di regime rispetto all'ipotesi criminosa di cui al citato art. 14 comma 5-ter, connessa alla rilevata maggiore ampiezza delle situazioni riconducibili al paradigma del ‘giustificato motivo’ rispetto alle cause generali di non punibilità” escludendo poi che detta diversità si traduca in un profilo di illegittimità costituzionale»; v. anche M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio o self restraint della Corte Costituzionale* (nota a C. Cost. sent. N. 249 e 250 del 2010), in *Quest. Giust.* 4/2010, p.147ss.

²⁵² S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, cit. p.43, p. 245; sull'impossibilità come limite per l'adempimento e come garanzia della tassatività e determinatezza, Fiandaca afferma che «in base all'antico principio *ad impossibilia nemo tenetur*, è da ritenere che entri a far parte del concetto di omissione tipica l'implicito requisito della possibilità di agire, nella direzione indicata dalla norma» in G. FIANDACA, voce *Omissione*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. VIII, Torino, UTET giuridica, 1994, p. 552; Fornasari restringe l'efficacia limitativa dell'inesigibilità ai soli casi in cui le norme presentino «un dato letterale o logico che permette tale efficacia» in G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1990, p.296

²⁵³ Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, §1.3 considerato in diritto. «La condotta imposta allo straniero sotto comminatoria di sanzione penale risulterebbe difatti «inesigibile», in quanto si richiederebbe ad un soggetto che normalmente versa in condizioni di indigenza di munirsi di biglietto e di documenti di viaggio in soli cinque giorni, quando nemmeno lo Stato, in un termine assai più ampio e fruendo di ben maggiori mezzi, è riuscito ad ottemperare al «precetto». Si sarebbe configurata, così, una ipotesi di

al reato di ingiustificata inottemperanza all'ordine di allontanamento, dovrebbe esprimere anche all'interno della fattispecie ex 10bis, il limite logico della norma penale *ad impossibilia nemo tenetur* e dunque l'attitudine a far venir meno l'elemento oggettivo del reato. Si è ancora in presenza di irragionevole disparità di trattamento, che si pone in aperto contrasto con il principio di colpevolezza. Si riscontra un conflitto anche con i principi di offensività e di extrema ratio del diritto penale, poiché si assiste ad un utilizzo di una norma penale a presidio di discipline che mirano a tutelare beni che non possono essere messi in pericolo da condotte di un soggetto.²⁵⁴ La contrarietà si rivela rispetto al significato più profondo del principio di offensività, che garantisce i soggetti contro imputazioni per loro status personali, contro il diritto penale dell'autore, che invece si concretizza tutte le volte in cui, ad essere sanzionate sono condizioni ontologiche del soggetto che lo disegnano come pericoloso prescindendo da qualunque condotta egli compia. Inutile dire che la situazione di irregolarità non favorisce la consapevolezza²⁵⁵ da parte dei migranti della pendenza di un comando di allontanamento²⁵⁶, ma seguendo la logica del diritto penale del nemico, non è necessario affinché la norma sia cogente e risponda alla logica di protezione della comunità dei cittadini, che i non cittadini, gli *extranei*, siano informati o consapevoli della normativa che viene loro applicata, sono chiamati prima a subirla poi a rispettarla. Il bene giuridico che il legislatore intende tutelare con la criminalizzazione

responsabilità oggettiva, dato che lo straniero che volesse eseguire l'ordine non avrebbe altro mezzo che quello di commettere ulteriori illeciti.» in www.giurcost.org

²⁵⁴ I beni in questione sono gli interessi dello Stato alla gestione dei flussi migratori e al mantenimento dell'ordine pubblico. «Il pericolo che lo straniero può arrecare a tali beni giuridici non deriva da una sua specifica condotta, ma risiede nella sua stessa presenza nel territorio dello Stato ed è ineliminabile sino a che egli si trattiene in Italia» L. MASERA, *“terra bruciata attorno al clandestino*, cit. p. 44, p.50

²⁵⁵ Tra le questioni più sentite dalla dottrina, poiché più complesse, in tema di elemento soggettivo, vi è quella circa l'errore o l'ignoranza riguardo a norme del testo unico. Se si considera la normativa extrapenale come integrativa del precetto, si applicherà l'art. 5 c.p. («Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale»), secondo il noto brocardo «*ignorantia legis non excusat*», non configurandosi l'effetto scriminante derivante dall'errore o dall'ignoranza, che si produrrà invece per il caso opposto di considerazione della normativa suddetta come integrante il precetto, applicandosi l'art. 47, comma terzo c.p. («L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato»), A.M.P. crisci, *il trattamento penale dello straniero irregolare*, cit. p.40, p.70 e 71, e anche S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, cit. p.43, p.236; v. anche A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, cit. p. 54, evidenzia la tensione con il principio di materialità di cui all'art. 25 comma 2, Cost., nella coincidenza temporale tra l'acquisizione della condizione di irregolarità amministrativa ed il perfezionamento dell'illecito penale, che determina l'impossibilità di agire conformemente alla norma.

²⁵⁶ S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, cit. p.43, p.243

di tali condotte è quello dell'interesse dello Stato alla gestione e al controllo dei flussi migratori, attraverso la quale, illecito amministrativo ed illecito penale coincidono perfettamente. La norma come formulata dal legislatore del 2009, induce a riflettere e ad evidenziare le distinzioni esistenti tra le varie posizioni di irregolarità, sfuggendo alle generalizzazioni²⁵⁷ che si celano dietro l'uso generico del termine *clandestinità*²⁵⁸. La distinzione principale riguarda il momento in cui l'illegalità si presenta, può essere originaria o sopravvenuta. Il caso di irregolarità sopravvenuta è quello dei cosiddetti *overstayers*, coloro che fanno ingresso in modo legale, che ottengono un permesso di soggiorno temporaneo e che si trattengono oltre la scadenza di quest'ultimo, e quindi si trovano in una situazione di illegalità che sopravviene all'ingresso. I centri di identificazione ed espulsione, attuali centri di permanenza per il rimpatrio²⁵⁹, sono

²⁵⁷ La sent. 250/2010 della Corte Costituzionale, nel dichiarare infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art.10-bis d.lgs. 286/1998, sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 24 comma 2, 25 comma 2, 27, 97 comma 1 e 117 Cost. ha affrontato la questione in termini di ragionevolezza ritenendo insussistente la violazione del principio di eguaglianza, sul rilievo che punendo indiscriminatamente lo straniero che sia entrato o si sia trattenuto illegalmente sul territorio dello Stato, l'art. 10-bis opererebbe un'equiparazione tra fattispecie eterogenee e soggetti di differente pericolosità sociale. La norma non sarebbe così diretta a sanzionare la condotta di vita ed i propositi dei migranti, ma l'inosservanza della normativa di settore, lasciando al giudice la diversa valutazione circa la gravità dell'inosservanza in sede di determinazione della pena in concreto; v. anche A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA, *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, i diritti negati, Milano, FrancoAngeli, 2017, p.85 «I principali significati del principio di uguaglianza formale sono sintetizzabili in un obbligo, trattare in modo uguale situazioni uguali ed in modo diverso situazioni diverse, e in due divieti, divieto di introdurre distinzioni non giustificabili alla luce di un qualche precetto costituzionale e il divieto di discriminare in base a i profili individuati in art.3 comma 1 Cost.»

²⁵⁸ *clandestino* aggettivo [dal latino *clandestinus* (derivato dell'avverbio *clam* «di nascosto»), attrav. il fr. *clandestin*]. – Che è fatto di nascosto, e si dice per lo più di cose fatte senza l'approvazione o contro il divieto delle autorità in www.treccani.it; v. anche *Migranti, quale emergenza? Un po' di chiarezza su cifre, accoglienza e parole*, 10 giugno 2015, in www.redattoresociale.it «La parola "clandestino" si è diffusa nell'uso comune dopo essere apparsa in maniera quasi ossessiva sui giornali e nelle dichiarazioni dei politici per indicare lo straniero che entra o soggiorna in un paese in violazione delle leggi sull'immigrazione. Non corrisponde ad alcuna condizione giuridica. In Italia il termine clandestino fa riferimento soprattutto agli overstayers, ossia a tutti quegli stranieri che, entrati nel paese regolarmente, restano dopo la scadenza del visto o dell'autorizzazione al soggiorno, anche se, in tal caso, il termine esatto è migrante irregolare. Clandestino non ha equivalente a livello internazionale.»

²⁵⁹ Modifica ad opera dell'art. 19, comma 1, del D.l 13 febbraio 2017 n.13 convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante *disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*.” Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.90 del 18-4-2017, in www.camera.it; la modifica ad opera della “*riforma Minniti*” non apporta una modifica di tipo solamente nominale, ma mira anche ad un potenziamento della portata dei suddetti centri, anche ai fini di una loro distribuzione omogenea sul territorio dello Stato. U. NAZZARO, *I decreti “immigrazione” e “sicurezza” del 2017*, cit. p.27, p. 601 «La norma di modifica rappresenta una nuova tappa di quel percorso scandito da interventi tesi di volta in volta, a ridefinire le regole dell'allontanamento del clandestino, in concomitanza con gli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie, e a innalzare i limiti massimi di durata del trattenimento nelle strutture di reclusione per extracomunitari. A tali luoghi di detenzione amministrativa, sottratti al controllo dell'autorità

pieni di tali soggetti, che manifestano alti gradi di integrazione con il territorio e con la comunità, padroneggiando la lingua, intrattenendo rapporti lavorativi e soprattutto affettivi con gli autoctoni, fino alla scadenza del permesso di soggiorno che fa automaticamente scattare la soglia del penalmente rilevante, fa calare lo stigma della criminalità, venendo ad essere posti sotto un regime di privazione della libertà nei centri suddetti, piombando in una situazione di incertezza, dalla quale è difficile uscire, essendo il percorso di regolarizzazione ed integrazione uno dei tasselli mancanti, poiché l'attenzione del legislatore è tutta concentrata sul momento della criminalizzazione. Quando invece il migrante fa ingresso nel territorio nazionale senza documenti o con documenti falsi, l'illegalità si presenta come originaria, prescinde dalla domanda di permesso di soggiorno e condiziona il trattamento che il migrante riceve, a partire da quando attraversa la frontiera. È questa la categoria di immigrazione irregolare maggiormente oggetto dell'attenzione mass-mediatica, che desta perciò maggior allarme sociale e che si presta alle più varie e più facili generalizzazioni. Questi migranti ricevono la qualifica stigmatizzante di *Clandestini*²⁶⁰, e già la terminologia utilizzata può aiutare a comprendere il grado di insicurezza²⁶¹ che viene ingenerato nella comunità da questo tipo di fenomeno, queste persone entrano di soppiatto nel nostro Paese, e rimangono la maggior parte delle volte

giudiziaria, sono destinati gli stranieri presenti irregolarmente all'interno dei confini nazionali, che non abbiano presentato richiesta di protezione internazionale, quando non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento». Al fine di assicurare maggior efficacia esecutiva alle procedure finalizzate al rimpatrio, il comma 3 dell'art. 19 l.46/2017, ha attribuito al Ministro dell'Interno, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze il compito di adottare le iniziative idonee ad ampliare e redistribuire i C.P.R sul territorio nazionale tutto.

²⁶⁰ la generalizzazione non fa altro che aumentare il senso di quel diritto penale emotivo, che tralascia la realtà dei dati, e coltiva la paura di fronte non a situazioni di reale pericolo ma di presunzione di pericolo, «secondo le stime dell'Oim, la quota dei migranti irregolari sul totale dei flussi internazionali ammonterebbe al 10-15%» CARITAS e MIGRANTES, *XXV rapporto immigrazione 2015, la cultura dell'incontro*, reperibile in www.caritasitaliana.it, p.4 Per una disamina terminologica v. G. DI LUZIO, *Clandestini, viaggio nel vocabolario della paura*, Roma, Ediesse, 2013; e anche P. ORRÙ, *Il discorso sulle migrazioni nell'Italia contemporanea: un'analisi linguistico-discorsiva sulla stampa*, Milano, FrancoAngeli, 2000-2010; v. anche G. SCARPARI, *Stranieri e microcriminalità: le apparenze e i dati*, in *Quest. Giust.* 4/1997, p.631.

²⁶¹ Espressione di un diritto penale simbolico che trova la sua base generativa nella incriminazione della percezione di insicurezza, sganciata dunque dal diritto penale dell'offesa, per approdare ad un diritto speciale della prevenzione tramite l'anticipazione della soglia di punibilità e la criminalizzazione non della pericolosità ma di una presunzione di pericolosità. Sul tema v. G. LIPPI, *Crimini degli immigrati: l'analisi dei dati Idos*, 17 agosto 2015, in www.lettera43.it; v. anche J. M. SILVA SANCHEZ, *La expansion del derecho penal: aspectos de la politica criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas ediciones, 1999; v. anche L. PEPINO, *Sicurezza microcriminalità e immigrazione*, in *Quest. Giust.* 1/2001, p.1

in un limbo di invisibilità, di inesistenza agli occhi della legge portando con sé un elevato potenziale di commissione di ulteriori crimini. È l'illegalità che permette quella sovrapposizione tra la figura del migrante e la figura del nemico, quello scivolare dall'alterità alla necessaria criminalità. Un *tertium genus* di immigrazione irregolare è quello di coloro che raggiungono il Paese di destino per scopi criminali, o per sottrarsi ad arresti nel proprio paese di origine, sono quei migranti che intrattengono relazioni con le associazioni criminali già presenti sul nostro territorio e dunque rafforzano con la loro presenza le reti già esistenti²⁶². Dovrebbe dunque emergere una domanda di regolarizzazione²⁶³ più che di sicurezza, anche e soprattutto in vista del fatto che, il migrante che entra nel territorio illegalmente, laddove non venga intercettato da un processo di regolarizzazione, non dispone di altra alternativa, se non quella di rimanere illegale, di vivere celato agli occhi del sistema. Si noti anche che spesso, le risposte alla domanda di gestione e controllo dei flussi migratori, si presentano come inadeguate, o peggio, d'ostacolo ad eventuali momenti di regolarizzazione ex ante, costringendo molti migranti a passare necessariamente attraverso reti illegali²⁶⁴.

A chiusura della suddetta triade, la norma di cui al 10-ter, rubricata *Disposizioni per l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul*

²⁶² Dell'argomento si è iniziato a parlare a seguito della tragedia di Lampedusa del 2013 «il flusso di migranti e profughi si alimenta e alimenta organizzazioni mafiose. Sono composte in prevalenza da soggetti di nazionalità straniera (molti dei quali stabilmente residenti in Italia) con permesso di soggiorno o cittadinanza italiana, con forte caratterizzazione etnica, poco propensi alla collaborazione con cittadini italiani o di differente etnia.» M. CENTORRINO, P. DAVID, *Il ruolo delle mafie negli sbarchi di immigrati*, 10 dicembre 2013, in www.lavoce.info

²⁶³ «la criminalizzazione della clandestinità rappresenta sicuramente il punto di forza di quella strumentalizzazione dell'ineguaglianza cui contribuisce evidentemente anche e soprattutto una penalità emotiva, che finisce per porre l'immigrato irregolare in una peculiare condizione di debolezza e vulnerabilità idonee a renderlo paradossalmente oggetto di sfruttamento ed ad inibirlo, sotto il profilo politico criminale, anche da necessarie attività di positiva collaborazione alla emersione di tali fenomeni» A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale*, cit. p. 23 p. 529; esulerebbe dalla presente trattazione la tematica dello sfruttamento lavorativo dei migranti irregolari, ma per uno spunto riflessivo v. E. LO MONTE, *Lo sfruttamento dell'immigrato clandestino: tra l'incudine (dello Stato) e il martello (del caporalato)*, in *Crit. Dir.* 2011, p.46ss.

²⁶⁴ Il delinearsi di una sorta di statuto speciale per la clandestinità, finisce per cedere alle tentazioni autoritarie insite nella logica del diritto penale d'autore. Effetto dannoso tra i più rilevanti è infatti la strumentalizzazione della pena, e sua conseguente, fallace esaltazione in termini di integrazione culturale, che diventa un «criterio ispiratore di una selettività per tipi d'autore» che, assecondando strategie di diritto penale del nemico e della lotta, manifestazioni di quel diritto penale degli «individui non-persone», provoca politiche di esclusione degli immigrati irregolari. E dunque si assiste ad una perdita della funzione normativa della pena come integrazione sociale Sul tema v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, edizioni scientifiche italiane, 1992; v. anche E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute*, Napoli, edizioni scientifiche italiane, 1994, che esprime un punto di vista circa la funzione della pena a seguito di emotive strumentalizzazioni di identità

territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare, secondo la quale gli stranieri vengono condotti in appositi “punti di crisi” nei quali vengono sottoposti a rilevamenti fotodattiloscopici e segnaletici, e ricevono informazioni sulle varie possibilità a loro disposizione²⁶⁵. In questa sede è anche possibile l’avvio di un periodo di trattenimento ex art. 14 presso uno dei centri appositi, solo nel caso in cui sussista un concreto *rischio di fuga*²⁶⁶.

Non applicabile la norma, nel caso di cui all’art. 19 T.U.Imm.²⁶⁷, che disciplina i casi di divieto di espulsione e di respingimento, per tutelare le categorie cd. vulnerabili²⁶⁸.

2.2.Favoreggiamento dell’immigrazione illegale, “i mille ed un modo” nell’art.12 del Testo Unico dell’Immigrazione

L’articolo 11 del T.U.Imm., rubricato *Potenziamento e coordinamento dei controlli di frontiera*, e funge da collegamento tra l’art. 10bis e l’art.12 recante *disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, modificato in maniera rilevante dalla legge 189 del 2002. Fino a che l’Italia è rimasta solo un paese di emigrazione, la materia era regolata da norme di rango non primario, principalmente circolari ministeriali, la prima disposizione veramente sanzionatoria fu quella di cui all’art.12 della legge n.943 del 1986²⁶⁹, emanata in risposta alla ratifica della convenzione OIL del 1981, sanzionava

²⁶⁵ principalmente, la richiesta di protezione internazionale, i programmi di ricollocazione in altro stato dell’UE ovvero il rimpatrio assistito

²⁶⁶ Ai sensi della direttiva 2008/115/CE, Art. 3, n. 7) «*rischio di fuga*» la sussistenza in un caso individuale di motivi basati su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di un paese terzo oggetto di una procedura di rimpatrio possa tentare la fuga; Quest’ultimo si configura ad esempio anche laddove lo straniero rifiuti reiteratamente di sottoporsi ai rilievi identificativi. È possibile parlare di fattispecie di pericolo, più coerente con un diritto penale del sospetto, meno attento alle esigenze di retribuzione ed incentrato sulla chiusura ed il controllo stringente su classi potenzialmente pericolose.

²⁶⁷ Art. 19 T.U.Imm. *Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili*. La tutela di tali soggetti trova fonte in trattati internazionali, che trovano applicazione in forza del combinato disposto dell’art. 10, comma secondo della cost. e dell’art. 2 cost.

²⁶⁸ Argomento portato dalla Corte Costituzionale a sostegno dell’infondatezza del contrasto della disciplina di cui al 10-bis con il principio di solidarietà. La Corte sostiene che i valori di solidarietà all’interno della materia de qua vengano affermati tramite un adeguato bilanciamento di valori, ritenendoli, già tutelabili tramite i divieti di espulsione e respingimento succitati ed inoltre nella disciplina del ricongiungimento familiare e nella normativa sul soccorso al rifugiato e sulla protezione internazionale di cui al d.lgs. 286/1998 e alla Convenzione ONU di Ginevra del 1951.

²⁶⁹ Legge 30 dicembre 1986, n. 943 recante *Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.8 del 12-1-1987.

chiunque compisse atteggiamenti tesi a favorire attività di intermediazione di movimenti illeciti di lavoratori migranti.²⁷⁰

a) Art. 12 comma 1, T.U.Imm.: favoreggiamento dell'immigrazione illegale

Questo articolo incrimina chiunque, violando le norme del testo unico, compia una delle condotte elencate nel primo comma, dirette a trasportare lo straniero nello Stato o al compimento di altri atti diretti a procurarne l'ingresso. L'elemento oggettivo di tale reato comune, a condotta libera, istantanea e a consumazione anticipata²⁷¹ sono dunque le condotte di promozione, direzione, organizzazione, finanziamento o effettuazione del trasporto, ogni altro comportamento o atto è penalmente irrilevante. Il fatto tipico consistente in una di queste condotte, previste a titolo alternativo, sarà sufficiente per il perfezionamento del reato, senza che sia necessario che l'ingresso illegale si verifichi effettivamente²⁷², il che riporta ancora una volta a leggere nell'anticipazione della soglia punitiva, uno dei tratti del diritto penale del nemico, che come già detto, risponde ad una logica preventiva, operando ex ante rispetto alla verifica del fatto. Tale differenziazione si basa esclusivamente sulle caratteristiche personali del soggetto potenziale autore del reato e per il notevole disvalore che l'ordinamento attribuisce ad atti di tal fatta, essendo naturale a questo punto sussumere tale reato all'interno della categoria dei *reati di pericolo concreto*²⁷³, si perfeziona infatti con il mero attraversamento illegale dei confini.

²⁷⁰ I reati in materia di migrazioni clandestine, possono dividersi a titolo puramente esemplificativo, in tre categorie, quelli diretti a favorire le immigrazioni illegali, quelli volti al favoreggiamento delle emigrazioni illegali e ad ultimo, quelli che mirano a favorire la permanenza nel territorio, in condizioni di illegalità Per la divisione in categorie v. L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, cit. p. 46, p.95ss

²⁷¹ «il tenore letterale e logico della norma è nel senso di punire anche chi, pur essendo anch'egli clandestino, compia attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato» Cass., Sez. III pen. 28.11.2002. Il problema che si è posto in giurisprudenza riguardante la fattispecie di cd. *autofavoreggiamento*. Ma altro orientamento, in linea con l'art.5 del protocollo sul traffico dei migranti annesso alla convenzione di Vienna del 1951, impone di riservare trattamenti distinti, ai migranti e agli autori del cd. *smuggling*. Sarà dunque irrilevante la fattispecie di autofavoreggiamento, confermata anche dall'osservazione delle figure delittuose elencate nell'art. 12 tu, che non si attanagliano a descrivere la condizione del migrante, che è normalmente una "vittima" del viaggio.

²⁷² Cass., Sez. I pen. 23.6.2000 n. 2187, in www.italgiure.giustizia.it

²⁷³ Tale genere di illeciti penali sono caratterizzati dal possedere tratti comuni con i delitti di attentato e con le figure di tentativo, come spiegato da Caputo «la norma incriminatrice del favoreggiamento dell'ingresso illegale è imperniata sull'individuazione del risultato vietato- appunto l'ingresso contra ius dello straniero- rispetto al quale l'area della rilevanza penale è definita attraverso la tecnica della tutela anticipata» G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012 , p.47 e 55, per approfondimenti sul tema dei delitti di attentato e

Il trattamento sanzionatorio previsto dal comma primo dell'art. 12, è la pena della reclusione da uno a cinque anni con la multa di 15 mila euro, per ogni persona trasportata. È chiara la portata di questa incriminazione, con la quale il legislatore intende tutelare il proprio interesse di matrice interna al controllo e alla gestione dei flussi migratori, che se messo a confronto con quello tutelato dal delitto di tratta ex art. 601 c.p.²⁷⁴, ne differisce proprio per oggetto di tutela.²⁷⁵

Al secondo comma è prevista la scriminabilità per le condotte di soccorso, fermo restando quanto previsto dall'art. 54 c.p., infatti non costituisce reato l'attività consistente in una delle condotte incriminate dalla norma de qua, laddove venga prestata nei confronti di stranieri in condizioni di bisogno, concretandosi in atti di soccorso e di assistenza umanitaria. Argomento oggetto di attenzione da parte della recente giurisprudenza, all'interno del quale si concentrano i dibattiti in tema di criminalizzazione delle Organizzazioni che operano nel mediterraneo.

b) Art. 12 comma 3 T.U.Imm.: favoreggiamento dell'immigrazione illegale aggravato

Al successivo comma terzo, viene disciplinata la fattispecie aggravata rispetto a quella di cui al primo comma, pacificamente ritenuta oggi come autonoma figura criminosa²⁷⁶, in ragione dei suoi elementi specializzanti: in presenza di condizioni specifiche, la forbice edittale risulta ampliata in cinque ipotesi, comminandosi la pena detentiva da 5 a 15 anni, abbinata alla multa di 15 mila euro per ogni persona oggetto di trasporto. Se il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale di cinque o più persone, si applicherà la fattispecie aggravata, evidente il collegamento con il disvalore di cui è portatrice la norma di cui all'art.10bis. Ulteriori elementi specializzanti sono rinvenibili nel fatto che le persone durante il trasporto siano sottoposte a pericolo per

le figure di tentativo, p. 45-46, v. anche C. MORSELLI, *diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit. p. 49, p.113; v. anche A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. Dir.* 2013, p.28ss.; v. anche S. PALIDDA, *Dieci punti su immigrazione, politica e diritto*, in *Quest. Giust.* 4/2001, p.672

²⁷⁴ Il delitto in questione tutela la libertà personale, con particolare riguardo alla dignità. L'argomento è importante per distinguere efficacemente i due delitti di *trafficking* e di *smuggling*, ben distinti all'interno della convenzione di Palermo contro la criminalità organizzata internazionale.

²⁷⁵ Sul parallelismo tra tali figure criminose si rimanda al capitolo III della presente trattazione, nel quale viene preso in considerazione ai fini di una disamina della condizione dello straniero irregolare come vittima di reato e non come autore.

²⁷⁶ Sulla struttura complessa dell'art.12 T.U.Imm. si sono concentrati gli sforzi interpretativi di dottrina e giurisprudenza.

la loro vita o la loro incolumità, ovvero a trattamenti inumani o degradanti²⁷⁷, o gli autori del fatto abbiano disponibilità di armi o materiali esplosivi²⁷⁸. Per quanto riguarda il rischio per la vita e l'incolumità, è necessaria una lettura in grado di delineare chiaramente la portata della norma, per scongiurare il pericolo di eccessive dilatazioni applicative, il rischio deve essere rilevante e concreto, in altri termini, dotato di significativo tasso di probabilità della verifica dell'evento lesivo, valutato in riferimento alla specifica vicenda. Aggravanti di tal fatta forniscono al testo unico quel respiro internazionalistico, che in alcuni angoli sembra mancare, essendo portatrici di valori collegati ai diritti umani, riconosciuti indipendentemente dalla cittadinanza o da qualsiasi altro tipo di collegamento con una comunità territoriale.²⁷⁹ La fattispecie aggravata si applica anche laddove il fatto sia commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto o documenti contraffatti, alterati o illegalmente ottenuti. La Corte di Cassazione²⁸⁰, dirimendo un contrasto interpretativo, riguardo agli effetti delle modifiche apportate dalla legge 189 del 2002 al reato in questione, ha definito l'attuale portata della norma, il termine *favorire*, infatti, ha una portata più estesa dell'attuale termine *procurare*,

²⁷⁷ La sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti si può leggere anche come una specificazione della precedente, ritenendo integrata la fattispecie incriminatrice con una condotta lesiva dei diritti del migrante e non semplicemente idonea a metterne in pericolo l'incolumità. Espressione mutuata dall'art. 3 CEDU, ai cui sensi è qualificato *inumano* quel trattamento che provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità e *degradante* quel trattamento meno grave di quello inumano, che umilia fortemente l'individuo davanti agli altri e che è in grado di farlo agire contro la sua volontà o coscienza.

²⁷⁸ Sulla differenza dei beni oggetto di tutela in gioco, che mette in evidenza il controllo dei flussi migratori, assunto non tanto come oggetto di tutela, ma quanto elemento che provoca forti disfunzioni in punto di protezione dei beni suddetti v. R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare*, cit. p.27, p. 1474ss. Dove si evidenzia che il simbolismo del diritto penale resiste alla presa d'atto del fallimento del controllo dei flussi migratori, in quanto difficilmente conciliabile con i criteri di razionalità propri del diritto penale del fatto; v. anche A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale: lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milano, Giuffrè editore, 1990, p.26ss.

²⁷⁹ Per la disamina del rischio per l'incolumità e la vita ed i trattamenti inumani o degradanti v. G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.52-53

²⁸⁰ La contestata riduzione dell'area della punibilità a seguito dell'intervento normativo suddetto, è stata posta alla base di un ricorso in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, tra i motivi in grado di assolvere gli imputati, sulla base del fatto che il termine *procurare* abbia reso irrilevanti gli atti preparatori, andando ad incriminare solo quelle condotte che effettivamente conseguivano il risultato dell'ingresso illegale. La suprema Corte si è schierata contro una tale interpretazione della norma, sancendo la natura di reato a consumazione anticipata della fattispecie di cui all'art. 12 del testo unico, confermando la necessità di incriminare tutti quegli atti diretti a procurare l'ingresso in violazione delle norme di settore, compresi, quelli preparatori purché rispondenti ai canoni del tentativo, ovvero l'idoneità e la direzione non equivoca. Cass. Sez. III pen. 29 febbraio 2012 n. 20880 (dep. 30 maggio 2012) in www.neldiritto.it

rimangono escluse dalla sfera del penalmente rilevante quelle condotte che, pur favorendo concretamente, non si «estrinsechino in atti che abbiano procurato tale ingresso». Secondo il comma 3-*bis*, se il fatto è commesso con il concorso di due o più delle ipotesi di cui al comma 3, la pena è aggravata, se invece i fatti di cui al comma 1 e comma 3 sono commessi al fine di prostituzione o altro genere di sfruttamento ovvero al fine di trarne profitto anche indiretto, la pena detentiva può essere aumentata da un terzo alla metà, e la multa da 15 mila passa a 25 mila euro per ogni persona.

Le aggravanti speciali di cui al comma 3ter, segnano il passo delle incriminazioni in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, sancendo trattamenti punitivi estremamente gravi, proprio per sanzionare quelle condotte, che oltre a provocare un ampio disvalore per lo Stato, provocano una rilevante offesa ai soggetti che subiscono tali condotte²⁸¹. Elemento soggettivo integrante le aggravanti di cui al comma 3ter, è il *dolo specifico di trarre profitto* dalle illecite attività che costituiscono lo scopo dell'ingresso o della permanenza illegale, interpretando a contrario, perciò, elemento soggettivo della fattispecie generale di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è il dolo generico «caratterizzato dalla proiezione della volontà colpevole verso un risultato ulteriore»²⁸².

c) Art. 12 comma 1, "ovvero di altro Stato" T.U.Imm.: favoreggiamento dell'emigrazione illegale

Sottostanno al medesimo trattamento sanzionatorio, anche coloro che compiono «*altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente*», parole inserite dal pacchetto sicurezza del 2009 e che delineano la fattispecie simmetrica di *favoreggiamento dell'emigrazione illegale*. L'emersione della lacuna normativa con riguardo a quelle condotte di chi, senza essere concorso nell'attività illecita diretta a favorire l'ingresso o la permanenza illegale degli stranieri, si adopera per favorire l'uscita dal territorio nazionale, di clandestini, ha portato

²⁸¹ Il comma 3septies dell'art. 12, sancisce l'applicazione in relazione ai delitti previsti dal comma 3 della l. 11 agosto 2003 n.228, recante "*misure contro la tratta di persone*", attribuendo così importanza decisiva alla tutela del migrante in quanto persona e rispondendo ad esigenze di tutela provenienti da istanze internazionalistiche; per un'ampia disamina v. anche M. BARGIS, H. BELLUTA, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017

²⁸² Caputo cita le parole di E. Gallo, in G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.62.

all'introduzione di questa figura di reato, costruita secondo il modello di incriminazione a *consumazione anticipata*. I giudici di merito in un primo momento avendo considerato penalmente irrilevanti le condotte di tutti coloro che a vario titolo collaboravano nei flussi migratori in transito, purché non coinvolti nella programmazione tesa a favorire l'ingresso o la permanenza illegale, si sono successivamente adeguati alle più pregnanti esigenze provenienti dal diritto internazionale nella lotta al crimine transnazionale. La Corte Costituzionale²⁸³ alla luce dell'interesse alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, ha dichiarato infondata la questione di legittimità della norma incriminatrice in esame, sollevata con riguardo al diritto all'emigrazione, sancito nel quarto comma dell'art. 35 della costituzione²⁸⁴, dichiarando implicitamente l'importanza del controllo di un fenomeno assai rilevante e non ignorabile quale quello dei flussi migratori in transito²⁸⁵. L'Italia, è fortemente interessata dal fenomeno delle migrazioni in transito specialmente in ragione della sua posizione geografica, trovandosi sulla "*centrale mediterranea ruote*"²⁸⁶, percorsa da un numero elevatissimo di migranti, provenienti principalmente dagli Stati dell'Africa Settentrionale e Subsahariana, prevalentemente occidentale. «L'Italia è un Paese di transito per i migranti che vogliono raggiungere in realtà altri Paesi. Questi ultimi non vogliono farsi identificare sul territorio italiano per non essere costretti a chiedere l'asilo nel nostro paese e non poter raggiungere ad esempio il Nord Europa»²⁸⁷.

²⁸³ Corte Cost. 30 gennaio 2009 n.21, §6 *Considerato in diritto* Insussistente si palesa, da ultimo, anche la dedotta violazione dell'art. 35, quarto comma, Cost. La libertà di emigrazione è riconosciuta dal precetto costituzionale con salvezza degli «obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale», fra i quali possono farsi rientrare quelli di rispetto della legislazione del Paese di accoglienza, nel quadro di accordi di cooperazione internazionale volti a contrastare un fenomeno certamente rilevante anche ai fini della tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico interno, come quello dei flussi migratori clandestini in transito. In www.giurcost.org ; v. anche A. CAPUTO, *Favoreggiamento all'emigrazione: questioni interpretative e dubbi di costituzionalità*, in *Quest. Giust.* 6/2003, p.1243ss.; v. anche M. T. CONSOLI, *Il fenomeno migratorio nell'Europa del Sud. Il caso siciliano tra stanzialità e transizione*, Milano, FrancoAngeli, 2009.

²⁸⁴ «(la Repubblica) Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero.»

²⁸⁵ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.64ss.

²⁸⁶ Termine identificativo della *rotta mediterranea*, utilizzato dall'agenzia FRONTEX, i dati numerici riguardanti le migrazioni verso l'Italia attraverso la suddetta rotta, sono stati oggetto di crescita esponenziale, non proporzionale dal 2013 (40.000) al 2016 (181.126). I dati riguardano il numero di ingressi illegali e non il numero di persone, poiché la stessa persona può attraversare illegalmente le frontiere anche più di una volta, e poiché non è attualmente disponibile alcun sistema in grado di determinare il preciso numero di individui che oltrepassano illegalmente i confini esterni dell'Unione. in www.frontex.europa.eu

²⁸⁷ I. GIUNTELLA, *Migranti, l'Italia è un paese di transito: nel 2015 flessione di nuovi arrivi (-7,4%)*, 17 marzo 2016 in www.ilsole24ore.com

Sul versante delle attenuanti, è possibile scorgere ancora una volta quel trattamento differenziato, giustificato in base alle qualità dell'autore, tipico del diritto del non cittadino, del *feind* tanto caro a Jakobs, ma forse per la prima volta nella presente trattazione, se ne rilevi la natura strumentale a garantire la pienezza della sanzione nei confronti dell'autore di tale illecito, il trafficante di migranti la cui condotta deve, senza eccezione alcuna essere sanzionata per il suo intrinseco ed ampio disvalore.²⁸⁸ Le previsioni in questione testimoniano l'orientamento teso a *ridurre l'ambito di incidenza della discrezionalità giurisdizionale*²⁸⁹, uno dei *file Rouge* della riforma Bossi-Fini²⁹⁰, e della cultura della politica piuttosto che di quella del diritto. Con quest'ultima espressione si intende fare riferimento a quelle situazioni che si intersecano con scelte prettamente legislative, in momenti di crisi, nei quali attraverso l'assegnazione di maggior rilevanza a determinate circostanze, oltre al trattamento sanzionatorio, si vuole mandare un messaggio di forte cogenza. In presenza del concorso tra circostanze eterogenee tale *modus operandi* si concretizza in una limitazione del giudizio di bilanciamento affinché a prevalere sia un determinato tipo di circostanza. Nella figura de qua, si vuole assicurare la prevalenza delle aggravanti, previste per inasprire il trattamento sanzionatorio di condotte espressive di notevole disvalore per l'ordinamento sia nazionale che internazionale.

d) Art. 12 comma 5 T.U.Imm.: favoreggiamento della permanenza illegale

Al successivo comma 5, è disciplinato il *reato di favoreggiamento della permanenza illegale dello straniero al fine di trarne ingiusto profitto*, attraverso il quale assumono

²⁸⁸ I cd. *smugglers* con la condotta tesa a procurare l'ingresso illegale nel territorio nazionale, sono i destinatari ultimi della norma di cui all'art. 12 del testo unico. Pongono in essere una serie di violazioni con un medesimo comportamento, a partire dalla lesione dell'interesse dello Stato all'integrità delle frontiere tramite il controllo dei flussi migratori, passando per la messa in pericolo del bene primario della vita dei migranti, arrivando al rafforzamento delle reti criminali transnazionali. È l'unico punto sul quale un'ottica fortemente repressiva può apparire giustificata, seppur non nell'ottica dell'*individuo un-person di origini "Jakobsiana"*.

²⁸⁹ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.76ss.

²⁹⁰ Sulla Bossi-Fini v. A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Quest. Giust.* 5/2002, p.964ss.; per un punto di vista di prospettiva, che fornisca spunti sulla portata che realmente ha avuto la legge nel suo primo decennio di applicazione, v. A. STUPPINI, *Dieci anni di Bossi-Fini*, 17 luglio 2012, in www.lavoce.info «Nel luglio 2002 il Parlamento approvava la legge Bossi-Fini. Dieci anni dopo, insieme al più recente "pacchetto sicurezza" lascia un'eredità pesante. Il suo obiettivo non era quello di frenare gli ingressi, bensì di ridurre la permanenza sul territorio dei lavoratori immigrati. Tanto che oggi è previsto un sistema di crediti e debiti che può portare anche alla revoca del permesso di soggiorno. L'esatto contrario di quanto suggerito dall'Unione Europea: politiche di integrazione per chi è già all'interno di un paese, con flussi di ingresso più contenuti»

rilevanza penale quelle condotte spesso prive di nesso di causalità con il delitto di favoreggiamento dell'ingresso illegale, che vengono a verificarsi in momenti, spesso assai posteriori rispetto all'ingresso. Incriminazione possibile grazie ad un preciso meccanismo di riconfigurazione normativa, in grado di attrarre alla sfera del penalmente rilevante condotte postume²⁹¹. Suddetta fattispecie è costruita come un reato di evento, nel quale perciò non sarà sufficiente al perfezionamento del reato la semplice condotta, ma sarà necessario il verificarsi dell'effettiva agevolazione della permanenza illegale, il cui elemento oggettivo è individuato anche dalla Giurisprudenza di legittimità in quelle «condotte comportanti un effettivo contributo agevolatore della permanenza dello straniero in Italia»²⁹². La pena è la reclusione fino ad un massimo di quattro anni, alla quale si somma una multa²⁹³.

Altro elemento di discriminare con la fattispecie generale di favoreggiamento, è l'elemento soggettivo, riscontrabile per la figura de qua, nel *dolo specifico dell'ingiusto profitto*, che deve derivare direttamente dalla condizione di irregolarità dello straniero di cui si favorisce la permanenza. Ingiusto profitto, «costituito dalla previsione di un corrispettivo non proporzionato al rapporto negoziale, bensì relazionale alla condizione di illegalità dello straniero, non in posizione paritaria rispetto all'altro contraente»²⁹⁴, che delinea il disvalore tipico della norma²⁹⁵. In posizione alternativa al dolo specifico si pone il fine dell'agire nell'ambito di una delle attività punite dal presente articolo, cioè le condotte finalizzate a mettere in atto una delle attività, di prostituzione, di sfruttamento e di impiego dei minori in attività

²⁹¹ C. MORSELLI, *diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit. p. 49, p.111

²⁹² Cass., Sez. I 23 ottobre 2003 in Riv. Pen. 3/2004, p. 327; La figura in esame, ferma restando la forma libera, può presentarsi come reato permanente, ed è quello che si verifica tutte le volte in cui l'effetto di agevolazione discende da condotte che accedono ad accordi di durata, ove sussiste una perdurante volontà dell'agente verso il risultato della permanenza illegale, ovvero come reato istantaneo, in tutti gli altri casi.

²⁹³ La sanzione pecuniaria può arrivare fino ad un massimo di 15.493 euro, con la particolarità della previsione, introdotta con la legge n. 125 del 2008, dell'aggravante speciale e ad effetto speciale, che si configura ove ci sia concorso di due o più persone nella realizzazione del fatto, ovvero quest'ultimo sia riferibile a cinque o più stranieri favoriti G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.71ss.

²⁹⁴ In assenza dell'ingiusto profitto, anche un rapporto di locazione, di pensionato, di ospitalità generica, di costituzione di diritto reale, con uno straniero irregolare, che non poggi sullo sfruttamento della condizione di illegalità di quest'ultimo, non rientra nelle condotte punibili dall'art. 12 comma 5. Così G. BARBUTO, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43, p. 265-266.

²⁹⁵ Inoltre se la presenza del dolo specifico circoscrive la sfera di punibilità, la tecnica descrittiva usata per comporre la fattispecie finisce per dilatarla, C. MORSELLI, *diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit. p. 49, p.112

illecite. Notare bene che oggetto dell'incriminazione in questione non sono tali attività, ma la condotta di favoreggiamento alla permanenza illegale di uno straniero, che serve proprio alla realizzazione di tali attività.

e) Art. 12 comma 5-bis T.U.Imm.: cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino

Figura affine, quella di *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, introdotta con il comma 5-bis dell'art. 12 ad opera del pacchetto sicurezza del 2008²⁹⁶, che ha voluto fornire una sorta di *interpretazione autentica*²⁹⁷ Come sottolinea Barbuto «*si è inteso in modo ancora più puntuale controllare le presenze straniere in Italia impedendo che a soggetti irregolari vengano alienate o cedute abitazioni. Si è inteso colpire una particolare forma di favoreggiamento.*»²⁹⁸

Condotte costituenti l'elemento oggettivo della figura di reato *de qua*, punibili in via alternativa sono il dare alloggio ovvero il cedere anche in locazione un immobile a titolo oneroso²⁹⁹ ad uno straniero irregolare. La giurisprudenza ha evidenziato, in

²⁹⁶ Ad opera dell'art. 5, comma 1 della Legge 24 luglio 2008, n. 125 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 173 del 25 luglio 2008, in www.camera.it ; per un commento sulla legge v. E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in *Il decreto sicurezza D.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n.125/2008*, a cura di A. SCALFATI, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008; v. anche v. anche F. PICCIONI, U. NANNUCCI, *Il decreto sicurezza, misure urgenti in materia di sicurezza "stradale" e le altre misure di cui al D.l 92/2008 convertito con modifiche nella legge 125/2008*, Rimini, Maggioli Editore, 2009, p.159-186.

²⁹⁷ Sull'interpretazione autentica di opera legislativa, L. MASERA, "terra bruciata attorno al clandestino", cit. p. 44, p. 56 «il legislatore lascia inalterata la struttura ed il trattamento sanzionatorio della fattispecie, intervenendo solo per precisare il momento cui riferire a valutazione circa la regolarità dello straniero al quale viene dato in locazione l'immobile. (..) In realtà, l'intervento del legislatore non è volto a dirimere alcun contrasto sul punto. La norma pare piuttosto indirizzata a prevenire possibili interpretazioni nel senso di ritenere integrato il reato anche quando l'illegittimità del soggiorno sopravvenga nel corso della durata del contratto di locazione»; v. anche P. PISA, F. ARRIGONI, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, in *Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione 2009*, 26

²⁹⁸ S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43, p.265; l'importanza di tale incriminazione risulta maggiormente all'interno della lotta alla criminalità transnazionale, poiché tale condotta spesso costituisce uno dei modi attraverso i quali si garantisce la buona riuscita del traffico internazionale di esseri umani, che si manifesti nelle forme del *trafficking* o dello *smuggling*, ove il cedente faccia parte della rete costituendo così la sua condotta un tassello del network.

²⁹⁹ Onerosità, elemento costitutivo della fattispecie di reato, in assenza del quale la fattispecie non si perfeziona. In tal modo si evita di colpire il caso dei collaboratori domestici e dell'attività caritativa, dall'altro evita di sanzionare esclusivamente il proprietario, permettendo l'incriminazione anche di chi, pur non essendo proprietario, abbia a vario titolo avuto la disponibilità del suddetto. Da *intervento del sen. Lauro nel resoconto sommario n.2 del 3 giugno 2008 della commissione giustizia del senato in sede referente*, S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit. p.43, p.267

ragione della forma libera per il perfezionamento della figura criminosa in questione, che il reato si perfeziona al momento della stipula o del rinnovo del negozio oneroso³⁰⁰, inteso come quel tempo rispetto al quale è rilevante valutare la condizione di regolarità o meno del soggetto in questione. In tal modo, discutibilmente, si dovrà mandar assolto, colui che stipula un contratto con uno straniero, regolare al momento della stipula, ma il cui permesso è prossimo alla scadenza e che si trova dunque in una condizione di debolezza, quante meno psicologica, sfruttata ingiustamente a vantaggio del datore³⁰¹. Come per il reato di cui al comma 5, la pena è di tipo detentivo e si muove in una forbice edittale compresa tra sei mesi e tre anni. La Suprema Corte³⁰², ha affermato e recentemente confermato l'ampia sfera applicativa del reato in questione, in grado di comprendere anche situazioni assai eterogenee tra loro. Viene così ad essere punita qualsivoglia condotta funzionale all'ingresso e alla permanenza illegale.³⁰³

2.3.Lo straniero da "clandestino" a "lavoratore in nero", art. 22, comma 12 T.U.Imm.

Ultima norma a completare la cornice dei reati collegati all'immigrazione clandestina, il comma 12 dell'art. 22 del T.U.Imm., che si trova nel titolo III sulla disciplina del lavoro. La norma recante il reato di *occupazione di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno*, è posta a presidio del mercato del lavoro, per evitare quei

³⁰⁰ Cass. Sez. I, 11 maggio 2005 n. 21049. in *Cass. Pen.* 2005

³⁰¹ L. MASERA, "terra bruciata attorno al clandestino", cit. p. 44, p. 57 «oggi alla luce dell'inequivoco disposto normativo, la decisione non potrà che essere assolutoria, anche se il disvalore del fatto non ci pare sostanzialmente diverso dal caso in cui lo straniero sia irregolare già al momento della stipula.»

³⁰² Cass. Sez. I pen. 2 maggio 2012 n.16120. «*integra il reato de qua, il fatto di chi avvia una pratica di assunzione di lavoratore straniero, dichiarando falsamente di voler costituire un rapporto di lavoro dipendente, ma avendo realmente come unico fine quello di trarre profitto illecito dal conseguimento del permesso di soggiorno da parte dello straniero stesso*» in www.neldiritto.it

³⁰³ «Il testo del nuovo comma 5-bis sembrerebbe essere stato concepito proprio nella logica di porre fine allo sfruttamento ed al deprecabile comportamento di soggetti senza scrupoli che offrono alloggi in cambio di prestazioni economiche e/o lavorative esorbitanti. Il legislatore, evidentemente, nel dare vita alla novella legislativa ha tenuto presente il diffuso fenomeno del mercato nero di alloggi a danno degli stranieri clandestini. Il tentativo di chiarire, e meglio delineare, i contorni di alcune ipotesi tipiche di favoreggiamento, però, si trasfonde in una norma dalla discutibile tecnica legislativa che pone diversi problemi di interpretazione, di applicazione e di corrispondenza effettiva agli scopi che si propone.» A. STOMEIO, *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e cessione di immobile a stranieri irregolarmente soggiornanti*, 7 aprile 2009, in www.personaedanno.it ; v. anche M. GOLINELLI, «la casa è il mio mondo» (i migranti e la questione abitativa), in *Quest. Giust.* 1/2008, p.136ss.

fenomeni di *lavoro sommerso*³⁰⁴ che non giovano né al lavoratore, né allo Stato³⁰⁵. L'unico che sembra trarne vantaggio è il datore, che assumendo lavoratori in nero, risparmia su una serie di costi a partire da quelli previdenziali, ed inoltre, esercita sul lavoratore in questione, una sorta di strapotere, non essendo la posizione garantita da alcun vincolo contrattuale, per sperimentare tale modus, non è necessario essere stranieri, il mercato parallelo del lavoro "in nero" è una realtà assai rilevante in Italia. La versione attuale della norma in questione non è quella cristallizzata a seguito dell'intervento del 2002³⁰⁶, l'ultima riforma, la più rilevante in materia, ad opera del "pacchetto sicurezza del 2008", ha mutato la natura della fattispecie in questione, da contravvenzione a delitto, attualmente punito con la reclusione da un minimo di sei mesi ad un massimo di tre anni, mantenendo ferma la multa di cinque mila euro per ogni lavoratore privo di permesso di soggiorno impiegato. Il profilo strutturale della figura in questione è quello di reato proprio ma vista la genericità della nozione di datore di lavoro, è quanto mai appropriata un'interpretazione estensiva, considerando datore chiunque stipuli il contratto con il soggetto privo del titolo legittimante il soggiorno sul territorio³⁰⁷. Il mutamento da contravvenzione a delitto³⁰⁸, ha ripercussioni sulla ricostruzione dell'elemento soggettivo, che dovrà essere necessariamente quello del *dolo generico*, consistente nella consapevolezza da parte del datore di assumere lavoratori il cui soggiorno sul territorio è irregolare, senza

³⁰⁴ L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, cit. p.46, p. 336; v. anche M. MCBRITTON, *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in *Quest. Giust.* 3/2014, p.171-180

³⁰⁵ L'art 21, è simbolo di quelle direttrici della legge Martelli, che mirava a *disciplinare i flussi*, piuttosto che integrare i lavoratori effettivamente all'interno del mercato di lavoro italiano. Regola il mercato tramite le *quote di ingresso*, disciplinate al precedente art. 21 rubricato *determinazione flussi di ingresso*.; v. anche I. M. HORNZIEL, *La condizione degli immigrati stranieri in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 1990

³⁰⁶ Nella versione risalente alla legge Turco-Napolitano, le sanzioni dell'arresto e dell'ammenda erano alternative, a seguito della modifica ad opera della Bossi-Fini, l'arresto veniva comminato congiuntamente all'ammenda.

³⁰⁷ Per un approccio critico e sistematico, interessante per scorgere le connessioni tra le varie norme incriminatrici del testo unico in modo maggiormente eterogeneo v. A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale*, cit. p. 23, p. 525, afferma che «con la criminalizzazione dell'immigrazione clandestina, il potere formale (politica e diritto) fuorviato da istanze di percezione soggettiva di insicurezza sociale, sembra assecondare passivamente le attese dell'altro potere, quello reale (l'economia)» affermando che la norma penale assumendo le fattezze di strumento di stabilizzazione economica, perde i suoi connotati principali, e non tutela adeguatamente i fenomeni che dovrebbe; v. anche T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida al diritto* 33/2009, p.15; v. anche G. CAMPO, *La tutela dei diritti dei lavoratori immigrati (una ricerca empirica e qualche spunto di riflessione)*, in *Quest. Giust.* 3/2006, p.552

³⁰⁸ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p. 211

essere necessario il dolo specifico di trarre da tale irregolarità un ingiusto profitto. Ad ultimo occorre segnalare, per evitare facili generalizzazioni, richiamando un discorso già affrontato qualche pagina fa, che in questa figura come in altre, non si fa distinzione tra lo straniero che ha soggiornato regolarmente il cui permesso sia scaduto e colui che invece ne è privo per così dire ab origine. Unica nota è la specificazione riguardo al permesso scaduto, la fattispecie sembra applicarsi solamente laddove il rinnovo non sia stato chiesto entro il congruo termine. La mancanza di differenziazioni, che garantiscono eguaglianza tra differenti posizioni, è sintomo di quella cultura delle «*classi sociali pericolose*»³⁰⁹, che spinge a trattare fenomeni assai eterogenei, in modo omogeneo, generalizzando e non specificando.

3. “Lontano dagli occhi, lontano dal cuore”, l’espulsione come antidoto contro la paura?

Passando ora alla terza macro categoria, riguardante i reati collegati all’espulsione³¹⁰, si noti che, le interferenze tra le categorie costituiscono l’ossatura di questo *sistema penale mosaico* all’interno del testo unico, che da un punto di vista sanzionatorio si pone in posizione quasi marginale rispetto al sistema veramente in grado di incidere, costituito dalle norme amministrative³¹¹. I reati in questione sono caratterizzati da una *forza marcatamente sanzionatoria*, essendo posti «*a presidio dei provvedimenti amministrativi di allontanamento dello straniero irregolare*»³¹². La storia legislativa legata alle figure in esame, è stata influenzata, più di tutte le altre, dal sentire comune, da quelle esigenze di securitarizzazione che hanno pervaso la nostra storia nazionale a partire dagli anni ‘70 dando vita a quella «*cultura del controllo*»³¹³, che portò nel 1998,

³⁰⁹ G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza*, cit. p. 29, p.59 e 220

³¹⁰ Per una guida alla lettura, quadro generale v. A. CAPUTO, *I reati collegati all’espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. Pen. Proc. Speciale immigrazione*, 2009, p.83ss.

³¹¹ L. MASERA, «*terra bruciata attorno al clandestino*», cit. p. 44, p.30 «La vera stretta sanzionatoria nei confronti dello straniero clandestino è affidata ad interventi di natura amministrativa, con cui fra l’altro si consente una più lunga privazione della libertà personale nei C.i.e. e soprattutto si subordina alla regolarità del soggiorno l’accesso a tutti i servizi pubblici, salvo quelli inerenti le prestazioni sanitarie e quelle scolastiche obbligatorie. Questi sì, provvedimenti che incidono duramente sulla vita dei migranti irregolari, relegandoli sempre più ai margini della nostra società»

³¹² G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p. 133ss; v. anche R. CIPOLLINI, *Stranieri. Percezione dello straniero e pregiudizio etnico*, Milano, FrancoAngeli, 2004

³¹³ A. CERETTI e R. CORNELLI citano le parole di David Garland che parlava di High Crime Society in *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. MAZZA e F. VIGANÒ, *il “pacchetto sicurezza” 2009*, cit.p.1 p. 4.; la cultura del controllo nasce per rispondere alle paure della collettività e viene attuata tramite un diritto penale simbolico come «mezzo di affermazione di una politica criminale simbolica

in sede di emanazione della legge Turco-Napolitano prima e del T.U.Imm. poi, alla criminalizzazione di tali condotte. Nell'introduzione di tali figure giocarono un ruolo di rilievo una serie di fattori, tra cui la volontà di circoscrivere il ruolo della sanzione penale al governo dei flussi migratori, che è stato possibile attuare, tramite la contemporanea introduzione di nuove misure amministrative per l'esecuzione dei provvedimenti di espulsione³¹⁴. Vediamo come dall'interazione di questi due sistemi solo, si possa ottenere quell'effetto utile, di garanzia per l'ordine pubblico, che costituisce il sostrato della disciplina dell'immigrazione. La legge Bossi- Fini, diede l'impostazione attualmente vigente con l'introduzione delle due coppie contravvenzione-delitto, la prima nell'art. 13, comma 13 e comma 13-bis, la seconda nell'art. 14, commi 5-ter e 5-quater.

3.1.L'espulsione non così garantista nell'art.13 del T.U.Imm.

Si proceda seguendo l'ordine tracciato dal testo unico, l'art. 13 rubricato *Espulsione amministrativa*, descrive nei primi commi la disciplina per l'emanazione del provvedimento di espulsione, e se ne deduce la natura prettamente amministrativa, oltre che dal *nome iris*, anche dall'osservazione dei soggetti che agiscono all'interno di tale procedura.

a) Il comma 13, trasgressione del divieto di reingresso

La prima figura di reato di reingresso illegale disciplinata dall'articolo *sub observatione*, è quella di cui al comma 13. Il reato si sostanzia nella violazione del divieto di reingresso da parte dello straniero espulso, attualmente punita con la reclusione da uno a quattro anni e con l'emanazione di un nuovo provvedimento di espulsione³¹⁵. Quest'ultimo ha natura certamente amministrativa e non penale, anche se sul punto il giudice delle leggi non ha fornito negli anni orientamenti univoci³¹⁶, a

che attraverso la strumentalizzazione della incriminazione di un "rischio non-pericolo", finisce per alimentare uno sfruttamento politico-economico dell'ineguaglianza all'interno di una politica penale criminogena e intollerante» A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale*, cit. p. 23, p.523; v. anche U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci Editore, 2000
³¹⁴ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.136; v. anche R. ROMBOLI, A. RUGGERI, *Garanzie costituzionali ed espulsione dello straniero*, in *Legis. Pen.* 4/2002, p. 1011-1016; v. anche A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006

³¹⁵ Prima della riforma ad opera della legge n.271 del 2004, la pena era l'arresto da sei mesi a un anno.

³¹⁶ Per una ricostruzione v. G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.156-158.

favore di tale interpretazione anche la Corte Costituzionale³¹⁷ che individuò nell'«*automatismo espulsivo*» un tratto essenziale della disciplina dell'allontanamento di competenza dell'autorità amministrativa. Presupposto logico e materiale di questa figura criminosa, infatti, è un provvedimento amministrativo, a testimonianza di quella commistione e compenetrazione tra dimensione penalistica ed amministrativistica, che rappresenta il «*baricentro della notevole instabilità della legislazione sull'immigrazione*»³¹⁸. L'espulsione, può essere di tipo *ministeriale* in base a ragioni di ordine pubblico, ex art. 13 comma 1, ovvero in base all'art.3 della legge n.155 del 2005³¹⁹, norma che riflette fortemente i tratti della legislazione di emergenza la cui applicazione si colloca al di fuori dell'ordinario garantismo del diritto. Altro genere di espulsione amministrativa è quella *prefettizia*, per le ipotesi di ingresso irregolare, in cui l'automatica operatività del provvedimento non lascia alcuno spazio garantito da valutazioni, seppur discrezionali del prefetto, allo straniero. Ulteriore ipotesi è quella della mancata richiesta del permesso di soggiorno nei termini prescritti, o in assenza della comunicazione ex 27, comma 1-*bis*, unica causa ostativa all'espulsione in questo caso è la forza maggiore che impedendo l'integrazione del termine, si impone alla valutazione dell'autorità di pubblica sicurezza. Ultima ipotesi di espulsione prefettizia è quella che riguarda lo straniero considerato socialmente pericoloso in base alle disposizioni della legge n.1423 del 1956, al riguardo una precisazione sul livello di garanzie per lo straniero che si vede espellere sulla base del mero sospetto va fatta. I criteri interpretativi forniti dalla legge appena citata, racchiudono delle valutazioni, che interessano non tanto il fatto della pericolosità concretamente, ma piuttosto la persona alla quale si vuole applicare la misura di sicurezza. Sulla valida vigenza del sistema del doppio binario all'interno dell'ordinamento della Repubblica, si ha già avuto modo di soffermarsi nel capitolo precedente, basti qui ricordare, per tutte, le

³¹⁷ Corte Cost. 3 maggio 2002 Ordinanza n.146 «che quello che il giudice remittente chiama automatismo espulsivo altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa» in www.giurcost.org

³¹⁸ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p. 134; v. anche E. DI DEDDA, *L'illusione repressiva, ovvero la legge Bossi-Fini tra inapplicabilità e incostituzionalità*, in *Quest. Giust.* 2/2003, p.445

³¹⁹ Legge 31 luglio 2005, n. 155, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, *recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.177 del 1-8-2005

garanzie³²⁰ che mancano in capo allo straniero oggetto dei provvedimenti *de qua*: mancano all'appello le previsioni riguardo al contraddittorio, come quella sull'avviso orale da parte del questore; ulteriore discrasia si riscontra nell'attribuzione della titolarità all'emanazione del provvedimento al prefetto e non ad un organo giurisdizionale, lacuna non colmata dalla previsione, un po' di facciata, di un controllo giurisdizionale postumo e prettamente formale, poiché lo straniero si vede in questa maniera privato delle garanzie fondamentali del diritto di difesa e del principio di non colpevolezza. Il controllo avviene solo dopo l'adozione dell'atto, è attivato su esclusivo impulso dello straniero, che spesso non ha i mezzi fisici né mentali per sostenere un giudizio, né tanto meno, per decidere di avviarne uno, lasciando perciò importanti decisioni che lo riguardano in prima persona, nelle mani di altri.³²¹

Anche questo reato si presenta come proprio, soggetto attivo ne è esclusivamente lo *straniero espulso*, che deve porre in essere la condotta con la consapevolezza della violazione del divieto di reingresso³²², si risponde, secondo la norma generale di cui all'art. 42 c.p. a titolo di dolo, insussistente solamente in assenza della traduzione del provvedimento, costituente il presupposto della condotta tipica in base al comma 7 dell'art 13. Su quest'ultimo aspetto, si è concentrata la giurisprudenza di legittimità³²³ affermando che ove mancante la traduzione pur non facendo venire meno la legittimità del provvedimento amministrativo è idonea ad escludere la rilevanza penale del fatto. In mancanza di questa esclusione, la norma si porrebbe in aperto conflitto con il diritto di difesa e con il principio della necessaria conoscibilità dell'atto e quindi di esigibilità,

³²⁰ Le garanzie penali si sostanziano in due macrocategorie, quelle sostanziali e quelle processuali. Vengono qui in considerazione le seconde, costituite dall'accertamento del reato sulla base di un giudizio (*nulla culpa sine iudicio*), promosso da un'accusa separata dal giudice (*nullum iudicium sine accusatione*) e basato sull'onere accusatorio della prova (*nulla accusatione sine probatione*) in contraddittorio con la difesa (*nulla probatio sine difensione*). L'unitarietà delle due categorie risiede nel fatto che tale sistema «vale ad assicurare uno schema epistemologico di identificazione della devianza penale basato, sul carattere quanto più possibile cognitivo del giudizio penale, da esso vincolato all'applicazione sostanziale della legge» in mancanza di tali garanzie sarà allora lecito dubitare della tenuta democratica di talune forme di incriminazione indipendentemente dalla nazionalità del soggetto che le subisce. L. FERRAJOLI, *Iura paria*, cit. p. 20, p. 25

³²¹ Ad ultimo si evidenzia l'assenza di efficacia sospensiva del provvedimento di espulsione da parte del ricorso, a svuotarne ulteriormente di senso ed utilità la proposizione evidenziando il «deficit garantistico» L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, cit. p.46, p.147ss.

³²² Art. 13, comma 14, cpv «Il divieto di cui al comma 13 opera per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni, la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso.»

³²³ Cass., Sez. I Pen. 9 marzo 2006 n. 15985. In www.italgiure.giustizia.it ; v. anche A. CAPUTO, *Diritto all'assistenza linguistica e giusto processo* (Cass. S.U. pen. 26 settembre 2006 n. 39298), in *Quest. Giust.* 6/2006, p.1300ss.;

declinazione del brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*. Si è già detto del presupposto materiale costituito dal legittimo³²⁴ provvedimento di espulsione, emanato in forza dei commi uno e due dell'art. 13, ulteriore e complementare presupposto è l'effettiva esecuzione del provvedimento in questione, «è necessario che l'espulsione abbia prodotto l'effetto per cui risulta preordinata e lo straniero abbia lasciato il territorio dello Stato»³²⁵. La condotta tipica si concretizza nell'azione del reingresso illegale nel territorio dello Stato. È illegale il reingresso, prima della scadenza del termine del divieto, non autorizzato sulla base di un idoneo titolo abilitativo, costituito da un speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. I tratti caratterizzanti questo atto, sfuggono all'interprete per mancanza di un'apposita indicazione legislativa, rientrando nell'ampia sfera discrezionale di quegli atti, emanati in ordine ad esigenze di ordine pubblica e sicurezza dello Stato, che finiscono per comprendere tra le maglie larghe, valutazioni anche politiche e sociali. Pare superfluo evidenziare che il ministro incaricato è per definizione un organo politico, per asserire che a monte di questa valutazione sono assenti le garanzie tipiche invece della giurisdizionalità, che dovrebbero essere presenti, anche solo in ragione del fatto che si stia effettivamente incidendo sulla libertà di un soggetto, un essere umano, prima che un cittadino, in quanto tale potenziale destinatario delle garanzie fondamentali. Garanzie assenti anche in punto di natura di tale provvedimento che costituisce infatti «espressione di alta discrezionalità amministrativa, sindacabile (solo) sotto il profilo dell'adeguatezza della motivazione o su quello del travisamento, dell'illogicità o dell'arbitrarietà»³²⁶. Altra autorizzazione legittimante il reingresso anticipato è quella emanata ai sensi dell'art. 17 T.U.Imm., preordinata all'esercizio del diritto di difesa da parte dello straniero parte offesa ovvero sottoposto a procedimento penale. Autorizzazione limitata temporalmente, al *quantum* di tempo strettamente necessario all'esercizio del diritto di difesa, e teleologicamente, limitata infatti al solo fine di partecipare al

³²⁴ Sulla legittimità del provvedimento di espulsione, si depone a favore della sindacabilità da parte del giudice penale del provvedimento di espulsione a monte del rientro illegale, così G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p. 144.

³²⁵ La ratio sottesa a quest'ultima condizione richiesta per la configurazione del reato in questione vale a creare una netta differenziazione con la figura di reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emanato dal questore ai sensi dell'art. 14, in tal modo si configurerà il reato ex art. 13 anche nei confronti dello straniero allontanatosi spontaneamente a seguito della concessione di un termine per la partenza volontaria, L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, cit. p.46, p.173

³²⁶ L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, cit. p. 46, p.145.

giudizio e di compiere atti per i quali è necessaria la presenza dello straniero. Seguendo la visione ermeneutica della Cassazione³²⁷ il reato è *permanente a scadenza*, in quanto il bene protetto è individuato nell'interesse ad impedire l'illegale permanenza e dunque la continuità della condotta antiggiuridica volontariamente protratta nel tempo, ma l'illegalità cessa allo scadere del termine di vigenza del divieto di ingresso.³²⁸

b) Il comma 13-bis T.U.Imm.: ulteriore trasgressione al divieto di reingresso

Figura contigua, quella di cui al comma 13-bis, tramite la quale, la legge Bossi-Fini ha introdotto due fattispecie distinte, che si pongono in rapporto di *specie a genus* rispetto a quella generale delineata dal comma 13. Al primo periodo, la figura di reato, specificata sul versante soggettivo dell'organo che emana il provvedimento, di reingresso in violazione dell'espulsione emanata dal giudice. Al secondo periodo, come risultante dalle modifiche del 2004³²⁹, il reato di reingresso dello straniero già denunciato ai sensi del comma 13, anche qui dunque specificazione sul versante soggettivo, questa volta però dell'autore del reato.

Il reingresso in violazione di misura di sicurezza o di misura alternativa

Passando in rassegna il primo periodo, presupposto del reato in esame è l'espulsione come misura di sicurezza³³⁰ ovvero a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa³³¹. Nel

³²⁷ Cass., Sez. I. pen., 7 novembre 2007 n.43028, e Cass., Sez. I pen., 2 marzo 2010 n. 10716 in www.italggiure.giustizia.it

³²⁸ Secondo Degl'innocenti è preferibile la natura di reato istantaneo che si perfeziona all'atto del *border-crossing*, rendendo irrilevante per il reato in esame, ciò che accade da quel momento in poi, L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, cit. p. 46, p. 177.

³²⁹ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p. 150

³³⁰ Art. 15. *Espulsione a titolo di misura di sicurezza e disposizioni per l'esecuzione dell'espulsione*. L'espulsione a titolo di misura di sicurezza si applica "fuori dai casi previsti dal codice penale" allo "straniero che sia condannato per taluno dei delitti previsti dagli articoli 380 e 381 del codice di procedura penale, sempre che risulti socialmente pericoloso."

³³¹ Art 16. *Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*. Commi da 1 a 4, per quella a titolo sostitutivo, commi da 5 a 8 per quella a titolo alternativo.; v. anche C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione* (Cass. Sez. I pen. 26 ottobre-5 dicembre 2005), in *Quest. Giust.* 1/2006, p. 209; l'articolo in questione è stato interessato da modifiche ad opera del D.l 13 febbraio 2017 n.13 convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante *disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*." Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.90 del 18-4-2017, in www.camera.it ; l'art. 19, comma 1, lett. b) della legge *de qua*, ha inserito all'interno dell'art. 16 d.lgs. 286/1998, il comma 9-bis, che rappresenta un'eccezione alle ipotesi previste dal comma 1 (laddove il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta delle parti nei confronti del migrante irregolare, quando non ritiene di dover irrogare la sanzione detentiva

primo caso, l'espulsione segue alla pronuncia di condanna solo in caso di verifica positiva circa la pericolosità sociale dello straniero³³², costituendo un *unicum* di applicazione di una sanzione penale, incidente sulla libertà personale, a tutela di una misura di sicurezza, quasi un'inversione dei ruoli, inoltre si segnala l'irrilevanza dell'autorizzazione ministeriale sul provvedimento in questione.³³³ In entrambi i casi, conseguenze naturali di queste ipotesi, nel caso di reingresso illegale, oltre alla reclusione da un minimo di 1 ad un massimo di 4 anni, sono la revoca della sanzione sostitutiva, il ripristino dello stato di detenzione e la ripresa dell'esecuzione della pena. Nei casi di espulsione a titolo di misura alternativa, al contrario di quelli a titolo di misura di sicurezza, la speciale autorizzazione del ministro degli interni ha una portata escludente della rilevanza penale, mentre l'autorizzazione finalizzata all'esercizio del diritto di difesa, ha una generale portata escludente, indipendentemente dal titolo legittimante l'emanazione dell'espulsione³³⁴.

Il reingresso in violazione di precedente denuncia ed espulsione

Il reato previsto nel secondo periodo del comma in esame è quello di reingresso dello straniero già denunciato, sanzionato con la reclusione da uno a cinque anni. Tale figura criminosa, introdotta come contravvenzione, è stata mutata in delitto dalla legge 271 del 2004³³⁵ ed è in seguito stata oggetto di questione di legittimità costituzionale con riferimento agli articoli 2, 3 e 27 della Cost. che la Corte ha dichiarato fondata, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme di cui all'art. 13 comma 13-bis

non superiore ai due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale prevista dall' art. 163 c.p., può sostituire la medesima pena con la misura dell'allontanamento), ovvero dal comma 5 (ove la medesima procedura ha ad oggetto l'extracomunitario identificato e detenuto, sottoposto a reclusione non eccedente i due anni). Quando non sia possibile effettuare, nei casi dei suddetti commi 1 e 5, il rimpatrio dello straniero, interviene il comma 9-bis, ponendo le cause di forza maggiore alla base del potere dell'autorità giudiziaria di disporre il ripristino dello stato di detenzione per il tempo strettamente necessario all'esecuzione del provvedimento di espulsione.

³³² L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, cit. p. 46, p.186.

³³³ L'espulsione disciplinata nel successivo art. 16 si presenta in stretto rapporto con il divieto di reingresso che deve necessariamente avere un termine iniziale e finale. Se il provvedimento ha natura sostitutiva, il termine sarà quello di cui al comma 14 dell'art. 13, compreso tra i tre e i cinque anni, in caso di natura alternativa, invece il termine è fissato dal comma 8 in dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5

³³⁴ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.153.

³³⁵ Ad opera dell'art. 1, comma 2-ter, lett. b), Legge 12 novembre 2004, n. 271 recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione*" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 267 del 13 novembre 2004; per un primo commento v. A. CAPUTO, *Prime note sulle modifiche alle norme penali del testo unico sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 2/2005, p.244

nella versione antecedente alla modifica del 2004.³³⁶ Oggetto di riflessione particolarmente utile ai fini della presente ricerca sono quelle pronunce in cui la Corte, afferma il fatto che «il legislatore ha mutato in delitto una fattispecie contravvenzionale, per il solo fatto che lo straniero autore del reingresso fosse già stato denunciato», ponendo la denuncia su un piano che non le spetta³³⁷ essendo «atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce. Essa obbliga soltanto gli organi competenti a verificare se e quali dei fatti esposti in denuncia corrispondano alla realtà e se essi rientrano in ipotesi penalmente sanzionate, ossia ad accertare se sussistano le condizioni per l'inizio di un procedimento penale»³³⁸. Presupposti logici della condotta che configura il reato sono la presenza, a carico dello straniero autore del reingresso, di una denuncia per la violazione di cui al comma 13, l'avvenuto effettivo allontanamento dal territorio della Repubblica ed il reingresso. Cosa dire con riferimento al principio di colpevolezza, che garantisce l'imputato dall'essere considerato colpevole prima di un accertamento giurisdizionale? Nel reato de qua, la denuncia derivante da qualsiasi fonte per un presunto precedente illecito, è elemento costitutivo del delitto. Di fronte al diritto penale del sospetto, in cui le imputazioni non

³³⁶ In base al secondo periodo del comma 13-bis, ad avviso del remittente, viene considerato elemento costitutivo di un delitto il dato «che taluno abbia riportato una denuncia (proveniente da qualsiasi fonte) per un precedente presunto illecito penale, in relazione al quale non vi è stata ancora una pronuncia di condanna definitiva»; il che pare in evidente contrasto con l'articolo 27, secondo comma, Costituzione, che prevede la cosiddetta "presunzione di non colpevolezza". La disposizione censurata, invece, senza imporre alcuna forma di verifica sull'esito effettivo della denuncia, per di più per un reato contravvenzionale, ignora che alla medesima potrebbe fare seguito una decisione assolutoria. Ad avviso del giudice a quo, inoltre, la norma impugnata è in contrasto anche con gli articoli 2 e 3 Costituzione, per due ordini di ragioni: 1) perché non pare giustificata l'equiparazione da essa operata tra la condotta di chi rientri illegalmente nel territorio dello Stato in violazione di un provvedimento di espulsione adottato dall'autorità giudiziaria e quella di colui che vi rientri essendo stato espulso dal prefetto, e ciò per il solo fatto di essere stato denunciato per un precedente reato contravvenzionale; 2) perché sembra irragionevole la previsione di un diverso trattamento operato nei confronti dei presunti autori della medesima condotta materiale e formale (rientro illegale nel territorio dello Stato in violazione di un provvedimento di espulsione adottato dal prefetto), a seconda del fatto che essi siano stati o meno denunciati in precedenza per l'illecito contravvenzionale citato, in quanto essi «incorrono» in un delitto nel primo caso ed in una mera contravvenzione nel secondo. C. Cost. Sent. del 14-28 dicembre 2005 n.466 in www.meltingpot.org

³³⁷ Dato che implica una riflessione sulla condizione dello straniero, è il ruolo svolto dalla denuncia, posta in posizione centrale ai fini dell'incriminazione in questione, «da veicolo di conoscenza di reato diviene elemento di una fattispecie penale». L. DEGL'INNOCENTI, *stranieri irregolari e diritto penale*, cit. p. 46, p.196

³³⁸ Corte Cost. sent. del 18 febbraio 2005 n.78, che si è rivelata insufficiente, poiché afferma la fondatezza della questione solamente con riguardo all'art.3 Cost, senza nulla dire riguardo all'art. 27, co 2. La sovrapposizione tra i principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza, lascia insoddisfatti sul piano della disciplina della condizione giuridica dello straniero; in www.meltingpot.org

seguono i criteri affermati nella Costituzione, prescindendo da accertamenti processuali transitati in *rem iudicatum*, si assiste ad una preoccupante anticipazione della tutela penale, uno dei caratteri del diritto penale del nemico. Secondo entrambe le interpretazioni fornite dalla dottrina alla figura in questione, la sanzione penale colpisce un comportamento il cui disvalore discende dalla *reiterazione dell'illiceità*, ma sanzionare tramite una forma di recidiva specifica³³⁹ che prescinde dalla condanna per un reato, appare come un accanimento, una forma di trattamento severa in quanto priva delle garanzie della giurisdizione. Non vale ad ammorbidire l'opinione in questione, la previsione del vaglio giurisdizionale della magistratura onoraria, soprattutto per il fatto che non verte sul reato oggetto di denuncia ma solo sull'accompagnamento coattivo alla frontiera. Assistendo a tali frequenti limitazioni della libertà dello straniero *ante sudiciume*, su un terreno privo di garanzie, non è davvero possibile non vedere almeno l'ombra di quel diritto penale tanto caro a Günther Jakobs.

3.2.L'art. 14 del T.U.Imm. e l'espulsione "ad ogni costo" nei commi 5-ter e 5-quater

Rimangono da analizzare le fattispecie di reato collegate all'espulsione di cui all'art. 14 del T.U.Imm.³⁴⁰, rubricato *Esecuzione dell'espulsione*, recante due fattispecie di reato collegate a condotte omissive, concretizzantesi in presenza di un'ingiustificata inottemperanza ad un provvedimento finalizzato all'allontanamento dello straniero. Lo scopo dichiarato di tali incriminazioni è quello di garantire la sicurezza attraverso una precisa regolamentazione delle condizioni di soggiorno³⁴¹, che pare raggiungibile attraverso la normativa amministrativistica già cogente in materia, è impossibile distaccarsi dal pensiero del diritto penale simbolico in base al quale la norma non serve a punire condotte realmente dannose, ma piuttosto a mandare un messaggio di garanzia della forza del sistema.³⁴² Diritto penale del sospetto che si attua a prescindere

³³⁹ C. MORSELLI, *diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit. p. 49, p.127

³⁴⁰ Già art. 12 della legge n. 40 del 1998.

³⁴¹ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.158ss.; v. anche A. LIBERATI, *La disciplina dell'immigrazione e i diritti degli stranieri*, vol. VI *Il diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2009

³⁴² ma questa strumentalizzazione del diritto è possibile solo attraverso la preventiva generalizzazione dei soggetti, trattati non più come singoli individui, ma più genericamente intesi come componenti di classi socialmente pericolose.; v. A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali. (una guida alla lettura)*, in *Quest. Giust.* 1/2009, p.83ss.

dall'accertamento della colpevolezza, e spesso perfino a prescindere dall'accertata pericolosità. Si legge nelle figure di reato di cui all'articolo *sub observatione*, la traccia di un diritto amministrativo già punitivo, quello del meccanismo espulsivo, la cui efficacia dovrebbe essere rafforzata dalla comminazione di pene draconiane?³⁴³ Anche la travagliata vicenda legislativa legata alle fattispecie in questione riflette queste tendenze all'esasperazione del punitivismo. Quando fu emanata la legge Bossi-Fini, la fase esecutiva dell'espulsione non presentava alcuna connotazione penalistica e la regola era l'accompagnamento coattivo alla frontiera, alternativo alla detenzione amministrativa nei C.i.e. Il legislatore del 2002, riscontrando varie difficoltà sul piano della gestione di tale fase esecutiva, introdusse all'interno dell'articolo ad essa dedicato, due contravvenzioni, disciplinate rispettivamente ai commi 5-ter e 5-quater, volte a sanzionare la *condotta non collaborativa dell'espellendo*. Si intese porre una pressione ulteriore sulla volontà del soggetto destinatario del provvedimento amministrativo, unico dal quale dipendeva realmente il buon fine della procedura di allontanamento, e si scelse di farlo per il tramite del diritto penale, con l'introduzione della figura dell'inottemperanza all'ordine del questore. La tendenza criminalizzante della legge del luglio 2002, non passò inosservata e la Corte Costituzionale, in due celebri sentenze del 2004³⁴⁴, evidenziò l'inutilità di alcune misure non essendo la

³⁴³ Per una disamina sulla sovrapposizione dell'incriminazione alla disciplina amministrativa, v. L. MIAZZI, *Detriti di una legislazione*, cit. p.23, p.129, «l'introduzione del diritto penale nel sistema amministrativo è del tutto facoltativa nella gestione del fenomeno migratorio che è tutto amministrativo»

³⁴⁴ Corte Cost. 15 luglio 2004, n. 222 e n.223, il precedente più rilevante era Corte Cost. 10 aprile 2001, n.105. e Corte Cost. in www.giurcost.org La Corte si è espressa nella sent. 222 sulla illegittimità costituzionale del comma 5-bis dell'art. 13 del T.U.Imm. disciplinanti l'accompagnamento coattivo alla frontiera, ritenendo fondate le questioni sollevate dai remittenti, in quanto «(...) Il sistema è mutato con la legge n. 189 del 2002. È ora previsto che l'espulsione sia disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo. Il percorso della presente decisione è interamente segnato dalla sentenza n. 105 del 2001 (...) La Corte condivide innanzitutto la premessa dalla quale procedevano i remittenti che l'accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica investisse la libertà personale e fosse quindi misura assistita dalle garanzie previste dall'art. 13 Cost. al pari del trattenimento. Il controllo del giudice su quest'ultima misura, osservò la Corte, doveva estendersi anche all'accompagnamento coattivo poiché l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto portare il suo esame sui motivi che avevano indotto l'amministrazione procedente a disporre quella peculiare modalità esecutiva dell'espulsione amministrativa consistente, appunto, nell'accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica.(...) I procedimenti regolati dall'art. 13, comma 5-bis, contravviene ai principi affermati da questa Corte nella sentenza sopra ricordata: il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Lo straniero viene allontanato coattivamente dal territorio nazionale senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo della sua libertà personale. È, quindi, vanificata la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost.»; nella sent. 223, la Corte ha contestato la legittimità del comma 5quinquies dell'art.14 del T.U.Imm., nella parte relativa alla misura dell'arresto obbligatorio con censure relative a svariati

cogenza di tale provvedimento, dipendente dal diritto penale. Questo spinse il legislatore del 2004 a mutare in delitti le figure di cui ai commi 5-ter e 5-quater, per fornire quell'aggancio di strumentalità in grado di giustificare l'esistenza del diritto penale, facendo delle sentenze del giudice delle leggi, lettera morta.³⁴⁵ Perché di fronte ad un'inezia, un'inottemperanza di un provvedimento amministrativo³⁴⁶, si vede scattare un massiccio impianto di sanzioni penali, se non per criminalizzare sulla pubblica piazza determinate categorie di soggetti? Sembrava esser stata inutile anche la coeva "*direttiva rimpatri*" del 2008³⁴⁷, i cui fini non erano rispecchiati nelle previsioni del legislatore italiano. Tutte queste inconciliabilità spinsero nel 2011 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a far "calare la scure" sulla normativa italiana,

parametri costituzionali, quali l'art. 3, 13, 27 e 97 della Costituzione. in A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, 25 luglio 2004, in www.forumcostituzionale.it; v. anche E. ZIMBELLI, *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, 20 febbraio 2005, in www.forumcostituzionale.it; v. anche A. CAPUTO, *La libertà personale è uguale per tutti. Corte Costituzionale e disciplina dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 5/2004, p.1047ss.; v. anche E. CALCAGNO, *commento alle sentenze n. 222 e n. 223 della Corte Costituzionale*, in *Dir. Pen. Proc.* 7/2004; v. anche MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *La libertà dei migranti, i giudici di pace*, in *Quest. Giust.* 6/2004, p.1313

³⁴⁵ Tale conferma esplicita dell'impianto penale-amministrativo della fase esecutiva, si accompagnò ad un inasprimento del trattamento sanzionatorio anche ad opera della legge 94 del 2009, le misure amministrative coercitive della libertà personale, mal si conciliavano con i dettami della Costituzione, in primo luogo con il principio di non colpevolezza ex art. 27, co 2 e con quello di ragionevolezza e proporzionalità ex art. 3.

³⁴⁶ La sentenza n. 223/2004 dichiara l'incostituzionalità di uno dei meccanismi più irrazionali introdotti dalla legge Bossi-Fini: la misura dell'arresto obbligatorio in flagranza per il reato di inottemperanza all'ordine del questore, punito con la reclusione da 6 mesi a 1 anno (art. 14, comma 5-*quinquies*, T.U.Imm.). Trattandosi di un reato contravvenzionale, per di più sanzionato con una pena detentiva di gran lunga inferiore a quella per cui il codice di rito penale ammette la possibilità di disporre misure cautelari o coercitive, l'esito automatico ed inevitabile non poteva che essere, in sede di convalida dell'arresto, l'immediata liberazione dello straniero: l'arresto obbligatorio previsto dalla disposizione impugnata, oltre che inutile (perché comunque il procedimento amministrativo espulsivo «seguirebbe il suo corso a prescindere dall'arresto dello straniero»), «è dunque privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale, è una misura fine a se stessa [...] e non trova alcuna copertura costituzionale», come si legge in sentenza, che lo annulla.

³⁴⁷ DIRETTIVA 2008/115/CE Del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; ai fini della presente ricerca, esulerebbe un'analisi compiuta della normativa in esame, ma per tutti si evidenzino i considerando più rilevanti in ordine alla definizione di garanzie per la condizione giuridica dello straniero irregolare. (6) Si prevede un obbligo di trasparenza ed equità nelle procedure di rimpatrio e la previsione di (11) garanzie giuridiche minime per gli interessati da tali procedure. (7) per facilitare il rimpatrio, necessari accordi con i Paesi terzi. La preferenza è decisamente accordata al rimpatrio volontario (10), e sono permesse misure coercitive nei (13) limiti di proporzionalità ed efficacia, e il trattenimento (16) nei limiti della proporzionalità alla buona riuscita del rimpatrio. In tale ultimo caso devono essere garantite per i trattenuti (17) garanzie inerenti al dignitoso trattamento umano, e che ogni procedura avvenga nel rispetto del divieto di discriminazione (21), in www.eur-lex-europa.eu

con la sentenza *Le Deridi*³⁴⁸, che contestava la compatibilità della sanzione detentiva prevista dal comma 5-ter dell'art. 14 con i dettami della direttiva 2008/115/CE³⁴⁹. L'intervento del c.l. 89 del 2011³⁵⁰, non poteva non risentire di tale pronuncia riportando il baricentro della fase esecutiva sul piano amministrativo, pur non abbandonando l'utilizzo del diritto penale, scomparve l'arresto ed il giudizio direttissimo, e le pene comminate per i reati di inottemperanza, da detentive passarono ad essere pecuniarie, come si presentano ancora oggi, a distanza di quindici anni dalla . Secondo la Cassazione³⁵¹ l'intervento legislativo del 2011 ha prodotto una vera e propria *aboliti crimini*, non riscontrandosi continuità tra la precedente versione e quella attuale, per la diversità strutturale dei presupposti e la differente tipologia della condotta richiesta per integrare l'illecito penale in esame.

³⁴⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 28 aprile 2011, HASEN EL DRIDI, causa C-61/11 PPU, Direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero, a cura di F. VIGANÒ, 29 aprile 2011, in www.penalecontemporaneo.it §58 «che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale». Non è questa la sede per dare conto di tutta la vicenda seguita alla pronuncia in questione, e per vari approfondimenti si segnalano solo alcuni dei moltissimi eccellenti contributi, ai quali non si aspira neppure a mettersi a confronto; v. L. MASERA, F. VIGANÒ, *Addio articolo 14*, 4 maggio 2011, in www.penalecontemporaneo.it ; v. M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della corte di giustizia El Dridi ("direttiva rimpatri") nell'ordinamento italiano*, 21 giugno 2011, in www.penalecontemporaneo.it ; A. DI MARTINO, R. RAFFAELLI, *La libertà di bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, 26 luglio 2011, in www.penalecontemporaneo.it

³⁴⁹ Ai sensi della direttiva 2008/115/CE, Art. 15, comma 1: «Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Il trattenimento ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio.»

³⁵⁰ D.l. 6 luglio 2011, n. 98, recante "*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*" (pubblicato in G.U. ser. Generale n. 155 del 06.07.2011), convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2011, n. 111. In www.gazzettaufficiale.it ; per commenti v. G. L. GATTA, *Immigrazione: approvato un decreto legge per sanare il contrasto con la direttiva rimpatri*, 17 giugno 2011, in www.penalecontemporaneo.it ; v. anche A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, 24 giugno 2011, in www.penalecontemporaneo.it ; v. anche L. PISTORELLI, G. ANDREAZZA, *Ancora sul D.l. 23 giugno 2011, n. 89 (modifiche al T.U.Imm.)*, 7 luglio 2011, in www.penalecontemporaneo.it

³⁵¹ Cass. Sez. I pen. 10 ottobre 2011 n.36446, e Cass. Sez. I pen. 26 maggio 2016 n. 22120, in www.neldiritto.it; v. anche L. MASERA, *Le prime pronunce della Cassazione sui profili di diritto intertemporale del riformato art. 14 T.U.Imm. Nota a Cass. Sez. I pen. sent. 23 settembre 2011 (dep. 10.10.2011) n. 36451, Zinoubi*, 21 ottobre 2011, in www.penalecontemporaneo.it

Presupposti logici della condotta di inottemperanza di cui all'art. 14, comma 5-ter sono il decreto di espulsione, o a monte di esso il respingimento, unitamente all'ordine di allontanamento, e l'assenza di giustificato motivo³⁵². Si vede dunque che tali provvedimenti amministrativi hanno effetti diretti sulla configurazione della fattispecie penalistica, testimoniando ancora una volta a chiare lettere la particolarità del diritto dell'immigrazione, un *meeting post* tra diritto amministrativo e penale. Il reato ha natura omissiva istantanea, senza alcun dubbio dopo la riforma del 2011, che ha incentrato il disvalore tipico della condotta sul concetto di *violazione*, l'illecito si perfeziona allo scadere del termine di sette giorni per l'allontanamento. La figura di maggior interesse è l'*ordine di allontanamento* rivolto dal questore all'espellendo, che si pone in rapporto di strumentalità rispetto al decreto di espulsione, in quanto tale deve essere legittimo³⁵³, adottabile ove non sia possibile il trattenimento presso i CIE³⁵⁴, ove la permanenza presso una di tali strutture non ne abbia consentito l'allontanamento, ovvero ad ultimo, se dalle circostanze concrete emerga che non vi sia alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere eseguito e che lo straniero possa essere riaccolto dallo Stato di origine o di provenienza. Quest'ultima

³⁵² G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p. 159-162

³⁵³ Si intenda per *legittimità*, la conformità formale e sostanziale ai dettami legali, e la congruità della motivazione, avverso il rischio di valutazioni discrezionali in mano all'autorità di polizia.

³⁵⁴ Tematica costantemente all'attenzione di dottrina e giurisprudenza a causa di una disciplina ritenuta dai più di dubbia costituzionalità, è quella della "detenzione amministrativa". Un'ampia trattazione sul tema esulerebbe dal presente lavoro, per interessanti punti di vista al riguardo si veda, A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt.*, XVI, 1/2014, p. 32-33, che riconduce la possibile causa di contrasto con i dettami costituzionali al fatto che l'identificazione dei modi di detenzione derivi da una fonte secondaria (decreto ministeriale) che ne renderebbe impossibile una predeterminazione legale; v. anche F. IPPOLITO, A. ACCARDI, P. BENI, P. SOLDINI, L. TRUCCO, *Contro la detenzione amministrativa. Chiudere la stagione del diritto speciale dei migranti*, in *Quest. Giust.* 4/2005, p.882ss.; A. MARLETTA, *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia*, 2013, p. 609ss.; si noti che la recente "riforma Minniti" (D.l 13 febbraio 2017 n.13 convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale." Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.90 del 18-4-2017, in www.camera.it) è intervenuta sul comma 5 dell'art. 14 *de qua*, che disciplina la durata del trattenimento in complessivi trenta giorni, prorogabile sino ad un massimo di novanta, ove subentrino difficoltà nelle procedure di espulsione e lo straniero che si sia trattenuto per i novanta giorni risultanti dalla prima proroga, può essere trattenuto nei C.p.r. per un tempo non superiore a trenta giorni. la modifica ad opera dell'art. 19, comma 2, lett. a) della legge 46/2017 ha reso prorogabile questo termine, per ulteriori quindici giorni, previa convalida da parte del giudice di pace, nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio.

circostanza inserita ad opera della legge 161 del 2014³⁵⁵ di non chiaro significato, poiché dovrebbe essere proprio l'assenza di quella prospettiva di rientro, unica garante del rispetto dell'umana dignità ad imporre allo Stato ospitante, quanto meno alla luce del principio solidaristico di cui all'art. 2 della Costituzione, ad imporre un obbligo di assistenza del soggetto in questione³⁵⁶. L'unica possibile interpretazione in senso garantisco della modifica in questione è quella riferita alla cessazione del trattenimento, ma è lecito continuare ad interrogarsi sul modo in cui il legislatore operi le modifiche alla disciplina in questione. Non è chiaro perché si giustifichi la criminalizzazione di situazioni di bisogno tramite il generico riferimento alla minore afflittivisi³⁵⁷ dell'ordine di allontanamento rispetto al trattenimento e all'accompagnamento, in quanto non privativo della libertà personale. Ma non è una privazione della libertà personale ricevere l'ordine di lasciare un territorio senza alcun tipo di prospettiva? È questo *modus* rispettoso dei principi sanciti secoli fa dalla dichiarazione universale dei diritti umani?³⁵⁸ La risposta non è facile, e dipende sempre meno dal sistema interno e nazionale.

³⁵⁵ Legge 30 ottobre 2014, n. 161 recante, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis*. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.261 del 10-11-2014 - Supplemento Ordinario n. 83. In www.normattiva.it ; secondo L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella? (Modifiche introdotte al T.U.Imm. dalla Legge europea 2013-bis (L. 30.10.2014, n. 163))*, 10 novembre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, modifica di rilievo alla disciplina in tema di immigrazione è operata tramite l'aggiunta del comma 5-bis all'art. 14 del T.U.Imm. riguardante procedura per intimazione, cioè «le situazioni in cui l'espulsione viene eseguita mediante intimazione allo straniero di lasciare lo Stato entro il termine di sette giorni. oggi è stato previsto che l'ordine di allontanamento venga altresì pronunciato quando "dalle circostanze concrete non emerga più alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere eseguito e che lo straniero possa essere riaccolto dallo Stato di origine o di provenienza". Se il trattenimento non è uno strumento per sanzionare lo straniero irregolare, ma serve solo a rendere possibile l'esecuzione del rimpatrio, è giocoforza che esso debba immediatamente cessare allorché l'esecuzione appaia per qualsiasi ragione impossibile: con la riforma l'ordinamento italiano si adegua al disposto della direttiva, venendo a risolvere uno degli aspetti in cui, anche dopo la legge di trasposizione del 2011, l'ordinamento italiano appariva più palesemente in contrasto con la normativa europea.»

³⁵⁶ Più ampiamente sui diritti dei soggetti immigrati, come "diritti pluricondizionati", v. F. BIONDI DAL MONTE, *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, relazione al convegno annuale dell'associazione gruppo di Pisa, *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it ; v. anche

³⁵⁷ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.167; v. anche G. SAVIO, *La disciplina dell'espulsione amministrativa e del trattenimento nei CIE*, intervento nel corso di formazione e aggiornamento sulla normativa in materia di immigrazione di *Progetto Melting Pot Europa e Asgi*, Padova 21 maggio-25 giugno 2010, in www.meltingpoteuropa.org

³⁵⁸ Art. 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies* » in www.ohchr.org

Sul versante sanzionatorio, a seconda della tipologia di espulsione si avrà una diversa fattispecie incriminatrice, ove disposta l'espulsione a seguito di concessione di un periodo per la partenza volontaria, la pena per l'inottemperanza all'ordine questorie sarà la multa da sei mila a quindici mila euro, se invece viene disposto il respingimento, o lo straniero si sottrae al programma di rimpatrio volontario o assistito³⁵⁹, ovvero l'espulsione con l'accompagnamento alla frontiera ad opera della forza pubblica, la multa varierà all'interno della forbice edittale da dieci mila a venti mila euro. Ad ultimo è interessante notare, in punto di garanzie per la posizione dello straniero, che l'ordine viene emanato da un'autorità amministrativa, che agisce pertanto al di fuori di quell'ossatura garantista di cui le autorità giurisdizionali sono custodi. Dato che il provvedimento amministrativo in questione «*individua integralmente il contenuto del precetto penale*», ponendosi come tassello di una «*catena procedimentale*»³⁶⁰, quali poteri ha il giudice penale rispetto ai provvedimenti amministrativi, in termini di sindacabilità? Un primo orientamento ha escluso la sindacabilità penale dell'ordine emanato ai sensi dell'art. 14 comma 5-bis, in ragione del fatto che l'autorità amministrativa opera un «*accertamento tecnicamente vincolato*»³⁶¹ che si fonda su una verifica fattuale e di natura obiettiva, è perciò l'assenza di discrezionalità ad escludere il sindacato giurisdizionale. Tale orientamento è stato però superato dalla Cassazione³⁶², che ha sancito, la portata dell'onere di motivazione del provvedimento

³⁵⁹ Art. 14-ter, comma 1 e comma 2 *Programmi di rimpatrio assistito* «1. Il Ministero dell'interno, nei limiti delle risorse di cui al comma 7, attua, anche in collaborazione con le organizzazioni internazionali o intergovernative esperte nel settore dei rimpatri, con gli enti locali e con associazioni attive nell'assistenza agli immigrati, programmi di rimpatrio volontario ed assistito verso il Paese di origine o di provenienza di cittadini di Paesi terzi, salvo quanto previsto al comma 3. 2. Con decreto del Ministro dell'interno sono definite le linee guida per la realizzazione dei programmi di rimpatrio volontario ed assistito, fissando criteri di priorità che tengano conto innanzitutto delle condizioni di vulnerabilità dello straniero di cui all'articolo 9, comma 2-bis, nonché i criteri per l'individuazione delle organizzazioni, degli enti, e delle associazioni di cui al comma 1 del presente articolo»

³⁶⁰ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.166

³⁶¹ Si fa riferimento, alla valutazione circa la capienza dei CIE, in grado di giustificare l'emanazione dell'ordine di allontanamento, che non deve, secondo questo orientamento, essere giustificata analiticamente all'atto di emanazione dell'ordine di allontanamento.; criticamente riguardo alla vincolatività dell'accertamento tecnico, effettivamente privativo delle garanzie processuali spettanti al destinatario dell'ordine di allontanamento, soprattutto perché in presenza di possibili misure meno afflittive, v. F. VIGANÒ, L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *RIDPP* 2/2010; v. anche A. NATALE, C. RENOLDI, *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, in *Quest. Giust.* 5/2011, p.7

³⁶² Cass., Sez. I pen. 8 ottobre 2014, n.47677, Cass. S.U. 28 febbraio 2008 n. 19601 e Cass. S.U. 27 settembre 2007 n.2451. in www.italgiure.giustizia.it

in questione in quegli «elementi di fatto, che giustificano la riconducibilità della vicenda concreta alla fattispecie astratta delineata dalla norma, non essendo sufficiente la ripetizione della formula legislativa». Ad avviso di chi scrive la sindacabilità giurisdizionale dell'ordine questorie di allontanamento, è elemento indefettibilmente espressivo di forza garantista, del sistema del diritto dell'immigrazione e della disciplina giuridica della condizione dello straniero, che altrimenti si vedrebbe applicato un provvedimento in via amministrativa, senza alcun tipo di pregnante controllo su di esso³⁶³. I presupposti dell'incriminazione non possono essere lasciati interamente nelle mani dell'autorità amministrativa, per la quale non si applicano i controlli propri del giudizio penale. Ulteriore considerazione si faccia riguardo alla previsione della clausola *senza giustificato motivo*³⁶⁴, per la sua elasticità ha sollevato dubbi in ordine alla tassatività e alla determinatezza, dichiarati infondati dalla Corte Costituzionale³⁶⁵, che affermando il ruolo di valvola di sicurezza in funzione di esclusione della rilevanza penale del precetto inesigibile, ha anche delineato quei motivi, livellati a seconda del grado di esigibilità della condotta, che legittimano la pubblica autorità ad agire in deroga al disposto «l'espulsione è sempre eseguita»³⁶⁶. Una tale riduzione dell'ambito applicativo della norma incriminatrice, fa sperare sul futuro di queste incriminazioni, che potrebbero essere sentite come non più necessarie, portando all'emersione di tutte quelle difficoltà alle quali lo straniero destinatario di tale provvedimento va incontro nell'ottemperare all'ordine *de qua*, restituendo un

³⁶³ A. PUGIOTTO, *"Purchè se ne vadano"*, cit. p.12, p.11 «Tutto il testo unico spinge per l'allontanamento dell'immigrato irregolare e clandestino, il godimento pieno ed effettivo della tutela giurisdizionale deve stare fuori dall'orizzonte legislativo: perché è sabbia nel motore, bastone tra le ruote, ingranaggio capace di inceppare l'intero meccanismo. Il legislatore lo sa bene e norma di conseguenza, costruendo volta a volta soluzioni che forzano fino al limite (e oltre) la tutela giurisdizionale dello straniero. E lo fa in nome di una perenne emergenza migratoria»

³⁶⁴ Per un'approfondita disamina sulla questione v. G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.176; v. anche P. SCEVI, *Diritto delle migrazioni: profili penali, civili, amministrativi*, Piacenza, LaTribuna, 2009, p.242, l'autrice commentando la pronuncia della corte costituzionale afferma la valenza di clausola di salvaguardia contro l'automatismo del meccanismo penale. Cioè quel concetto di inesigibilità in ragione di situazioni ostative di carattere oggettivo o soggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti di rango pari o superiore rispetto a quelli tutelati dalla norma penale, al fine di operare un ragionevole bilanciamento dei valori.

³⁶⁵ C. Cost. 18 dicembre 2003-13 gennaio 2004, n. 5 in www.giurcost.org ; E. GROSSO, *"Ad impossibilia nemo tenetur": la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento nel territorio dello Stato (nota alla sent. n. 5 del 2004)*, in *Giur. Cost.* 1/2004, p.80ss. «obiettivo finale dell'incriminazione discendente dal comma 5-ter dell'art. 14 T.U.Imm. è rendere effettiva l'espulsione, mirando a rimuovere le situazioni di illiceità o pericolo connesse alla presenza dello straniero nel territorio dello Stato.»

³⁶⁶ Art.13, comma 4 T.U.Imm.

volto di umanità ad un sistema che viene attualmente applicato meccanicamente senza rispetto per i diritti fondamentali della persona³⁶⁷, prima che di quelli del cittadino. Il comma 5-*quater*, prevede la figura di reato, logicamente contigua a quella di cui al comma 5-*ter*, poiché sanziona colui che si rende inottemperante al secondo ordine di allontanamento emanato appunto ex 5-*ter*, sulla base della precedente violazione dell'ordine ex 5-*bis*.³⁶⁸ A seguito della chiarificatrice pronuncia del giudice delle leggi³⁶⁹, si affermò la necessità che il secondo ordine di allontanamento venisse eseguito tramite accompagnamento coattivo alla frontiera, che ove non immediatamente possibile venisse sostituito (discutibilmente) con il trattenimento presso un centro di permanenza, escludendosi così la configurabilità della «*spirale di condanne*»³⁷⁰, che seguendo le parole di Caputo «*non fa altro che esasperare la carica criminogena della normativa sull'immigrazione clandestina*», se infatti la pena fosse ripetibile in perpetuo, si verificherebbe un vero e proprio accanimento nei confronti del soggetto, autore di una violazione, che seppure in grado di scatenare forte allarme sociale. Lo straniero destinatario del secondo ordine di allontanamento non lede, infatti, concretamente beni giuridici di primaria importanza, quali la vita, senza nulla togliere all'interesse dello Stato al controllo della regolarità dei flussi migratori, come declinazione del bene costituito dall'ordine pubblico, perciò è quanto mai opportuno mirare a ridurre la sensazione di insicurezza derivante da tali violazioni, risultato possibile solo attraverso una diffusa informazione circa la realtà di tali fenomeni.

³⁶⁷ Si fa riferimento alle svariate carenze in punto di garanzie, a partire da quelle giurisdizionali di cui è testimonianza «l'allocatione della conseguente attività di controllo sui provvedimenti espulsivi» di cui parla A. PUGIOTTO, *"Purchè se ne vadano"*, cit. p. 12, p. 33 «Attribuita originariamente al giudice amministrativo, è successivamente transitata in capo all'autorità giudiziaria ordinaria nella figura del pretore, poi sostituito dal tribunale in composizione monocratica, per approdare infine al giudice di pace. È lui che, oggi, risulta titolare di una competenza allargata e completa in materia di espulsione, accompagnamento coattivo, trattenimento e – come vedremo – reato di immigrazione clandestina»

³⁶⁸ Per la ricostruzione storico-normativa v. G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.183ss., Nella versione originaria prevista dal legislatore del 2002, la pena comminata era la reclusione da uno a quattro anni per lo straniero già espulso ai sensi della violazione del primo ordine di allontanamento, che veniva "trovato" sul territorio nazionale in violazione delle disposizioni del testo unico, formulazione ambigua e volutamente a maglie larghe, per poter incriminare il più alto numero di condotte possibile, non tanto però in considerazione del fatto, quanto in considerazione dell'autore.

³⁶⁹ La figura si presentava in termini di reato di illecito reingresso, quindi in rapporto di *species* a *genus* con la fattispecie di cui al comma 13 dell'art.13. discutibile formulazione, confermata anche dalla legge 271 del 2004, oggetto di pronuncia da parte del giudice delle leggi che pose un punto fermo in tema di reiterabilità dell'ordine di allontanamento. Cass., Sez. I pen. 24 aprile 2004, n. 24148, in www.italgiure.giustizia.it

³⁷⁰ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.186

Anche queste considerazioni inducono chi scrive ad interpretare la normativa in questione in termini di perenne rischio di incriminazioni sovrabbondanti rispetto alla concretezza dei fatti che si verificano, e ad un uso sproporzionato del diritto penale. La versione attuale del reato in questione, deriva dalle riscritture operate in prima battuta dal pacchetto sicurezza del 2009 e poi dal c.l. 89 del 2001, convertito nella legge n.129 dello stesso anno³⁷¹. Questi interventi hanno il merito di aver spostato il baricentro sull'effetto al quale la fattispecie risulta teleologicamente ordinata, ovvero quello dell'allontanamento, configurandosi in tal modo l'emissione di un secondo ordine, solo in ragione del fatto che il primo non ha ottenuto il risultato sperato, lettura meno criminalizzante e più gestori del fenomeno. Il reato è attualmente punito con la multa da un minimo di quindici mila ad un massimo di trenta mila euro, inoltre con l'aggiunta dell'ultimo periodo³⁷² sulla valutazione della condotta del soggetto interessato ai fini dell'esecuzione dell'allontanamento, la posizione dello straniero sembrerebbe meglio garantita contro gli arbitrii delle autorità amministrative e di pubblica sicurezza.

3.3.Reati (solo) topograficamente collegati all'espulsione

Ultime fattispecie³⁷³ collegabili all'espulsione, più per la loro posizione all'interno del testo unico, che per altro, sono i reati di violazione delle misure che possono essere disposte dal questore in due ipotesi, sanzionati con la multa da tre mila a diciotto mila euro.

La prima ipotesi, prevista dal comma 5.2 dell'art. 13 è quella in cui le misure sono strumentali alla regolarità della partenza volontaria, ove all'uopo ne sia stato concesso

³⁷¹ Corte Cost. 17 dicembre 2010, n. 359 La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quater «nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-ter, sia punita nel solo caso che abbia luogo «senza giustificato motivo». In www.giurcost.org, Il merito maggiore del legislatore del 2011 è quello di aver recepito gli insegnamenti del giudice costituzionale con l'inserzione nel comma *de qua*, dell'inciso *senza giustificato motivo* e con l'abbandono della pena detentiva a favore della pena pecuniaria.

³⁷² Art. 14, comma 5-quater.1 «Nella valutazione della condotta tenuta dallo straniero destinatario dell'ordine del questore, di cui ai commi 5-ter e 5-quater, il giudice accerta anche l'eventuale consegna all'interessato della documentazione di cui al comma 5-bis, la cooperazione resa dallo stesso ai fini dell'esecuzione del provvedimento di allontanamento, in particolare attraverso l'esibizione d'idonea documentazione»

³⁷³ G. AMATO, A. CAPUTO e G. FIDELBO, *reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, cit. p. 61, p.190.

un termine.³⁷⁴ La seconda invece, si verifica laddove le misure di cui all'art. 13 appena citate, vengano disposte in via alternativa al trattenimento presso i C.p.r (ex C.i.e.), prevista dall'art. 14 comma 1-bis³⁷⁵. Misure, che costituiscono il presupposto logico per la configurazione dei reati in questione. Spendere parole su questo genere di misure, per riscontrare ancora una volta l'illogicità di un'incriminazione che diventa quasi automatica, poiché in presenza di oneri praticamente impossibili da adempiere per lo straniero che normalmente si trova sul territorio privo di documenti, o il cui soggiorno nei centri di permanenza temporanea è solamente una lunga attesa proprio dei suddetti, ovvero non ha alcun genere di disponibilità per procurarsi un'abitazione per adempiere alla misura dell'obbligo di dimora. Le figure in questione inoltre sono

³⁷⁴ Art. 13, comma 5.2, d.lgs. 286/1998 «Laddove sia concesso un termine per la partenza volontaria, il questore chiede allo straniero di dimostrare la disponibilità di risorse economiche sufficienti derivanti da fonti lecite, per un importo proporzionato al termine concesso, compreso tra una e tre mensilità dell'assegno sociale annuo. Il questore dispone, altresì, una o più delle seguenti misure: a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, ove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Le misure di cui al secondo periodo sono adottate con provvedimento motivato, che ha effetto dalla notifica all'interessato, disposta ai sensi dell'articolo 3, commi 3 e 4 del regolamento, recante l'avviso che lo stesso ha facoltà di presentare personalmente o a mezzo di difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida.»

³⁷⁵ A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. La vulnerabilità giuridica di una detenzione “fuori legge”, 10 ottobre 2013, in www.penalecontemporaneo.it «il d.l. 89/2011 ha provveduto a indicare alcune possibili misure meno restrittive alternative alla detenzione nei C.I.E., riproducendo nel nuovo comma 1-bis dell'art. 14 T.U.Imm. tre dei quattro provvedimenti coercitivi contemplati dall'art. 7, par. 3, dir. 2008/115/CE per i casi di pericolo di fuga dello straniero sottoposto a procedura di allontanamento», tuttavia la disciplina interna contrasterebbe con la Direttiva nel momento in cui subordina l'applicabilità di suddette misure al possesso del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e all'assenza di un decreto di espulsione emesso per motivi di ordine pubblico.; TORTUGA, *Decreto Minniti-Orlando: i limiti di una riforma necessaria*, 27 aprile 2017, in www.lavoce.info «La rete di prima accoglienza è attualmente composta da diverse tipologie di centri, tra cui spiccano i quattro Cie (centri di identificazione ed espulsione), dove chi ha ricevuto un decreto di espulsione può essere trattenuto per un massimo di 18 mesi. A testimoniare la strutturale inadeguatezza del sistema, nel 2015 su 34.107 stranieri espulsi, solo 15.979 (circa il 46 per cento) sono stati allontanati: 12.236 sono stati respinti alle frontiere o rimandati nel paese UE dal quale sono entrati e solo 3.688 sono stati effettivamente rimpatriati. Tra coloro che sono stati allontanati, meno di un terzo è transitato per i Cie, che sembrano avere più finalità di deterrenza e rassicurazione dell'opinione pubblica interna. Non aiuta poi l'inefficienza del sistema di rimpatrio e riallocazione: alla fine di dicembre 2016 sono state riallocate solo 2.350 persone sulle 40mila previste dal piano europeo, mentre il programma di ritorni volontari assistiti (Rva) ha coinvolto appena 3.562 individui in cinque anni (2009-2014). La riforma non cambia l'impostazione di fondo del sistema di espulsione e mantiene inalterata la logica dei Cie, trasformandoli in Cpr (centri permanenti per il rimpatrio). I Cpr sono progettati per avere una capienza piccola e diventano venti, uno per ogni regione, da posizionare vicino agli aeroporti e lontano dai centri abitati. Tuttavia, i 1.600 posti indicati dal decreto sembrano ancora inadeguati alla dimensione del fenomeno. Il decreto affronta un chiaro quadro di lentezza giudiziaria e inefficienza del sistema di espulsione velocizzando i ricorsi e potenziando le strutture. Tuttavia, oltre le critiche sul piano dei diritti, ci si interroga se non si tratti ancora una volta di risposte che non affrontano i nodi critici.»

costruite sul tipo di autore, e non sul tipo di fatto, quasi ad ulteriore testimonianza dell'*etichetta mento normativo del diverso* come principio guida della normativa di settore. Diritto penale del nemico?

A volte, semplicemente osservando su una cartina geografica
il modo in cui il nostro paese si stende nel Mediterraneo,
con la testa a nord-ovest e i piedi a sud-est,
la faccia quasi avvolta in una cortina di nubi eterne,
e il calcagno quasi sommerso nel blu intenso del mare Ionio,
mi prende un senso di pena;
e se anche non conoscessi la storia di questo paese,
e questa fosse per me una terra ignota,
direi che il suo modo di riposare
tra cielo, alte montagne d'Europa e cinque o sei mari,
suggerisce grande stanchezza, oblio, ricordi di strazio
e non so che immensa voglia di non saperne più niente
Anna Maria Ortese

CAPITOLO III

La reale dimensione delle migrazioni irregolari, uno sguardo “*omni-contemporaneo*”

Nell'analisi riguardo alla posizione giuridica dello straniero irregolare, fino ad ora osservata dal punto di vista dell'autore di reati, non si può prescindere da uno sguardo sull'attualità del fenomeno migratorio. Si presentano infatti alcuni casi in cui lo straniero viene ad assumere i tratti della vittima, ponendosi come oggetto del reato, meritevole in quanto tale di tutela, prescindendo dalla regolarità o meno del suo titolo di ingresso o di soggiorno. La tragica verità del tempo odierno, attraversato da crisi umanitarie quotidiane, che, come sottolineato nei capitoli precedenti spingono migliaia di persone ad emigrare nella speranza di una vita migliore e di un futuro, è che i soggetti che intraprendono questi viaggi si trovano spesso coinvolti in reti criminali, che sono nate per lucrare su questa disperazione. L'analisi della figura del traffico di migranti intrecciata indissolubilmente con quella della tratta di esseri umani, esprime la necessità, avvertita come sempre più impellente, di disporre di un quadro fattuale chiaro, al fine di predisporre adeguati mezzi di tutela ove necessari ed efficaci strumenti repressivi, per contrastare fenomeni, ormai ben radicati che vanno molto

oltre i confini nazionali, che vengono continuamente sottovalutati³⁷⁶. Ciò pone da subito l'interrogativo circa l'attuale adeguatezza della territorialità come mezzo di determinazione della sovranità statale³⁷⁷. Tali fenomeni inoltre sono accostabili, in quanto presentano notevoli similitudini pur rimanendo non completamente sovrapponibili, al fine di non vanificare fondamentali distinzioni riguardo alla condizione dei soggetti che ne sono protagonisti come attori o vittime³⁷⁸. Si è scelta

³⁷⁶ Si esprime sulla necessità di un'azione comune e "comunitarizzata" sottolineando come tutte le tematiche legate alle migrazioni forzate siano in realtà connesse, tracciando chiaramente quella impossibilità di approccio solamente settoriale, M. MENDOLA, *Porte girevoli nel controllo alle frontiere*, 22 luglio 2016, in www.lavoce.info «Il 13 luglio 2016 la Ue ha approvato una proposta di revisione della normativa comune in materia di asilo, omogenea per tutti gli Stati membri. Anche la politica sugli ingressi di lavoro extra-Ue richiede un livello di coordinamento maggiore, a causa della natura strutturale dei flussi migratori e dei problemi comuni a molti paesi europei, quali l'invecchiamento della popolazione o la crescente polarizzazione del mercato del lavoro. Tuttavia, l'attuazione di una politica di confine, seppur comune ed eurocentrica, va solo parzialmente in questa direzione. Un piano di difesa delle frontiere europee per contrastare l'immigrazione irregolare, senza creare o allargare canali alternativi di ingresso legale, rischia infatti di non incidere sui fattori che determinano i flussi migratori (né quelli forzati da guerre e conflitti, né quelli volontari), ma di generare effetti negativi.»; per leggere la proposta della COMMISSIONE EUROPEA, *Completare la riforma del sistema europeo comune di asilo: verso una politica in materia di asilo efficace, equa e umana*, Bruxelles, 13 luglio 2016, www.europa.eu; v. anche M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in RIDPP 2005, p.974ss.; ulteriore difficoltà nella definizione di politiche davvero comuni ed operative discende dalla percezione del fenomeno del traffico di migranti, che viene ritenuto economicamente meno consistente di altri fenomeni legati alla criminalità transnazionale, ma pur sempre in grado di destare notevole allarme sociale come espresso da G. PALMISANO, *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, in G. PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p.53ss. «Analizzando le cifre del traffico di migranti, il fenomeno potrebbe presentarsi come una minima percentuale del fenomeno delle migrazioni transnazionali considerato nel suo complesso ed anche in riferimento al fenomeno dell'immigrazione clandestina e irregolare. Ciò che rende però il contrasto a tale fenomeno criminale, uno snodo fondamentale nell'applicazione effettiva di politiche di 'governance' dei flussi migratori è il fattore criminale che viene avvertito nella maggior parte dei Paesi occidentali come in grado di mettere a repentaglio la sicurezza e l'ordine pubblico. Il 'mercato di servizi' legato al traffico di migranti clandestini, ha ormai assunto una posizione centrale tra gli interessi della criminalità organizzata transnazionale, arrivando a rappresentare, dopo il traffico di stupefacenti, "la principale fonte di guadagno ed uno dei più importanti veicoli di rafforzamento delle relazioni tra organizzazioni criminali e diverse etnie"; per alcuni dati, utili per percepire la realtà riguardo alle migrazioni forzate ed i connessi fenomeni criminali v. Dossier Statistico Immigrazione, a cura di IDOS, in partenariato con Confronti e in collaborazione con l'UNAR, in www.dossierimmigrazione.it

³⁷⁷ A. DI MARTINO, intervento in lezione di "diritto penale al cinema" del 5 dicembre 2016; v. anche S. FORLATI, *L'ingresso dei migranti nell'Unione Europea- fra controllo dell'immigrazione clandestina ed esigenze di protezione*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti: diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015, p.43 «emerge come manifestazione indefettibile della sovranità territoriale, il potere di controllare le proprie frontiere, dunque di regolare l'ingresso degli stranieri nel territorio nazionale e come corollario il potere di allontanamento di quanti non si pongano nel rispetto delle condizioni previste dalla vigente normativa sull'immigrazione.»; v. anche M. AMBROSINI, *Non passa lo straniero? Le politiche migratorie tra sovranità nazionale e diritti umani*, Assisi, Cittadella editrice, 2014

³⁷⁸ La sovrapponibilità dei fenomeni della tratta vera e propria e del traffico di migranti è in grado di ingenerare delle difficoltà nel procedimento investigativo e nel trattamento di questi fenomeni, nonché il consolidamento della debolezza dello status legale dei soggetti che ne sono vittime, in tale senso, L.

la congiunta trattazione in quanto le fattispecie sono accomunate dal concetto di *moto*, da quel movimento migratorio che, indipendentemente dal consenso o meno, coinvolge una pluralità di Stati sollevando perciò una serie di problemi di natura e fattezze estremamente diversi. L'interrogativo che conduce questa analisi riguarda la condizione dello straniero tracciata anche attraverso le normative internazionali, osservando con occhio critico distinzioni che si ritengono assodate e pacifiche sul piano teorico, ma che poi così nette non sono sul piano pratico. Il tratto più caratteristico di tali fenomeni è la continua tensione tra le esigenze di protezione, assistenza ed intervento umanitario e quelle di controllo e sicurezza, che mette in crisi gli Stati, soprattutto sul nervo quasi sempre scoperto della sovranità territoriale³⁷⁹. Nascono così due diverse visioni del migrante irregolare che hanno il potere di plasmarne la condizione giuridica, la prima come *vittima*, tramite il riconoscimento di un trattamento di protezione³⁸⁰ in ragione della sua vulnerabilità, la seconda come *complice*, tramite una preventiva criminalizzazione³⁸¹ ed una successiva ed eventuale protezione. Se si pongono a confronto già da subito le fonti sovranazionali che conducono la presente analisi, emerge chiaramente una differenziazione in punto di trattamento non sempre giustificata. Con le direttive 2004/81/CE³⁸² e 2011/36/CE³⁸³ si è adottato un approccio globale, integrato ed incentrato sui diritti umani. Mentre la

REQUENA ESPADA, A. GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, M. DE JUAN ESPINOSA, *Estudiar la trata de personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 14-13(2012) in www.criminet.ugr.es, p. 13:6 «En determinaods países, las victimas de la trata de personas no están consideradas una modalidad específica y hasta el momento mayoritariamente son identificadas como inmigrantes ilegales si permiso de residencia y/o trabajo. Este hecho, dificulta su colaboraciòn a la hora de informar dobre los acontecimientos sufridos, puesto que corre nel riesgo de ser deportadas»

³⁷⁹ «In tale ottica la scelta di diversificare i trattamenti tra vittime di *trafficking*, e vittime di *smuggling*, si può ritenere il frutto di uno sforzo di ricomposizione della suddetta tensione» V. MILITELLO e A. SPENA, "la cruna dell'ago": il migrante fra mobilità e controllo, in *Il traffico di migranti*, cit. p. 93, p.4

³⁸⁰ Si fa riferimento all'art. 18 del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998 rubricato *Soggiorno per motivi di protezione sociale*.

³⁸¹ Si fa riferimento all'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998 rubricato *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*.

³⁸² Direttiva 2004/81/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 riguardante il *titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti*, in www.eur-lex.europa.eu

³⁸³ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la *prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI* in www.eur-lex.europa.eu

direttiva 2002/90/CE³⁸⁴ insieme alla decisione quadro 2002/946/GAI³⁸⁵ hanno espresso il volto severo dell'Unione, prevedendo incriminazioni tese a favorire la prevenzione e repressione dei fenomeni criminali in questione.³⁸⁶ Il migrante, come emerso anche dai capitoli precedenti, è ritenuto *portatore in re ipsa di una pericolosità*³⁸⁷ che il sistema tutto deve tenere sotto controllo in via preventiva³⁸⁸. Nel momento in cui il dibattito politico si intreccia con la normativa internazionale, inoltre, non sempre le scelte sono coerenti ed aderenti alla realtà, uno dei rischi maggiori per la condizione giuridica dello straniero irregolare, non lontano da quanto paventato dal teorico tedesco Günther Jakobs, è il sempre più frequente fenomeno della *vittimizzazione secondaria*³⁸⁹. Tendenza riscontrabile all'interno della maggior parte

³⁸⁴ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 volta a *definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* in www.eur-lex.europa.eu

³⁸⁵ Decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al *rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali* in www.eur-lex.europa.eu

³⁸⁶ Questa tensione inevitabilmente si riflette all'interno dell'ordinamento nazionale, come emerge dal confronto tra gli articoli posti a sanzionare i delitti di tratta, di cui agli artt. 601 e 602 c.p., disegnati nell'ottica della protezione della vittima e l'art. 12 del d.lgs. 286 del 25 luglio 1998, predisposto per contrastare i fenomeni di immigrazione illegale, in un'ottica prevalentemente repressiva

³⁸⁷ La prima deformazione derivante dal diritto penale del nemico investe «il principio di legalità nell'identificazione di ciò che è punibile: non più il reato, ma il reo, indipendentemente dal reato. La sostanza del principio di legalità è nella previsione legale come punibili di "tipi di azione" e non "tipi di autore"; nel punire per "quel che si fa" e non per "quel che si è"; nell'identificare i comportamenti dannosi e non anche ai soggetti dannosi, di cui anzi tutela le diverse e specifiche identità pur se devianti; nell'indirizzare il giudizio alla prova dei fatti e non all'inquisizione sulle persone. Il diritto penale del nemico capovolge questo schema. Non più la predisposizione legale e l'accertamento giudiziario del fatto punibile ma l'identificazione del nemico, che inevitabilmente, non essendo mediata dalla prova di specifici fatti di inimicizia, si risolve nell'identificazione, nella cattura e nella condanna dei sospetti. Il nemico deve infatti essere punito per quel che è non per quello che fa. Il presupposto della pena non è la commissione di un reato, ma una qualità personale determinata volta a volta con criteri puramente potestativi quali quella di "sospetto" o di "pericoloso".» L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, cit. p.15, p.93; v. anche Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma, Laterza, 2009

³⁸⁸ «Il rapporto tra anticipazione della tutela penale e garanzia dei diritti umani è un problema costante nell'ambito della comunità internazionale, in quanto la conseguenza principale è la sensibile attenuazione delle garanzie sanzionatorie, e, dell'accertamento processuale, ma soprattutto delle fattispecie incriminatrici, poste in una condizione d'instabilità. Il criminale jakobsiano si differenzia dagli altri, in quanto il suo comportamento, legato ad un'attività criminale organizzata, lo ha automaticamente escluso dalla comunità giuridica in modo permanente.» F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e diritti umani*, cit. p. 7, p. 531; inoltre un confronto differenziato richiede di sondare dove esattamente si trovano i confini di un diritto penale della sicurezza, cioè a partire da quale punto, il trattamento dei delinquenti orientato alla sicurezza deve incontrare limiti assoluti; v. anche A. DINO, *Crimine organizzato transnazionale e sindrome securitaria*, in LO VERDE F. M. e CAPPELLO G., *Multiculturalismo e comunicazione* cit. p. 1

³⁸⁹ Con tale termine si intende indicare quanto si verifica in capo al soggetto vittima del reato quando viene trattato come se ne fosse il colpevole, in Relazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio "sui progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani", Bruxelles 19 maggio 2016, in www.ec.europa.eu, p.7

delle normative sull'immigrazione dei Paesi occidentali, che, tutte orientate alla repressione e al controllo del fenomeno migratorio illegale, trascurano spesso di valutare i fatti per ciò che sono e non per ciò che l'opinione pubblica necessita di vedere. Si dovrebbe tutelare anziché arrestare e punire ove necessario, nell'ottica retributiva propria del dettato costituzionale, rispettosa dei diritti fondamentali dell'essere umano.

1. Il traffico di migranti, mercato di speranza o di morte?

Passando a definire sotto il profilo sostanziale la fattispecie del traffico di migranti qui oggetto d'analisi, si sottolinea primariamente che la definizione proviene dal diritto internazionale ed è dunque vigente all'interno del nostro ordinamento nazionale in forza del disposto di cui all'art. 10 della Costituzione³⁹⁰. È nell'articolo 3 del *Protocollo contro il traffico dei migranti*³⁹¹, parte del sistema di cooperazione internazionale promosso dalla Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, che si trova la definizione del reato di traffico di migranti, «*smuggling of migrants, hall mena the procuramene, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident*»³⁹². Gli elementi sostanziali della fattispecie di *smuggling* sono pertanto tre³⁹³. Il primo è l'intento specifico di realizzare l'ingresso illegale del migrante in uno Stato di cui non sia cittadino o residente a titolo permanente; il secondo è lo scambio di benefici tra trafficante e migrante; ultimo elemento è il cd. *cross-border movement*, che implica la transnazionalità in *re ipsa*³⁹⁴, ed iscrive il reato all'interno del

³⁹⁰ Art. 10 Cost, commi 1 e 2 “L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.”; v. anche E. GROSSO, *Status costituzionale dello Straniero*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XV, Torino, UTET giuridica, 1999; v. anche A. SAITTA, *Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, 4 novembre 2014, in www.consultaonline.it, par. §3

³⁹¹ *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, Annex III to the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, siglata ed aperta alle firme a Palermo nel 2000, ratificata dall'Italia con la l. n. 146 del 16 marzo 2006. www.unodc.org

³⁹² Art. 3, *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, in www.unodc.org

³⁹³ Per tale classificazione v. G. PALMISANO, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit. p.90 p.53ss.

³⁹⁴ E. ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, cit. p.100, p.82ss, rispetto ai fenomeni criminali qui oggetto d'analisi, si parla di *transnazionalità in re ipsa*, costituendo soprattutto lo *smuggling of migrants*, comportamenti delittuosi caratterizzati quasi da una «fisicità

fenomeno del crimine organizzato transnazionale, di cui si tratterà dettagliatamente più oltre. Per quanto riguarda lo scambio di utilità, si è in presenza di un provento derivante da atto illecito, in quanto tale deve essere trattato, come tutti i benefici economici o materiali che vanno a rinsaldare la catena del mercato nero, costantemente alimentata dalle reti di criminalità organizzata.³⁹⁵ Il migrante assume perciò all'interno della fattispecie, grazie alla messa in evidenza di tale scambio, una posizione di attore, e non di mero oggetto.³⁹⁶ A livello di ricostruzione teorica il migrante, al pari del trafficante, assume un ruolo attivo, agendo intenzionalmente per ottenere il risultato specifico dell'ingresso illegale. L'interesse oggetto di tutela in tal caso, sarà in maniera naturale, non tanto la posizione soggettiva del migrante ma quanto quello al rispetto della sovranità statale ed in particolare del diritto dello Stato al controllo dei flussi migratori da e per il proprio territorio. Riflessi evidenti si avranno in punto di garanzie poste a tutela del migrante oggetto di traffico. «l'estrema e, in certi casi, invincibile necessità di emigrare, ricorrendo al canale illegale del contrabbando, senza disporre di risorse finanziarie per pagare il 'servizio' corrisposto dai trafficanti, spinge quantità di disperati a piegarsi a condizioni vessatorie o a trovarsi più o meno progressivamente sottoposti a forme di coercizione fisica o psicologica, esercitata ai fini di sfruttamento da tali organizzazioni: il che trasforma la qualificazione del caso concreto, da mero *smuggling of migrants* a vero e proprio *trafficking in persons*».³⁹⁷ Obiettivo finale dello

transfrontaliera», quindi di matrice oggettiva. «Al fine di considerare un reato transnazionale anche quando sia stato commesso in un solo Stato, soccorre il criterio del collegamento all'offesa, in quanto l'attribuzione del suddetto carattere avviene sul presupposto della produzione di effetti sostanziali in altro stato. "per effetto sostanziale può intendersi ciò che consegua ad un rapporto di causa-effetto, ma che sia anche in grado di correlarsi strettamente alla lesione del bene protetto dalla fattispecie"», p. 69, «La nozione di territorio contenuta nella legge di ratifica, attiene al valore spaziale della fattispecie del reato transnazionale, pur facendo riferimento ad un valore spaziale universalmente definito, in quanto recepito nello strumento internazionale.»

³⁹⁵ Il beneficio del trafficante è di tipo generalmente finanziario o materiale di altra sorta, quello del migrante invece è di tipo prettamente materiale consistendo nell'ingresso illegale.

³⁹⁶ È probabile che una tale considerazione sia alla base della facoltatività Art. 3 comma 2 della direttiva 2004/81/CE: «Gli Stati membri possono applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi che sono stati coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale» in www.eur-lex.europa.eu dell'estensione per i migranti «trafficati», del trattamento di protezione previsto dalla direttiva 2004/81/CE (Direttiva 2004/81/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, *riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti*, in www.eur-lex.europa.eu) a favore delle vittime di tratta, che invece essendo sempre oggetto della condotta illecita, non assumono mai una posizione attiva.

³⁹⁷ Portando all'estremo tali casi di trasformazione delle situazioni concrete, spesso oltre la tratta di persone, lo *smuggling* può arrivare ad assumere i connotati della tratta di schiavi, laddove si rinviene un coefficiente legato all'abuso di posizione di autorità sulla condizione di vulnerabilità del soggetto che ne è vittima, talmente alto da far assumere al migrante i caratteri dello schiavo vero e proprio

smuggling è l'*ingresso illegale*, definito, sempre nel protocollo succitato, come l'attività di attraversamento dei confini senza i requisiti necessari all'ingresso legale nello Stato di destinazione³⁹⁸. Elemento ritenuto centrale nella differenziazione con il reato di tratta di esseri umani³⁹⁹, è il *consenso*, sempre presente nel traffico di migranti ma solo eventuale nella tratta di esseri umani, ciò che legittima il trattamento del migrante oggetto di traffico alla stregua di attore nel processo criminogeno, a differenza di quello oggetto di tratta di esseri umani, ritenuto invece una vittima. «L'eventuale consenso della persona oggetto del traffico non ha efficacia scriminante, soprattutto se soltanto iniziale, tanto che il delitto permane anche qualora l'asservimento sia successivo a un contatto proposto dalla stessa vittima, che pure ha sostenuto le spese di viaggio»⁴⁰⁰. Non è infrequente che vittime di *smuggling* vengano a trovarsi nelle stesse condizioni, allora perché un trattamento differenziato? Inoltre l'elemento del consenso, non coprendo il trattamento che tali soggetti ricevono durante il viaggio, non significa consenso ad essere trattati in maniera inumana, ad essere ammassati e stipati dentro le note «*carrette del mare*» alla stregua di carichi merci. Inoltre si riscontra fortissima la difficoltà nella definizione della condizione giuridica

Quest'ultima posizione si determina in presenza di una soggezione assoluta che prende i lineamenti della proprietà, con esclusione dello scambio di benefici. Così G. Palmisano, *profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico dei migranti*, in G. Palmisano, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit. p.90, p.58; v. anche K. JEFFREY, *La tratta degli schiavi. Chi governa l'immigrazione e perché*, Palermo, Edizioni Arianna, 2013; v. anche L. PICOTTI, *I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana*, in *Dir. Imm. e Citt.* 1/2007, p.41ss.

³⁹⁸ Art. 3, Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air «*"Illegal entry" shall mean crossing borders without complying with the necessary requirements for legal entry into the receiving State.*» www.unodc.org

³⁹⁹ Art. 3, Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Annex II to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime «*Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs*» in www.unodc.org

⁴⁰⁰ La decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 19 luglio 2002 (Decisione Quadro del Consiglio 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, in www.eur-lex.europa.eu) traccia la linea di demarcazione tra consenso scriminante e consenso non scriminante dell'*abuso della posizione di vulnerabilità*, affermando che non sarà mai scriminante quel consenso prestato ogniqualvolta la persona sia stata costretta dalla «necessità di assicurare a se stessa o ai suoi più stretti familiari una forma minima di sopravvivenza». E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, CEDAM, Milano, 2011, p.577; v. anche K. BALES, *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Milano, Feltrinelli, 2002

di tali migranti che si servono delle prestazioni degli *smugglers* per entrare nei Paesi occidentali, poiché il loro profilo e le loro condizioni si evolvono costantemente non lasciando spazio per una nozione univoca. La Rosi⁴⁰¹ indica come elemento di discriminazione «*l'autonomia del progetto migratorio del migrante*» per definirne la posizione all'interno del traffico, senza però sottolineare la condizione di vulnerabilità nella quale un tale progetto viene a definirsi nella volontà del soggetto che sceglie di emigrare. Svariate fonti⁴⁰², opera di mani freelance, rivelano come sempre più spesso i migranti in attesa di salpare alla volta del mondo occidentale, siano detenuti in condizioni a tal punto degradanti da far legittimamente presumere una rilevante alterazione nella loro capacità di libera determinazione, mettendo dunque in dubbio la suddetta autonomia del progetto migratorio e ponendoli nella condizione di potenziali

⁴⁰¹ E. ROSI, *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, in G. PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit. p.90, p.184, «*Il trafficante di esseri umani, trafficker si impossessa delle 'energie di vita e dei progetti di vita futura dei migranti', riducendoli ad oggetti di produzione di futura ricchezza. Il 'contrabbandiere' smuggler, invece approfitta dello stato di necessità del migrante e sfrutta le difficoltà di quest'ultimo nella realizzazione del progetto di migrazione regolare, per lucrare sull'illegalità del suo 'percorso di viaggio' verso il Paese di destinazione*»; interessante per un punto di vista dall'interno del fenomeno, per un aiuto nella comprensione delle dinamiche sottese di cui mai si parla, v. A. DI NICOLA, G. MUSUMECI, *Confessioni di un trafficante di uomini*, Chiarelettere, 2015

⁴⁰² Il recentissimo e sconvolgente servizio diffuso dalla CNN testimonia come le condizioni in cui tali soggetti vengono a trovarsi sia effettivamente di soggezione, molto più simile ad una forma di riduzione in schiavitù che ad una forma di volontà contrattuale ad essere “*smuggled*”. La condizione di bisogno in cui tali soggetti vengono a trovarsi impedisce di parlare di libera determinazione della volontà. «Each year, tens of thousands of people pour across Libya's borders. They're refugees fleeing conflict or economic migrants in search of better opportunities in Europe. Most have sold everything they own to finance the journey through Libya to the coast and the gateway to the Mediterranean. But a recent clampdown by the Libyan coastguard means fewer boats are making it out to sea, leaving the smugglers with a backlog of would-be passengers on their hands. So the smugglers become masters, the migrants and refugees become slaves. The auctions take place in a seemingly normal town in Libya filled with people leading regular lives. Children play in the street; people go to work, talk to friends and cook dinners for their families. But inside the slave auctions it's like we've stepped back in time. The only thing missing is the shackles around the migrants' wrists and ankles» N. ELBAGIR, R. RAZEK, A. PLATT, B. JONES, *People for sale, where lives are auctioned for 400 \$*, 14 novembre 2017 in www.edition.cnn.com, il servizio riprende alcune scene di aste in cui esseri umani vengono venduti per poco meno di mille dollari (400 dollari libici) a causa della indisponibilità di risorse economiche per pagare gli smugglers. «People are detained by people smugglers or militia groups, apparently they don't have money and their families cannot pay the ransom, so they are being sold to get at least a minimum benefit from that», in *African migrants sold in Lybia' slave markets, IOM says*, 11 aprile 2017, in www.bbc.com

vittime di tratta⁴⁰³. È forse in questo abuso della posizione di vulnerabilità⁴⁰⁴, che si può scorgere il definitivo anello di congiunzione tra la tratta ed il traffico?

Proseguendo nell'analisi degli elementi sostanziali, si approda allo *sfruttamento*, che connota la tratta costituendone l'obiettivo centrale nonché la fonte del profitto, non risultando però, sempre a livello teorico, presente all'interno dello *smuggling*, concludendosi la fattispecie con l'ingresso illegale, ma anche qui si potrebbe argomentare sull'intersecarsi delle fattualità e sulla distanza della previsione normativa dalla realtà, tramite l'osservazione della circostanza secondo la quale, nella maggior parte dei casi, per non dire nella totalità, i *traffickers* e gli *smugglers*, utilizzano le stesse rotte e gli stessi metodi, anzi a volte sono proprio gli stessi

⁴⁰³ «Nel giro di tre anni il numero delle potenziali vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale arrivate via mare in Italia è aumentato del 600 per cento. Un aumento che è continuato anche in questi primi sei mesi del 2017 e che coinvolge ragazze sempre più giovani - spesso minorenni - che diventano oggetto di violenza e di abusi già durante il viaggio verso l'Europa. In particolare, il fenomeno riguarda circa l'80% delle ragazze arrivate dalla Nigeria, il cui numero è passato da 1.500 nel 2014 a oltre 11.000 nel 2016. Il rapporto si basa sui dati raccolti dall'OIM presso i luoghi di sbarco e nei centri di accoglienza per migranti nelle regioni del sud Italia, dove il personale dell'Organizzazione svolge attività di identificazione delle potenziali vittime, fornendo assistenza a quelle ragazze che, una volta identificate, decidono di ribellarsi e accettano di essere protette dai loro sfruttatori.» RAPPORTO OIM 2016: *sempre più giovani e sempre più vulnerabili le potenziali vittime di tratta in arrivo via mare in Italia*, in www.italy.iom.int ; v. anche F. SCAVONE, *La tratta di persone e lo sfruttamento sessuale dell'immigrazione clandestina*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, Milano, Giuffrè Editore, 2004; v. anche L. PICOTTI, *Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali fra normativa interna ed internazionale*, in *Ind. Pen.*, DIKE, 2007, p.41ss.

⁴⁰⁴ Il Concetto di vulnerabilità espresso tramite la clausola di *abuse of vulnerability*, contenuta nel protocollo contro la tratta di persone, è stato letto in primo luogo come un compromesso atto ad ampliare le ipotesi di possibile incriminazione dei trafficanti comprendendo il più ampio spettro di possibili condotte penalmente rilevanti ed in secondo luogo a dare rilevanza a tutte le situazioni di fattuale inferiorità del soggetto migrante. Tale inferiorità non si collega solo ad una menomazione psichica, ma anche ad un'accertata situazione di sottosviluppo socio-culturale-personale che possa, anche se non semplice conseguenza dello stato di povertà o di bisogno, costituire elemento viziante del consenso prestato dal soggetto migrante, P. SCEVI, *Diritto delle migrazioni*, cit. p. 87 p. 255; Così si va a scalfire e definire in maniera sempre più chiara il fatto che per quanto nel delitto di smuggling il consenso sia elemento caratterizzante la fattispecie, non si è sempre in presenza di soggetti mercenari che si prestano a trattamenti inumani, e che la rete criminale mette in atto una serie di pratiche che seppur non finalizzate allo sfruttamento, incidono in maniera assai rilevante sui soggetti che non sono associati, ledendone la dignità umana poiché per scappare dalla povertà sono disposti a tutto.; per uno spunto di riflessione su ciò che rende i soggetti del mondo occidentale felici e liberi di cercare un futuro migliore, per notare la differenza con quei soggetti che agiscono in preda alla disperazione e scappano dalla povertà, v. anche Z. BAUMAN, *L'arte della vita*, Roma, Laterza, 2010 ; e Z. BAUMAN, *Stranieri alle porte*, Roma, Laterza, 2016.

soggetti.⁴⁰⁵ In punto di beni giuridici tutelati⁴⁰⁶, tenendo a mente questo ultimo aspetto dello sfruttamento, si evidenzia una distinzione tra le due fattispecie delittuose, avendo la tratta ad oggetto la tutela della persona umana, in particolare della sua dignità, mentre il traffico finalizzato al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ha ad oggetto la tutela di un bene riconducibile alla categoria dell'ordine pubblico, ossia la corretta gestione dei flussi migratori. Ulteriore elemento differenziale, è costituito dalla transnazionalità, necessaria per il perfezionamento del reato di traffico, ma non per quello di tratta, essendo possibili e frequenti casi di tratta interna ai confini di una sola Nazione⁴⁰⁷.

1.1. Il protocollo contro il traffico dei migranti

I dichiarati obiettivi del protocollo contro il traffico dei migranti, che «*tende a sviluppare una strategia valida sul piano universale, diretta a prevenire e a contrastare i movimenti migratori illegali*»⁴⁰⁸ sono la prevenzione ed il contrasto al fenomeno, la promozione della cooperazione tra gli Stati parte a tal fine e la tutela dei diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino. L'obbligo per gli Stati di incriminare le condotte di favoreggiamento degli ingressi e dei soggiorni illegali e le attività illecite connesse, in particolare quelle riguardanti la falsità documentale, sancito dall'art. 6⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ La Commissione Europea nel sollecitare azioni coordinate tra i vari Stati nell'ambito dell'approccio dei cd. punti di crisi, 'hotspot', ha sottolineato che «la crisi migratoria è stata sfruttata da reti criminali coinvolte nella tratta di esseri umani per agganciare le persone più vulnerabili, in particolare le donne e i bambini. I trafficanti abusano sempre di più dei sistemi di asilo, non sempre connessi a meccanismi nazionali di riferimento» Relazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio «*sui progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani*», Bruxelles 19 maggio 2016, in www.ec.europa.eu, p.9

⁴⁰⁶ Si aggiunga, che l'*exploitation* (sfruttamento) non costituisce, almeno *prima facie* la fonte del profitto nel traffico di migranti, concretizzandosi tale profitto invece nel prezzo pagato per il trasporto e per il favoreggiamento dell'illegale ingresso o residenza L. GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, 18 novembre 2016, in www.penalecontemporaneo.it

⁴⁰⁷ Per una disamina sugli elementi costituenti il traffico di migranti, v. la voce *smuggling* in www.unodc.org

⁴⁰⁸ V. DELICATO, *Il protocollo sul traffico dei migranti*, in E. ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La convenzione ONU di Palermo*, IPSOA, Milanofiori Assago, 2007, p. 395, si afferma con una certa approssimazione che il protocollo prevede tre generi di disposizioni, alcune prevedono obblighi specifici, altre che orientano verso determinate soluzioni, altre ancora che concedono agli organi interni facoltà di scelta

⁴⁰⁹ Art. 6, *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, "Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit: (a) The smuggling of migrants; (b) When committed for the purpose of enabling the smuggling of migrants: (i) Producing a fraudulent travel or identity document; (ii) Procuring, providing or possessing such a document; (c) Enabling a person who is not a national or a permanent resident to

del protocollo, è stato recepito dal legislatore Italiano con la previsione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 del T.U.Imm.⁴¹⁰ di quello di falsificazione dei documenti di cui all'art. 5, co 8-bis T.U.Imm. ma l'errore, forse frutto di fraintendimento⁴¹¹ è stato quello di ritenere coincidente l'ambito applicativo della convenzione con quello dell'obbligo di incriminazione, che ha favorito all'interno dei vari ordinamenti nazionali il proliferare di norme incriminatrici di condotte non ben definite, a volte anche in violazione del disposto di cui all'art. 5 del protocollo, che sancisce un espresso divieto di criminalizzazione dei migranti oggetto di traffico, «*a person cannot be charged with the crime of migrant smuggling only for having been smuggled*». Tale norma, sembra posta per tutelare il soggetto contro la vittimizzazione secondaria, ma non è coerentemente trasposta all'interno dell'ordinamento nazionale, essendo tale deficit probabilmente attribuibile a vari elementi di tipo ambientale, tra cui capeggiano la paura e l'insicurezza verso il diverso, che influenzando il dibattito politico contemporaneo hanno portato all'emanazione di normative, che si sono dimenticate che lo *ius migrandi* appartiene alla natura stessa dell'essere umano⁴¹², dovendo essere di per sé elemento legittimante un approccio liberale al riguardo, ciò non toglie che il migrante vittima di traffico possa essere imputato per reati connessi a tale fenomeno. A questo punto, prima di procedere, si rende necessaria una distinzione⁴¹³ per sfuggire ad ambiguità terminologiche frutto

remain in the State concerned without complying with the necessary requirements for legally remaining in the State by the means mentioned in subparagraph (b) of this paragraph or any other illegal means.

⁴¹⁰ Il delitto di favoreggiamento delle migrazioni illegali art. 12, d.lgs 286/98, è storicamente una delle figure utilizzate per perseguire il più turpe crimine di tratta di esseri umani, storicamente affidato nel nostro codice penale alle norme contro la riduzione in schiavitù disciplinate dal codice penale agli articoli 600, 601 e 602. La prevenzione e la repressione di tali reati sono stati il centro di un'ampia serie di atti e convenzioni internazionali che hanno impegnato gli stati firmatari all'adozione di misure omogenee al fine di armonizzare le legislazioni sul piano sostanziale nonché di prevedere idonei strumenti di cooperazione investigativa e giudiziaria. P. SCEVI, *Diritto delle migrazioni*, cit. p. 87, p.245ss.; A. CISTERNA, *L'entità del fenomeno e la rilevazione dello stesso attraverso i cd. "reati spia"*, intervento nell'incontro di studi *La tratta degli esseri umani*, tenutosi presso il CSM 26-28 gennaio 2009

⁴¹¹ «la prospettiva della repressione è quella della divisione del lavoro fra Stati sovrani, che si assume efficiente in quanto, se ciascuno opera pur sempre con i propri strumenti questi sono (dovrebbero essere) però dello stesso tipo, cioè armonizzati nel contenuto in base alle disposizioni internazionali» A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. Pen. Proc.* 1/2007, p.17

⁴¹² L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, cit. p.40, p.9ss, v. anche Art. 13 della dichiarazione universale dei diritti umani *"Ogni individuo ha diritto alla libertà di movimento e di residenza entro i confini di ogni Stato. Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese."* In www.ohchr.org

⁴¹³ Sul punto v. C. VETTORI, *La tratta degli esseri umani. Evoluzione normativa ed aspetti sociologici*, 2014 in www.altrodiritto.unifi.it ;v. anche

dell'utilizzazione nel linguaggio comune di medesimi termini per designare fenomeni tra loro alquanto diversi. Un conto è il fenomeno delle *migrazioni illegali*, che sul piano sanzionatorio provoca una violazione di norme amministrative, altro conto è il *traffico di migranti*, designato invece come vero e proprio crimine, sottoposto come si è visto ad un obbligo specifico di incriminazione da parte del protocollo annesso alla convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale. Accettare le ambiguità, senza indagare sulla realtà fenomenica equivale ad arrestare il processo evolutivo che il diritto necessariamente deve compiere al fianco della società.

1.2. "Trafficking in human beings", lo straniero come vittima

Il reato di tratta di persone, per la sua naturale spregevolezza è oggetto di previsioni che sono espressione del disvalore attribuito dall'ordinamento ad un fenomeno di tal fatta. In Italia, la fattispecie è disciplinata nell'articolo 601 del codice penale⁴¹⁴, come risultante dall'ultimo intervento di riforma del 2014⁴¹⁵, rubricato appunto tratta di persone.⁴¹⁶ La norma realizza un'anticipazione della punibilità rispetto a quella di cui al 600 c.p. in quanto non richiede per la tutela penale, che la finalità di sfruttamento si sia effettivamente verificata. Un tale arretramento della soglia del penalmente rilevante è giustificato osservando la portata lesiva di tali condotte, non si è in presenza di

⁴¹⁴ Commento all'art.601 c.p. in E. DOLCINI e G. L. GATTA, *Codice penale commentato*, Vicenza, Wolters Kluwer, 2015

⁴¹⁵ D.lgs. n. 24 del 4 marzo 2014 Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. Pubblicato in G.U. Serie Generale n.60 del 13-03-2014 in www.gazzettaufficiale.it

⁴¹⁶ Prevede la pena della reclusione da un minimo di anni otto ad un massimo di anni venti, per due distinte fattispecie, la prima a carico di chiunque "recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'art. 600 (Art. 600 c.p. riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù), Delitto il cui presupposto risiede nella condizione di schiavitù o servitù che deve essere preesistente alla tratta ed il cui elemento soggettivo è costituito da un dolo generico. La seconda figura delittuosa viene realizzata da chiunque compia una delle condotte appena citate, "mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurla o costringerla a prestazioni lavorative, sessuali, ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi". Presupposto di tale fattispecie a forma vincolata è lo stato di libertà del soggetto passivo, futura vittima, e l'elemento soggettivo è il dolo specifico; integra il delitto di riduzione in schiavitù mediante approfittamento dello stato di necessità altrui, la condotta di chi approfitta della mancanza di alternative esistenziali di un immigrato da un Paese povero, imponendogli condizioni di vita abnormi e sfruttandone le prestazioni lavorative al fine di conseguire il saldo del debito da questi contratto con chi ne ha agevolato l'immigrazione illegale(cass. Sez V pen. 15 dicembre 2008 n. 46128), P. SCEVI, *Diritto delle migrazioni*, cit. p. 87, p. 254ss.; v. anche C. NEGRI, *La tutela penale contro la tratta di persone*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, cit. p.100; v. anche E. SAVONA, A. DI NICOLA, R. BELLÌ, F. CURTOL, S. DECARLIS, *Tratta di persone a scopo di sfruttamento sessuale e traffico di migranti*, Trento, Transcrime Report 2004

un'immotivata criminalizzazione preventiva, come può invece ritenersi in molti altri casi. Ai soggetti vittime di tratta si applica il combinato disposto dell'articolo 18 del T.U.Imm. e dell'art. 27 del regolamento di attuazione. La disciplina che ne risulta sapientemente pennellata sull'esigenza di garantire una tutela specifica a tali soggetti, prevede un doppio percorso "sociale" e "giudiziario" imprescindibili l'uno dall'altro⁴¹⁷. Nella definizione della condizione dello straniero eventualmente derivante dal rilascio dello speciale *permesso di soggiorno per ragioni sociali*, emerge la presenza accanto ad un sistema premiale modellato sul grado di collaborazione che lo straniero è in grado di prestare, di un sistema di protezione sociale che aiuta la vittima ad uscire davvero, in certi casi dalle spire dello sfruttamento.⁴¹⁸ Rimane lecito però, interrogarsi sull'effettività di un sistema di tal fatta, soprattutto nel seno del rispetto delle garanzie fondamentali e dei diritti umani.⁴¹⁹ Presupposto per l'applicazione di tali norme è la

⁴¹⁷ S. CENTONZE, *Diritto Penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010 p. 360ss; v. F. NICODEMI, P. BONETTI, *Misure di protezione sociale. Scheda pratica*, ASGI 2009, in www.asgi.it, «Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale costituisce uno strumento di sostegno specifico agli stranieri vittime di reati di violenza o di grave sfruttamento, soprattutto quelli che di per sé si trovano in condizione irregolare, e consiste in uno speciale titolo di soggiorno rilasciato a costoro in deroga ad ogni altra norma per consentire loro di sottrarsi ai pericoli concreti per la loro incolumità e di partecipare ad uno specifico programma di assistenza e di integrazione sociale. Affinché il sistema possa concretamente operare si esige perciò che in ogni luogo vi siano da parte dei soggetti pubblici e privati coinvolti una elevata attenzione alla realtà dell'immigrazione locale, una elevata e costante collaborazione inter-istituzionale, una fantasia di progettazione e una capacità di adeguare tempestivamente i programmi ai diversi bisogni e alla diversificata tipologia delle potenziali vittime straniere della criminalità organizzata. In ogni caso occorre ricordare che alla luce del nuovo reato di ingresso o soggiorno in condizione irregolare (art. 10-bis T.U.Imm.) il tempestivo accesso al programma e al contestuale permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 18 T.U.Imm. è fondamentale per la non punibilità della persona che si trovi irregolarmente sul territorio nazionale e per la sua inespellibilità, il che però appare in concreto più vincolato non tanto all'attività dei servizi sociali, quanto ai servizi di polizia e alle Procure incaricate di perseguire il nuovo reato»

⁴¹⁸ Tale sinergico operare costituisce un certo valore aggiunto rispetto alla normativa sovranazionale, comportando il superamento della prospettiva eminentemente premiale che tutela solo in presenza di effettiva cooperazione, B. NASCIBENE e A. DI PASCALE, *Riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in G. PALMISANO, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit. p.90, p.48; Tale titolo di soggiorno ha una durata temporanea pari a mesi sei, ed è suscettibile di rinnovamento alle stesse condizioni richieste per il primo rilascio, per un anno od oltre, a seconda delle esigenze di giustizia ma anche di quelle connesse alle esigenze di sottrazione della vittima dai condizionamenti dell'associazione criminale che gestisce la tratta

⁴¹⁹ Il sistema è realizzato infatti tramite l'estensione ad essi della disciplina dei collaboratori di giustizia di cui alla legge 13 febbraio 2001, n. 45, "Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza" pubblicata in G.U. n. 58 del 10 marzo 2001 – Suppl. ord. n. 50, www.camera.it, che rivela forse un deficit di determinatezza del trattamento; v. anche C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2012; v. anche S. NICCOLATI, A. CIERVO, *Flussi migratori, norme e diritto alla protezione*, in *Quest. Giust.* 3/2014

condizione di soggezione a violenza o a grave sfruttamento, che provoca un pericolo per l'incolumità del soggetto vittima di tratta, di spesso difficile accertamento.⁴²⁰ Ciò che sarebbe opportuno sottolineare per evitare impropri trattamenti differenziati in punto di condizione giuridica degli stranieri irregolari, non è tanto il modo in cui fanno ingresso sul territorio nazionale, se costretti da *traffickers* o *smugglers*, ma quanto l'effettivo stato di soggezione nel quale vengono a trovarsi⁴²¹. In tal modo anche in casi in cui la soggezione non assume i caratteri dell'assolutezza al punto da legittimare l'applicazione delle fattispecie di cui agli articoli 600 e 601 c.p., si verrebbe ad evidenziare la condizione di vulnerabilità dei soggetti che inoltre nella maggior parte dei casi, in quanto clandestini, si trovano a vivere in condizioni di forte marginalità. Si pone in discussione il bilanciamento tra la criminalizzazione e l'incondizionata tutela delle vittime, che si può garantire solo tramite la necessaria uscita dalla marginalità. Tale ultimo elemento si pone anche tra le cause della devianza degli stranieri⁴²², che ne provoca la mancata instaurazione del processo di integrazione con la nuova realtà. La difformità tra bagagli culturali, che può favorire la devianza è riprovata anche dal fatto che la maggior parte dei flussi migratori sperimentano la carcerazione come primo impatto con il Paese di accoglienza. Tramite questo ragionamento estremizzato si potrebbe dare ragione a Günther Jakobs, che ritiene gli immigrati, i diversi, i non cittadini, gruppi produttori di rischio per la collettività secondo un approccio di tipo repressivo ed isolante al problema della devianza. Il controllo sociale in questi casi, non si esplica più sulla concretezza del caso specifico attinente alle singole situazioni,

⁴²⁰ L'aspetto peculiare di tale previsione è che le condizioni richieste per il rilascio del titolo sono accertabili nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di procedimenti per delitti connessi alla prostituzione o per delitti gravi per i quali è previsto l'arresto in flagranza ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali e degli enti locali; F. NICODEMI, P. BONETTI, *Misure di protezione sociale. Scheda pratica*, cit. p.103 «Si è voluto creare un sistema per il quale la vittima può trovare tutela non soltanto tramite il ricorso alle forze di polizia o alla magistratura e dunque mediante una formale denuncia-querela nei confronti della persona o dell'organizzazione che ha posto in essere in suo danno una situazione di sfruttamento o di violenza o mediante lo stimolo derivante dalle attività investigative autonomamente svolte dalle autorità inquirenti, ma altresì mediante l'intervento dei servizi sociali dell'ente locale e degli enti del privato sociale che, per espressa disposizione di legge, sono abilitati nello svolgimento dei programmi di assistenza ed inserimento sociale.» La necessaria integrazione dell'intervento giudiziario e di quello sociale, l'apporto integrato tra forze di polizia, magistratura ed organizzazioni non governative, la tutela rafforzata della vittima, sono tutti passaggi fondamentali per un'efficace azione di contrasto sia allo *smuggling* che al *trafficking* come tali avvertiti anche in ambito internazionale.

⁴²¹ S. CENTONZE, *Diritto Penale dell'immigrazione*, cit. p. 104, p.360ss.

⁴²² E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p.137ss.; v. anche S. PALIDDA, *Devianza e vittimizzazione tra i migranti*, Milano, Quaderni ISMU, n.2, 2001; Id. *La devianza e la criminalità*, in *Primo rapporto sulle migrazioni*, Milano, FrancoAngeli, 1995.

ma parte da una preventiva generalizzazione. L'approccio per categorie produce così le nozioni di pericolosità, che caldeggiando all'interno della società civile che non ha a disposizione i mezzi necessari per comprendere fino in fondo la complessità di tale fenomeno, la tendenza alla tolleranza zero, nei confronti di persone che hanno attraversato l'inferno per arrivare qui.

1.3. "Smuggling of migrants", lo straniero come complice

Da quanto esposto fin ora emerge una condizione del migrante vittima di tratta delineata attraverso le tutele apprestate in suo favore dal testo unico dell'immigrazione, ben diversa da quella dello straniero vittima di traffico. quest'ultimo si trova immediatamente incriminato penalmente per il reato di ingresso clandestino nel territorio dello Stato ex 10-bis T.U.Imm. e spesso anche per quello di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ex 12 T.U.Imm.⁴²³, senza possibilità di ricevere uno speciale permesso di soggiorno per ragioni sociali. È lecito interrogarsi a questo punto sui motivi di questo trattamento differenziato. «È davvero distinguibile, in concreto, il comportamento di chi contratta il proprio ingresso illegale in un altro

⁴²³ U. TERRACCIANO, *Commento all'art. 12 T.U.Imm.*, in Codice degli stranieri commentato, Rimini, Maggioli Editore, 2011, l'art. 12 co, 1 T.U.Imm. si colloca quasi come un'ipotesi residuale, in quanto segnata in apertura dalla clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato", vedendo che gli artt. 601 e 602 c.p., si pongono nella stessa sfera di anti giuridicità, è rara in pratica l'applicazione dell'art. 12 T.U.Imm.; v. anche M. MANNUCCI, *Brevi considerazioni sul reato di immigrazione clandestina*, in *Strumentario Avvocati- RIDPP* n. 10/2009; la recente "riforma Minniti" (D.l 13 febbraio 2017 n.13 convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante *disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale.*" Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.90 del 18-4-2017, in www.camera.it) tramite il comma 1 dell'art. 18, ha ampliato la portata dell'art. 12 d.lgs. 286/1998, con l'aggiunta di un nuovo comma 9 septies «Il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno assicura, nell'ambito delle attività di contrasto dell'immigrazione irregolare, la gestione e il monitoraggio, con modalità informatiche, dei procedimenti amministrativi riguardanti le posizioni di ingresso e soggiorno irregolare anche attraverso il Sistema informativo automatizzato. A tal fine sono predisposte le necessarie interconnessioni con il Centro elaborazione dati interforze di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121, con il Sistema informativo Schengen di cui al regolamento CE 1987/2006 del 20 dicembre 2006 nonché con il Sistema automatizzato di identificazione delle Impronte ed è assicurato il tempestivo scambio di informazioni con il Sistema gestione accoglienza del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del medesimo Ministero dell'interno», U. NAZZARO, *I decreti "immigrazione" e "sicurezza" del 2017*, cit. p.27, p.600 «si interviene sulle disposizioni del testo unico che tendono a colpire le condotte finalizzate al trasporto dello straniero nel territorio dello Stato ovvero gli atti diretti a procurarne l'ingresso illegale all'interno dei confini nazionali.» L'obiettivo che il legislatore persegue con l'aggiunta di questo comma è quello di «concentrare presso i vertici delle forze dell'ordine, tutte le informazioni che si trovano sparse nelle varie articolazioni governative e nei differenti uffici di polizia territoriali, anche al fine di completare l'adeguamento della normativa interna in materia a quella comunitaria. Risulta così assegnato al dipartimento di pubblica sicurezza un ruolo centrale nell'attività di contrasto all'immigrazione irregolare, che, alla luce delle linee di politica penale sottese a entrambi i decreti legge, viene anticipata alla fase della prevenzione».

Stato da quello di chi lo affronta in condizione di subordinazione?»⁴²⁴. Coloro che attraversano clandestinamente le frontiere, ricevono la qualifica di *criminale*⁴²⁵, in sé e per sé giustificante la misura dell'espulsione⁴²⁶. È fuor d'ogni dubbio che il legislatore abbia immaginato, per disegnare queste due norme, due situazioni estreme, astratte, alquanto distanti dalla realtà e dunque di dubbio rispetto della posizione dei soggetti coinvolti.⁴²⁷ In questo caso lo straniero irregolare non viene trattato alla stregua di una vittima del reato, ma come specificato più sopra come attore di esso. L'attribuzione di una portata colpevolizzante alla sua volontà di emigrare, che lo ha spinto a rivolgersi ad una rete criminale organizzata ad hoc, non può essere osservata isolatamente, ma ancora una volta, è l'osservazione della realtà tutta, che fornisce utili spunti di riflessione. Tale tipo di migrante è consapevole di non possedere i requisiti necessari per l'ingresso regolare⁴²⁸ nel Paese di destinazione o spesso di transito ed allo stesso

⁴²⁴ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p. 582 per la rilevanza della condizione di clandestinità all'interno delle politiche di contrasto a tali fenomeni, e per garantire un'adeguata tutela ai soggetti che ne sono coinvolti. All'art 601 c.p è affidata la punizione di chi effettua la tratta, all'art 12 T.U.Imm. invece, è affidata la punizione di chi effettua il traffico di migranti e cioè chi ne favorisce l'ingresso illegale nel territorio dello stato. Il sistema però, in maniera evidente non appresta il medesimo trattamento ai soggetti in questione, infatti, se i migranti oggetto di tratta vengono trattati come vittime, ricevendo tutte le tutele del caso. Nella risoluzione del parlamento eu n 2004/2216/INI sulle *strategie di prevenzione della tratta* è stato evidenziato come le connessioni fra questo fenomeno e quello dell'immigrazione clandestina, non siano evidenziate adeguatamente, lasciando lo spazio ad una serie di trattamenti differenziati che appaiono, sotto una lente garantista, effettivamente privativi per determinati soggetti delle tutele necessarie alla garanzia dei diritti quantomeno fondamentali

⁴²⁵ L'attribuzione di tale qualità svolge all'interno dell'ordinamento una triplice funzione, dapprima qualificante del soggetto attivo del reato proprio, poi di estensione della punibilità, in ultimo di comportare un aggravamento di pena. «Con riferimento ai reati previsti dal codice penale in cui lo straniero figura come parte attiva, si assiste ad un approccio improntato ad un *modus* alquanto desueto, caratterizzato dalla figura dell'intelligenza con il nemico in tempo di guerra. Parzialmente diverso è l'approccio del d.lgs. n. 286 del 1998 nel quale compaiono numerose figure di reato proprio, nelle quali perciò, lo status di straniero irregolare viene ad essere elemento qualificante della fattispecie delittuosa» S. CENTONZE, *Diritto Penale dell'immigrazione*, cit. p. 104, p.57ss.

⁴²⁶ Punto 14 della Risoluzione del parlamento EU n 2004/2216/INI sulle *strategie di prevenzione della tratta*, sottolinea l'importanza di affrontare la connessione tra traffico di esseri umani, immigrazione legale e immigrazione clandestina e di considerare le vie di immigrazione legale come un meccanismo di prevenzione della tratta, in www.europarl.europa.eu,

⁴²⁷ «si può porre un problema di adeguatezza della tutela in quanto la questione teorica e pratica più pregnante riguarda i clandestini, poiché la condizione di soggetti passivi della tratta li colloca nel ruolo di vittime, mentre il mero ingresso illecito consente l'instaurazione di un procedimento penale nei loro confronti. In ragione delle modalità con le quali si verificano i fatti, non pare eccessivo affermare che l'immigrazione clandestina, costituisca di norma, la forma di svolgimento della tratta, malgrado in teoria questa possa riguardare anche cittadini e stranieri regolari.» E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p. 586

⁴²⁸ L'inasprimento delle misure di controllo alle frontiere, spesso priva in radice il migrante della possibilità di successo di ingresso nel paese di destinazione, e lo spinge a fare riferimento sin da subito alle reti criminali, che vanno così a rinforzarsi. Il debito contratto con l'associazione criminale, insieme alla condizione di emarginazione sociale e deprivazione economica ed alla frequente appartenenza alla medesima etnia del trafficante, sono tutti elementi che non fanno altro che rinsaldare il legame con il

tempo è nell'impossibilità di averli, è proprio tale consapevolezza a spingerlo verso un vettore illegale, rendendosi così autore del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nel territorio italiano.⁴²⁹ La distanza tra le due previsioni sembra ridursi con l'analisi delle aggravanti previste per il delitto di traffico di migranti, riferite alle condizioni di sfruttamento e relative al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Nel caso di cui all'art.12 del T.U.Imm., oggetto di trattamento sanzionatorio non è astrattamente il migrante vittima di *smuggling* ma lo *smuggler* vero e proprio, ciò però non tiene in debito conto le difficoltà che si incontrano nella cattura di tale soggetto. La punizione per la condotta favoreggiatrice dell'immigrazione clandestina viene dunque a porsi in una posizione di perno per tutto il sistema degli illeciti legati al fenomeno criminale in questione. Elemento oggettivo dell'illecito qui oggetto d'analisi è un evento che coinvolge una pluralità di Stati, costituito dalla condotta di movimento migratorio con passaggio illegale dei confini⁴³⁰. Tale transnazionalità, solleva non pochi problemi in ordine al cd. «radicamento spaziale dell'illecito»⁴³¹, soprattutto in tema di competenza giurisdizionale. Elemento soggettivo sufficiente è il dolo generico, ma occorre che l'aiuto alla realizzazione della

circolo vizioso della criminalità. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p. 145; si può lecitamente supporre che anche il tasso di detenzione così elevato degli stranieri deriva dai suddetti orientamenti legislativi improntati alla logica dell'ordine pubblico, nonché dalle condizioni di marginalizzazione e deprivazione economica di tali soggetti. La conseguenza inevitabile è la caduta delle garanzie processuali ricorrente nei processi celebrati nei confronti della marginalità sociale con approccio spesso semplificatorio da parte degli operatori, M. BUSACCA, V. SERPOTTA, *Gli sbarchi di immigrati clandestini e la gestione delle emergenze processuali*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, cit. p.99

⁴²⁹ Fino al 2009, malgrado le numerose spinte alla criminalizzazione, il comportamento del clandestino in tale posizione non era considerato penalmente rilevante. Il migrante era autore di un illecito amministrativo e veniva sanzionato con l'espulsione, secondo Lanza che caldeggia la ricostruzione delle ragioni di una tale scelta più in considerazione del sovraffollamento carcerario, che di una effettiva intenzione di tutela della posizione di tali soggetti «*la non criminalizzazione era solo apparentemente espressione di istanze solidaristiche*». Oggi invece tale condotta è sanzionata con la pena dell'ammenda, sostituibile con l'espulsione. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p.585; v. anche L. SCOMPARIN, *Stranieri e carcere. Tra diritto e realtà*, in *Legis. Pen.* 1/2005, p. 83ss.; per approfondimenti su diverse realtà in cui il tasso di detenzione è molto alto anche a causa di diffusi pregiudizi sui modi di criminalità degli immigrati e si presenta un problema di sovraffollamento carcerario v. R. G. RUMBAUT, W. A. EWING, *The myth of immigrant criminality and the paradox of Assimilation. Incarceration rates among Natives and Foreign-born Men*, Immigration Policy Center, 2007; v. anche K. CALAVITA, «*Un ejército de reserve de delincuentes*». *La criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España*, in *Revista Española de Investigación criminológica* 2/2004

⁴³⁰ La condotta di favoreggiamento non potrà più porsi in essere, una volta che il soggetto migrante abbia acquistato la cittadinanza comunitaria, dunque la qualifica di cittadini di Paesi terzi, costituisce un presupposto della condotta tipica pur non concorrendo a delineare il precetto penale E. Rosi, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, cit. p.96, p.205

⁴³¹ E. Rosi, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, cit. p.96, p.192ss.

condotta vietata dall'ordinamento abbia natura intenzionale, unito alla consapevolezza della violazione delle vigenti regole in materia di immigrazione. È necessario per affermare la colpevolezza del trafficante, che esso abbia conoscenza o conoscibilità della condizione di irregolarità del soggetto favorito.

2. Transnazionalità, problema di percezione o di diritto?

Tralasciando la ricostruzione degli elementi sostanziali della fattispecie in questione, già affrontata nel capitolo precedente, occorre qui soffermarsi sull'operare delle esimenti dello stato di necessità e dell'attività di soccorso umanitario, uniche due in grado di escludere l'antigiuridicità della condotta di favoreggiamento. Tale sistema delle scriminanti riflettendosi direttamente sulla condizione dello straniero irregolare richiede però una più attenta analisi riguardo alle condizioni in cui i cd. *viaggi della speranza* effettivamente si svolgono. La questione circa l'elemento della transnazionalità di tale illecito, solleva in primo luogo un problema di competenza giurisdizionale⁴³² ed in secondo uno di eventuale responsabilità degli Stati di origine e di transito, senza tralasciare le responsabilità diffuse dei Paesi occidentali.⁴³³ Si sottolinei però, che spesso nella ricostruzione di tale reato e nella pratica si incontra la difficoltà di distinguere tra *innocenti* e *complici*, che rischia di tradursi in significative riduzioni di tutela⁴³⁴, occorre ad ultimo dunque, interrogarsi circa la veste processuale che gli stranieri oggetto di traffico possono eventualmente assumere.

⁴³² Documento del PNA F. ROBERTI del 9 gennaio 2014, riguardante «*associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Navigli usati per il trasporto di migranti con attraversamento di acque internazionali. Proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e possibilità di intervento.*», in F. SPIEZIA, *Traffico di migranti via mare: le linee guida della direzione nazionale antimafia per la soluzione dei problemi di giurisdizione pena e di intervento cautelare nei casi di attraversamento di acque internazionali*, 3 febbraio 2014, in www.penalecontemporaneo.it

⁴³³ Per uno sguardo d'insieme, che faccia apparire le responsabilità di tutti gli attori di questo fenomeno, sottolinea la responsabilità dei Paesi occidentali F. MANTOVANI, *Migrazioni: problema epocale e planetario*, in *Dir. Pen. Proc.* 4/2010, p.393 «tale dilagante fenomeno è anche il prodotto di uno "scandalo iniziale" di noi, Paesi del cd. benessere, poiché umanità, solidarietà e giustizia, lungimiranza e tornaconto anche nostro, avrebbe voluto che noi avessimo aiutato a vivere meglio in casa loro i poveri di tutti i Sud della Terra, ove la fame dura quanto la vita. Non lo abbiamo fatto, o fatto marginalmente, poiché, nell'illimitato spreco del consumismo non si producono i beni per soddisfare i bisogni umani, ma si producono i bisogni umani per produrre i beni, onde consentire la sopravvivenza del sistema socio-economico.»

⁴³⁴ B. NASCIMBENE e A. DI PASCALE, *Riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, cit. p.101, p.31

2.1. Competenza giurisdizionale

Procedendo con ordine, le maggiori perplessità applicative sorgono riguardo al primo dei due problemi prospettati,⁴³⁵ è chiaro che per affermare la competenza dello Stato italiano riguardo a fatti commessi all'estero, soprattutto tra stranieri che si rendono autori di condotte illecite tese a favorire l'immigrazione clandestina bisogna far primariamente riferimento agli articoli del codice penale nostrano che disciplinano il *locus commissi delicti*. L'opzione dell'ordinamento italiano è riferibile prevalentemente al *principio di territorialità*⁴³⁶ in base al quale la legge penale si applica a tutti coloro che si rendano autori di condotte penalmente rilevanti sul territorio nazionale. Il secondo comma dell'art. 6 c.p. disciplina la presunzione di commissione sul territorio dello Stato, applicato al tema in esame permetterebbe di perseguire penalmente condotte, come quelle dei cd. *smugglers*, sulla base di un collegamento oggettivo con lo Stato nazionale. In secondo luogo la disposizione di cui all'articolo 7 c.p. che indica una serie di ipotesi, ritenute tassative, di reati commessi all'estero per i quali sussiste la giurisdizione italiana.⁴³⁷ Ad ogni modo questa previsione non è ritenuta sufficiente per radicare la giurisdizione italiana riguardo a tali illeciti. In ultimo viene in considerazione, l'articolo 10 c.p., che potrebbe essere il più utile nella presente ricostruzione se non fosse per la previsione di specifiche

⁴³⁵ Si deve primariamente saggiare la liceità e conseguente applicabilità delle norme italiane che puniscono coloro che commettono atti al di fuori del territorio nazionale, passando poi ad una verifica circa l'esistenza di norme che permettano all'Italia di esercitare la propria autorità esecutiva su imbarcazioni e persone che si trovino al di fuori del territorio dello Stato, per arrivare ad ultimo ad affermare la competenza dei giudici italiani a giudicare persone, cui siano imputati i reati in questione, soprattutto se fermate al di fuori del territorio nazionale. A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, p.2

⁴³⁶ Art. 6 c.p. La disposizione portatrice di tale principio è quella di cui all'art. 6 c.p. rubricato *reati commessi nel territorio dello Stato*, che al primo comma esprime il principio in via generale, mentre al secondo comma, afferma l'eccezione quando «l'azione o la omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione o dell'omissione». Tale criterio vuole significare che «tutte le fattispecie di un certo ordinamento hanno nel loro contenuto un limite spaziale. I fatti commessi fuori di quello spazio non costituiscono reato, neanche se posseggono tutte le altre caratteristiche richieste dalla fattispecie» A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p.25

⁴³⁷ Al numero 5) del comma 1 si afferma che è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero «ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana», è proprio il caso del reato di traffico di migranti, la cui punibilità è espressamente sancita oltre che dal più volte citato protocollo annesso alla convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale, anche da fonti sovranazionali quali la Convenzione di Varsavia del 2005, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw 16 maggio 2005, in www.rm.coe.int ;

condizioni di procedibilità. L'articolo rubricato *delitto comune dello straniero all'estero*, non è riconducibile alla territorialità, ma più al *criterio protettivo* «lo straniero, che, fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato, o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che, si trovi nel territorio dello Stato e vi sia richiesta del Ministro, ovvero istanza o querela della persona offesa».⁴³⁸ Ulteriore elemento necessario ad affermare la giurisdizione sulla base di questo articolo è la presenza sul territorio dello Stato degli autori dell'illecito, piuttosto infrequente, accompagnata dalla richiesta del Ministro ovvero dall'istanza o dalla querela della persona offesa, anch'esse piuttosto infrequenti. È possibile che per colmare questa assenza del colpevole sul territorio nazionale, visto il *modus operandi* dei trafficanti, che si arrestano al confine del mare territoriale, od anche prima, che provoca l'effettiva impossibilità di perseguire i veri colpevoli, l'ordinamento si sia accontentato di criminalizzare i migranti che sono semplici oggetti del traffico? Offrono una risposta negativa a quest'ultimo quesito varie ricostruzioni che hanno tentato di tracciare il collegamento della condotta dello *smuggler* con il territorio nazionale, sulla base di criteri non così *occasional*.⁴³⁹ Per spostare l'incriminazione in capo al trafficante, la

⁴³⁸ Tale nesso giurisdizionale, utilizzato nella lotta contro un altro fenomeno criminale che coinvolge una pluralità di Stati e che dunque al pari del traffico di migranti, solleva spesso problemi di competenza dei giudici, quello del traffico delle sostanze stupefacenti *United Nations Convention against illicit traffic in narcotics drugs and psychotropic substances*, Vienna, 20 December 1988, ratificata e resa esecutiva in Italia tramite Legge 5 novembre 1990 n.328 "Ratifica ed esecuzione della convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, con annesso, atto finale e relative raccomandazioni, fatta a Vienna il 20 dicembre 1988" pubblicata in G.U. Serie Generale n.267 del 15-11-1990 - Suppl. Ordinario n. 71, in www.gazzettaufficiale.it L'articolo 4 della convenzione contro l'illecito traffico delle sostanze stupefacenti è incentrato sul danno sofferto effettivamente o potenzialmente dallo Stato che regola la condotta. L'articolo 10 del codice penale, se reinterpretato in quest'ottica potrebbe costituire il fondamento della competenza giurisdizionale italiana sui reati di *smuggling* consumatisi al di fuori del territorio nazionale, sottolineando che con l'incriminazione di tali condotte si mira a tutelare il bene giuridico della corretta gestione dei flussi migratori, afferente la sfera dell'interesse dello Stato al mantenimento dell'ordine pubblico; inoltre in accordo con l'articolo 12 del testo unico dell'immigrazione i soggetti che si rendono colpevoli di tale reato, soggiacciono alla pena della reclusione da uno a cinque anni, colmando il requisito del minimo edittale richiesto dall'art. 10 c.p. Art. 12, del d.lgs 286 del 1998, comma 1: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona"

⁴³⁹ Sul concetto di occasionalità, v. A. DI MARTINO, «*Pasticciaccio brutto*» in alto mare. *Questioni di giurisdizione, estradizione, necessità, traduzione di atti*, commento a C. Cass. Sez. I, 23 gennaio 2014

cui condotta si arresta al confine del mare territoriale, privando lo straniero irregolare almeno dell'imputazione per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, occorre creare uno stratagemma teorico? Come si avrà modo di spiegare più approfonditamente infra⁴⁴⁰ l'adeguata valorizzazione del nesso di causalità tra le varie condotte componenti il fatto tipico, può consentire di radicare la giurisdizione nazionale.⁴⁴¹

2.2. "Dimmi da dove vieni e ti dirò chi sei": il ruolo degli Stati d'origine

Su tale scia, rimane aperto l'interrogativo circa l'eventuale responsabilità degli Stati di origine o transito, che presenta grande interesse e rilevanza nel panorama attuale poiché, ove risolto adeguatamente, permetterebbe di affrontare in maniera diretta e più efficace la questione del ritorno dei migranti, in ottica ovviamente facoltativa, poiché lo Stato ritenuto responsabile sarebbe obbligato a predisporre tutte le misure necessarie a facilitare tale rientro⁴⁴². Si può affermare che, nel contesto delle norme

n. 3155, in *Dir. Pen. Proc.* 6/2014, p.726ss. «l'elemento fattuale di collegamento con il territorio italiano è rappresentato dalla sola circostanza che l'imbarcazione era stata intercettata dalla Guardia costiera italiana quando ormai giunta in acque territoriali. Il tema dell'esistenza o meno della giurisdizione italiana, a fronte di un criterio di collegamento così occasionale, così apparentemente debole, è stato forse quello che - comune a tutti i ricorrenti per cassazione - ha più impegnato le parti nella vicenda processuale concreta e, di riflesso, può apparire in certa misura il nucleo centrale del ragionare in diritto compiuto dalla Corte.» L'analisi circa i criteri di collegamento con il territorio, inoltre ha il pregio di allargare la prospettiva nell'ottica di un coordinamento tra i fatti commessi all'estero e le scelte di incriminazione dei reati, poiché «la stessa territorialità si espande o si comprime a seconda del modo d'intendere questa relazione» A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale*, cit. p.107, p.239

⁴⁴⁰ Confronta Appendice; Questa considerazione unitaria inoltre potrebbe fornire il passo ad interpretazioni che, prendendo in considerazione la reale portata della pericolosità criminale di network che agiscono in tal modo, favoriscano la predisposizione di adeguati mezzi di contrasto ai fenomeni in questione, riducendosi così il numero di pronunce che si chiudono ancora prima di aprirsi con l'inammissibilità per difetto di giurisdizione ex art. 20 c.p.p.

⁴⁴¹ Parere del comitato delle Regioni del 9 ottobre 2003 in merito alla comunicazione della commissione al parlamento europeo Consiglio in vista del Consiglio europeo di Salonicco sullo sviluppo di una politica comune in materia di immigrazione illegale, di introduzione clandestina e tratta di esseri umani, di frontiere esterne e di rimpatrio delle persone soggiornanti illegalmente, in www.publications.eu.int : Gli organismi sovranazionali, invitano da anni, alla predisposizione di meccanismi di controllo adeguati ed efficaci che coinvolgano la cooperazione a livello sia operativo che pratico, tramite lo scambio di informazioni in tutti i settori, la pianificazione di una politica dei visti ben strutturata anche e soprattutto nell'ottica della prevenzione dell'immigrazione illegale, in ultimo tramite il rafforzamento dei rapporti tra l'Unione e gli Stati Terzi; v. anche A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Torino, G. Giappichelli editore, 2005

⁴⁴² S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Napoli, Jovene Editore, 2012, p.232 ; v. anche M. MENDOLA, *La migrazione è sostenibile se crea ponti con i Paesi d'origine*, 21 marzo 2017, in www.lavoce.info « La migrazione, quindi, coinvolge direttamente i paesi di origine e quelli di destinazione in unico processo e le politiche destinate alla gestione del fenomeno dovrebbero essere disegnate in stretta collaborazione. L'accordo de La Valletta nel 2015 e il *Migration Compact*, di recente proposto dal governo italiano, si muovono in questa direzione, richiamando a sforzi sistematici per una vera cooperazione dei paesi avanzati con quelli in

internazionali, gli Stati di origine o transito siano considerati come attori nel processo di *smuggling of migrants*? Cioè, ha senso affermare che tali Stati siano chiamati a rispondere di attività illecite causate⁴⁴³ anche in conseguenza del loro inadempimento agli obblighi posti dalla normativa pattizia? Vista la possibilità che lo Stato di destinazione ha di reagire a tale inadempimento con mezzi di autotutela⁴⁴⁴, quale ad esempio la sospensione di accordi bilaterali⁴⁴⁵ ove presenti con gli Stati in questione,

via di sviluppo. Tuttavia, a parte gli ultimi accordi stipulati dall'UE con i paesi del Nord Africa per controllare le partenze dei migranti, non c'è un reale impegno dei governi europei per interventi di vera cooperazione da realizzare nei paesi di provenienza.»

⁴⁴³ per *Responsabilità internazionale* s'intende «il complesso degli obblighi gravanti sullo Stato che ha commesso la violazione, e dei diritti, facoltà e obblighi dello Stato il cui diritto soggettivo è stato leso. Quest'ultimo è il soggetto normalmente legittimato a far valere la responsabilità internazionale dello Stato offensore. Nel diritto internazionale, infatti, in ragione della sovrana eguaglianza dei soggetti, l'attuazione coercitiva delle norme avviene per opera degli stessi consociati. Di sicura natura consuetudinaria è l'obbligo dello Stato offensore di cessare immediatamente la violazione (che, di fatto, assume rilevanza solo per l'illecito continuato), cui si unisce l'obbligo di prestare garanzie di non ripetizione dell'illecito. In secondo luogo, vi è l'obbligo di riparare i danni arrecati, materiali o morali. La riparazione può avvenire in forma specifica, ripristinando lo stato di cose anteriore alla violazione (*restitutio in integrum*), oppure – se ciò è materialmente impossibile o eccessivamente oneroso – mediante il risarcimento del danno economico, compresa la perdita di profitti, se accertata. Le forme di riparazione possono combinarsi tra loro, dando luogo, per esempio, a parziale restitutio, risarcimento del danno per la parte non ripristinabile, e soddisfazione per il danno morale. *Mezzi per far valere la responsabilità*. - Il diritto dello Stato leso di esigere la riparazione incontra dei limiti. Se lo Stato responsabile rifiuta la riparazione, lo Stato leso ha infatti l'obbligo di esperire, anzitutto, i mezzi ordinari di soluzione pacifica della controversia. Solo ove detti mezzi non abbiano effetto, esso può ricorrere a contromisure, ossia compiere a sua volta uno o più atti che ledono diritti soggettivi dello Stato offensore e che, proprio perché commessi in reazione a un illecito, non sono considerati illeciti.» in www.treccani.it voce, *Responsabilità internazionale*

⁴⁴⁴ *Autotutela*, principio in base al quale lo Stato che ritiene di avere subito la lesione di un proprio diritto (*Illecito internazionale*: Comportamento di uno Stato (o altro soggetto di diritto internazionale) che viola una norma internazionale da cui discende un obbligo a carico dello stesso Stato. L'illecito internazionale presenta due elementi costitutivi: un elemento soggettivo, consistente nell'attribuzione allo Stato della condotta (attiva od omissiva) materialmente posta in essere da individui (organi dello Stato o cosiddetti organi di fatto); e un elemento oggettivo, consistente nell'illiceità della condotta, ossia nel fatto che la condotta viola un obbligo dello Stato previsto da una norma di diritto internazionale. Non rientra invece nell'illecito internazionale l'elemento della colpa, ossia l'atteggiamento psicologico dell'agente, che si può configurare come dolo (aver voluto l'evento) o colpa in senso stretto (aver omissso le misure idonee a evitare l'evento). Neppure il danno figura tra gli elementi costitutivi dell'illecito internazionale, in quanto, ai fini della responsabilità internazionale, non è necessario dimostrare che l'illecito abbia causato un danno (materiale o morale) a uno Stato, essendo sufficiente che vi sia stata la lesione di un diritto soggettivo dello Stato che ha subito l'illecito) può legittimamente adottare misure di reazione, a titolo di sanzioni o contromisure (Sanzioni internazionali) nei confronti dello Stato offensore, onde ottenere la cessazione e la riparazione dell'illecito.) Il principio è collegato all'assenza nella comunità internazionale di un'autorità centrale responsabile dell'attuazione coercitiva del diritto; ciò rende necessario il 'farsi giustizia da sé', che nelle collettività nazionali è invece generalmente vietato ai soggetti dell'ordinamento. In www.treccani.it voce, *Autotutela* e *Illecito Internazionale*

⁴⁴⁵ Sull'importanza centrale degli accordi bilaterali per la tematica dei rimpatri, v. E. DI PASQUALE, A. STUPPINI, C. TRONCHIN, *Rimpatri impossibili senza accordi bilaterali*, 21 marzo 2017, in www.lavoce.info « Proprio la questione dei rimpatri è quella che presenta diverse criticità in termini di efficacia e gestione operativa. In primo luogo, va detto che nel 2016 in Italia il tasso di accoglimento delle domande d'asilo (39,4 per cento) è stato nettamente inferiore rispetto alla media UE (61,3 per

la risposta potrebbe essere affermativa. Non si sottovaluti l'importanza centrale che ricopre l'individuazione dell'obbligo internazionale violato dallo Stato d'origine, in quanto non esiste una norma che vieti di generare un flusso di migranti. Si potrebbe ricondurre questa risposta affermativa sotto l'obbligo affermato internazionalmente a livello giurisprudenziale, gravante su ogni Stato, di prevenire sul proprio territorio la commissione di atti che possano ledere diritti di altri Stati. Tra tali diritti potrebbe trovare spazio quello dello Stato al controllo delle frontiere nell'ottica di una gestione dei flussi migratori nel rispetto dell'ordine pubblico, centrale nella questione oggetto d'analisi corrente.

2.3. "Nemo tenetur se detegere?": la veste processuale delle vittime di traffico

Passando alla seconda questione che si solleva con riguardo al fenomeno dello *smuggling of migrants*, occorre interrogarsi circa la problematica veste processuale da attribuire ai migranti oggetto di traffico che rendano dichiarazioni accusatorie nei confronti del cd. «scafista». La distinzione⁴⁴⁶ è utile per determinare il grado di tutela

cento) e a paesi come Svezia (69,4 per cento) e Germania (68,8 per cento). Dunque, se oltre il 60 per cento dei richiedenti non ha effettivamente diritto al riconoscimento dello status di rifugiato, la questione dei rimpatri diventa cruciale per la gestione dell'accoglienza sul territorio. Queste operazioni hanno costi elevati e soprattutto richiedono un accordo bilaterale con il paese d'origine che garantisca l'effettivo rimpatrio, per evitare che il "foglio di via" diventi lettera morta. Va poi tenuto conto della peculiarità dei richiedenti asilo rispetto ad altre categorie di immigrati irregolari: si tratta di persone che hanno accusato il proprio paese di persecuzione o di mancata protezione e bisogna garantire che il rimpatrio avvenga in sicurezza e nel rispetto dei diritti umani. Oggi l'Italia ha concluso solo quattro accordi di riammissione (Tunisia, Egitto, Marocco e Nigeria), a cui si aggiungono quelli stipulati dalla Commissione europea (cinque con paesi dell'area balcanica: Albania, Bosnia- Erzegovina, Macedonia, Montenegro, Serbia; tre con l'Est Europa: Ucraina, Russia, Moldavia; quattro con paesi asiatici: Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Pakistan, oltre a quelli recenti raggiunti con Turchia e Mali).»

⁴⁴⁶ La distinzione tra imputato, indagato e persona informata sui fatti, assume un'importanza cruciale per la definizione del trattamento spettante ai soggetti, per la cui distinzione v. A. CONCAS, *La distinzione tra imputato, indagato e persona informata sui fatti*, 14 ottobre 2013, in *Diritto processuale penale*, 2017 www.diritto.it « La figura dell'imputato è disciplinata dagli artt. 60 –73 del codice di procedura penale al titolo IV "L'imputato" del libro I "Soggetti". L'*imputato* è la persona alla quale è attribuito il reato nell'imputazione formulata con la richiesta di rinvio a giudizio o con l'atto omologo nell'ambito del singolo procedimento penale. Importante è ricordare che i diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari. L'equiparazione agisce anche negli aspetti pregiudizievole, salvo che sia diversamente previsto. Pertanto le misure cautelari, previste per l'imputato, possono essere applicate all'indagato purché siano presenti i requisiti necessari per emanare il relativo provvedimento. La polizia giudiziaria trasmette la denuncia al Pubblico Ministero e questi ordina alla segreteria di iscriverla nel registro delle notizie di reato. Accanto alla notizia di reato viene iscritto il nome del soggetto al quale il reato è attribuito. Costui è la persona sottoposta alle indagini preliminari e che la prassi con un sostantivo poco elegante chiama *indagato*. L'indagato assume la qualifica di imputato quando la richiesta di rinvio a giudizio ex art. 416 del codice di procedura penale se il reato preveda l'udienza preliminare, oppure nel caso di citazione diretta a

spettante ai soggetti in questione, a seconda di come vengano inquadrati all'interno della vicenda processuale, e quindi per definirne la condizione giuridica.⁴⁴⁷ Si registrano al riguardo orientamenti contrastanti.⁴⁴⁸ Secondo un primo orientamento, i

giudizio ex art. 552 del codice di procedura penale per i reati con pena edittale massima non superiore ai quattro anni, più una serie di eccezioni prestabilite. Il *testimone* si trova in una situazione diversa rispetto all'imputato e all'indagato. Costoro hanno il diritto al silenzio e non sono puniti se mentono, il testimone ha l'obbligo di dire la verità. Una ulteriore distinzione che è necessario introdurre, è quella tra testimone e *persona informata*. La persona che ha conoscenza di fatti, che devono essere accertati nel procedimento penale, è qualificata come testimone quando depone davanti al giudice, mentre quando è esaminata dal Pubblico Ministero o dalla polizia giudiziaria è denominata dalla prassi come persona informata, e viene ammonita dall'inquirente sull'obbligo di rispondere secondo verità alle domande che le vengono rivolte. Se il testimone di fronte al giudice dice il falso o tace quello che sa, commette falsa testimonianza. Se la persona informata di fronte al Pubblico Ministero tiene lo stesso comportamento, commette il delitto di false informazioni. Può accadere che nel corso della deposizione il testimone renda, più o meno consapevolmente, "dichiarazioni autoindizianti", cioè dalle quali emergono indizi di reità a suo carico. A seguito l'autorità procedente deve: Interrompere l'esame, avvertire la persona che a seguito delle dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti, invitarla a nominare un difensore. Le dichiarazioni rilasciate sino a quel momento non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. Questo mira ad impedire che il testimone continui a parlare peggiorando la situazione e impone all'autorità procedente di bloccare la deposizione attivando le garanzie difensive.»

⁴⁴⁷ «non si dimentichi che l'art. 63 c.p.p. individua in favore delle persone raggiunte da indizi di reità una serie di cautele e sanzioni che sono preposte non solo alla tutela del diritto di difesa del dichiarante, ma anche a garanzia della genuinità del procedimento di formazione della prova. In particolare, il regime di cui al comma 1, prevedendo la sospensione dell'esame, l'avviso della facoltà di nomina di un difensore e la inutilizzabilità delle dichiarazioni pregresse, è specificamente rivolto ad evitare che possa ritorcersi ai danni dello stesso dichiarante il racconto da lui prima reso senza l'adeguata assistenza tecnica. Invece, nella ipotesi in cui l'autorità procedente sia già a conoscenza degli indizi di reità emersi a carico della fonte orale e ciò nonostante proceda alla sua audizione, si configura la più severa disciplina fissata dal comma secondo dello stesso articolo (sanzione di inutilizzabilità assoluta, patologica). La *ratio* sottesa a tale regime mira ad introdurre un efficace deterrente rispetto a possibili patologici mercanteggiamenti tra le autorità inquirenti e il soggetto raggiunto da indizi di reità che possano condizionarne il racconto sotto il profilo della genuinità.» Tribunale di Trapani, Ufficio del GIP, sentenza a seguito di giudizio abbreviato ai sensi dell'art. 442 c.p.p., 9 dicembre 2016; v. anche E. LANZA, *La tutela penale contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in in G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, cit. p.99

⁴⁴⁸ A. GILIBERTO, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati* (Nota a G.U.P. Trapani, sent. 9 novembre 2016, Giud. Brignone, Imp. Abdallah), 10 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it «tale quesito trova risposta sul piano del diritto sostanziale: la questione diviene allora comprendere se l'ingresso sul territorio nazionale del migrante irregolare che consegua non già alla positiva conclusione del viaggio intrapreso, ma sia invece effetto dell'intervento dei mezzi di soccorso, possa essere qualificata come consumazione del reato di cui all'art. 10-bis T.U.Imm. L'art. 10-bis T.U.Imm. prevede un reato di natura contravvenzionale a più fattispecie (l'ingresso e il soggiorno), delle quali qui è d'interesse il solo ingresso. Quanto a quest'ultimo, trattasi di reato di mera condotta, commissivo, istantaneo, che si consuma nel momento e nel luogo in cui avviene l'ingresso irregolare. L'irregolarità dell'ingresso è riempita di contenuto mediante il riferimento alle disposizioni della L. 68 del 2007 e dello stesso T.U.Imm. che regolano l'ingresso dello straniero (extracomunitario) sul territorio nazionale. (...) il secondo orientamento è basato sull'art. 12 T.U.Imm. Se quindi la serie causale di accadimenti che conduce dall'imbarco sulle coste nordafricane sino all'approdo sul continente europeo deve essere considerata come un *unicum* privo di soluzioni di continuità e tale da consentire la condanna dei trafficanti, allora l'intervento dei soccorritori non è in grado di mutare la natura dell'ingresso e pertanto la distinzione tra ingresso illegale tout court e ingresso illegale "coatto" perde di rilevanza, consentendo quindi di considerare consumato, e non solo tentato, il reato di cui all'art. 10-bis T.U.Imm. È quindi per

migranti in questione dovrebbero essere sentiti come *persone informate sui fatti*, in quanto non si sono resi autori di condotte antigiuridiche, vista l'irrelevanza penale del tentativo nella fattispecie contravvenzionale di cui all'art.10-bis del T.U.Imm.⁴⁴⁹. Come analizzato poco sopra, è necessario distinguere la condotta dei trafficanti, certamente antigiuridica, da quella degli stranieri che vengono trasportati. Questi ultimi, salva la possibilità di essere incriminati per illeciti connessi allo *smuggling*, non dovrebbero essere convenuti per il reato di traffico di migranti, fattispecie nella quale a tutti gli effetti sono implicati in termini di oggetti e non di attori.⁴⁵⁰ Il secondo orientamento prende in considerazione tali migranti che rendono dichiarazioni accusatorie, come *indagati potenziali*⁴⁵¹ del reato di cui all'art.10-bis del T.U.Imm.,

tale ragione che il Tribunale, in adesione a questo orientamento, ha ritenuto di non poter tenere conto delle dichiarazioni rese dai tre stranieri sentiti come meri testimoni nell'incidente probatorio condotto in fase di indagine, e – sentito nuovamente l'unico teste reperibile, stavolta in modalità assistita – ha fondato la propria decisione unicamente sulle risultanze dell'esame così condotto.»

⁴⁴⁹ Il suddetto tentativo con riguardo all'ultimo segmento del reato di *smuggling*, cioè l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, non sarebbe attribuibile ai migranti ma alle forze dell'ordine che effettuano il soccorso in mare. L'ingresso illegale pertanto dipenderebbe da un "intervento esterno tale da interrompere la sequenza causale programmata e diretta alla consumazione del reato". Seguendo tale orientamento, non si potrebbe ritenere avvenuto in violazione della vigente normativa sull'immigrazione, l'ingresso dei migranti sul territorio nell'ambito di operazioni di soccorso, poiché se anche fosse stata presente in animo loro l'intenzione e la determinazione ad una tale condotta, la soglia di punibilità non potrebbe considerarsi raggiunta al momento dell'intervento delle forze di soccorso. V. Cass. 21 settembre 2011, n. 44016: "[l']ingresso nel territorio dello Stato [dei tre testimoni, stranieri irregolari] non si è realizzato in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione ma è avvenuto nell'ambito delle attività di polizia giudiziaria e polizia marittima (...), a seguito delle quali, [...] il peschereccio era stato [...] scortato, con le persone trovate a bordo, sino al porto di Pozzallo per gli accertamenti e l'espletamento delle altre attività resesi necessarie, [...]. Se anche i tre stranieri sentiti a sommarie informazioni dalla polizia giudiziaria erano chiaramente intenzionati - ed in tal senso avevano posto in essere le attività necessarie ed univocamente orientate a raggiungere lo scopo - a fare ingresso, e forse anche a trattenersi, nel territorio dello stato italiano senza l'osservanza delle disposizioni del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, la loro condotta sino all'intervento delle unità navali della guardia di finanza - dopo il quale l'ingresso nel territorio italiano non è stato volontario ma coatto - non ha raggiunto la soglia della imputabilità in relazione all'ipotesi di reato di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 10-bis per il quale, in quanto fattispecie contravvenzionale, non è prevista la punibilità del tentativo".

⁴⁵⁰ Chiaramente tali conclusioni, sovengono alla luce di una ripetuta osservazione dello svolgimento di tali fenomeni e dalle testimonianze di tali soggetti, le cui condotte non sono né omogenee né sovrapponibili a quelle dei trafficanti che agiscono animati dal dolo specifico di procurare l'ingresso illegale, compiendo un'attività mirata ad un obiettivo che viene raggiunto con la provocazione e lo sfruttamento di uno stato di necessità. Con tale ultima espressione si intende fare riferimento ai frequentissimi naufragi noti ormai alle cronache quotidiane che provocano l'obbligo di soccorso in mare.

⁴⁵¹ A. CONCAS, *La distinzione tra imputato, indagato e persona informata sui fatti*, cit. p.111 «Il codice si preoccupa che le norme garantiste sull'interrogatorio possano essere eluse da un inquirente (Pubblico Ministero o polizia giudiziaria) che interroghi un indagato senza riconoscergli questa qualità e senza rispettare il suo diritto di non rispondere, la cosiddetta elusione della qualità di indagato. Ai sensi dell'art. 632 del codice di procedura penale, se una persona ascoltata come testimone o persona informata (possibile testimone) doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona

connesso ex art. 12, comma 1, lett. c) c.p.p. con quello di cui al comma terzo dell'articolo 12 del medesimo T.U.Imm. Si assume qui una prospettiva maggiormente aderente al quadro normativo vigente, al contrario del precedente orientamento che invece, basandosi su considerazioni umanitarie, pratiche e di politica criminale, se ne distaccava in punto di conclusioni. Per quanto nella fattispecie contravvenzionale non sia configurabile il tentativo, la norma che incrimina l'ingresso illegale di cui all'art. 10-bis, è vigente nell'ordinamento ed in quanto tale deve essere applicata al caso concreto e non può valere ad escluderne l'applicazione l'attività di soccorso, che si è ormai trasformata da eccezione a regola nel modo di ingresso dei migranti sul territorio nazionale. In tali termini l'imputazione ex art.10-bis non sarà di un mero tentativo, ma di un vero e proprio reato consumato che legittima l'iscrizione del migrante nel registro degli indagati. All'interno del procedimento per il connesso reato ex art.12 T.U.Imm. lo straniero irregolare sarà destinatario delle garanzie previste dalla legge per l'indagato di reato connesso⁴⁵².

È attraverso una pericolosa generalizzazione che i migranti vengono dipinti come autori di reati, impedendo così di osservare e differenziare quei casi in cui ne sono vittime. In tema di *trafficking* e *smuggling* è impossibile non interrogarsi sull'efficacia

sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate per evitare abusi da parte dell'autorità inquirente.»

⁴⁵² G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, CEDAM, 2014, p. 108-109 «il sistema distingue in maniera netta l'esame dell'imputato dall'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini e dell'imputato stesso. Date le loro rispettive funzioni il primo è collocato tra i mezzi di prova (artt. 208-210 c.p.p.), il secondo è disciplinato dagli artt. 64 e 65 c.p.p.» ed in ogni caso da disposizioni non attinenti all'udienza dibattimentale; tali articoli modellano l'interrogatorio in modo da garantire una partecipazione libera e cosciente del soggetto. Nel comma 3 dell'art. 64 si colloca «il nucleo essenziale della disciplina del diritto al silenzio della persona sottoposta a interrogatorio, con i suoi corollari diretti a restringere l'area di quel diritto in rapporto alle eventuali dichiarazioni rese da tale persona con riferimento all'altrui responsabilità. (...) prima che inizi l'interrogatorio vero e proprio, scatta per l'organo procedente l'obbligo di rivolgere alla persona interessata un triplice avvertimento: a) il soggetto deve essere edotto che le dichiarazioni che renderà potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti, b) che fermo restando quanto previsto dall'art. 66, comma 1, circa l'obbligo di fornire le proprie generalità, gli compete "la facoltà di non rispondere ad alcuna domanda", ma che in ogni caso il procedimento proseguirà il suo corso, c) che se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone. » Al fine di dare effettività a tali prescrizioni, alla loro omissione è ricollegata l'inutilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente rese e la non assumibilità dell'ufficio di testimone tanto nei confronti dell'interrogato, tanto nei confronti di terzi. Tale sistema di garanzie è il risultato di un bilanciamento tra due esigenze diverse, il diritto di difesa dell'indagato con il diritto della persona da lui accusata di poter procedere al controesame del dichiarante. L'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese *contra alios*, si qualifica come *inutilizzabilità relativa* non saranno utilizzabili solo nei confronti di terzi coinvolti, ferma restando la loro utilizzabilità nei confronti del dichiarante.

delle misure⁴⁵³ attualmente predisposte per contrastare il traffico di persone via mare. Ma il dibattito dell'opinione pubblica invece di concentrarsi sulla portata deterrente delle norme attualmente incaricate di reprimere tale fenomeno, ha trovato il suo perno nel ruolo delle ONG che operano nel Mediterraneo per salvare vite umane, come “*pull-factors*” in grado di attrarre i “disperati” provenienti dal Nord Africa⁴⁵⁴. Non è sottovalutabile la portata distorsiva delle tendenze securitarie che stabilmente ormai da circa sei anni ha pervaso tutti gli ordinamenti dei Paesi occidentali o di destinazione. Non sono mancate pronunce che hanno riconosciuto la posizione di vittima a imputati ex art.12, co3 T.U.Imm. concluse con un'assoluzione ex art. 530 c.p.p.⁴⁵⁵ per applicazione dell'esimente di cui all'art. 54 c.p., anche solo in presenza di un serio e fondato dubbio che il soggetto possa aver agito in stato di necessità. Si è ancora in presenza di un riconoscimento parziale e frammentario della reale situazione che i migranti si trovano ad affrontare prima e dopo aver lasciato il Paese d'origine. Tale

⁴⁵³ M. PELISSERO, *Il controllo del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in *Il traffico di migranti*, cit. p. 91, p. 105 «riflessione sugli strumenti di controllo penale del traffico di migranti va contestualizzata rispetto al fenomeno sul quale si interviene, un fenomeno complesso rispetto al quale il diritto penale sconta il ruolo di strumento inadeguato ed insufficiente anche se imprescindibile» Inadeguato perchè di fronte alla complessità deve sempre intervenire in modo frammentario, centro dell'incriminazione sono infatti fattispecie orientate all'imputazione individuale ed insufficiente poichè non predispone strumenti preventivi e repressivi congiuntamente, come fanno altri strumenti quali le direttive provenienti dal diritto sovranazionale. Ad ultimo il diritto penale risulta anche essere *imprescindibile*, laddove entrano in gioco diritti fondamentali della persona l'arretramento del diritto penale significherebbe anche solo simbolicamente un "inaccettabile abbassamento della guardia" rispetto a condotte che per la loro offensività a beni giuridici ritenuti fondamentali, non dovrebbero passare impunte.

⁴⁵⁴ «Un altro capitolo si è aggiunto alla tragedia del Mediterraneo e alla drammatica saga dell'arrivo di migranti e richiedenti asilo dal mare. Con una sorta di escalation delle polemiche, ora sono sotto attacco politico, giudiziario e mediatico, le organizzazioni umanitarie che li soccorrono in mare. Secondo i detrattori, sono in combutta con i cosiddetti trafficanti, addirittura con i clan della malavita e persino con organizzazioni terroristiche.» M. AMBROSINI, *Chi ha paura delle Ong che aiutano i migranti?*, 24 luglio 2017, in www.lavoce.info

⁴⁵⁵ G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit. p.113, p. 880ss. La disciplina del proscioglimento nel merito comporta una sentenza di assoluzione. Le formule di assoluzione tradizionali, ritenute tassative e a *numerus clausus* con obbligo di specificazione nel dispositivo sono “il fatto non sussiste” e “l'imputato non ha commesso il fatto”, esse sono le più ampie, poichè negano in radice il presupposto storico dell'accusa. Se invece il fatto sussiste ed è stato commesso dall'imputato ma manca uno degli elementi della fattispecie ovvero risulta presente una scriminante la formula sarà “il fatto non costituisce reato”, meno ampia delle prime due. Seguente al necessario accertamento di un fatto costituente reato è poi la formula “perché il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione. Tra le formule dell'art. 530 c.p.p. rientra anche quella che recita “il fatto non è previsto dalla legge come reato”, adottabile ove l'accusa non corrisponda ad alcuna fattispecie legale. Inoltre l'esito sarà assolutorio anche nei casi di decisione sul fatto incerto quando la prova manchi, sia insufficiente o contraddittoria, in ossequio al principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., ovvero in quei casi dubbio concernente l'esistenza di una causa di giustificazione, di una causa personale di non punibilità, di una condizione di procedibilità, di una causa di estinzione del reato.

genere di pronunce mette in evidenza lo stato di soggezione del migrante rispetto all'organizzatore della traversata, rendendo verosimile che tale soggetto si presti a fare da «*braccio operativo del periglioso viaggio perché costretto dallo stato di necessità*» come delineato nel codice penale.⁴⁵⁶ Tale problematico riconoscimento dell'esimente dello stato di necessità, è causato anche dalla mancanza di disponibilità conoscitiva della storia del processo, tanto che spesso la questione viene erroneamente posta in termini di imputabilità.⁴⁵⁷ Osservando la realtà fattuale, nella stragrande maggioranza dei casi, i traghettiatori sono improvvisati, sono scelti non tanto per le competenze anche minime o inesistenti ma quanto per il prezzo da loro pagato, lo sconto che abbiano eventualmente ricevuto viene fatto pagare a caro prezzo. Scrivo di ferocie che nessuno di noi può immaginare ed affermare che la volontà di tali soggetti non subisca delle serie limitazioni nel determinarsi è impossibile. E così si mettono in viaggio, su «*traghetti della morte*» uno tiene il timone e l'altro il telefono satellitare e la bussola, spesso non parlano neanche la stessa lingua e non riescono a comunicare tra loro, spesso non hanno mai preso in mano un timone, spesso sono costretti a farlo con pistole puntate alla testa. All'arrivo, il timoniere se indicato dai passeggeri viene immediatamente sottoposto ad un regime di privazione della libertà personale.⁴⁵⁸ La

⁴⁵⁶ La necessità di salvare sé stesso dal pericolo attuale e concreto di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, non potendosi attribuire la qualifica di volontà alla mera richiesta di effettuare il viaggio, né altrimenti evitabile, stante l'enormità e l'imminenza del pericolo di vita. «i migranti ammassati all'interno di una sorta di recinto e coordinati da persone armate, che non si facevano scrupolo di picchiarli e terrorizzarli (...) giunto sul barcone, vide un libico che parlava con l'odierno imputato. Il dichiarante non capì quel che i due si dissero, ma il libico parlava molto di più, rivolgeva ordini ed insulti aveva un tono di voce alto e prepotente e sembrava dare istruzioni su come guidare (...) a quel punto essendo stato minacciato di morte se non avesse obbedito, l'imputato, sebbene senza esperienza si mise alla guida (...) data la convergenza delle fonti, non v'è difficoltà ad affermare che A. A. ha posto in essere il fatto tipico del delitto contestato, essendosi posto alla guida del barcone stracolmo di migranti salpato dalle coste libiche nell'aprile 2016, soccorso in acque internazionali ed infine approdato del porto di Trapani. Tuttavia, il prevenuto ha descritto sé stesso come un migrante tra i migranti, ed ha detto di aver pagato per il viaggio e di essere stato costretto a mettersi al comando» Tribunale di Trapani, Ufficio del GIP, sentenza a seguito di giudizio abbreviato ai sensi dell'art. 442 c.p.p., 9 dicembre 2016

⁴⁵⁷ Non sono mancati casi in cui la difesa ha addotto come risultante dalle condizioni di viaggio, nelle quali le persone si trovano in stati talmente inumani da essere presumibile una perdita della capacità di intendere e di volere. Si potrebbe forse impostare la questione in termini di stato di necessità «*grado zero*», usando le parole di Barthes, per descrivere la situazione nella quale si trovano i migranti durante le «traversate della morte», quella situazione di serio pericolo aggravata da accessi di delirio, disperazione e terrore, che sono idealmente i tratti fondanti la figura giuridica dello stato di necessità. Questa figura per tale motivo è ritenuta da molti autori «amorale», poiché in essa si annida la legittimazione che il sistema ha fornito alla disperazione e per il suo carattere utilitaristico peraltro radicato «nell'istinto incoercibile della conservazione».

⁴⁵⁸ V. MILITELLO e A. SPENA, *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, p.132; Art. 12 d.lgs. 289/1998 COMMA 4-BIS «Quando sussistono gravi indizi di

presenza dell'art.10-bis, è la dimostrazione di quanto il diritto penale si sia prestato a fornire solo dei *timidi palliativi*⁴⁵⁹ in risposta a fenomeni di ben più ampie dimensioni, quali i reati internazionali e transnazionali di *trafficking* e di *smuggling*. Si auspica una verifica della congruità politico-criminale della persecuzione dei “timonieri improvvisati”, ed un’indagine circa il loro effettivo ruolo all’interno delle fattispecie delittuose di *trafficking* e *smuggling*.

3. Criminalità transnazionale, i molti confini di un unico problema

Il carattere transnazionale di questi reati⁴⁶⁰, stenta a trovare la sua dimensione all’interno del diritto penale nazionale, portando certamente ad una difficoltà nella definizione di taluni concetti e conseguentemente norme, fondamentali per

colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari» il sistema delle misure cautelari si regge sull’art.13 Cost. che espresso nella norma di cui all’art. 272 c.p.p. sancisce la legittima limitazione della libertà della persona, con misura cautelare, soltanto a norma delle disposizioni di legge. (Tassatività, corollario del principio di legalità) la titolarità esclusiva dei poteri di restrizione della libertà personale spetta all’organo giurisdizionale, normalmente a competenza spetterà al giudice che procede. Presupposti come noto sono il *fumus commissi delicti*, inerente ai “gravi indizi di colpevolezza” ed il *periculum libertatis*, inerente alle esigenze cautelari predeterminate dalla legge (art. 274 c.p.p. lett. a) concreto ed attuale pericolo per l’acquisizione o la genuinità della prova, lett. b) pericolo di fuga, lett. c) tutela della collettività, quest’ultima sicuramente molto generica, il problema della determinatezza è stato risolto facendo riferimento agli elementi ricavabili da “specifiche modalità e circostanze del fatto”, nonché dalla “personalità dell’imputato” e riconoscendone rilevanza ogniqualevolta risulti il “concreto pericolo che il medesimo possa commettere gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale, o diretti contro l’ordine costituzionale, ovvero delitti di criminalità organizzata, o ad ultimo, delitti della stessa specie di quello per cui si procede”) ; Art. 12 d.lgs. 289/1998, COMMA 4 «*Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è obbligatorio l’arresto in flagranza*» in ossequio al terzo comma dell’art. 13 Cost. invece sono consentite le misure pre-cautelari, solo in casi eccezionali di necessità ed urgenza indicati tassativamente dalla legge, imponendo però che tali misure vengano poi convalidate dall’autorità giudiziaria. Titolari del potere di arresto sono gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, presupposti del potere invece sono lo stato di flagranza (persona colta nell’atto di commettere il reato, persona che subito dopo aver commesso il reato sia inseguito dalla polizia giudiziaria dalla persona offesa o da altre persone, persona che sia sorpresa con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima) e la previsione all’interno dell’elenco dei reati per i quali l’arresto è consentito; COMMA 4-TER «*Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è sempre disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti*»

⁴⁵⁹ A. DI MARTINO, intervento in “diritto penale al cinema” del 5 dicembre 2016.

⁴⁶⁰ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p. 204ss. Col termine «transnazionale» si indicano gruppi strutturati secondo la logica del network, organizzati quindi non nelle tradizionali forme verticistiche, ma sulla base di reti di relazioni contingenti e finalizzate al perseguimento di interessi specifici. A seguito della stipula e dell’apertura alle firme della convenzione di Palermo, si è sentita come improrogabile l’esigenza di criminalizzare la condotta di partecipazione a un gruppo criminale organizzato. Non è stata volontariamente stipulata una lista di illeciti né di possibili autori dei crimini in questione, ma al contrario si è preferito dare una generica definizione di attori del crimine transnazionale.

l'individuazione prima e la repressione poi di tali fenomeni criminali. Ciò che rileva maggiormente è la presenza, non sempre nota all'opinione pubblica, di reti criminali organizzate a livello transnazionale, che sovente agiscono al di fuori del mare territoriale e della zona contigua⁴⁶¹, portando a chiari problemi di giurisdizione, in quanto, alla luce della normativa giudiziaria internazionale, non risulterà la competenza in sede processuale del paese di destinazione.⁴⁶² Le parole della Rosi evidenziano lo stretto legame esistente tra le fattispecie criminose qui oggetto d'analisi e le reti criminali, poiché «l'aspetto dinamico del fenomeno del traffico dei migranti è strettamente connesso ad una criminalità organizzata strutturatasi nel tempo, innanzitutto in maniera da poter gestire il fenomeno in tutta la sua 'transnazionalità fisica' durante il percorso migratorio, ma anche in modo da garantire lo sfruttamento dei migranti stessi a destinazione, direttamente dall'organizzazione o tramite 'cessione' ad altri gruppi criminali od anche a singoli datori di lavoro. Sembra quasi un destino annunciato la trasformazione dei migranti clandestini giunti a destinazione, in vittime di reati.»⁴⁶³ È proprio per questo che il contrasto alla criminalità organizzata

⁴⁶¹ «Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare», Montego Bay, 10 dicembre 1982, in www.un.org disciplina il regime giuridico del mare territoriale e della zona contigua nella Parte II, più specificamente nell'articolo 2 definisce il *Regime giuridico del mare territoriale, dello spazio aereo soprastante il mare territoriale, del relativo fondo marino e del suo sottosuolo* «1. La sovranità dello Stato costiero si estende, al di là del suo territorio e delle sue acque interne e, nel caso di uno Stato-arcipelago, delle sue acque arcipelagiche, a una fascia adiacente di mare, denominata mare territoriale. 2. Tale sovranità si estende allo spazio aereo soprastante il mare territoriale come pure al relativo fondo marino e al suo sottosuolo. 3. La sovranità sul mare territoriale si esercita alle condizioni della presente Convenzione e delle altre norme del diritto internazionale.» prosegue nella *sezione 2* a disciplinare i «*Limiti del mare territoriale*»; mentre alla successiva *sezione 4*, rubricata *Zona contigua*, definisce all'articolo 33 la suddetta Zona contigua, individuandola «1. In una zona contigua al suo mare territoriale, denominata "zona contigua", lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario al fine di: a) prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale; b) punire le violazioni delle leggi e regolamenti di cui sopra, commesse nel proprio territorio o mare territoriale. 2. La zona contigua non può estendersi oltre 24 miglia marine dalla linea di base da cui si misura la larghezza del mare territoriale.» dunque una forma di limitazione della libera navigazione e di consequenziale espansione dei poteri dello stato rivierasco, in tema di giurisdizione ed inseguimento. Entro tale zona lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario per prevenire e reprimere le infrazioni alle sue leggi doganali, fiscali, sanitarie e d'immigrazione commesse nel suo territorio o nel suo mare territoriale. La zona contigua deve essere proclamata mediante una legge nazionale dello Stato costiero. Nel Mediterraneo hanno formalmente istituito zone contigue soltanto il Marocco, Malta, la Francia e l'Egitto. Finora l'Italia non ha formalmente proclamato la propria zona contigua. G. MATRONE, *La zona contigua*, 23 settembre 2015, in www.consulenza-legale.info

⁴⁶² Documento del PNA F. ROBERTI del 9 gennaio 2014, riguardante *associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, cit. p.108

⁴⁶³ E. Rosi, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, in G. Palmisano, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit. p.90, p.210; v. anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. p. 16 «La retorica del controllo, traendo legittimazione dalla logica

transnazionale costituisce oggi uno degli argomenti più ricorrenti delle agende politiche delle istituzioni internazionali, sovranazionali e nazionali, anche ove non operino in modo reciprocamente armonizzato. La disomogeneità sul piano sostanziale, ma soprattutto processuale, tra i vari Paesi nell'applicazione della normativa in questione, ha provocato una confusione incentivata dai media, che non ha fatto altro che favorire l'ignoranza nella popolazione riguardo a tali fenomeni, e dunque la loro proliferazione. «L'espressione *traffico internazionale degli esseri umani* definisce un'ampia fattispecie cui si possono ricondurre situazioni consistenti nel reclutamento ovvero nell'illegale trasferimento e nella successiva introduzione, anch'essa illegale, di persone da un luogo ad un altro, dal territorio di uno Stato ad un altro, ovvero all'interno dello stesso Stato, prevalentemente per fini di lucro, di una o più persone»⁴⁶⁴

3.1. Affondando le radici nella disperazione

Occorre preliminarmente interrogarsi circa le motivazioni del fiorire di tali forme di criminalità organizzata, a latere dei fenomeni di *smuggling* e *trafficking*, senza alcuna pretesa di un'esposizione compiuta.⁴⁶⁵ Un ruolo sicuramente centrale è occupato dalla

social-difensiva della segregazione punitiva non può che disinteressarsi della sorte individuale di chi, per mera contingenza, subisce il reato, da vittima reale»

⁴⁶⁴ B. Nascimbene e A. Di Pascale, *riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, cit. p.101, p.25; v. anche A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma y independiente de la trata de personas*, in *Indret Revista para el análisis del Derecho* 1/2010; v. anche G. PALMISANO, *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico dei migranti*, in G. PALMISANO, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit. p.90, p.54 « Il 'mercato di servizi' legato al traffico di migranti clandestini, ha ormai assunto una posizione centrale tra gli interessi della criminalità organizzata transnazionale, arrivando a rappresentare, dopo il traffico di stupefacenti, la principale fonte di guadagno ed uno dei più importanti veicoli di rafforzamento delle relazioni tra organizzazioni criminali e diverse etnie»

⁴⁶⁵ J. MUÑOZ RUIZ, *La ayuda humanitaria: una excusa absolutoria o una causa de justificación?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-06-2016, p.2 in www.criminet.ugr.es «El fenomeno de la inmigracion es consustancial al hombre pero se intensifica con la globalizacion. La brecha economica que separa a los paises del Norte y del Sur, o del Centro y de la Periferia, se hace cada vez más absimal. Paralelamente a esta profundizacion de la desigualdad economica planetaria, se advierte una clara restricción de las politicas inmigratorias de los Estados más industrializados. (...) Las politicas de la Unión, más preocupadas por la perturbacion social y economica que puede provocar la movilidad no controlada de personas, que por la situacion de marginacion del inmigrante ilegal y los posibles abusos de los que puede ser objeto, estan orientadas a prevenir y reducir la inmigracion irregular, caracterizanodse, desde su inicios, por el cierre de fronteras y la máxima de «inmigracion cero». La gestion apropiada de los fujos migratorios exige asimismo garantizar un trato equitativo de los nacionales de terceros paises que residan legalmente en los Estados miembros, mejoarar las medidas de lucha contra la inmigracion irregular y fomentar la cooperacion con terceros paises en todos los ambitos. (...) Pero en cuqluier caso, la politica de inmigracion “cero” propuesta por los paises receptores genera la irremediable aparicion de una serie de conductas ilegales alrededor de los desplazamientos de personas : la inmigracion irregular, ilegal o cladestina ; el trafico y la trata de seres humanos. Ademàs, las medidas administrativas restrictivas, no sólo no terminan con la

condizione di povertà di ampie fasce di popolazioni del sud del mondo, che sono intrinsecamente facili prede degli sfruttatori e dei trafficanti, insieme al ruolo della globalizzazione, che spinge a desiderare condizioni di vita migliori, grazie alla diffusione incontrollata di mezzi di comunicazione istantanea tramite il web. Ulteriore motivazione potrebbe rinvenirsi nel funzionamento del libero mercato, che può incidere in modo distruttivo sulle strutture sociali se non accompagnato da criteri morali di gestione, che certamente non assistono i mercati dei traffici illegali.⁴⁶⁶ Lo sviluppo di tali nuove reti di criminalità organizzata transnazionale, favorito dagli orientamenti restrittivi degli Stati occidentali in punto di politiche migratorie⁴⁶⁷, non è ostacolato dagli strumenti repressivi attualmente predisposti dagli ordinamenti nazionali, né dalle forme di cooperazione a livello di indagini e le cause sono molteplici. Una di esse è l'ampiezza qualitativa degli elementi problematici che sorgono quando si parla di traffico di migranti, a partire dalla questione umanitaria, legata all'aumento sproporzionato della domanda di immigrazione, che provoca una spinta verso le reti criminali che organizzano il viaggio in ogni suo aspetto⁴⁶⁸. Ulteriore

inmigracion indeseada sino que crean irregularidad, tienen incluso un efecto criminògeno, pues practicamente arrojan a los extranjeros que no tienen posibilidad de entrar, atravesar o residir legalmente en España, a manos de los traficantes. Ante la imposibilidad de realiza el proyecto migratorio a través de los cuces legales, el extranjero irregular se ve obligado a acudir a terceras personas que faciliten el mismo. Son varios tipos de intermediarios que intervienen en la inmigracion : la familia, los grupos de amigos, laa redes sociales formadas por otros connacionales o las bandas organizadas. En definitiva, mafias que dirigen la inmigracion clandestina y, en su caso, todos los cauces de su explotacion»

⁴⁶⁶ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p. 521ss.

⁴⁶⁷ Sempre più frequenti i casi di rifiuto di richieste di visti di soggiorno anche per motivi di studio.

⁴⁶⁸ dalla predisposizione di fittizi documenti di ingresso, alla predisposizione di un alloggio una volta giunti a destinazione; v. anche S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare*, cit. p.111, p. 191 «nonostante la povertà del continente africano, ingenti somme sono immesse nel traffico di migranti grazie principalmente al supporto delle famiglie e amici di coloro che tentano il viaggio. Il numero di persone coinvolte nel traffico, direttamente o indirettamente, è quindi considerevole se si considerano coloro che hanno fornito i soldi, coloro che gestiscono rifugi lungo la strada, coloro che offrono informazioni o fungono da traduttori, coloro che forniscono il materiale necessario per la traversata in mare o quella del deserto. La varietà di attori coinvolti rende l'attività di prevenzione e contrasto assai difficoltosa, oltre al fatto che non vi è un unanime condanna al traffico di migranti. Pertanto il traffico di migranti, consiste in una fattispecie criminosa atipica che richiede un approccio differenziato rispetto agli altri tipi di traffici.»; v. anche A. MANGIONE, *Analisi economica del diritto penale e criminalità organizzata*, Catania, Monforte Editore, 2008; v. anche E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p. 145ss., sono molteplici gli elementi che rinsaldano il circolo vizioso della criminalità dal quale il migrante non riesce ad uscire. Per incentivare la rottura di questo circolo vizioso, è innovativa la misura del *periodo di riflessione*, che rientra tra quelle antecedenti al rilascio del permesso di soggiorno. Gli scopi di questa misura coincidono in larga parte con quelli delle misure assistenziali, eccetto per quello addizionale, di concedere alla vittima un periodo di tempo libero da pressioni per decidere se collaborare con l'autorità competente dello stato membro. L'innovatività, di questa previsione, traccia la linea dell'influenza che hanno avuto i diritti umani nella definizione dei diritti dei migranti generalmente intesi e maggiormente di coloro che si trovano ad essere vittime di tratta. Il soggetto, in

causa problematica è il pregiudizio per i Paesi di destinazione in termini sia di violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori, che di impegno per impedire ingressi clandestini.⁴⁶⁹ È chiaro che in un contesto di tal fatta, si esige un costante bilanciamento tra due differenti esigenze, da una parte l'interesse dello Stato ad una corretta gestione dei flussi migratori, permettendo anche un'efficace politica di contrasto dell'immigrazione illegale, dall'altra parte, l'esigenza avvertita sempre più come irrinunciabile di rispettare i diritti fondamentali e la dignità delle persone che giungono sul territorio nazionale per i motivi più disparati.

3.2. Il *network* che risponde alle esigenze

Nelle odierne migrazioni un ruolo chiave è svolto dalla criminalità organizzata a livello transnazionale⁴⁷⁰, che, anche grazie alle politiche particolarmente protezionistiche

questo periodo beneficia di un divieto di allontanamento, la cui durata è lasciata alla definizione discrezionale da parte dei singoli legislatori nazionali, senza alcun criterio specifico vincolante. Tale misura è strettamente collegata alla possibilità, anch'essa innovativa di rilascio da parte degli stati membri di un permesso di soggiorno speciale, temporaneo e di breve durata, per ragioni cosiddette "sociali". Le ragioni che giustificano un tale rilascio sono individuate nell'utilità della presenza della vittima sul territorio nazionale ai fini delle indagini o del procedimento giudiziario, la decisione della medesima di collaborare con la giustizia, la rottura di ogni legame fra trafficanti e presunti autori dei reati, la compatibilità della permanenza dell'individuo con l'ordine pubblico e la sicurezza nazionali ed infine la partecipazione dell'interessato ai programmi od ai regimi di cui all'art. 18 T.U.Imm.; v. anche D. MANCINI, *Traffico di migranti e tratta di persone, tutela dei diritti umani e azioni di contrasto*, Milano, FrancoAngeli, 2008, Il limite di tale sistema di tutela dei diritti umani, emergono dalla stretta applicazione del sistema premiale. Le misure antecedenti al rilascio del permesso di soggiorno e le condizioni necessarie ad esso, sono infatti strettamente subordinate alla *collaborazione con il sistema giudiziario da parte dell'interessato*. (F. NICODEMI, P. BONETTI, *Misure di protezione sociale. Scheda pratica*, cit. p.103 Il terzo presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno è l'adesione dello straniero ad un determinato programma di assistenza e integrazione sociale a cui possa concretamente accedere. L'art. 18 T.U.Imm. prevede che alla persona straniera possa essere rilasciato il permesso di soggiorno per motivi umanitari al fine di consentirne la partecipazione al programma di assistenza ed integrazione sociale.) Ciò significa che non è sufficiente un'indicazione generica di quanto si è subito durante il trasporto e prima di esso, ma la collaborazione deve consistere in un contributo effettivo e proficuo, fatto che alla lunga non fa altro che disincentivare il numero di denunce e quindi la rottura dei legami con i trafficanti, finendo per diventare un sistema apparentemente garantista, poiché la maggior parte delle volte, il contributo non risulterà sufficiente per ottenere il permesso di soggiorno per ragioni sociali. Come non vedere un sistema differenziato in previsioni di tal fatta?

⁴⁶⁹ Così G. PALMISANO, *profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico dei migranti*, in G. PALMISANO, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit. p.90, presentazione.; La seconda esigenza comporta per lo Stato un obbligo di assistenza indipendentemente dalla regolarità del titolo ed a ciò si aggiungono le speciali tutele che possono scattare in considerazione delle specifiche condizioni sociali ed esistenziali in cui taluni di questi viaggiatori della speranza si trovano.

⁴⁷⁰ Una delle difficoltà maggiori nel contrasto a tale forma di criminalità è la mancanza di consenso a livello internazionale sulla definizione di questo fenomeno Solo nel 1994, in occasione della quarta analisi delle nazioni unite sulle tendenze del crimine e sui sistemi di giustizia penale, *fourth united nations survey of crime trends and operations of criminal justice systems*, si tentò di conferire al termine un significato sostanziale definendo il crimine transnazionale come l'insieme dei "reati la cui commissione, prevenzione e/o effetti diretti o indiretti coinvolgono più Paesi" in www.unodc.org; v.

adottate da molti Stati incapaci di controllare i flussi migratori e di soddisfare perciò tutte le richieste di ingresso provenienti dall'estero, hanno trovato un terreno particolarmente fertile nella gestione del traffico dei migranti, diventando quasi il bacino naturale di gestione di tale fenomeno.⁴⁷¹ Come in ogni momento in cui lo Stato si assenta, per forza di cose, la lacuna viene ad essere colmata dal *para-Stato* della criminalità organizzata, che con mezzi di ogni sorta, anche crudeli e disumani ma sempre opportunistici, risponde alle esigenze che di volta in volta si presentano⁴⁷². Inoltre si noti una fondamentale differenza in punto di approccio territoriale, le criminalità organizzate sono completamente globalizzate, per loro il mondo è uno, mentre gli Stati rimangono attaccati alla sovranità territoriale respingendo la globalizzazione e dunque continuando ad adottare misure inadeguate, poiché sottodimensionate rispetto all'ampiezza effettiva del fenomeno⁴⁷³. La condizione giuridica dello straniero subisce così una rilevante distorsione, ecco cosa c'è alla base della vicenda di ingresso illegale e successiva immediata espulsione, senza lasciare

anche S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare*, cit. p.111, p.187, Con l'espressione *crimine organizzato transnazionale* si intende descrivere non un reato determinato bensì una «modalità di esercizio dell'attività criminosa, la quale può consistere in diverse fattispecie.»

⁴⁷¹ R. M. GENNARO, *Stranieri e repressione penale*, cit. p. 4, p.164 «La conseguenza paradossale è che sono "le organizzazioni criminali che selezionano di fatto i soggetti che raggiungono i vari paesi di destinazione. Inoltre, dato non trascurabile, è che le reti che offrono questo servizio illegale acquistano meriti e creano consenso, rafforzando la propria capacità di controllare intere comunità»; v. anche A. CENTONZE, S. ALEO, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, Giuffrè Editore, 2008; v. anche T. TODOROV, *Il nuovo disordine mondiale. Le riflessioni di un cittadino europeo*, Milano, Garzanti, 2003

⁴⁷² E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p.145ss.;

⁴⁷³ E. ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, cit. p.100, p.82 «la nozione di territorio degli stati nazionali è in crisi da tempo. Sembra peraltro inutile erigere considerazioni rigide, muri dogmatici, di fronte a situazioni di mondializzazione non più controllabili» con riguardo a tutti i tipi di fattispecie sia lecite che illecite. «diventa perciò consequenziale concludere per uno spaesamento del diritto penale incentrato sul principio di territorialità»; v. anche N. GRATTERI, *Fiumi d'oro*, Milano, Mondadori, 2017; basti considerare che in molti Stati, le persone oggetto di traffico o anche di sfruttamento, non ricevono il trattamento di vittime, ma quello di correi rispetto ai trafficanti. Altro fattore che favorisce lo sviluppo incontrollato di tali forme di criminalità è l'insufficienza di dati empirici che ha legittimato e continua a legittimare i governi nella sottovalutazione del fenomeno.; v. anche E. RANDAZZO, *Pacchetto sicurezza*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p.40, Nell'ordinamento italiano, l'immigrazione clandestina è un reato, come disciplinato dall'art.10bis del d.lgs. n.286 del 25 luglio 1998: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.»; v. anche G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone ed il controllo dell'immigrazione clandestina: una prima delimitazione del campo d'indagine*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, cit. p.99; v. anche M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Immigración, Derechos Humanos y Política criminal: Hasta dónde estamos dispuesto a llegar?*, in *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 2009

spazio a considerazioni circa il caso concreto, senza dunque osservare quale sia davvero la situazione dei soggetti in questione. Tutto ciò costituisce per i migranti, un forte disincentivo a collaborare con le autorità competenti, portando ad una quasi automatica esclusione da qualsivoglia sistema premiale predisposto per favorirne la collaborazione. Ed ecco che la riflessione non può non soffermarsi sull'adeguatezza delle misure predisposte insieme ad un questionare critico riguardo all'armonizzazione interna tra le varie misure.⁴⁷⁴

3.3. Una nozione "loading..."

Le definizioni più utili provengono dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, ratificata dall'Italia con la legge del 16 marzo 2006⁴⁷⁵. Più precisamente l'art.2 della Convenzione definisce *gruppo criminale organizzato*, quello «strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o

⁴⁷⁴ Mettendo a confronto le previsioni di diritto interno con quelle di diritto internazionale, si evince una differenza in punto di beni giuridici tutelati non sempre chiara, che conduce come conseguenza quasi inevitabile al fiorire di problemi ermeneutici ed applicativi. Ad esempio, le norme del protocollo contro lo *smuggling*, mirano alla tutela dell'integrità, intesa come incolumità fisica e psichica, dei migranti oggetto di traffico, mentre l'art. 12 del T.U.Imm., predisposto a contrasto del medesimo fenomeno nell'ordinamento italiano, mirando a prevenire gli ingressi irregolari sul territorio nazionale, tutela il diverso bene dell'integrità della frontiera.; v. anche A. SCHILLACI, *Per una rinnovata centralità della persona del migrante: il giurista di fronte alla Carta di Lampedusa*, in *Quest. Giust.* 4/2014; v. anche B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2013; v. anche S. CENTONZE, *Diritto Penale dell'immigrazione*, cit. p. 103, p. 71ss. «È certamente una significativa svolta, nelle politiche dell'immigrazione, la penalizzazione, in aggiunta alla sanzione amministrativa, dell'ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato. Come già affermato nei capitoli precedenti, il legislatore ha così inteso tutelare la sicurezza del cittadino contro lo straniero irregolare, ormai considerato non più soltanto un naturale candidato alla carriera criminale (pertanto come fonte di pericolo su cui interviene in via cautelare una pena detentiva con la possibilità della conseguente espulsione antecedente alla verifica di una qualsivoglia fattispecie di reato) ma addirittura come criminale in sé. È la sua sola presenza sul territorio dello Stato oggetto di tutela penale. Lo spostamento dell'asse dal diritto penale del fatto al diritto penale dell'autore, insieme all'anticipazione della soglia della punibilità propria dei reati di pericolo e delle normative emergenziali, è di tutta evidenza.»; v. anche P. SCEVI, *Diritto delle migrazioni*, cit. p. 87, p. 217 «Va del pari osservato che la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative deve ispirarsi alle indicazioni politico-criminali ricavabili con una certa evidenza dalla Costituzione e segnatamente: al criterio di sussidiarietà (o di necessarietà), per il quale il ricorso alla sanzione penale dovrebbe costituire l'ultima ratio, in mancanza di tecniche di controllo sociale provviste di un analogo grado di efficacia; al criterio di proporzionalità, inteso come criterio generale di congruenza degli strumenti normativi in rapporto alle finalità da perseguire, e quindi di adeguatezza del trattamento sanzionatorio alla gravità del fatto commesso»

⁴⁷⁵ Legge n.146 del 16 marzo 2006, "ratifica ed esecuzione della convenzione di Palermo delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001" pubblicata in G.U. n.85 del 11-4-2006, suppl. ord. N.91, in www.normattiva.it; S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare*, cit. p.111, p. 203 «Il sistema Palermo ha come obiettivo primario la repressione penale del traffico di migranti e non la gestione o il contrasto all'immigrazione irregolare in generale", ambito quest'ultimo spettante invece alle legislazioni nazionali, nel seno del rispetto del principio di sussidiarietà.» Non è nemmeno uno strumento per la protezione dei diritti umani e del diritto d'asilo

più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o altri reati stabiliti dalla presente convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale»⁴⁷⁶. In tale definizione si possono cogliere importanti spunti ricostruttivi, utili forse, per definire meglio l'ambito applicativo di tale norma all'interno dell'ordinamento italiano. Con l'utilizzo del termine *gruppo*⁴⁷⁷ si vuole indicare che ai fini della configurabilità di un'associazione dedita a delinquere non è richiesta la creazione di un'organizzazione apposita, risultando invece sufficiente una struttura anche preesistente all'ideazione criminosa⁴⁷⁸. L'utilizzo di nozioni aperte e volutamente generiche, rivela l'intento della Convenzione di reprimere e prevenire i fenomeni criminali oggetto di disciplina, permettendo così la più ampia attribuzione di rilevanza penale da parte delle normative interne degli Stati parte, i quali sono destinatari di uno specifico obbligo di incriminazione della condotta di partecipazione ad un gruppo criminale organizzato ad opera dell'art. 5 della stessa Convenzione⁴⁷⁹. Nella legge italiana di ratifica, più

⁴⁷⁶ Art. 2 lett. a) della *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*; lett. b) «reato grave: un fatto sanzionabile con una pena privativa delle libertà personale non inferiore, nel massimo edittale a quattro anni» ; lett. c) *gruppo strutturato*: «un gruppo che non si è costituito fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata» in www.unodc.org

⁴⁷⁷ A. LANZI, P. NUVOLONE, *Uno studio sul concetto di 'organizzazione' nelle fattispecie associative: storia di un espediente retorico*, in *Ind. Pen.*, DIKE, 2016, p.157, dove si sottolinea, la tendenza della giurisprudenza, con fini ampliativi dell'esercizio dell'azione penale, a «svuotare l'elemento organizzativo e connotarlo di requisiti di articolazione sempre minori»

⁴⁷⁸ A. LANZI, P. NUVOLONE, *Uno studio sul concetto di 'organizzazione' nelle fattispecie associative*, cit. p.125, p.142 «non è necessario che il vincolo associativo assuma carattere di stabilità, essendo sufficiente che esso non sia a priori circoscritto alla consumazione di uno o più reati predeterminati, con la conseguenza che non si richiede un notevole protrarsi nel tempo» La generica dizione per un periodo di tempo, non equivale alla necessità che il rapporto si protragga notevolmente nel tempo, bastando anche un'attività associativa che si svolga per un breve lasso temporale.

⁴⁷⁹ Art. 5§1. *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* «Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally: (a) Either or both of the following as criminal offences distinct from those involving the attempt or completion of the criminal activity: (i) Agreeing with one or more other persons to commit a serious crime for a purpose relating directly or indirectly to the obtaining of a financial or other material benefit and, where required by domestic law, involving an act undertaken by one of the participants in furtherance of the agreement or involving an organized criminal group; (ii) Conduct by a person who, with knowledge of either the aim and general criminal activity of an organized criminal group or its intention to commit the crimes in question, takes an active part in: a. Criminal activities of the organized criminal group; b. Other activities of the organized criminal group in the knowledge that his or her participation will contribute to the achievement of the above-described criminal aim; (b) Organizing, directing, aiding, abetting, facilitating or counselling the commission of serious crime involving an organized criminal group» in www.unodc.org

precisamente all'art.3⁴⁸⁰ è tracciata una definizione di reato transnazionale improntata a più criteri che operano sinergicamente caratterizzando la fattispecie. La «consistenza sanzionatoria»⁴⁸¹, della pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, arricchita dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato⁴⁸², in ambito transnazionale.⁴⁸³ Caratteristica definitoria del reato in questione, nonché condizione per la contestazione del reato associativo è *l'idoneità dell'organizzazione*, che segna un notevole discrimine rispetto agli altri criteri⁴⁸⁴. Dunque l'aggiunta di altri criteri

⁴⁸⁰ Legge 16 marzo 2006, n. 146, Art. 3, *Definizione di reato transnazionale*, «1. Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: a) sia commesso in più di uno Stato; b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; d) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.» in www.parlamento.it ; v. anche L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, in Cass. Pen. 2004, doc. n. 1209.1, p. 3510ss.

⁴⁸¹ E. ROSI, *Il reato transnazionale*, in E. ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, cit. p.100, p.70

⁴⁸² Convenzione ONU «*against transnational organised crime*», Article 34, *Implementation of the Convention* «1. Each State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure the implementation of its obligations under this Convention. 2. *The offences established in accordance with articles 5, 6, 8 and 23 of this Convention shall be established in the domestic law of each State Party 36 independently of the transnational nature or the involvement of an organized criminal group as described in article 3, paragraph 1, of this Convention, except to the extent that article 5 of this Convention would require the involvement of an organized criminal group.* 3. Each State Party may adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating transnational organized crime» S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare*, cit. p.111, p. 208, l'art. 34.2 della suddetta convenzione prevede che il coinvolgimento d'un'organizzazione criminale non sia indispensabile per caratterizzare i reati convenzionali inseriti nella legislazione interna con l'eccezione del reato previsto dall'art. 5 della convenzione (Article 5. «*Criminalization of participation in an organized criminal group*») Ciò non toglie l'estrema rilevanza che ha tale rete criminale ai fini di un corretto approccio preventivo e repressivo del fenomeno criminale in questione.; per la rilevanza della rete criminale all'interno delle fattispecie in questione, utile il parallelismo con la disciplina adottata in tema di contrasto al terrorismo internazionale, v. E. MARZADURI, *La disciplina di contrasto del terrorismo internazionale: tra esigenze di tutela delle libertà e bisogno di sicurezza della persona*, in *Legis. Pen.*, 2005, I, p. 420; v. anche G.A. DE FRANCESCO, *Ratio di "garanzia" ed esigenze di "tutela" nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *RIDPP* 1982, p.888ss.

⁴⁸³ È proprio quest'ultimo l'elemento più problematico, configurandosi la nozione tradizionale nella commissione in più di uno Stato, ma non essendo sufficiente, potendosi ritenere già al momento della stipula della convenzione superato il concetto centralizzante di *cross-border movement* nell'attribuzione della qualifica di transnazionale, essendo noto che la criminalità può operare in più di uno Stato, anche indipendentemente da un movimento fisico da un confine ad un altro. v. A. DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. Pen. Proc.* 1/2007; id., *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di diritto penale transnazionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, p.68ss. che rimanda alla nozione di sovranità territoriale come criterio applicativo della legge penale.

⁴⁸⁴ Documento del PNA F. ROBERTI del 9 gennaio 2014, riguardante *associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, cit. p.108, *proposta c)* «nella configurazione del reato di partecipazione ad un'associazione per delinquere, finalizzata a procurare l'ingresso irregolare di

risponde ad un'ottica di completezza ed aderenza, traccia come transnazionale anche quel reato commesso in uno Stato ma con peculiari agganci transfrontalieri.⁴⁸⁵

3.4. La fattispecie associativa nel 416 c.p.

I legislatori del 2003 e del 2009⁴⁸⁶, hanno ampliato il quadro normativo predisposto per la lotta contro la criminalità organizzata, aggiungendo dapprima il comma 6 all'art. 416 c.p. ed in seguito aggiungendo al suddetto comma il riferimento al comma 3-bis⁴⁸⁷ dell'art. 12 del T.U. Imm. Si prevede così un aggravamento di pena non solo per i

stranieri nel territorio dello Stato, sarà utile considerare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui esso potrà ritenersi anche in base alla commissione di un'unica ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, purché dimostrativa, con portata concludente, della sussistenza del vincolo associativo»

⁴⁸⁵ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p.204ss. «costituiti dallo svolgimento di una parte sostanziale di preparazione, pianificazione, direzione o controllo in un altro Stato, ovvero dall'implicazione di un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato, o ad ultimo dalla produzione di effetti sostanziali in un altro Stato»; sempre utile il confronto con le strategie utilizzate nella lotta contro il terrorismo, in quanto fenomeno, anch'esso transnazionale, v. G. INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. Pen. Proc.* 2004, p.1325ss.

⁴⁸⁶ Legge 11 agosto 2003, n. 228, recante "Misure contro la tratta di persone" (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 195 del 23 agosto 2003), Articolo 4. *Modifica all'articolo 416 del codice penale* «1. Dopo il quinto comma dell'articolo 416 del codice penale è aggiunto il seguente: "Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma".», per un primo commento sulla riforma operata tramite la legge del 2003, v. A. BARAZZETTA, *Art. 416 c.p.*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 3051; Legge 15 luglio 2009, n. 94 "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 170 del 24 luglio 2009 - Supplemento ordinario n. 128) Art. 1, comma 5, «All'articolo 416, sesto comma, del codice penale, le parole: «600, 601 e 602» sono sostituite dalle seguenti: «600, 601 e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-bis, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286,».» in www.parlamento.it; per uno sguardo pre-riforma v. anche G.A. DE FRANCESCO, *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *RIDPP* 1992, p.54ss. e M. IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, in *Cass. Pen.* 1995, p. 578ss.

⁴⁸⁷ D.lgs 286 del 25 luglio 1998, Art. 12 comma 3-bis «Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata», si fa riferimento alle circostanze in presenza delle quali il favoreggiamento risulta aggravato in forza (a), d)) del numero di persone coinvolto sia dal lato attivo che da quello passivo, (b)) dell'esposizione a pericolo di vita della persona trasportata, (c)) della sottoposizione a trattamento degradante, (e)) della presenza di armi.» Deve essere determinata la tipologia dei delitti oggetto del programma, rientranti tra le fattispecie di cd. "favoreggiamento aggravato", in relazione a tale particolare oggetto del programma criminoso, infatti, si sottolinea che il comma 6 dell'art. 416 potrà trovare applicazione solamente ove si dimostri che la condotta connotata dalle aggravanti fosse proprio l'oggetto del dolo specifico. Non sarà dunque sufficiente l'occasionale realizzazione di fatti aggravati, da parte di un'organizzazione pur dedita allo *smuggling*.; sulla tipicità dell'offesa nelle fattispecie *de qua* v. anche A. CAVALIERE, *Tipicità ed offesa nei reati associativi*, in V. PATALANO, *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato*, Torino, G. Giappichelli, 2003, p. 75 «è dall'anticipazione della tutela ad atti meramente preparatori, sia pure in rapporto ad una pluralità indeterminata di delitti che derivano profili di contrasto con il principio di determinatezza/tassatività ed offensività sovente rivelati in rapporto ai reati meramente associativi»

promotori⁴⁸⁸ ma anche per i partecipi, laddove il sodalizio risulti diretto alla commissione di fatti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina aggravati. Caratteristica della fattispecie in questione è l'anticipazione della tutela della collettività rispetto al momento della realizzazione dell'illecito programma, tramite la punizione di chi si è associato per delinquere prima della messa in atto di qualsivoglia illecito, laddove si consumino uno o più reati fine, le sanzioni saranno aggravate. La struttura di *reato di pericolo presunto*, tipica delle fattispecie associative, inerisce al bene giuridico tutelato, l'ordine pubblico⁴⁸⁹, che deve ritenersi minacciato dall'esistenza stessa di un vincolo associativo e dalla sua permanenza⁴⁹⁰. In ogni caso,

⁴⁸⁸ Ai quali vengono assimilati i costitutori e gli organizzatori dell'associazione, il termine promotore viene utilizzato nella sua dizione ampia, per intendere coloro che occupano posizioni apicali all'interno del sodalizio. L'innovazione ha parificato per tutte quelle organizzazioni dedite al traffico di persone il trattamento sanzionatorio consistente nella reclusione da cinque a quindici anni per i promotori e da quattro a nove anni per i partecipi. G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991

⁴⁸⁹ Sulla difficile determinazione della nozione di ordine pubblico, come bene giuridico oggetto di tutela ad opera delle norme incriminatrici delle fattispecie di reato associative v. A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale*, Torino, Utet Giuridica, 2008, p. 985ss. nel senso che «l'unica veramente compatibile con quella determinata dalla carta costituzionale è quella empirica, secondo la quale si dovrebbe determinare in relazione ad un determinato contesto spazio-temporale. Inteso come buon assetto della vita dei consociati, dovrebbe essere guardato sempre in maniera relativa, cioè in rapporto con il suo contraltare, il disordine, con il quale convive da sempre in situazione di equilibrio escludente, costituendo le due facce della stessa medaglia. In quest'ottica i reati contro l'ordine pubblico hanno la funzione di tutelare non un bene ideale, ma questo suddetto equilibrio tra ordine e disordine, che esiste in ogni momento spazio-temporale determinato. Così si giungerebbe ad un'effettiva valorizzazione della portata offensiva dell'associazione per delinquere, come soggetto che produce un "aumento delle opportunità criminali", a prescindere dalla commissione di fatti di reato.»; v. anche I. PRIGOGINE, I. STENGERS, voce *Ordine/Disordine*, in *Enciclopedia Einaudi* vol. X, Torino, 1980 p.87ss.; v. anche G. FORNASARI, S. RIONDATO, *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, G. Giappichelli, 2013, p.50ss

⁴⁹⁰ A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Trattato di diritto penale*, cit. p. 128, p.1065, v. anche A. LANZI, P. NUVOLONE, *Uno studio sul concetto di 'organizzazione' nelle fattispecie associative*, cit. p. 126, p.144 «Con specifico riferimento all'organizzazione di mezzi e di persone, ben potendo la stessa trovare giustificazione "nella complessa attività contrabbandiera, che non si sarebbe potuta compiere senza siffatta organizzazione". Si afferma così che, perché si possa ipotizzare il delitto di associazione per delinquere, occorre che l'accordo criminoso acquisti una certa forma di organizzazione, di stabilità e di autonomia nei confronti dei reati che si vogliono commettere e che sia tale da costituire un nucleo di forze che, indipendentemente dall'esecuzione dei reati oggetto del programma criminoso, rappresenti, per il solo fatto della sua esistenza, un pericolo per l'ordine pubblico. Diversamente essendo possibile ipotizzare soltanto l'esistenza di un concorso di persone nel reato continuato. In alcuni isolati casi infine, si esclude la configurabilità della fattispecie rispetto a consorzierie "annidate all'interno di un'organizzazione indiscutibilmente lecita", poiché tali da non piegarla a finalità criminali nonostante la struttura sia comunque utilizzata per la commissione di reati»; v. anche G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, CEDAM, 1983 « art.416 da un lato serve ad apprestare tutela penale a prescindere dalla realizzazione, sia pure nella forma del tentativo di delitti oggetto del progetto criminoso, dall'altro ad aggravare il carico sanzionatorio nei confronti degli associati che commettono i reati oggetto del programma» ; v. anche S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni sistematiche*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2216; in senso contrario v. G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *RIDPP*, 1993, p.103ss., ritiene che il bene giuridico tutelato dalle figure associative non

l'inserzione del riferimento al comma 3-bis dell'art.12 del T.U.Imm. non muta la struttura della norma e neppure la natura giuridica della fattispecie in esame⁴⁹¹. Il profilo maggiormente rilevante ai fini della presente analisi, è l'utilizzo che di questa fattispecie si è affermato nella prassi, poiché si è riscontrato essere molto più pacifico l'accertamento del nesso giurisdizionale sulla base del sesto comma dell'art.416, rispetto a quello compiuto sulla base del solo art.12 del T.U.Imm.. La tecnica della «contestazione congiunta»⁴⁹² dei reati di tratta o traffico insieme al reato associativo,

sia l'evanescente figura dell'ordine pubblico, ma coincida invece con gli interessi tutelati dalle fattispecie oggetto del programma criminoso, secondo il modello dell'anticipazione differenziata di tutela, che garantisce la sanzione penale per l'associazione, in qualità di costante centro propulsore di delitti, pericolo continuo di offesa per una serie indefinita di esemplari del medesimo bene, che non si esaurisce nella realizzazione di uno o più delitti scopo.

⁴⁹¹ A. CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in O. MAZZA e F. VIGANÒ, *il "pacchetto sicurezza" 2009*, cit. p. 41, p.339, si afferma che la norma non configuri una fattispecie associativa autonoma, ma semplicemente una circostanza aggravante dell'ipotesi base, in particolare una circostanza indipendente. Limitandosi infatti la norma a rinviare alla fattispecie generale, con la differenza riguardo all'oggetto del dolo specifico che deve infatti contemplare una particolare tipologia di reati. «il legislatore non ha previsto una nuova disposizione ma si è limitato ad aggiungere un comma all'art. 416 c.p. Se è così, la circostanza aggravante qui in commento non si sottrarrà al giudizio di comparazione con le eventuali attenuanti, ex 69 c.p. in assenza di un espresso divieto legislativo, che limiti sul punto la discrezionalità dell'apprezzamento giudiziale», l'autrice richiama in proposito G. AMATO, *Dubbio aggravato per le associazioni a delinquere*, in *Guida al diritto* 35/2003, che pone a favore della tesi appena espressa elementi di ordine sistematico, «la conclusione per la natura circostanziale della figura qui in commento, trarrebbe poi decisivo conforto dall'apprezzamento del bene giuridico tutelato, che, come per l'associazione comune sarebbe costituito dall'ordine pubblico, con in più l'elemento specializzante e qualificante rappresentato dai beni tutelati dai particolari reati-scopo (la dignità umana per la tratta, l'integrità dei confini e l'effettività dei controlli sugli stessi, nonché la sicurezza delle persone per lo *smuggling*)

⁴⁹² Cass. Sez. I pen. n.41098 del 15 luglio 2011, (dep. 11 novembre 2011) «è caratteristica dei reati associativi, stante la loro complessità, il fatto che il singolo delitto non viene in considerazione solo di per sé, ma anche come prova di altri delitti: sia nel senso che dalla consumazione di taluno dei reati fine può essere desunta la prova della partecipazione al reato associativo, sia nel senso che la partecipazione al reato associativo può essere considerata prova di responsabilità in ordine ai reati fine(...) l'appartenenza di un soggetto ad un sodalizio criminale può essere ritenuta anche in base alla partecipazione ad un solo reato fine qualora sia dimostrato che il ruolo svolto e le modalità dell'azione siano stati tali da evidenziare la sussistenza del vincolo»; v. anche M. PELISSERO, *Il controllo del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti*, cit. p. 93, p.115 che individua la funzione del reato associativo riguardo ai delitti in questione, (*smuggling*, *trafficking*) che, anche se delineati dall'ordinamento come fattispecie mono-soggettive sono necessariamente associative, in quanto si presentano ordinariamente come compiute ad opera di più persone che agiscono in concorso tra loro, con la mediazione apparato organizzativo. La cd. «contestazione congiunta» con il reato associativo, che svolge sul piano sanzionatorio una funzione aggravante, rispetto alle fattispecie di favoreggiamento e tratta, ulteriormente rafforzato dalla tipizzazione all'interno del comma 6 dell'art.416 c.p. circostanza aggravante speciale, applicabile laddove i delitti suddetti costituiscano il programma dell'associazione a delinquere. Il quadro sembra coerente con gli elevati livelli di pena, nonché con le scelte di politica criminale, che mirano alla previsione di specifiche circostanze aggravanti sottratte al giudizio di bilanciamento, ovvero alla trasformazione di circostanze aggravanti in fattispecie autonome di reato con cornici edittali più severe e del tutto sottratte alla disciplina del giudizio di bilanciamento e ad ultimo alla contestazione del reato associativo aggravato.; v. anche A. CORVI, *Nuove risposte al crimine organizzato*, cit. p. 128, p. 344 «contestando il reato associativo si radicherà la giurisdizione italiana rispetto all'intera vicenda, posto

permette non solo di potenziare il controllo penale, ma anche di applicare senza inconvenienti istituti processuali riconducibili al doppio binario. Assolutamente di rilievo è inoltre l'attribuzione di competenza sul reato de qua, al procuratore distrettuale antimafia, ai sensi dell'art.13 della legge n. 146 del 2006⁴⁹³, che inserisce la lotta a tale tipo di crimine organizzato all'interno di quella ben nota alla storia italiana contro le mafie. Sulla base di tale considerazione si noti, che spesso il contributo delle reti già esistenti sul territorio si rivela fondamentale per la buona riuscita del disegno criminoso del network «straniero».⁴⁹⁴ Se ancora sia possibile

che la realizzazione di alcuni fatti nel nostro Paese servirà a dimostrare che il sodalizio era operante anche in Italia, nonché la competenza di un unico organo giudicante; le indagini saranno di competenza di un'unica procura distrettuale antimafia e gli elementi in questa sede raccolti potranno essere valorizzati nell'ambito di un quadro complessivo, destinato a provare non solo e non tanto la commissione in concorso, da parte di ogni singolo imputato, di ciascuno dei reati-scopo, bensì la partecipazione ad un gruppo che persegue peculiari finalità criminali»

⁴⁹³ Legge n.146 del 16 marzo 2006 Art. 13, *Attribuzione di competenze al procuratore distrettuale antimafia* «1. In relazione ai reati di cui all'articolo 3 della presente legge sono attribuite anche al procuratore distrettuale antimafia le competenze attribuite al procuratore della Repubblica e al questore dall'articolo 2-bis, commi 1, 4 e 6, dall'articolo 2-ter, commi secondo, sesto e settimo, dall'articolo 3-bis, settimo comma, dall'articolo 3-quater, commi 1 e 5 e dall'articolo 10-quater, secondo comma, della legge 31 maggio 1965, n. 575.»; v. anche C. SARZOTTI, *Le procure della Repubblica come attori del campo giuridico-penale*, in *Studi sulla Quest. Crim.* 2/2006, p.64-83; sul tema, si segnala che è intervenuta recentemente la “*riforma Minniti*” (D.l 13 febbraio 2017 n.13 convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46 “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale.*” Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.90 del 18-4-2017, in www.camera.it) ad ampliare la portata dell'art. 51, comma 3-bis c.p.p.(uffici del pubblico ministero – *Attribuzioni del Procuratore della Repubblica distrettuale*), arricchendo il novero dei procedimenti, le cui funzioni sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui ha sede il giudice competente, alle ipotesi delittuose associative di cui al comma 6 dell'art. 416 c.p. L'art. 18, comma 3 della legge di riforma permette così, l'entrata dell'associazione diretta al favoreggiamento aggravato tra i reati cd. “distrettualizzati”, confluendo nelle competenze della Direzione Nazionale antimafia ed antiterrorismo. Secondo L. SCOMPARIN, *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali*, cit. p. 12, l'effetto positivo discende dall'osservazione di quei casi in cui, il discrimine tra il reato di associazione per delinquere finalizzato alla commissione dei delitti di cui all'art. 12 co. 3 e 3-ter d.lgs. 286/98 e la fattispecie di tratta di persone di cui all'art. 601 c.p., ricompresa nelle attribuzioni della procura distrettuale, è di non immediata evidenza, con la conseguenza che non sono (o meglio non erano) puramente teorici i conflitti tra procura ordinaria e procura distrettuale in materia. Conflitti che la nuova previsione indubbiamente sconfigge.; Si noti l'effetto positivo in punto di garanzie processuali, derivante anche dalla lettura del successivo comma 3-ter, infatti, nei casi suddetti ove «ne faccia richiesta il procuratore distrettuale, il procuratore generale presso la Corte d'appello può, per giustificati motivi, disporre che le funzioni di pubblico ministero per il dibattimento siano esercitate da un magistrato designato dal Procuratore della Repubblica presso il giudice competente»

⁴⁹⁴ M. CENTORRINO, P. DAVID, *Il ruolo delle mafie negli sbarchi di immigrati*, cit. p. 61, «gli sbarchi sono la fase finale di un processo con diversi passaggi. Non nascono da “un'imprenditoria della clandestinità” improvvisata, ma dal lavoro di un'organizzazione complessa, che da questa attività ricava utili consistenti, ripartiti nella filiera di “tratta”, dall'offerta del transito allo sbarco. Si tratta spesso di una filiera lunga, anche dal punto di vista della durata nel tempo e quindi richiede azioni ben concertate(..) Quanto alle due organizzazioni criminali mafiose che operano in Calabria e in Sicilia, più inchieste giudiziarie mettono in luce il ruolo della 'ndrangheta nella logistica degli arrivi, grazie a un

impostare la questione in tali termini differenziati non è chiaro, ma si tende ad una risposta negativa, segnando un momento di triste involuzione per la lotta al crimine organizzato.

4. Studio in memoria del comma 11-bis, per imparare dal passato

Un breve cenno merita la questione legata alla cd. *aggravante di clandestinità*⁴⁹⁵ di cui all'ex comma 11-bis dell'art.61 c.p., la cui, seppur breve, vita⁴⁹⁶, ha dato luogo a numerosi dibattiti, le cui questioni centrali⁴⁹⁷, mantengono un peso rilevante anche oggi, a distanza di quasi dieci anni, all'interno della ricostruzione della condizione giuridica dello straniero. Evidente la strumentalizzazione delle figure criminose legate alla lotta contro l'immigrazione clandestina⁴⁹⁸, e la conseguente confusione, a cui

capillare controllo delle coste. La filiera della "tratta" ha come terminal in Calabria luoghi già inseriti nelle rotte del narcotraffico, business criminale di particolare interesse per la 'ndrangheta, mentre questo non avviene per la Sicilia. Alla luce di queste considerazioni, viene da chiedersi quale sia l'efficacia dell'azione messa in campo dall'Agenzia europea per la gestione della Cooperazione internazionale alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione Europea, il cosiddetto Frontex, con quartier generale a Varsavia e dotazione finanziaria (2011-2012) di 200 milioni. E soprattutto viene da chiedersi qual è lo "stato dell'arte" del contrasto alle organizzazioni mafiose interne ed esterne: certo incuranti della commozione provocata dai morti in mare e dall'amarezza che scaturlisce dal divario tra la gravità del problema e le risorse disponibili per offrire soluzioni, continuano senza soluzione alcuna il loro sporco lavoro.»

⁴⁹⁵ Fondamentale, G. L. GATTA, *Aggravante di clandestinità (art. 61 n.11-bi c.p.) uguaglianza calpestata*, in RIDPP, 2009, p.713-749, e A. DE DONNO, *La circostanza aggravante della clandestinità*, in S. CENTONZE, *Diritto Penale dell'immigrazione*, cit. p. 104, p. 105ss. «l'aggravamento è collegato al solo status amministrativo (straniero regolare o irregolare) e prescinde dal nesso esistente tra lo status amministrativo e la condotta penale. Si collega quindi la circostanza aggravante al soggetto ed alla sua qualità personale (rectius amministrativa) anziché alla condotta al fatto materiale. Questo spostamento di attenzione e di rilevanza giuridica dal delitto al delinquente, dal fatto al soggetto, arresta il nostro sistema penale all'Ottocento»

⁴⁹⁶ Introdotta ad opera del d.l.23 maggio 2008 n.92(cd. Decreto sicurezza) convertito con emendamenti dalla legge n.125 del 24 luglio 2008 recante Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante *misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*. In G.U. n.173 del 25-7-2008, in www.normattiva.it e dichiarata incostituzionale nel 2010 con sentenza della C.Cost. n. 249 dell'8 luglio 2010, L. DEGL'INNOCENTI e S. TOVANI, commento a Corte Cost. Sent. n. 249 del 8 luglio 2010, in *Dir. Pen. Proc.* 10/2010, p.1172-1177

⁴⁹⁷ L'aggravante si aggiungeva ad una serie di misure di carattere penale ed amministrativo, molte delle quali infatti ancora oggi oggetto di discussione per la dubbia compatibilità con il diritto penale forgiato sulla base dei principi dello stato liberale, tra cui la modifica all'art. 656, comma 9, lett.a) c.p.p., nel senso dell'esclusione della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva fino a tre anni, anche se residuasse di maggior pena, volta a consentire la presentazione di un'istanza di ammissione ad una misura alternativa alla detenzione, "per i delitti in cui ricorre l'aggravante dell'art.61 n.11-bis c.p." infliggendo così un forte vulnus al principio di uguaglianza, vedendosi gli stranieri obbligati a spendere un periodo di tempo in carcere, in ogni caso. G.L. GATTA, *Aggravante di clandestinità*, cit. p.133, p.716

⁴⁹⁸ Al tempo dell'introduzione dell'aggravante, l'art.10-bis era ancora allo stadio di d.d.l.(n. S.733, di iniziativa del Governo), ma l'orientamento repressivo in atto era ben chiaro, come si può leggere dalle parole di Maroni del ministro dell'interno in carica in quel momento "per contrastare l'immigrazione clandestina non bisogna essere buoni, ma cattivi, determinati, per affermare il rigore della legge"

accennato più sopra, tra la figura del migrante come oggetto del reato di traffico, sanzionato dal reato di cui all'art. 12 del T.U.Imm., e la figura del trafficante, autore del reato suddetto.

4.1. Il sostrato "securitarizzante"

L'aggravante in esame ha rappresentato un'anticipazione del reato di immigrazione clandestina, di non poco conto, perché ha legittimato soprattutto agli occhi dell'inerte popolazione, un pericoloso passaggio dal diritto penale del fatto al diritto penale dell'autore⁴⁹⁹ in violazione dell'art. 25 della Costituzione⁵⁰⁰, che sancendo

espressione, come direbbe Donini, di una «democrazia punitiva elettoralmente vincente» in M. DONINI e M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University press, Bologna, 2011

⁴⁹⁹ C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, 1932, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA, Bologna, il Mulino, 2013, p. 334, «l'estremo grado di intensità di un'unione o di una separazione, di una associazione, o di una dissociazione. Non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo o esteticamente brutto, egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico e forse può apparire concludere affari con lui. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero (*der Fremde*) e basta la sua essenza perché egli sia esistenzialmente in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero, per modo che nel caso estremo siano possibili con lui conflitti che non possono venir decisi, né attraverso un sistema di norme prestabilite, né mediante l'intervento di un terzo disimpegnato e perciò imparziale. I conflitti col nemico non sono giustiziabili, cioè non sono suscettibili di essere sottoposti a un terzo e non sono, sullo sfondo, suscettibili di essere composti con un sistema di norme regolatrici. La possibilità di una conoscenza e comprensione corretta e perciò anche la competenza a intervenire e decidere è qui data solo dalla partecipazione e dalla presenza esistenziale, cioè dalla realtà della contrapposizione. Solo chi prende parte direttamente può porre termine al caso conflittuale estremo. In particolare solo costui può decidere se l'alterità dello straniero nel conflitto nel conflitto concretamente esistente significhi la negazione del proprio modo di esistere e perciò sia necessario difendersi e combattere per preservare il proprio peculiare modo di vita.» C. Cost., sent. 8 luglio 2010, n. 249, §4.1 «questa Corte in tema di diritti inviolabili, ha dichiarato, in via generale, che essi spettano "ai singoli, non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani" (sent. n. 105 del 2001). La condizione giuridica dello straniero non deve pertanto essere considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute degli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato. Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti "del tutto estranei al fatto reato" introducendo così una responsabilità penale d'autore "in aperta violazione del principio di offensività" (sent. 354 del 2002)»

⁵⁰⁰ Art. 25 Cost. «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.» nelle doglianze in sede costituzionale circa la legittimità dell'art. 10-bis d.lgs. 286/1998 (C. Cost. sent. 8 luglio 2010, n. 250) la disposizione di qua risulterebbe violata poiché l'aggravante di cui all'11-bis del 61 c.p. nel prevedere un aggravamento della sanzione penale per una particolare condizione personale e sociale –quella di straniero clandestino- derivante dalla mera violazione delle norme che disciplinano l'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato, e non già di un fatto offensivo di un bene costituzionalmente protetto; C. Cost., sent. 8 luglio 2010, n. 249, §9 «ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma della Costituzione, che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, ce senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato.»

espressamente la necessità di incriminare solo sulla base di una condotta tenuta, vieta che ciò possa avvenire sulla base di qualità personali. Non si può però spiegare altrimenti la portata di una tale norma, ancora presente nell'ordinamento nazionale sotto forma di autonoma figura di reato⁵⁰¹, confermata dalla natura eminentemente soggettiva. Infatti come formulata originariamente prevedeva la sua applicazione per «*l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale*» ed indipendentemente dall'accertamento causale tra il reato e la condizione di permanenza irregolare sul territorio dello Stato⁵⁰². È chiaro che una norma di tal fatta, non possa essere giustificata se non nell'ottica di Günther Jakobs⁵⁰³, essendo

⁵⁰¹ Si fa riferimento a C. Cost. sent. 8 luglio 2010, n. 250, che dichiarando infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art.10-bis d.lgs. 286 del 1998, sollevate con riferimento agli artt. 2, 3, 25 comma 2, 27, 97 comma 1 e 117 Cost. e manifestamente inammissibili le questioni di legittimità del citato art. 10-bis sollevate in riferimento agli artt. 3, 24 comma e 27 Cost. ha fatto salva la vigenza della contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale.

⁵⁰² D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, cit. p. 49, p. 1079 «il testo originario del decreto legge recitava “se il fatto è commesso da soggetto che...” la modifica apportata, si uniforma al linguaggio usato negli altri punti dell'art. 61, e sembra voler far apparire l'aggravante come fondata su comportamenti oggettivi, non su uno status. Nella sostanza le due formule si equivalgono: sono descrizioni della medesima realtà. (...) trattandosi di aggravante comune (aumento fino a un terzo, bilanciabile con eventuali altre attenuanti) l'incidenza sul trattamento sanzionatorio può risultare poco più che simbolica. Sul piano della prevenzione generale, nessun effetto deterrente può essere ragionevolmente atteso. (...) ciò non riduce anzi accentua il significato di principio, o se si preferisce, il messaggio trasmesso dalla innovazione legislativa; il reato commesso dall'immigrato irregolare è per definizione, valutato come più grave»; l'aggravante *de qua*, inoltre, è stata accostata dai primi commentatori all'aggravante della latitanza, sul punto v. G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *RIDPP* 2008, p. 1634-1654, p.1644 «motivata dal fatto che il legislatore abbia valutato il loro disvalore come non significativamente differente e complessivamente inquadrabile all'interno del medesimo spazio edittale» v. anche A. PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione 2009*, 42; Si tratta di circostanza aggravante di natura soggettiva ex art. 70 c.p., ossia inerente le condizioni e qualità personali del colpevole, infatti attribuisce rilievo allo status di “irregolare” accertabile in ordine a disposizioni di natura amministrativa, prescindendo dall'accertamento di un collegamento con la violazione da cui questo status deriva. È certamente indispensabile un approccio integrato fra i vari rami del diritto, ma tale non può giustificare la sanzione penale, poiché, essendo la più invasiva delle sanzioni predisposte dall'ordinamento deve trovare giustificazione in motivi altri, rispetto alle violazioni di diritto amministrativo, v. anche F. ROCCHI, E. ROSI, *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, Jovene editore, 2013

⁵⁰³ Si avvicina al pensiero del teorico tedesco, l'opinione di coloro che in sede di dibattito parlamentare hanno sostenuto l'introduzione dell'aggravante, giustificata da una «più intensa ribellione alla potestà statale», manifestata da chi si rende autore di un illecito a seguito di aver già violato la disciplina di settore relativa all'ingresso ed al soggiorno sul territorio nazionale. In A. SCALFATI, *il decreto sicurezza: il d.l. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, con la collaborazione di E. APRILE e R. BRICCHETTI, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008, su stato di ribellione come ratio dell'aggravante v. anche E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p.403.

basata interamente su una presunzione⁵⁰⁴ di maggior pericolosità⁵⁰⁵ dello straniero in quanto tale.

L'evidente squilibrio⁵⁰⁶, emerge anche da un'analisi dell'art. 133 c.p.⁵⁰⁷, che prevede all'interno del giudizio del magistrato sul quantum di pena, una valutazione sulle condizioni personali del reo, inutile e ripetitiva dunque la previsione di un'aggravante avente ad oggetto specifico le medesime, non giustificabile se non nell'ottica di un

⁵⁰⁴ Il principio della personalità della responsabilità penale sancito nell'art. 27 Cost. non ammette presunzioni di pericolosità.; A. DELLA BELLA, *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 4797, «il principio di adeguatezza costituisce la chiave interpretativa di cui si avvale costantemente la corte costituzionale per valutare la legittimità delle norme che regolano i trattamenti restrittivi della libertà personale»

⁵⁰⁵ «si deve concludere che la ratio sostanziale posta a base della norma censurata è una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere» C.Cost. n. 249 dell'8 luglio 2010. Per una riflessione sul tema della *pericolosità sociale* v. A. MARTUFI, *Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato: nulla pericolositas sine actione?*, in *Dir. Pen. Proc.* n.2 del 2015, p.819-850; T. E. FROSINI, *Diritto alla sicurezza e tutela delle libertà: un crinale sottile che esalta le democrazie*, in *Guida al diritto*, n. 32 del 2005

⁵⁰⁶ Sulla congruità del trattamento sanzionatorio, si noti che i criteri valutativi della suddetta congruità, risidenti nella sussidiarietà e nella proporzionalità, sono intese come limiti alle scelte del legislatore; il primo sta a significare che la sanzione penale non costituisce l'unico strumento mediante il quale il legislatore può perseguire l'effettività dell'imposizione di obblighi o doveri, ma deve essere considerata un' *extrema ratio*, da riservare nei casi in cui per la tutela di beni ritenuti essenziali, non appaiono efficaci altri strumenti; con il secondo criterio si vuole intendere invece che la pena deve essere proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione difensiva della collettività e a quella di tutela delle posizioni individuali, G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè Editore, Milano, 1983; v. anche M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, Giuffrè editore, 2004, p. 23ss. Rileva che i suddetti valutativi dell'adeguatezza del trattamento sanzionatorio, implicano valutazioni che per la loro genericità e/o opinabilità sulla base del riscontro degli elementi di fatto, sono inevitabilmente politiche. «rimangono dunque canoni materiali di politica criminale, criteri informativi e direttivi, nell'adozione, da parte del legislatore, di scelte penali, sindacabili perciò solo nei limiti della ragionevolezza»; G. L. GATTA, *Aggravante di clandestinità*, cit. p. 133, p. 745 «le scelte di politica criminale non sono censurabili in sede di controllo di legittimità a meno che non si tratti di opzioni manifestamente irragionevoli (C. Cost. 27 giugno 2008 n. 236)»; v. anche D. PULITANÒ, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. Giust.* 2006, p.751ss.

⁵⁰⁷ Art. 133 c.p., *Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena* «Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.» La previsione dell'elemento circostanziale mirante ad attribuire uno specifico disvalore alla condizione di irregolarità, riduceva la discrezionalità del giudice, nel libero apprezzamento della posizione dello straniero, ove si trovasse convenuto per altri reati, che, si ripeta, non risultavano legati all'aggravante da alcun nesso specifico.; v. anche G. FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; v. anche E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *RIDPP* 1991, p.55-75

diritto penale simbolico, già analizzato all'interno del presente lavoro. Non stupisce dunque la non differenziazione in punto di trattamento tra coloro che sono in una condizione illegale ab origine e coloro che invece vi si trovano per fatti sopravvenuti, i cd. *overstayers*, basandosi l'aggravamento su una generalizzazione riguardo alla posizione dei cittadini dei Paesi Terzi⁵⁰⁸. Inoltre, in quanto circostanza comune, trovava applicazione a tutti i tipi di reato, indipendentemente dalla natura contravvenzionale o delittuosa del fatto.

4.2. Contro gli stigmi, la voce della Costituzione

La dichiarazione di illegittimità resa dalla Corte Costituzionale riguardo all'aggravante *de qua*, si è basata sull'accertato contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza⁵⁰⁹ di cui al primo comma dell'art. 3 Cost. e di materialità ed offensività⁵¹⁰ di cui all'art. 25 Cost.. «la qualità di immigrato 'irregolare' diventa uno

⁵⁰⁸ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit. p.96, p.406 «La finalità della statuizione era di prevenzione generale, la minaccia di un trattamento sanzionatorio più severo veniva giustificata nell'ottica di deterrenza dell'immigrazione clandestina, e di prevenzione speciale, tramite tale minaccia si voleva dissuadere lo straniero irregolare in quanto più pericoloso» di dubbia giustificabilità nei confronti dei «clandestini» veri e propri, ed assolutamente inutile nei confronti degli *overstayers*, la logica della dissuasione come può avere senso nei confronti di soggetti che vivono qui da anni, da cosa bisogna dissuaderli?; v. anche A. DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999; v. anche L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni*, Milano, Giuffrè editore, 2014; si esprime contro la capacità dissuasiva di una tale misura anche A. DELLA BELLA, *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, cit. p.138, p.4794, definendola «una minaccia che non produce effetti, è destinata a cadere nel vuoto»

⁵⁰⁹ «le scelte di politica criminale non sono censurabili in sede di controllo di legittimità delle leggi, a meno che, non si tratti di opzioni manifestamente irragionevoli (..) al giudice delle leggi appartiene il compito di verificare che il legislatore non abbia introdotto ingiustificate disparità di trattamento all'interno di un quadro normativo storicamente dato» C. Cost. n. 236 del 27 giugno 2008, in www.cortecostituzionale.it ; v. anche v. anche A. RUGGIERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, 1 aprile 2015, in www.giurcost.org; v. anche G. L. GATTA, *Aggravante di clandestinità*, cit. p. 133, p. 745 «il principio di uguaglianza “pur essendo nell’art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, deve ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo garantiti allo straniero anche in conformità dell’ordinamento internazionale” in applicazione di questo principio la Corte costituzionale ha affermato che “quando venga riferito al godimento della libertà personale, come diritto inviolabile, il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero (..) ciò comporta il rispetto da parte del legislatore del canone della ragionevolezza, espressione del principio di uguaglianza, che in linea generale informa il godimento di tutte le posizioni soggettive»; per un approfondimento in tema di conseguenze sul piano processuale, derivanti dalla declaratoria di illegittimità costituzionale de qua, l'utile contributo di M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis*, in *Cass. Pen.* 4/2011, p. 1348ss.

⁵¹⁰ C. Cost. sent. n. 249 dell'8 luglio 2010, §9 «la previsione considerata ferisce in definitiva il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore. Né si potrebbe obiettare che la qualità di immigrato in condizione irregolare deriva pur sempre da un originario comportamento trasgressivo, utile a legittimare una presunzione legislativa a carattere assoluto circa la dimensione soggettiva dell'illecito o la capacità a delinquere del reo»; v. anche

stigma, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un 'tipo di autore' assoggettato, sempre e comunque ad un più severo trattamento»⁵¹¹.

Si dice tutto questo, per ricordare, uno dei momenti in cui la logica repressiva⁵¹², ha preso il sopravvento sulla logica garantista propria dello Stato di diritto. Erigere una condizione personale a presupposto di incriminazione o aggravamento di pena, non risponde alle garanzie fondamentali⁵¹³ che dovrebbero spettare all'uomo in quanto

G. L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità, tra scelte nazionali e contesto europeo*, in *RIDPP* 1, 2015, p.188ss.

⁵¹¹ C. Cost. sent. n. 249 dell'8 luglio 2010; D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, cit. p. 49, p. 1080, nell'espone il suo approccio critico all'aggravante di clandestinità, considera anche «le ragioni che la Corte ha addotto nella sent. n. 78 del 2007 a sostegno della dichiarazione di illegittimità di alcuni articoli dell'ordinamento penitenziario ove interpretati nel senso che "allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative previste; e questo perché la radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione cadeva seguendo la norma su un'intera categoria di soggetti "sulla base di un indice (la qualità di cittadino extracomunitario) collegato in modo automatico ad una condizione soggettiva (il mancato possesso di un titolo abilitativo al regolare soggiorno sul territorio) che di per sé non è univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale»; v. anche G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè editore, 2012; v. anche A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. CARTABIA, *L'europa dei diritti, commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, il Mulino, 2001, ove si afferma la preminenza di diritto fondamentale assunta dal principio dell'uguaglianza «salva l'eventuale presenza di talune differenze purché avvengano sulla base di una giustificazione forte.» Uguaglianza infatti, non vuol dire identità, ma equa differenziazione. Ad ogni modo, non sembra costituire un motivo forte di giusta differenziazione il timore per la tenuta del patrimonio di principi e valori del moderno costituzionalismo, causato dalla presenza di soggetti presuntivamente assolutamente pericolosi, sul punto con riguardo alle attuali società multiculturali e multiethniche v. V. ONIDA, *La costituzione ieri ed oggi*, Bologna, il Mulino, 2008, p.59ss.; v. anche A. CAPUTO, *Giurisprudenza Costituzionale e immigrazione illegale*, in *Cass. Pen.* 1/2013, p. 400-432

⁵¹² «autentica espressione di gratuito rigorismo» utilizzato dall'odierno legislatore nel perseguire una politica di rigore nei confronti dei cd. "immigrati clandestini"; v. anche U. NAZZARO, *I decreti "immigrazione" e "sicurezza" del 2017*, cit. p.27, p. 599 «a legittimare le misure che appaiono liberticide opera, ancora una volta la strumentalizzazione del sentimento di insicurezza, ingenerato nei consociati avverso l'atavico nemico, sia interno, storicamente individuato nella marginalità o nell'opposizione sociale, sia esterno, definito attraverso la criminalizzazione di fenomeni migratori, a stigmatizzare i quali è, adesso, funzionale la sovrapposizione delle estranee figure del migrante e del terrorista»; v. anche L. MASERA, *"terra bruciata attorno al clandestino"*, cit. p. 44, p. 50, «solitamente si appresta lo strumento penale per garantire il rispetto di discipline colte a tutelare beni giuridici che possono essere messi in pericolo da condotte (attive od omissive) del reo (..) il risultato allora è quello di punire solo apparentemente una condotta contraria alla legge, ma in realtà sanzionando lo straniero per il suo essere irregolare, per una situazione esistenziale, cui tra l'altro egli non può neppure porre rimedio alla luce della normativa attuale, che non prevede meccanismi di emersione della clandestinità»

⁵¹³ V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, 19 maggio 2009, in *Il Sole 24 Ore*, «a che serve tutto questo? Non certo a porre in essere un'efficace dissuasione dell'immigrazione irregolare, chi infatti può pensare che la minaccia di un'ammenda di 5.000 euro, dissuada dal violare la legge persone che fuggono

tale, e manifestano in modo preoccupante ed evidente la logica del diritto penale del nemico. Inoltre, non è trascurabile l'effetto secondario discendente dall'introduzione di tale aggravante sulla condizione dello straniero, non si è favorito in tale modo alcun processo di integrazione prodromico anche ad una proficua eventuale collaborazione con le autorità giudiziarie, al fine di ricostruire ed arginare il fenomeno dello *smuggling*. Tutto è connesso, ogni aspetto di questa eterodossa disciplina del diritto dell'immigrazione è funzionale alla buona gestione di un fenomeno che riguarda la vita degli esseri umani e non da ieri.

da situazioni di disperazione e miseria assoluta, o che nel nostro territorio cercano (e magari trovano) condizioni minime di sopravvivenza?»

APPENDICE

“Prova a prendermi”, ovvero l’incriminazione tramite la reità mediata

Dall’analisi appena svolta emerge una grande difficoltà, nell’applicazione del diritto penale nazionale⁵¹⁴, a quelle ipotesi di reato poste a presidio del diritto dell’immigrazione, caratterizzate da un dinamismo in *re ipsa*. Con tale definizione volendo intendere tutte quelle fattispecie il cui verificarsi coinvolge necessariamente uno spazio più ampio del solo territorio nazionale⁵¹⁵. Volendo esaminare la questione e ricercarne le cause tramite la lettura della scarsa e non sempre uniforme giurisprudenza sul tema, si riscontra una delle difficoltà maggiori nella questione del radicamento spaziale dei reati *de qua*, che solleva il *problema dell’accertamento del nesso giurisdizionale tra reato e Stato transfrontaliero*.⁵¹⁶ Oggetto principe della

⁵¹⁴ Difficoltà che sorge anche con riguardo al contenuto, circa la difficile applicazione delle fattispecie predisposte dall’ordinamento a contrasto dei fenomeni di traffico internazionale di persone. C. VETTORI, *La tratta degli esseri umani. Evoluzione normativa e aspetti sociologici*, 2014, in www.altrodiritto.unifi.it, prende in considerazione l’articolo 601 c.p. relativo alla tratta di esseri umani; tale norma risulta di difficile applicazione, vista la quasi totale dipendenza in punto di presupposti dall’art.600 c.p. La prodromica condizione di soggezione strumentale all’attivazione dello strumento repressivo ad hoc, è infatti di ardua accertabilità, anche e soprattutto per la reticenza a parlare dei soggetti coinvolti, dovuta alla condizione di particolare vulnerabilità ed emarginazione che non favorisce certo una visione chiara. Altra fattispecie di difficile applicazione è quella di cui al sesto comma dell’art.416 del codice penale in combinato disposto con l’art. 12 T.U.Imm., per la cui trattazione approfondita si rimanda ai capitoli precedenti. Tale fattispecie sanzionando la condotta di partecipazione ad un’associazione dedita al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, richiede per l’incriminazione del soggetto un attento accertamento circa la posizione di quest’ultimo all’interno del sodalizio. La prassi rivela come nella maggior parte dei casi, gli accertamenti circa l’effettiva conduzione dei barconi pur avvenuti su basi presuntive, rivelino una sostanziale estraneità dei cd. scafisti, o quanto meno una insufficienza indiziaria tale da ritenere provata l’intraneità, rispetto alle organizzazioni criminali transnazionali, rendendo se non impossibile alquanto difficoltosa la sanzionabilità ex 416 c.p.

⁵¹⁵ Fattispecie di reato in questione è l’art. 12 del d.lgs. 286 del 1998 rubricato *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, di cui si riportano i primi due commi «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona»

⁵¹⁶ MILITELLO V., SPENA A., *"la cruna dell'ago": il migrante fra mobilità e controllo*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti: diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015, p.5ss. le maggiori difficoltà, in punto di radicamento della giurisdizione, sorgono in punto di diritto ma sono incentivate e consolidate dal fatto che «il dibattito pubblico sembra ancora dominato da alternative radicali, consistenti nel ridare corpo alle frontiere interne in quei paesi che sono mete finali dei migranti, ovvero attribuire la situazione di costante emergenza ad un vizio originario del sistema che crea migranti

presente analisi è *l'immigrazione clandestina via mare*, terreno privilegiato dello sviluppo delle attuali reti criminali transnazionali, e conseguentemente dell'attuale crisi umanitaria in corso nel Mar Mediterraneo.⁵¹⁷

1. Al di là dei confini

Come si è già avuta occasione di specificare, il profilo spaziale di questi reati, coinvolge una serie di norme e conseguentemente interessi⁵¹⁸ nazionali e non, che

irregolari, sottoposti a forme più o meno mascherate di criminalizzazione.» È possibile superare questa *empasse* per mezzo di una definitiva accettazione dell'incapacità dello Stato nella regolazione dei flussi migratori affermando l'inalienabilità della mobilità internazionale come diritto umano? O forse, sentiero più semplice è quello della delegittimazione degli Stati di fronte ad un fenomeno così ampio e più radicato di ciò che appare *prima facie*? La risposta non si presenta agevole, ma è chiaro che i tempi spingono per una opportuna e quanto mai necessaria inversione di rotta in tema di gestione dei flussi migratori, che coinvolga necessariamente un'efficace ed effettiva stretta penale su tutti coloro che incentivano il mercato del traffico internazionale di esseri umani, coinvolgente lo *smuggling*. Pochi e timidi passi sono stati fatti sul fronte Europeo con il rafforzamento dell'azione dell'agenzia Frontex; per i risultati ottenuti, il report annuale è consultabile presso il sito www.frontex.europa.eu, *A Year in review*, 10, ottobre 2017 «*One year ago, the European Border and Coast Guard Regulation entered into force, bringing to life the European Border and Coast Guard Agency on the foundation of Frontex. The new and extended mandate of the Agency and its increased resources are a clear and strong political response not only to the migration but also the security crisis faced by the EU at its external borders in 2015 and 2016. (...) For the first time, the European Border and Coast Guard Regulation clearly states that "the management of the external borders is a shared responsibility of the Union and the Member States". As a result, over the last 12 months, the Agency has acted as the operational arm of the EU, and a partner for the Member States*»

⁵¹⁷ M. CENTORRINO, P. DAVID, *Il ruolo delle mafie negli sbarchi di immigrati*, 10 dicembre 2013, in www.lavoce.info «Il sito Fortress Europe ha contato 1.822 morti durante il viaggio dalle coste del Nord Africa a quelle italiane nel 2011, considerando solo quelli denunciati dai superstiti. Intanto, l'asse delle partenze si sposta sempre di più verso la Siria e l'Egitto. Le traversate non avvengono più con un naviglio improvvisato, ma con "navi madre" più moderne, da cui poi i migranti vengono fatti scendere su imbarcazioni più piccole. Molti di questi viaggi prevedono uno "stop and go" in acque territoriali maltesi dove i migranti vengono intercettati, rifocillati, riforniti con generi di prima necessità e poi indirizzati verso le coste siciliane o calabresi»

⁵¹⁸ Per quanto riguarda il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di reato di cui all'art. 12 d.lgs. 286 del 1998, v. E. ROSI, *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, in G. PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 192ss. «alcuni pensano che sia solo lo spazio Schengen (cfr. Cass. Sez. I pen., n. 3866 del 30 gennaio 2004). Ma è meglio individuarlo nella riserva di gestione da parte degli stati dei flussi migratori, le cui normative sono tese alla garanzia del rispetto delle regole per l'esercizio del diritto di migrazione della quale ogni essere umano è titolare.»; lo *ius migrandi* è sancito espressamente in varie norme, dall'art. 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 «*Right to freedom of movement, Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State. Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country*»; art. 12 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966 «*1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own. 3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant. 4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country*»; Art. 12 della Carta Africana dei Diritti degli Uomini e dei Popoli del 1986 «*1. Every individual shall have the right to freedom of movement and residence within the borders of a State provided he abides by the law. 2. Every individual shall*

contribuiscono in maniera assai rilevante a rendere frammentaria una rassegna sul punto. Si parta come assunto fondamentale dalla «*necessità di intervenire in mare e processare gli individui coinvolti nel traffico*»⁵¹⁹, viste le dimensioni ed il *modus operandi*, raggiunti dal fenomeno del traffico di migranti. Affermare la competenza dei giudici italiani diminuirebbe il rischio di un'impunità, quale quella attualmente assicurata ai trafficanti, la cui condotta si arresta al confine del mare territoriale, permettendo dunque la sanzione di condotte lesive di interessi più ampi di quello prettamente nazionale all'integrità delle frontiere. Non è sottovalutabile, la portata internazionale di una tale questione⁵²⁰, per i soggetti coinvolti dal fenomeno e per il

have the right to leave any country including his own, and to return to his country. This right may only be subject to restrictions, provided for by law for the protection of national security, law and order, public health or morality. 3. Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with laws of those countries and international conventions. 4. A non-national legally admitted in a territory of a State Party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law. 5. The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsion shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups.» in www.claiminghumanrights.org

⁵¹⁹ A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI, *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, p.2; v. anche sull'inadeguatezza della dimensione nazionale alla gestione del fenomeno S. AMADEO e F. SPITALERI, *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015, collana di diritto dell'immigrazione diretta da A. ADINOLFI, S. AMADEO, G. CAGGIANO, G. CATALDI, G. CELLAMARE P. MORI, B. NASCIBENE, «I confini meridionali dell'unione sono esposti ad un flusso di migranti massiccio che preme senza sosta. Alle sfide poste da questo fenomeno gli Stati dell'Unione si sono presentati impreparati, anzitutto da un punto di vista per così dire culturale» Ma l'inadeguatezza più evidente ed anche più preoccupante si nota da un punto di vista normativo, «poiché le norme dell'Unione Europea sono calibrate su standard minimi talvolta embrionali.»; v. anche M. MENDOLA, *Le migrazioni dall'Africa si fermano creando opportunità*, 19 settembre 2017, in www.lavoce.info «Il recente vertice di Parigi fra i principali paesi europei e tre stati africani (Libia, Ciad e Niger) ha sancito il nuovo approccio alle migrazioni internazionali che prevede una stretta “cooperazione con i paesi di origine”. Questa si basa essenzialmente sul contrasto dell'immigrazione irregolare, in primo luogo attraverso le misure messe in atto dal governo italiano (gli accordi con la Guardia costiera libica e il codice di condotta per le Ong) per controllare i flussi lungo la rotta del Mediterraneo centrale. Comprende inoltre il sostegno a Ciad e Niger – paesi di transito – per il rafforzamento dei controlli delle loro frontiere verso Nord. (...) Esempi di fallimento di politiche di sviluppo che hanno effetti opposti a quelli che si prefiggono sono molteplici in contesti poveri. Nel caso dei flussi migratori, e in particolare del mercato dei migranti che ne è scaturito, nessuno può dirsi favorevole al fenomeno dei barconi e alla strage di vite umane che si consuma nel Mediterraneo. Politiche mirate a bloccare in modo diretto questo mercato, però, potrebbero rafforzare, invece di indebolire, i trafficanti di uomini se non sono accompagnate dalla creazione di opportunità economiche alternative per i migranti.»

⁵²⁰ Nel sentire pubblico ed in autorevoli voci della dottrina si sottolinea la necessità di oltrepassare la dimensione nazionale, ritenuta insufficiente se non all'interno di un piano di azione non solo finanziario ma anche e soprattutto operativo, “comunitarizzato” prima e globalizzato poi, per avere possibilità di successo nella lotta contro tale fenomeno di traffico di migranti che rivela chiaramente l'esistenza di una rete criminale transnazionale ben consolidata. M. AMBROSINI, *L'accoglienza umanitaria non è un optional*, 20 agosto 2013, in www.lavoce.info afferma che « nel 2005 l'Unione Europea ha varato il sistema Frontex per coordinare la vigilanza sulle frontiere esterne dell'Unione. Finanziato con 6,3 milioni di euro nel 2005, ha visto il suo budget crescere a quasi 42 milioni nel 2007 e a circa 87 milioni nel 2010. L'Unione quindi non lesina le risorse per il controllo delle frontiere, con incrementi molto maggiori di quelli registrati da tanti altri capitoli di spesa.» ma come appena detto, non basta la

contesto normativo di riferimento, composto principalmente da fluidi strumenti pattizi, quali i protocolli annessi alla Convenzione delle nazioni unite contro il crimine organizzato⁵²¹ insieme a più solidi strumenti convenzionali quali la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare⁵²².

2. Il “mare di nessuno”?

Premessa e punto d’arrivo della presente appendice è il *principio della libertà dell’alto mare*⁵²³, poiché legittima sia le ricostruzioni tese a negare l’esercizio dell’azione

predisposizione di risorse economiche «andrebbe superato anzitutto il principio di una gestione nazionale del problema internazionale delle cosiddette migrazioni forzate: servirebbe una disciplina unica e una gestione comunitaria del dossier, affidata ad un’Autorità comunitaria.»; v. anche M. CALABRESI, *La spiaggia su cui muore l’Europa*, 3 settembre 2015, in La Stampa

⁵²¹ «Annex III Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime», firmata a Palermo nel 2000, ed entrata in vigore il 29 settembre 2003; nel preambolo generale alla Convenzione si legge «*With the signing of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime in Palermo, Italy, in December 2000, the international community demonstrated the political will to answer a global challenge with a global response. If crime crosses borders, so must law enforcement. If the rule of law is undermined not only in one country, but in many, then those who defend it cannot limit themselves to purely national means. If the enemies of progress and human rights seek to exploit the openness and opportunities of globalization for their purposes, then we must exploit those very same factors to defend human rights and defeat the forces of crime, corruption and trafficking in human beings*» nel preambolo del protocollo si legge «*Declaring that effective action to prevent and combat the smuggling of migrants by land, sea and air requires a comprehensive international approach, including cooperation, the exchange of information and other appropriate measures, including socio-economic measures, at the national, regional and international levels*»

⁵²² «United Nations Conventions on the Law of the Sea» (da adesso in poi UNCLOS), aperta alla firma a Montego Bay, Giamaica, il 10 dicembre 1982 ed entrata in vigore il 16 novembre 1994, in www.un.org; L’Italia ha ratificato con la legge del 2 dicembre 1994, n. 689, (pubblicata nella G.U. n. 295 Suppl.Ord. del 19/12/1994) recante “*ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, nonché dell’accordo di applicazione della parte XI della convenzione stessa, con allegati, fatto a New York il 29 luglio 1994*”; v. anche *Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare* adottata a Londra il 1 novembre 1974, ratificata con legge n.313 del 1980, e anche *Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo*, (SAR) adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979, ratificata con l.n.147 del 3 aprile 1989; v. sul punto B. PÉREZ DE LAS HERAS, *La ayuda humanitaria de la Union Europea*, in *Revista de Derecho de la Union Europea*, 9/2005

⁵²³ Il principio della libertà dell’alto mare, a seguito dell’entrata in vigore della UNCLOS non deve più essere letto nel senso delle acque internazionali come “terra di nessuno”, ma bensì come “terra di tutti”. I primi tre articoli che valgono a tracciare i tratti fondamentali di tale principio nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare sono L’ARTICOLO 87, LIBERTÀ DELL’ALTO MARE «1. *L’alto mare è aperto a tutti gli Stati, sia costieri sia privi di litorale. La libertà dell’alto mare viene esercitata secondo le condizioni sancite dalla presente Convenzione e da altre norme del diritto internazionale. Essa include, tra l’altro, sia per gli Stati costieri sia per gli Stati privi di litorale, le seguenti libertà: a) libertà di navigazione; b) libertà di sorvolo; c) libertà di posa di cavi sottomarini e condotte, alle condizioni della Parte VI; d) libertà di costruire isole artificiali e altre installazioni consentite dal diritto internazionale, alle condizioni della Parte VI; e) libertà di pesca, secondo le condizioni stabilite nella sezione 2; f) libertà di ricerca scientifica, alle condizioni delle Parti VI e XIII. 2. Tali libertà vengono esercitate da parte di tutti gli Stati, tenendo in debito conto sia gli interessi degli altri Stati che esercitano la libertà dell’alto mare, sia i diritti sanciti dalla presente Convenzione relativamente alle attività nell’Area.*»; L’ARTICOLO 88, USO ESCLUSIVO DELL’ALTO MARE PER FINI PACIFICI «*L’alto mare*

penale su fatti criminosi consumati in acque internazionali, sia quelle tese ad affermarlo. «La disciplina che la UNCLOS sancisce per gli spazi marittimi mira a stabilire un giusto equilibrio tra gli interessi teoricamente contrapposti degli Stati nella loro qualità di Stati rivieraschi e gli interessi degli Stati nella loro qualità di Stati di bandiera e a questo fine, le parti hanno concordato di fissare limiti materiali e territoriali dei loro rispettivi diritti sovrani». Tale visione della comunità internazionale come una comunità di governanti e non di governati, porta ad affermare inoltre che i singoli non godono, in linea di principio di diritti e libertà autonome in forza delle convenzioni internazionali. In questa cornice interpretativa, andrebbe inquadrata la questione del principio della libertà dell'alto mare, promanazione della sovranità statale⁵²⁴, in quanto tale fruibile solo in presenza di un legame effettivo tra la nave e lo Stato⁵²⁵. Nelle fattispecie oggetto della presente analisi, le problematiche maggiori sorgono per la presenza di imbarcazioni, utilizzate per effettuare il traffico di migranti, prive di bandiera e dunque prive di quel rapporto giuridico e di fatto in grado di assicurare la libera navigazione, sulle quali è stato ritenuto impossibile affermare la competenza giurisdizionale di qualsivoglia Stato rivierasco, ma le cose non stanno così.

2.1.Libertà ostacolo?

Tale libertà costituisce l'attuale ostacolo all'esercizio dell'azione penale sulle condotte di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina che si consumano oltre il mare

deve essere usato esclusivamente per fini pacifici» e ad ultimo L'ARTICOLO 89, ILLEGITTIMITÀ DELLE RIVENDICAZIONI DI SOVRANITÀ SULL'ALTO MARE «Nessuno Stato può legittimamente pretendere di assoggettare alla propria sovranità alcuna parte dell'alto mare.»

⁵²⁴ Sent. Cass. Sez. I pen., 23 maggio 2014, n.36052 (dep. 20 agosto 2014), considerato in diritto §7 «Alla sovranità, tradizionalmente legata alla concezione di Stato avente aspirazione universalistica ma di fatto territorialmente delimitato, accede anzitutto l'esercizio della giurisdizione quale potestà di ciascuno Stato di applicare le proprie leggi tendenzialmente nei confronti di chiunque, ma quantomeno nell'ambito del territorio oggetto della sua sovranità. Anche la giurisdizione tende, dunque, all'universalità ma, per reciproco riconoscimento e autolimitazione dei diversi Stati sovrani, è di norma legata alle condizioni di non extraterritorialità della condotta e dell'agente, salve le eccezioni espressamente previste, tra cui appunto quelle prima ricordate in materia di possibilità di abbordaggio e di interventi in alto mare, e la possibilità di estradizione.»

⁵²⁵ UNCLOS ARTICOLO 90, DIRITTO DI NAVIGAZIONE «Ogni Stato, sia costiero sia privo di litorale, ha il diritto di far navigare nell'alto mare navi battenti la sua bandiera». ARTICOLO 91 NAZIONALITÀ DELLE NAVI «1. Ogni Stato stabilisce le condizioni che regolamentano la concessione alle navi della sua nazionalità, dell'immatricolazione nel suo territorio, del diritto di battere la sua bandiera. Le navi hanno la nazionalità dello Stato di cui sono autorizzate a battere bandiera. Fra lo Stato e la nave deve esistere un legame effettivo. 2. Ogni Stato rilascia alle navi alle quali ha concesso il diritto di battere la sua bandiera, i relativi documenti.»

territoriale.⁵²⁶ La rimozione di tale ostacolo potrebbe passare attraverso una valorizzazione del principio *par in parem non habet imperium*, nella lettura della suddetta libertà dell'alto mare, affermando perciò che in assenza di un rapporto tra il navigante in alto mare e altro Stato, non sia consentito al singolo di rivendicare alcuna generalizzata esclusione di sovranità, ma essendo costui al contrario, «soggetto senza limiti esterni alla potestà coercitiva e punitiva di qualsiasi Stato le cui leggi abbia violato e alla cui giurisdizione, in base all'ordinamento interno e in conformità alle norme convenzionali, è assoggettato»⁵²⁷

2.2. Quale giurisdizione?

Ulteriore causa del problematico accertamento della competenza dei giudici e delle forze pubbliche italiani sui reati de qua, è la differente ampiezza del concetto di giurisdizione accolto dalle convenzioni internazionali. Queste ultime infatti mutuando il termine *Jurisdiction*⁵²⁸ dal common law, hanno incluso tutti i gradi di coercitività che un sistema può presentare, includendo dunque il potere di qualsivoglia organo dello Stato di fare imporre il diritto, oltre che di giudicare in base a tale diritto. La *jurisdiction* attuabile in mare può consistere in vari interventi graduati a seconda dell'esigenza alla quale si voglia far fronte, e non sempre contiene tutti e tre gli aspetti. L'utilizzo di una tale estesa nozione di giurisdizione permette di ricomporre ad unità i

⁵²⁶ Per quanto riguarda la sussistenza della giurisdizione italiana sulle condotte oggetto di incriminazione da parte dell'art. 12 d.lgs. 286 del 1998, E. ROSI, *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, cit. p. 2, p.193ss., ritiene che lo Stato italiano risulti coinvolto «solamente quando interessato da almeno un segmento della condotta, cioè sia o stato di destinazione o di transito. Con l'eccezione legata alle fattispecie associative, per le quali la giurisdizione si radica indipendentemente dal materiale svolgimento sul suolo nazionale di condotte oggetto di incriminazione penale, ma in ragione del luogo in cui ha avuto inizio il sodalizio (Cass. Sez. VI pen., n. 2324 del 1 agosto 2000) trattandosi di un reato permanente, con riguardo al luogo in cui ha avuto inizio la consumazione del reato ex art. 8 comma 3 c.p.p. "momento in cui l'operatività del sodalizio criminale divenga esternamente percepibile per la prima volta" (Cass. Sez. III pen., n. 24263 del 20 giugno 2007)»

⁵²⁷ Sent. Cass. Sez. I pen., 23 maggio 2014, n.36052 (dep. 20 agosto 2014), considerato in diritto §7 «Va esclusa, invece, la possibilità di evocare una sorta di libertà, o di esclusione, da qualsivoglia potere sovrano sul presupposto che la libertà dell'alto mare stia a significare che le acque extraterritoriali sono "terra di nessuno", da nessuna autorità raggiungibile, idonee ad assicurare l'impunità a chiunque, sol che navighi su nave non battente alcuna bandiera»

⁵²⁸ Per *legislative jurisdiction* si intende il potere dello Stato di regolare condotte per mezzo di atti normativi, affiancato dalla *enforcement jurisdiction*, consistente nel potere di attuare coercitivamente le proprie norme giuridiche. A completare la triade sta la *adjudicative jurisdiction*, riguardante la potestà delle corti di uno Stato di applicare le norme ed imporre le sanzioni da esse previste; v. anche E. PAPASTAVRIDIS, *Enforcement jurisdiction in the mediterranean sea: illicit activities and the rule of law on the high seas*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p.569-599; v. anche D. BIGO, *The (in) securitization practices of the three universes of EU border control: Military/Navy–border guards/police–database analysts*, in *Security Dialogue*, 2014, p.209-225

vari concetti, ampliando l'ambito potenziale ed effettivo di applicazione della legge nazionale nello spazio. Non è possibile in quest'ottica una contestazione basata sulla differenza tra il «diritto di ingerenza» e la «giurisdizione» utilizzata dai ricorrenti⁵²⁹ per contestare l'esercizio dell'azione penale e dei poteri coercitivi che ne sono corollario. La Corte di Cassazione ha confermato la legittimità di tali misure, sia coercitive che giurisdizionali, sulla base di numerose fonti normative, tutte ratificate ed in vigore nell'ordinamento italiano.⁵³⁰

La giurisdizione, come forma di manifestazione della sovranità, tende all'universalità ma, per reciproco riconoscimento ed autolimitazione dei diversi Stati è di norma legata alle condizioni di non extraterritorialità della condotta o almeno dell'agente, salve le eccezioni espressamente previste.⁵³¹ Nell'ordinamento italiano, l'esercizio della

⁵²⁹ Sent. Cass. Sez. I pen., 23 maggio 2014, n.36052 (dep. 20 agosto 2014), ritenuto in fatto §2 «Erroneamente, inoltre, il Tribunale aveva ritenuto coincidenti il "diritto di ingerenza" esercitabile da una nave da guerra che incroci nell'alto mare una nave senza bandiera (di cui è corollario il diritto di visita) con il diverso concetto di "giurisdizione" esercitabile dalle autorità statuali della nave controllante sulla nave controllata e sui suoi occupanti allorquando l'operazione avviene in un luogo (alto mare) in cui difetta ogni giurisdizione in capo al naviglio ingerente» Nel caso di specie, il diritto di ingerenza, *species* del *genus* diritto di visita (UNCLOS, ARTICOLO 110 DIRITTO DI VISITA §1 «1. Salvo il caso in cui gli atti di ingerenza derivino da poteri conferiti in virtù di trattati, una nave da guerra che incrocia una nave straniera nell'alto mare non avente diritto alla completa immunità secondo il disposto degli articoli 95 e 96, non può legittimamente abbordarla, a meno che non vi siano fondati motivi per sospettare che: a) la nave sia impegnata in atti di pirateria; b) la nave sia impegnata nella tratta degli schiavi; c) la nave sia impegnata in trasmissioni abusive e lo Stato di bandiera della nave da guerra goda dell'autorità di cui all'articolo 109; d) la nave sia priva di nazionalità; oppure e) pur battendo una bandiera straniera o rifiutando di esibire la sua bandiera, la nave abbia in effetti la stessa nazionalità della nave da guerra.»), sarebbe inerente agli atti che una nave da guerra può legittimamente porre in essere laddove incroci in alto mare una nave priva di bandiera, mentre la giurisdizione sarebbe inerente ai poteri esercitabili dalle autorità statali della nave controllante sulla nave controllata, laddove le operazioni avvengano in alto mare.

⁵³⁰ Primariamente sul disposto dell'art. 100, par.1 comma d) in combinato con l'art. 91, entrambi della UNCLOS, che in presenza di sospetto di traffico di schiavi, autorizza l'abbordaggio di navi che non battono alcuna bandiera, facoltà estesa dalla disposizione di cui all'art. 8 par. 2 e 7 del protocollo contro il traffico di migranti annesso alla Convenzione di Palermo, alle navi che siano sospette di traffico illecito di migranti. In presenza di tali sospetti viene dunque autorizzata l'intercettazione e l'adozione delle misure appropriate nei confronti di navi che battano o no bandiera di altro Stato, sulla base dell'estesa nozione di *jurisdiction* che di regola annette all'esercizio della giurisdizione, quale espressione di sovranità, l'adozione di provvedimenti cautelari e pre-cautelari, come previsti dai singoli ordinamenti interni purché non confliggenti con principi fondamentali universalmente riconosciuti.

⁵³¹ E. ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La convenzione ONU di Palermo*, IPSOA, Milanofiori Assago, 2007, «L'art. 15 della convenzione di Palermo, sancisce due ordini di criteri per determinare la giurisdizione in ordine ai reati transnazionali. Il primo di tipo obbligatorio, sancisce il principio di territorialità, secondo il quale ogni stato parte è obbligato in via generale ad adottare misure per determinare la propria giurisdizione territoriale. Si sottolinea, un aspetto che è stato spesso oggetto di fraintendimento, il contenuto delle norme incriminatrici nazionali deve prescindere dalla loro eventuale dimensione transnazionale, tracciandosi l'obbligo di incriminazione in termini assoluti. Il secondo ordine di criteri è invece di tipo facoltativo, affiancando ai tradizionali criteri della nazionalità della vittima o del reo, quello della partecipazione ad organizzazione criminale al di fuori del territorio nazionale ma al fine di commettere uno o più reati gravi all'interno di quest'ultimo e

giurisdizione penale per reati commessi interamente all'estero, si configura coerentemente con quanto appena detto, come un'eccezione al generale principio di territorialità, che orienta la disciplina del *locus commissi delicti*⁵³² tutta, sancito nel comma 1 dell'art. 6 c.p. «Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana», le eccezioni sono consentite per ipotesi da ritenersi tassative, elencate nei successivi articoli.⁵³³

3. Come incriminare?

Lo sforzo interpretativo che la Corte della nomofilachia sta cercando di compiere, in attesa di un intervento legislativo al riguardo, è quello pertanto, di ampliare le suddette ipotesi eccezionali, fino a potervi ricomprendere la punibilità, per condotte

quello del concorso, tentativo o agevolazione fuori dal territorio per la commissione del reato di riciclaggio all'interno dello Stato. Tali criteri, come specificato dall'art.4 della convenzione, sono sanciti nel rispetto della sovranità territoriale (che si sostanzia secondo la carta ONU, nell'eguaglianza sovrana, integrità territoriale, non ingerenza in affari interni di altri stati)»

⁵³² La disciplina si evince dall'analisi di alcuni rilevanti articoli del codice di procedura penale, la cui lettura risulta utile per inquadrare la vicenda oggetto della presente appendice. Libro I, Titolo I, capo II, *sezione III Competenza per territorio*, Art. 8 «1. la competenza per territorio è determinata dal luogo in cui il reato è stato consumato. 2. Se si tratta di fatto dal quale è derivata la morte di una o più persone, è competente il giudice del luogo in cui è avvenuta l'azione o l'omissione. 3. Se si tratta di reato permanente, è competente il giudice del luogo in cui ha avuto inizio la consumazione, anche se dal fatto è derivata la morte di una o più persone. 4. Se si tratta di delitto tentato, è competente il giudice del luogo in cui è stato compiuto l'ultimo atto diretto a commettere il delitto»; nell'art. 9 sono disciplinate le regole suppletive in caso di impossibilità di stabilire la competenza giurisdizionale sulla base dell'art. 8; art. 10 «1. Se il reato è stato commesso interamente all'estero, la competenza è determinata successivamente dal luogo della residenza, della dimora, del domicilio, dell'arresto o della consegna dell'imputato. Nel caso di pluralità di imputati, procede il giudice competente per il maggior numero di essi. 2. Se non è possibile determinare nei modi indicati nel comma 1 la competenza, questa appartiene al giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero che ha provveduto per primo a iscrivere la notizia di reato nel registro previsto dall'art. 335. 3. Se il reato è stato commesso in parte all'estero, la competenza è determinata a norma degli artt. 8 e 9»

⁵³³ Per quel che qui interessa, le rilevanti eccezioni al principio di territorialità sono previste nell'art. 6, *Reati commessi nel territorio dello Stato*, comma 2, c.p. «Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o la omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione»; nell'art. 7, *Reati commessi all'estero*, comma 1, n. 5, c.p. «è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: (...) n.5. ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana»; nell'art. 10, *Delitto comune dello straniero all'estero*, c.p. «Lo straniero che fuori dei casi elencati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato, o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del Ministro, ovvero istanza o querela della persona offesa. Se il delitto è commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito secondo la legge italiana a richiesta del Ministro, sempre che: 1) si trovi nel territorio dello Stato; 2) si tratti di delitto per il quale è stabilita la pena dell'ergastolo, ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni; 3) l'extradizione di lui non sia stata concessa, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto, o da quello dello Stato a cui egli appartiene»; ulteriori eccezioni sono sancite dall'art. 8, delitto politico commesso all'estero, dall'art. 9, delitto comune del cittadino all'estero.

teoricamente non rientranti in nessun delle suddette figure criminose, ma la cui punibilità è uno degli obiettivi principali del “protocollo contro lo *smuggling*”⁵³⁴. È primariamente necessario analizzare le due condotte principali che si contrappongono in punto di diritto ed in punto di fatto, ovvero quella dei trafficanti e quella dei soccorritori.

3.1. La condotta dei trafficanti

Gli attori principali del traffico di migranti sono i cd. *smugglers*, che hanno nel tempo rafforzato il proprio *modus operandi*, perfezionando di volta in volta il metodo, per trasportare il maggior numero di persone, ottenendo rilevanti profitti, garantendosi l’impunità. Questi soggetti sono coloro che, come definiti dall’art. 3 del “Protocollo contro lo *smuggling*”⁵³⁵, agiscono al fine di procurare l’ingresso illegale di cittadini di Paesi terzi all’interno di altri Paesi traendone profitto, in quanto tali sono i destinatari delle norme che incriminano il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. La strategia criminale prescelta nella maggior parte dei casi è quella, caratterizzata da una concatenazione di atti, della «flotta proteiforme»⁵³⁶, composta da una cd. nave-madre e più cd. navigli-satellite. La condotta illecita che si arresta in acque internazionali riconducibile agli *smugglers*, consiste nella messa in grave pericolo della vita dei migranti oggetto di traffico, attraverso il trasbordo quasi sempre in alto mare dei passeggeri dalla nave madre ad altre imbarcazioni minori⁵³⁷, fatiscenti e totalmente

⁵³⁴ «Article 7. Cooperation States Parties shall cooperate to the fullest extent possible to prevent and suppress the smuggling of migrants by sea, in accordance with the international law of the sea»

⁵³⁵ «Article 3. Use of terms. For the purposes of this Protocol: (a) “Smuggling of migrants” shall mean the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident»

⁵³⁶ G. DI CHIARA, *Traffico di migranti via mare, poteri di polizia nelle azioni di contrasto e tutela della dignità della persona*, in *Dir. Pen. Proc.* 1/2016, p. 6 «I protocolli operativi del traffico di esseri umani via mare tra le coste nordafricane e il sud Europa, nei periodi dell’anno in cui le condizioni del mare non consentono la pianificazione di viaggi a bordo di un’unica imbarcazione, annoverano dunque, l’impiego di vere e proprie piccole flotte: un insieme di battelli o navigli satellite, destinati alle manovre di imbarco sulla costa di partenza e di sbarco presso la costa di arrivo, e un perno operativo centrale, costituito da una nave madre che incrocia in alto mare, dunque in acque internazionali, in mare “di nessuno” e grazie ai navigli di supporto non entra in acque territoriali»

⁵³⁷ Ai navigli satellite, che entrano nel mare territoriale, diventando proprio in quel momento passibili della giurisdizione del Paese transfrontaliero, vengono attribuite, secondo le ricostruzioni più frequenti, le condotte terminali dell’azione criminosa, conducenti alla realizzazione del risultato illecito avuto di mira dai trafficanti *ab initio*, ovvero l’ingresso illegale nel Paese del quale i migranti non sono cittadini, né residenti abituali.

inadeguate al trasporto, che provocando una situazione di stato di necessità attiva l'obbligo di soccorso.

3.2. La condotta dei soccorritori

La condotta dei soccorritori si sostanzia nella parte finale della concatenazione causale e risponde ad una logica di adempimento di un dovere⁵³⁸ imposto dal diritto nazionale⁵³⁹ e da quello internazionale⁵⁴⁰. In questa logica risiede il fondamento di scriminabilità che garantisce la non punibilità di tali soggetti che, in assenza di tale effetto, si troverebbero imputati per il reato *de qua*.⁵⁴¹

⁵³⁸ Si potrebbe, a prima vista, scorgere il fondamento della scriminabilità nell'art. 51 c.p. che recita così «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine»; affermando che l'adempimento di un dovere possa essere considerato come segmento di una condotta criminosa, non si potrebbe realisticamente ricondurre la condotta dei trafficanti nell'alveo di quelle degli *autori mediati*, almeno con riferimento all'ipotesi di obbligo imposto dalla legge. In un tale caso infatti la valutazione circa la necessità dell'intervento non sarebbe rimessa alla determinazione di chi esercita la coazione ma bensì alla predeterminazione dell'obbligo. È proprio sulla base di questa predeterminazione che si afferma la non strumentalizzabilità dell'obbligo di intervento ex 51 c.p. poiché in esso è assente un margine di discrezionalità all'interno del quale potrebbe trovare spazio lo sfruttamento da parte dell'autore dell'illecito della condotta scriminata.

⁵³⁹ D.lgs 286 del 1998, Art. 12, comma 2. «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato»; Art. 10, comma 4 «Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 e quelle dell'articolo 4, commi 3 e 6, non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari»; Art. 40, comma 2, c.p. «Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo»

⁵⁴⁰ UNCLOS ARTICOLO 98 OBBLIGO DI PRESTARE SOCCORSO «1. Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa; c) presti soccorso, in caso di abbordo, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e qual'è il porto più vicino presso cui farà scalo. 2. Ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali.

⁵⁴¹ Questo sfruttamento della condotta di un altrui soggetto non imputabile, o, come nel caso di specie, non punibile, si potrebbe far rientrare, senza alcuna particolare difficoltà, sotto la previsione dell'art. 111 c.p. rubricato, *determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile*, cpv. «chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso; e la pena è aumentata.»

3.3. “Un po’ per uno non fa male a nessuno”

Dalla sintetica ricostruzione emerge un’apparente “ripartizione” della condotta criminosa tra i trafficanti ed i soccorritori, che serve a garantire la sicurezza e l’impunità ai primi, unici responsabili per la messa a rischio della vita di molteplici persone nonché veri colpevoli del reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. Pur non volendo inquadrare il naufragio con conseguente soccorso emergenziale come oggetto di previsione e volizione da parte dei trafficanti⁵⁴² è impossibile non ricomprendere la condotta di messa in pericolo di vite umane al momento del trasbordo su fatiscenti imbarcazioni almeno sotto un dolo eventuale⁵⁴³, in quanto rischio assolutamente preventivato o al minimo preventivabile. La presenza di questo rischio incide in maniera assai rilevante sulla ricostruzione del reato in questione, poiché sempre più frequentemente viene abilmente strumentalizzato da parte dei trafficanti, per garantirsi l’impunità. Far risalire la condotta illecita, e quindi la punibilità all’ultimo segmento, prodromico nei fatti, all’ingresso, ovvero il soccorso emergenziale, fa sì che siano «i soccorritori stessi a perfezionare il trasporto vietato dall’art. 12 T.U.Imm.»⁵⁴⁴ In realtà, tale ultimo tassello costituisce elemento essenziale e pianificato *ab initio* di una sequenza di atti che trovano il perno nell’abbandono dei

⁵⁴² Cass. Sez. I pen., sent. n. 36837 del 2 marzo 2017 (dep. 25 luglio 2017), ritenuto in fatto §2.1 «La fattispecie contestata, delle due previste dalla disposizione (art. 12 T.U.Imm.), puniva già gli atti diretti all’illegale ingresso dei migranti in Italia. Si trattava di una fattispecie a consumazione anticipata, rispetto a cui il reato si era consumato, con il completamento della condotta nelle acque internazionali. In effetti, secondo il ricorrente, il fine ultimo degli scafisti non era far arrivare i migranti in Italia, bensì era quello di intascare il denaro che i disperati versavano loro prima del viaggio e poi di abbandonarli in mare: che i migranti venissero o meno soccorsi e recuperati dalle navi della Marina era per gli scafisti del tutto irrilevante, sicché, contrariamente a quanto era stato sostenuto anche dalla sentenza impugnata, l’arrivo in Italia non era affatto da considerarsi come un fatto programmato.»

⁵⁴³ Secondo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II *Il reato*, pt. I *La fattispecie oggettiva*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, p. 244 «La legge menziona come oggetto della volontà il pericolo. Volere il pericolo significa volere quantomeno nella forma del dolo eventuale l’evento proibito. Il pericolo consiste in una costellazione di elementi che rendono altamente possibile il verificarsi della modifica nel mondo esterno presa in considerazione dalla legge. *Se mi rappresento e voglio tale costellazione di elementi nella consapevolezza che essi costituiscono un pericolo, non posso non rappresentarmi e volere l’evento o gli eventi che ne possono derivare.*»

⁵⁴⁴ F. LOMBARDI, *Osservazioni a Cass. Pen. Sez. I, n. 3345 del 10 dicembre 2014*, in *Cass. Pen.* 5, 2015, p.1998ss. «riflettere sul regime applicabile ai soccorritori i quali raggiungano una nave trasportante migranti clandestini naufragata in acque extraterritoriali, al fine di scortarne i superstiti entro i confini nazionali. Nel caso di specie, sono in apparenza i soccorritori stessi a perfezionare il trasporto vietato dall’art. 12 T.U.Imm. ponendosi il problema di evitare l’esplicazione della pretesa punitiva nei loro confronti, dirigendola verso il comandante della imbarcazione che abbia allertato le autorità nazionali in modo da ottenere i citati soccorsi.»

«barconi» in acque extra-territoriali⁵⁴⁵, destinato a produrre una situazione di necessità, che ha come fine ultimo la produzione del risultato dell'ingresso illegale. Attraverso una tale ricostruzione però, si perde di vista il diritto sostanziale e la scelta operata dal legislatore nazionale, che per delineare il delitto in questione ha utilizzato lo schema del reato di pericolo.⁵⁴⁶ L'anticipazione della soglia di punibilità, risponde

⁵⁴⁵ La messa in evidenza della pianificazione complessiva dell'attività e il rischio di naufragio opportunamente strumentalizzato, con l'intenzionale utilizzo, per raggiungere un obiettivo illecito, di un obbligo sancito dal diritto internazionale quale quello di soccorso in mare, porterebbe a concludere per la derivazione causale diretta del soccorso dalla condotta illecita, scriminando così i migranti irregolari che effettivamente approdano sulle coste italiane. Si dovrebbe considerare quindi come unitaria l'attività della cd. nave madre e quella delle cd. navi satellite, senza che l'attività di soccorso interrompa il nesso di causalità tra la condotta antecedente al soccorso suddetto e quella successiva ad esso, consistente nell'ingresso illegale secondo il noto brocardo *causa causae est causa causati*. Inoltre tramite l'utilizzo della *presenza costruttiva* (S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'unione europea*, cit. p. 111, p.118), che si ha allorché il collegamento tra nave straniera e Stato costiero sia stabilito sulla base di criteri diversi da quello spaziale, si potrebbe forse legittimare una forma più pregnante di controllo sulle navi in acque internazionali, pur consci di non poter influire su un diritto di libertà quale è quello della navigazione nel mare internazionale? Rimanendo in tema di giurisdizione, seguendo il diritto del mare, viene centralizzato il ruolo dello Stato di bandiera, ma allora qual è la situazione in quei casi in cui l'imbarcazione non batte bandiera, o ne batte una di convenienza? La normativa italiana stabilisce al comma secondo dell'art. 12 del d.lgs. n 286 del 1998 un esplicito limite alle attività di respingimento in mare, individuato nel soccorso emergenziale, di durata temporanea ed improrogabile per motivi umanitari, accompagnando tale previsione a quella secondo la quale per il territorio italiano e dunque il mare territoriale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate a stranieri in condizioni di bisogno, salvo quanto previsto dall'art. 54 del codice penale. In queste disposizioni secondo M. CARTA, *misure di contrasto al traffico di migranti via mare*, in G. PALMISANO, *il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, cit. p.90, p.81ss. sono leggibili le istanze, provenienti dal diritto umanitario, di salvaguardare la vita e la dignità del migrante, che si dovrebbero porre come linee guida e limiti di tutte le possibili azioni di contrasto al traffico di migranti clandestini via mare. È chiaro che queste cautele sono poste in risposta ad esigenze umane, che vanno ben oltre il diritto sostanziale, affondando le radici nel diritto naturale alla vita, che merita rispetto in ogni condizione e ad ogni costo.

⁵⁴⁶ La previsione di una fattispecie a consumazione anticipata è stata sottolineata dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. I pen., sent. n. 40624 del 25 marzo 2014, (dep. 1 ottobre 2014) il ricorrente contestava il fatto che la condotta da lui tenuta non rientrasse nell'attuale locuzione normativa «ove si compie riferimento alla punibilità di atti diretti a "procurare" l'ingresso illegale e non già a "favorire" il medesimo. La modifica normativa, già risalente alla legge del 2002, come ritenuto anche nella presente sede di legittimità (da Sez. 3^a 30.5.2012), avrebbe comportato una sensibile riduzione dell'area della punibilità atteso che l'uso del termine "procurare" implica che la condotta punibile sia soltanto quella volta a consentire l'effettivo ingresso dello straniero. Dunque, pur ritenendola sussistente in fatto, la condotta tenuta dallo S. non sarebbe punibile») tramite l'attribuzione di centralità agli «atti diretti a provocare l'ingresso in violazione delle norme regolatrici di settore». Tale criminalizzazione degli atti preparatori lì dove obiettivamente idonei secondo il generale criterio di materialità della condotta, che nel corso della presente analisi, è stata anche interpretata come uno dei segnali di quell'inquietante diritto penale del nemico, ha qui uno scopo ben preciso e razionale nell'ottica della politica criminale necessaria a perseguire fenomeni di tal fatta. La Corte (Cass. Sez. I pen., sent. n. 40624 del 25 marzo 2014, (dep. 1 ottobre 2014)) specifica che nel caso in cui la condotta tenuta dall'imputato sia «diretta» verso un fine che non si realizzi per fatto estraneo alla volontà dell'agente, sul piano dogmatico, si presenterà la fattispecie di delitto tentato e non di quello consumato. «Ciò comporta - in diritto - la necessità di approfondire l'esame della logica sottesa alle plurime incriminazioni di cui all'art. 12 del TU imm., norma oggetto di ricorrenti interventi di novellazione (se ne contano ben sette sull'intero testo normativo tra il 1998 e il 2009) ed orientata a reprimere non già le condotte dell'immigrato 'clandestino'»

alla logica della tutela di interessi, che per natura, possono essere messi in pericolo già da situazioni di potenzialità, senza richiedere la verifica di alcun evento specifico.⁵⁴⁷ Garantire almeno negli Stati, che sono parte della Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale, la punibilità di condotte portatrici di enorme disvalore per la comunità internazionale tutta, è il precipuo scopo degli obblighi di incriminazione previsti dal “Protocollo contro lo smuggling”⁵⁴⁸. Dunque, il reato delineato nell’art. 12, comma 1, T.U.Imm. non si perfeziona con l’illegitimo attraversamento della frontiera, ma in quello di molto anteriore, in cui si organizza il favoreggiamento stesso.⁵⁴⁹ Rendendo irrilevante il conseguimento o meno del

(in quanto tale), quanto le condotte dei soggetti che sul fenomeno della immigrazione costruiscono occasione di sfruttamento e di guadagno economico, al contempo contribuendo ad alimentare la costante violazione della disciplina di settore. Nella formulazione vigente (a far data dal 15 luglio 2009, L. n. 94) la punibilità - ai sensi dell’art. 12, comma 1 - è in apertura correlata alle condotte di “trasporto” di stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle regole disciplinanti l’ingresso (sub specie promozione, direzione, organizzazione, finanziamento o realizzazione del medesimo) o a quelle di chi compie “altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso”(…) In effetti la modifica descrittiva della condotta punibile appare più orientata a dissipare gli equivoci dogmatici di certo collegabili all’utilizzo originario di un termine (come quello di.. favorire) che nella nomenclatura tipica penalistica presuppone (secondo lo schema del delitto di favoreggiamento personale) l’avvenuta consumazione di un reato presupposto, poco rispondente ad una *voluntas legis* di costruzione di una fattispecie a consumazione anticipata, ove la punizione per il fatto tipico risulta ancorata ad una condotta altrimenti rientrante sotto la generale clausola estensiva dell’art. 56 c.p.»

⁵⁴⁷ È innegabile che la sola esistenza di una rete criminale dedita ad un tale traffico di esseri umani, costituisca una minaccia per l’ordine pubblico, inteso non solo nella sua sfera nazionale, di integrità territoriale ma anche e soprattutto nella sua sfera internazionale, come pace a salvaguardia dei popoli. v. anche A. CORVI, *Alla ricerca del “fatto” penalmente rilevante nei delitti associativi*, in RIDPP 1/2015, p.375ss.

⁵⁴⁸ «Article 6. Criminalization §1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally and in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit: (a) The smuggling of migrants; 56 (b) When committed for the purpose of enabling the smuggling of migrants: (i) Producing a fraudulent travel or identity document; (ii) Procuring, providing or possessing such a document; (c) Enabling a person who is not a national or a permanent resident to remain in the State concerned without complying with the necessary requirements for legally remaining in the State by the means mentioned in subparagraph (b) of this paragraph or any other illegal means.»

⁵⁴⁹ La prova dell’autonomia del titolo di reato di cui al comma 3 da quello di cui al comma 1 dell’art. 12 d.lgs. 286 del 1998, che pur presentano le medesime descrizioni delle condotte base, risiede nel fatto che la fattispecie di cui al comma 3 richiede per il proprio perfezionamento un’effettiva violazione delle norme di settore. Presupposto applicativo ne è dunque l’avvenuto ingresso illegale ed è per questo che non vi è alcuna anticipazione della soglia di punibilità. Secondo il giudice delle leggi (Cass. Sez. I pen., sent. n. 40624 del 25 marzo 2014, (dep. 1 ottobre 2014)) «E’ esatto ritenere che all’art. 12, comma 1, il legislatore intende diversificare - sul piano politico - criminale - la condotta dell’immigrato (che comunque realizza, in ipotesi di ingresso, il reato attualmente previsto dall’art. 10-bis) da quelle dei soggetti disinteressati, sul piano personale, al proprio ingresso, ma interessati a procurare l’ingresso illegale (spesso in forma massiva) di terzi, costruendo una fattispecie autonoma di reato che indubbiamente si caratterizza, quantomeno nella sua generale previsione, per una soglia di consumazione anticipata, rendendo punibile anche il tentativo di ingresso illegale altrui, lì dove obiettivamente idoneo secondo il generale criterio di materialità della condotta (tale essendo il significato della espressione atti diretti a procurare..). (...) Diverso, a parere del Collegio, è però il caso delle condotte descritte nella seconda parte dell’art. 12, comma 3, (nella sua attuale formulazione) che

risultato, si evidenzia altresì la natura di reato di mera condotta, all'interno del quale perciò nessun evento viene tipizzato. In quest'ottica l'ingresso illegale costituirà dunque l'offesa, sicuramente rilevante all'interesse dello Stato al controllo delle frontiere, ma non un elemento costituente la fattispecie oggettiva di reato⁵⁵⁰.

4. La teoria della reità mediata

Sulla scorta dell'evidenza di questa provocazione e sfruttamento a proprio favore di uno stato di necessità intenzionalmente causato, parte della giurisprudenza, ancora minoritaria e completamente in fieri, ha fatto risalire il fondamento del nesso giurisdizionale tra la condotta dello *smuggler* e lo Stato Italiano alla teoria della *reità mediata*.⁵⁵¹ L'adesione alla teoria dell'accessorietà⁵⁵², come *modus* per spiegare la

è da ritenersi implicino l'avvenuto ingresso dell'immigrato nel territorio dello Stato in violazione della disciplina di settore. Sia il comma 1 che il comma 3 costituiscono perciò autonomi titoli di reato, e sono portatori di ratio incriminatrici differenti. Risentono nella loro effettiva cogenza della stratificazione dovuta ai ripetuti interventi legislativi, la cui ragionevolezza si recupera solamente attraverso un'attenta valorizzazione delle ipotesi effettivamente tipizzanti»

⁵⁵⁰ Secondo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II cit. p.10, p.88 e p.93 «nei reati di mera condotta, la condotta compendia tutti gli elementi positivi del fatto oggettivo, mentre nei reati di evento naturalistico sono necessari oltre la condotta, anche l'evento o gli eventi presi in considerazione dalla legge e il rapporto causale tra la condotta e le modifiche del mondo esterno rilevanti per il diritto» per non cadere in confusione, occorre ricordare che in ogni caso non c'è reato se non si verifica la lesione o la messa in pericolo dell'interesse protetto, perciò anche nei reati di mera condotta vi saranno, e vi dovranno essere necessariamente delle «conseguenze nel mondo esterno. L'azione umana non si svolge nel vuoto ma è come un sasso lanciato in uno stagno che crea una serie teoricamente infinita di cerchi concentrici.»

⁵⁵¹ C. Cass. Sez. II pen., sent. 27 febbraio 2013 n. 9226, in www.neldiritto.it, La teoria, che trova qualche sostenitore con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 48 c.p., è intesa come quel caso particolare di esclusione della punibilità, con sostituzione della responsabilità dell'autore immediato (cd. *deceptus*, nel caso di inganno), con quella dell'autore mediato (cd. *decipiens*, nel caso di inganno). Quest'ultimo è colui che si serve di altro soggetto per commettere un reato, nel caso dell'inganno, inducendolo in errore mediante artificio od altro mezzo atto a sorprendere la buona fede e a determinarlo a commettere l'illecito. Secondo la dottrina maggioritaria, tale fattispecie viene senza problemi inquadrata all'interno delle ipotesi di concorso con applicazione delle relative regole (artt. 110ss. c.p.)

⁵⁵² Teoria nata in risposta al quesito circa le condizioni, verificandosi le quali, un atto originariamente atipico acquista rilevanza penale a titolo di concorso, che si verificano quindi solo in presenza di un fatto compiuto dall'autore del reato. Si è in presenza di fattispecie plurisoggettive, e la domanda alla quale si tenta di rispondere è la stessa sulla cui base si è creata la disciplina del concorso: è qualificabile come illecito alla stregua di qualunque figura criminosa, la condotta di quel soggetto che, senza realizzare un fatto tipico, cooperi alla realizzazione di un'offesa tipizzata dall'ordinamento? Il perno attorno al quale ruota tale teoria è il concetto di "adesione" della condotta del partecipe ad un fatto tipico. Concerne dunque solo l'ipotesi in cui occorre qualificare gli elementi di una fattispecie incriminatrice *ex novo*. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. III *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, p. 158 la definisce come quella «tesi che afferma la natura accessoria dell'atto di concorso, nel senso che la punibilità di questo dipenderebbe dal suo aderire ad un comportamento altrui che si considera "principale" perché contenente i requisiti minimi per fissare il *nomen juris* dell'illecito realizzato», affermando che «accettarla non equivalga ad affermare che il partecipe sia ritenuto responsabile di un fatto altrui. Il fondamento della responsabilità consisterà sempre in un fatto proprio del partecipe stesso, ma si assume che elemento indefettibile di tale fatto è un comportamento "tipico" realizzato da un terzo», v. anche S. CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*,

ratio di incriminazione delle condotte “atipiche” di partecipazione, ha portato all’affermazione della necessità che la condotta dell’esecutore debba possedere tutti i caratteri di cui si compone la sistematica del reato (fatto tipico, antigiuridico, e colpevole). Il problema che può derivare da una tale teoria è la soluzione da adottare ove manchi una condotta principale tipica. L’*escamotage*⁵⁵³, collocabile al di fuori della disciplina sul concorso, creato per sopperire a tale mancanza sistemica fu quello della diversificazione dell’esecutore materiale, l’*autore immediato*, privo di colpa, dal vero autore del reato, l’*autore mediato*, intendendo il primo come uno strumento nelle mani del secondo che perciò consegue il compimento del reato sfruttando l’altrui condotta materiale.⁵⁵⁴ Quest’ultimo sarà chiamato a rispondere del reato

Milano, Giuffrè Editore, 2009, p.14ss.; T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Anno accademico 2009/2010, *Giustizia criminale* n.5, radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente. Pisa University press 2015, p.138ss mette a confronto la teoria dell’accessorietà con la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, delineata nell’ordinamento italiano tramite l’integrazione tra l’art. 110 c.p. e le norme di parte speciale, affermandone l’incompatibilità con il sistema italiano in ragione del fatto che «il criterio della causalità non è un canone di tipicità che consente di identificare la condotta concorsuale», aggiunge inoltre (p.145) che «gli ordinamenti legati ad accessorietà in presenza di esecuzione frazionata entrano in fibrillazione perché manca una condotta principale »

⁵⁵³ S. CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, cit. p.13, p. 45ss., In Germania fin dagli anni 20 del 900 si iniziò l’elaborazione dottrinale della figura dell’autore mediato, tramite la preventiva distinzione delle figure legali dell’autore e del partecipe, per un’esigenza di giustizia nel trattamento di condotte che, pur non realizzando la fattispecie tipica, apportavano un rilevante contributo alla realizzazione del fatto criminoso tipico. Qualificare tali condotte come mera partecipazione appariva ingiusto, nonché distante dal sostrato giuspositivista, che dominava la teorica del diritto tedesca dal momento dell’abbandono del giusnaturalismo. «La figura dell’autore mediato è anche il risultato del contestuale dominio dogmatico della teoria dell’*accessorietà*, nella sua versione *estrema*, in base alla quale il concorso di persone presupponeva sempre l’adesione della condotta atipica ad una condotta principale, realizzata dall’esecutore/autore (...) La figura dell’autore mediato, cioè dell’autore di un reato monosoggettivo, dati questi presupposti che rendevano inapplicabile la disciplina del concorso di persone nel reato, veniva utilizzata nei casi in cui un soggetto si fosse servito, ad esempio istigandolo, di un altro privo di colpevolezza, ad esempio per errore incolpevole sul fatto, per l’esecuzione di un reato. Inizialmente la dottrina tedesca aveva preso in considerazione le ipotesi in cui l’esecutore fosse incapace di intendere o di volere, o fosse incorso in un errore essenziale, oppure obbedisse ad un vincolante ordine illegittimo, o subisse una irresistibile violenza, ovvero si trovasse in presenza di una causa di esclusione della punibilità o della illiceità. Secondo l’autorità monosoggettiva l’esecutore materiale del reato istigato non era punibile, perché il fatto da lui commesso non si poteva qualificare come reato, perché privo di colpevolezza, e non era punibile a titolo di concorso, neppure l’istigatore, poiché la sua condotta atipica, accedeva ad un fatto che, proprio perché commesso senza colpevolezza, non poteva qualificarsi come condotta principale penalmente rilevante. Per evitare questa vistosa lacuna del sistema penale, la dottrina ritenne che l’istigatore dovesse essere riguardato non già come partecipe di un reato di concorso, ma piuttosto come autore monosoggettivo del reato, materialmente realizzato dal soggetto incolpevole.»

⁵⁵⁴ G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè Editore, 1986, p.59, che afferma la derivazione della teoria *de qua*, da un problema di causalità nel concorso, che ha generato l’approdo al concetto di istigazione, piuttosto centrale nella definizione di quella strumentalizzazione da parte di un soggetto di un altro soggetto, che costituisce la cifra stilistica dell’autorità mediata, «una ricostruzione del concetto di concorso nel reato incentrata sul momento dell’organizzazione, come momento preparatorio dell’esecuzione dell’illecito, in cui si compenetrano il significato politico criminale del fenomeno e il dato tecnico cristallizzato nella disciplina degli artt. 110

monosoggettivo nella sua totalità, anche laddove non se ne sia reso autore materiale. Attenta dottrina⁵⁵⁵ ha fatto risalire tale connessione tra il reato ed il suo vero autore ad un controllo della volontà altrui nell'attuazione di un evento criminoso, ed anche le fattispecie che nell'ordinamento italiano richiamano la reità mediata⁵⁵⁶, appaiono riconducibili a questo fenomeno.

4.1. Voci a confronto

In Italia tale teoria stenta a trovare consenso in dottrina, poiché, l'opinione prevalente la ritiene priva di autonomia dogmatica, per la presenza all'interno dell'ordinamento di disposizioni che regolano già compiutamente un tale fenomeno di concorso di persone nel reato.⁵⁵⁷ La reità mediata inoltre si è vista muovere critiche anche sul lato

e ss. potrebbe ancora trovare un'obiezione nel l'ipotesi di modalità occasionali in cui si estrinsechi il convergere di più condotte, poiché per il concorso non è necessario un previo incontro di volontà.»

⁵⁵⁵ F. LOMBARDI, *Osservazioni a Cass. Pen. Sez. I, n. 3345 del 10 dicembre 2014*, cit. p.11, afferma che per meglio comprendere, la nozione dell'autore mediato vada inteso che «la connessione tra il reato e il suo vero autore deriva da un controllo dell'azione attuato mediante un propedeutico controllo della volontà. “il controllo della volontà altrui in relazione all'attuazione di un evento criminoso equivale sostanzialmente a realizzare una lesione di interessi tipici, pur in assenza della personale esecuzione materiale dell'azione descritta dalla norma”».

⁵⁵⁶ Tali ipotesi si trovano nel codice penale e si differenziano tra loro per il modo in cui la volontà di un soggetto viene coartata e conseguentemente sono accomunate dalla valutazione che l'ordinamento compie in ordine a tali distorsioni, in termini di non punibilità degli esecutori materiali. Il controllo si attua mediante la coazione nelle ipotesi di cui all'art. 46 c.p., *Costringimento fisico*, «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato da altri costretto, mediante violenza fisica alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi» e 54, comma 3, c.p. *Stato di Necessità* «la disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo»; mediante l'abuso di soggetti incapaci di intendere o di volere negli artt. 86 c.p., *Determinazione in altri dello stato d'incapacità, allo scopo di far commettere un reato* «Se taluno mette altri nello stato d'incapacità d'intendere o di volere, al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa incapace risponde chi ha cagionato lo stato d'incapacità», e 111 c.p., *Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile*, (cit. nota 28); mediante l'esercizio del potere organizzato nell'art. 51, comma 2, c.p. *Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere* «Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine»; e ad ultimo controllo della volontà attuato mediante l'inganno nell'art. 48 c.p., *Errore determinato dall'altrui inganno*, «le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche se l'errore sul fatto che costituisce il reato è determinato dall'altrui inganno; ma in tal caso, del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo»; il perno attorno al qual ruota la teoria tutta, dall'analisi delle seguenti ipotesi del codice penale italiano, è la commissione di un fatto di reato da parte di un soggetto non punibile o non imputabile. Fondamentale si rivela dunque la ricerca del fondamento della scriminabilità; sul punto T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, cit. p. 13, p.25, afferma che la reità mediata dovrebbe sopperire a tutti quei casi in cui l'autore in senso formale, perciò l'esecutore oggettivo del fatto di reato, non sia colpevole. Se infatti un soggetto, pur eseguendo la fattispecie non possa essere considerato colpevole, ci si troverà nella difficoltà di attribuirgli la qualifica di autore, in quanto non è tale soggetto ad avere il dominio sul fatto.

⁵⁵⁷ In Italia è stata formulata la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, tramite la quale molti autori hanno sottolineato l'inutilità della figura dell'autore mediato, essendo il fenomeno concorsuale il fatto tipico autonomo in grado di giustificare l'incriminazione di condotte atipiche, tale soggetto potrebbe essere senza alcuna difficoltà punito a titolo di concorrente, garantendo l'impunità dell'autore

della discendenza dalla teoria dell'accessorietà estrema inapplicabile in tutti quei casi in cui, mancando una condotta principale, come i casi di "esecuzione frazionata" e dunque azione tipica compartita tra più agenti, la punibilità sarebbe esclusa in principio⁵⁵⁸.

I fautori della teoria in questione hanno invece fatto leva sul concetto di «medesimezza» espresso nell'art.110 c.p., sostenendo la sostanziale ingiustizia del fatto che, soggetti che agiscano sulla base di elementi psicologici differenti⁵⁵⁹, siano chiamati a rispondere per il medesimo reato, evidenziando la necessità che il soggetto privo di colpa venga escluso dal concorso. Questo in ragione del fatto che dall'«estensione del titolo di responsabilità»⁵⁶⁰ in tal modo operata, deriverebbe un'indebita incriminazione in capo a coloro il cui contributo, pur nella concatenazione

immediato sulla base di un'attenta valorizzazione della differenza tra compartecipazione e concreta punibilità per essa, v. S. CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, cit. p.13, p.18ss.; v. anche U. GIULIANI BALESTRINO, *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, Giuffrè Editore, 1988; leggendo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. III, cit. p. 13, p.160 «questa concezione presenta il difetto fondamentale di considerare le azioni dei vari socii sceleris in modo isolato, quasi fossero indipendenti fra loro, mentre nella realtà delle cose dette azioni sono connesse, sia materialmente che moralmente, formando un coacervo di forze che è indirizzato a uno scopo comune. Il legame che unisce le varie azioni esclude che possa reputarsi estraneo al cosiddetto partecipe il fatto di colui che viene chiamato autore. Non si tratta insomma di un fatto "altrui" al quale aderisca l'azione del partecipe, ma di un fatto di cui questo p tenuto a rispondere come proprio», respingendo anche il concetto della supremazia in alcuni interventi rispetto ad altri, in tale direzione anche T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, cit. p. 13, p.27ss., che afferma che «Ciascuno è parte di un intero, ma è anche condicio sine qua non di un evento, di cui pertanto risponda esattamente come ne rispondono tutti gli altri, in forza del principio dell'equivalenza degli apporti causali.»; secondo F. GIANNELLI, M. G. MAGLIO, *Considerazioni in tema di concorso di persone nel reato*, in *Riv. Pen.* 2007, p.345ss. la teoria perde di consistenza se «rapportata al fenomeno del concorso eventuale di persone nel reato, disciplinato agli articoli 110 e ss. del codice penale»; lo stesso art. 110, infatti, si pone come norma che estende la punibilità sino a contemplare condotte qualificabili come atipiche se confrontate con le sole norme incriminatrici monosoggettive di parte speciale; v. anche M. SINISCALCO, voce *Autore Mediato*, vol. IV, 1959, p.443-452, in A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI, R. COSTI, *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. 2, Milano, Giuffrè Editore, 2008; v. anche M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè Editore, 1957, p.73ss. che afferma che la teoria dell'accessorietà non offre alcuna spiegazione in ordine alle ragioni che conducono alla punibilità dell'atto di concorso.

⁵⁵⁸ Secondo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. III, cit. p. 13, p. 146 «occorre fare i conti con le ipotesi in cui nessuna delle condotte sia di per sé tipica, contribuendo, ciò nonostante, tutte assieme a porre in essere un'offesa tipica. Ipotesi di fronte alla quale, non si spiega e giustifica più l'accessorietà»

⁵⁵⁹ La condotta dell'autore immediato non è accompagnata dall'elemento soggettivo della volizione, al contrario di quella dell'autore mediato.

⁵⁶⁰ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. III, cit. p. 13, p. 145, spiega la disciplina del concorso di persone nel reato tramite il concetto di creazione di una fattispecie incriminatrice ex novo il cui effetto principale in capo ai compartecipi è il vero effetto estensivo operato dall'art. 110 c.p. «ciò che viene realmente esteso è il titolo di responsabilità, vale a dire la qualificazione ottenuta attraverso l'imputazione alla fattispecie di concorso dei medesimi effetti giuridici base imputati alla fattispecie che ipotizza una data figura di reato»

causale, non deve essere punito per la specifica radice della condotta, non volontaria ma oggetto di obbligo, di coazione.

4.2. Trafficanti in cerca d' autore (im)mediato

Nel campo del diritto dell'immigrazione caldeggiare una soluzione del genere, garantendo i migranti contro la vittimizzazione secondaria che può sicuramente derivare dal fatto di essere chiamati a rispondere a titolo di concorrenti del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, vorrebbe dire adempiere ai dettami della Convenzione ONU che fa espresso divieto di incriminare i migranti a titolo di *smuggling* per il solo fatto di esserne stati oggetto⁵⁶¹. Ciò che rileva è la ricerca del fondamento della scriminabilità⁵⁶² per la condotta posta in essere dai soccorritori, che si differenzia per il caso di reato commesso a seguito di violenza fisica o psicologica.⁵⁶³ Analizzando la condotta dei soccorritori, in cui si ritiene sussistente un margine di discrezionalità, non si potrebbe perciò affermare di essere in presenza di una causa

⁵⁶¹ «Article 5. Criminal liability of migrants Migrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol»

⁵⁶² F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in RIDPP 2009, p.1058, si esprime circa il ruolo delle scriminanti come elementi necessari ad assecondare un bilanciamento di valori fondamentale, perciò «il rapporto tra potere pubblico e diritti inviolabili, in un sistema democratico, non può che essere affidato ad una disciplina legislativa dettagliata, che sappia puntualmente esprimere il bilanciamento di interessi e di valori che l'ordinamento intende perseguire, con l'indispensabile consenso della comunità sociale.» su tale scia afferma che «il soccorso di necessità strumentalizza la persona di un terzo per la salvezza di altri, mettendo parimenti in discussione la dignità del “sacrificato”»

⁵⁶³ A sostegno di quanto appena esposto si potrebbe estendere il concetto di *assenza di suitas*, proprio dell'art.46 c.p. *costringimento fisico* (cit. nota 41) utilizzato per non ricondurre alcun effetto giuridico alla condotta di quel soggetto la cui volontà viene coarta a tal punto da farle perdere i connotati di condotta in senso tecnico, in capo ai migranti ed ai soccorritori; anche secondo G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, CEDAM, 1986, p. 665, l'art. 46 c.p. rimane escluso dal dibattito circa l'autorità mediata in ragione del fatto che in esso, a causa della costrizione non è possibile ricostruire l'esistenza di alcuna condotta in senso tecnico, essendo la coazione talmente forte da farne perdere i connotati umani, cioè presentandosi come totalmente sprovvista dell'elemento psicologico del reato e dunque complessivamente difettante la pluralità di condotte, elemento necessario e distintivo della reità mediata; T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, Milano, Giuffrè Editore, 1973, p.121ss, per rintracciare il differente fondamento della scriminabilità, nelle fattispecie di cui all'art. 46 c.p. e 54, comma 3, c.p. ne propone un inquadramento sistematico, che ne evidenzia le differenze ancora in punto di *suitas*, evidenziando primariamente che la fattispecie di costringimento fisico è una species del genus forza maggior (art. 45 c.p.) La prima infatti si sostanzia in una *vis assoluta*(*non agit sed agitur*) mentre la seconda in una *vis “relativa”(violenza morale)*, solo nel caso di cui all'art. 46 si potrà parlare di esclusione della volontà, mentre nel caso di cui al 54 c.p. si parlerà di alterazione della volontà, che se pur rilevante lascia sussistere quel margine di discrezionalità tale da connotare la condotta come umana. Con la conseguenza che il costringimento fisico provocherà l'esclusione del fatto tipico, mentre il soccorso di necessità andrà a costituire una “scusante in senso stretto”, ovvero una causa di esclusione solo della colpevolezza; p. 125ss. «con l'ammettere una simile impostazione si accetta che tra *vis assoluta* e non ci sia uno spazio dove si collocano tutte quelle violenze che non sono riconducibili né all'una né all'altra» per escludere punibilità vittima è necessario che violenza sia tale da non potervi resistere;

oggettiva di esclusione della punibilità, quale è quella di cui all'art. 46 c.p. disciplinante la violenza fisica, ma piuttosto di una causa di esclusione soggettiva, quale è quella di cui al terzo comma dell'art.54 c.p. disciplinante la violenza psichica.⁵⁶⁴

La componente plurisoggettiva, necessaria per fondare un ragionamento in termini di reità mediata, condivide con la disciplina del concorso la constatazione base di ordine naturalistico secondo la quale, della commissione di un reato rispondono tutti coloro che abbiano contribuito alla determinazione dell'evento apportando ad esso un contributo causale.⁵⁶⁵ L'applicazione della reità mediata, comporterebbe un'anticipazione della punibilità⁵⁶⁶ al momento in cui l'autore mediato compie l'attività prodromica a strumentalizzare il contributo dell'autore immediato, indipendentemente dunque dal fatto che quest'ultimo compia o meno l'attività illecita.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II cit. p.10, p. 247, In quanto soggettiva, non si comunica a tutti i concorrenti, ma esplica la sua efficacia solo nei confronti del soggetto alla quale può essere direttamente riferita, e dunque si atteggia come elemento negativo che lascia sussistere l'illiceità penale; «a differenza di ciò che è richiesto nella legittima difesa, lo stato di necessità, esige la consapevolezza da parte del soggetto agente dell'attualità del pericolo di danno grave alla persona. Non sarebbe una causa di giustificazione, bensì una causa, che senza escludere l'illiceità della condotta, si limita a scusare chi l'ha posta in essere. In quanto tale, la sua applicazione è condizionata dalla consapevolezza dello stato di pericolo»

⁵⁶⁵ Secondo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. III, cit. p. 13, p. 141, in tale impostazione si legge l'opzione dell'ordinamento italiano per la «non distinzione tra possibili forme di partecipazione ad un fatto criminoso»

⁵⁶⁶ C. Cass. Sez. II pen., sent. 27 febbraio 2013 n. 9226, cit. p.13, ponendo a confronto i risultati derivanti dall'applicazione della reità mediata con quelli risultanti dalla disciplina del concorso, si assiste infatti nel primo caso ad un'anticipazione della soglia di punibilità, al momento in cui il *decipiens*, compie l'attività ingannatoria, indipendentemente dal fatto che questa poi non abbia alcun seguito, in quanto il *deceptus*, non compia alcun atto.

⁵⁶⁷ Nei casi di specie, inoltre laddove nessun soggetto abbia tratto effettivamente un vantaggio dalla condotta dei trafficanti, pur diretta inequivocabilmente verso il fine dell'ingresso nel territorio nazionale in violazione della normativa di settore, che però non si sia realizzato, lo schema del delitto a consumazione anticipata garantisce la pena per gli autori del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, tramite l'incriminazione di tutte quelle condotte che sul fenomeno dell'immigrazione clandestina costruiscono occasione di sfruttamento economico, contribuendo al contempo ad alimentare la costante violazione della disciplina di settore. (C. Cass. Sez. II pen., sent. 27 febbraio 2013 n. 9226, cit. p. 13) Non è mancato chi, come S. CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, cit. p.13, p.47, ha sostenuto l'inammissibilità di un tale effetto anticipatorio della tutela penale, ritenendolo arbitrario ed in grado di stravolgere il principio di legalità espresso dalla tipicità. Se invece si applicasse la disciplina del concorso, non si avrebbe una tale anticipazione, ma si legittimerebbe solo l'applicazione della misura di sicurezza ex art.115, comma 2, c.p. (*Accordo per commettere un reato. Istigazione*. «salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse, è punibile per il solo fatto dell'accordo. Nondimeno nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza») in presenza di atti idonei ad integrare la figura del tentativo (art.56 c.p. *delitto tentato*. «Chi compie atti idonei, diretti, in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di

L'esercizio ermeneutico della giurisprudenza di legittimità per affermare la giurisdizione nazionale con riguardo a fatti di reato consumatisi interamente all'estero, è incentrato sulla creazione di un espediente in grado di affermare la concatenazione causale⁵⁶⁸ di quei fatti, con i fatti avvenuti nel territorio nazionale, ancorando così la possibilità di punire gli autori dei primi in forza di una non interruzione del nesso di causalità, tra la condotta del trafficante, nel caso specifico, ed il risultato vietato dalla legge dell'ingresso illegale.⁵⁶⁹

4.3. Chi ha "incastrato" lo stato di necessità?

La figura dell'autore mediato ha trovato il suo ingresso nel tema dell'immigrazione clandestina, per rispondere al quesito circa il regime applicabile ai soccorritori i quali raggiungano una nave trasportante migranti clandestini naufragata in acque extraterritoriali. Sulla base del disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 54 del c.p. disciplinante lo *stato di necessità derivante dall'altrui minaccia*, si afferma l'assoluta non punibilità del soggetto minacciato e la punibilità del reo, individuato nella persona

delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica»); T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, cit. p. 13, p.103 sostiene che l'autoria mediata nasce «quando ci si trova in presenza di soggetti che, pur eseguendo la fattispecie, versano in una condizione di non autonomia, perché non sono soli nella realizzazione del fatto, emerge la necessità (dottrina tedesca a partire da Hans Welzer che afferma che "l'autore non ha bisogno di eseguire il fatto, in ogni fase, di propria mano, sufficiente è che costui sia colui che decide intorno alla commissione del fatto, che mantenga preso di sé la signoria sulla realizzazione del fatto") di enucleare dal concetto di autore un precipitato implicito immanente che ne costituisce il fondamento reale», attribuisce, sulla scorta della nozione di eco tedesco di dominio finalistico del fatto, piena dignità all'autore mediato. Quest'ultimo in quanto l'unico che ha l'effettiva signoria sul fatto di reato, si serve dell'azione di un terzo la cui volontà sia coartata.

⁵⁶⁸ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II cit. p.10, p. 97, imposta così la questione del nesso di causalità in termini di problema di imputazione, cioè nella valutazione logico-naturalistica di causalità tra condotta ed evento «cioè questioni di riferibilità di un fatto ad una persona sulla base delle specifiche finalità perseguite dall'ordinamento»; nel caso di specie, Cass. Sez. I pen., sent. n. 36837 del 2 marzo 2017 (dep. 25 luglio 2017) considerato in diritto §2 «la giurisdizione nazionale sussiste anche nell'ipotesi in cui il trasporto dei migranti, sia stato accertato in acque extraterritoriali, ma successivamente nelle acque interne e sul territorio nazionale si siano verificati, quale evento del reato, l'ingresso o lo sbarco dei cittadini extracomunitari per l'intervento dei soccorritori quale esito *causalmente collegato* all'azione e previsto in considerazione delle condizioni del natante.»

⁵⁶⁹ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II cit. p.10, p.93ss, per la dottrina e la giurisprudenza dominanti il problema dell'accertamento dell'esistenza del nesso di causalità si presenta soltanto per i reati con evento naturalistico, Gallo critica una tale concezione affermando l'unica differenza nel fatto che per i reati di mera condotta un tale accertamento sia meramente eventuale e dipenda dalle concrete modalità di esecuzione del fatto, al contrario degli altri, nei quali sia necessario. Inoltre afferma che la dottrina dominante ha giustificato l'applicazione degli artt.40 e 41 c.p. nelle fattispecie concorsuali considerando la condotta di un concorrente come evento rispetto a quella di altro concorrente, e tralasciando dunque a piacimento il dato letterale. «limitare il problema del nesso di causalità unicamente al rapporto tra condotta ed evento naturalistico vuol dire circoscrivere l'indagine ad una parte soltanto della materia giuridicamente rilevante»

del minacciante.⁵⁷⁰ L'operatività di tale articolo è sancita espressamente dal II comma dell'art. 12 T.U.Imm. che si apre con una clausola di salvezza di quanto disposto dall'art. 54c.p. In virtù del fenomeno dell'autoria mediata, la Suprema Corte è arrivata ad affermare la giurisdizione italiana sulla condotta degli *smugglers*, in base al disposto dell'art.6, comma 2 c.p., affermando che parte rilevante del fatto, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, costituita dall'ingresso illegale, è commessa dal reo in territorio italiano mediante l'azione dei soccorritori.⁵⁷¹ Questi ultimi in tal modo non sono chiamati a rispondere a titolo di concorrenti, ma bensì a titolo di non punibili autori immediati.⁵⁷² Nei casi de qua, l'ingresso illegale che

⁵⁷⁰ Secondo T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, cit. p. 13, p.130ss. Lo scopo delle norme di cui agli artt. 46, 54 e 86, c.p. non è quello di incriminare il soggetto minacciante, ma di scriminare il soggetto minacciato, poiché dal sistema non sarebbero deducibili in maniera sufficientemente chiara, gli estremi della scriminabilità, dunque il legislatore ha sentito l'esigenza di sancire espressamente dei casi in cui una condotta pur illecita non sia punibile. L'autore dell'incapacità che costringe ad agire in stato di necessità, risponderebbe dunque ex art.110 c.p. poiché il primo è ritenuto non imputabile, e poiché l'art. 54 non ha alcuna funzione incriminatrice. L'autore conclude per la natura di ipotesi speciali di concorso di persone nel reato, poiché «regolano situazioni nelle quali l'ordinamento si sofferma sulla peculiarità del rapporto concorsuale che è sbilanciato, non tanto sul versante dell'autore della minaccia, ma sul soggetto che la subisce, perché è di questo soggetto che bisogna circoscrivere e definire la non punibilità»; v. anche G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *RIDPP*, 1983, p. 1190-1240; sempre, T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, cit. p. 17, p. 187ss. ma qualche anno addietro aveva analizzato la natura giuridica delle fattispecie di cui agli artt. 46, 48, 51,II, 54,III, 86 c.p., affermando che «nessuna di queste situazioni scriminanti è incompatibile, con la delineazione in astratto, di un concorso punibile a carico del determinatore, nel fatto della persona costretta, ingannata, o sottoposta ad altro genere di coazione, escluse alcune che svolgono funzione incriminatrice esclusiva. Per nessuna di esse la dichiarazione di responsabilità acquista un significato autonomo, dilata nel sistema l'area del penalmente rilevante quale avrebbe potuto essere dedotta, in loro assenza anche dalle disposizioni concorsuali comuni. Tutte invece concorrono ad ampliare l'area del penalmente lecito nei confronti della persona vittima di violenza, inganno o minaccia posta in stato di incapacità o soggetta ad un ordine insindacabile. L'autore della condotta descritta in talune di queste fattispecie, non è né autore mediato, né concorrente ex 110 c.p. ma è autore di quella fattispecie, ed in base a quella risponde del reato.» secondo, MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè editore, 2015, l'art. 54 c.p., costituisce una causa di esclusione della colpevolezza, mentre, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 312, nega un inquadramento unitario delle scriminanti *de qua*

⁵⁷¹ Si afferma dunque ai sensi dell'art.6 c.p. che il reato sia commesso nel territorio dello Stato, anche quando si è ivi verificato l'evento costituito dalla conseguenza dell'azione od omissione. Cass. Sez. I p Pen., sent. n. 36837 del 2 marzo 2017 (dep. 25 luglio 2017) «sussiste dunque la giurisdizione dello Stato italiano ai sensi dell'art. 6, comma 2, c.p. lì dove parte dell'azione che costituisce il reato contestato risulti commessa in Italia, sia direttamente, si anche *per interposizione* dei soggetti chiamati a prestare soccorso e ricovero immediato, in Italia, ai migranti posti in deliberata situazione di pericolo. Di tale azione nel territorio dello Stato devono in ogni caso rispondere ai sensi dell'art. 54 c.p., comma 3, e art. 111 c.p., comma 1, colò che – come l'attuale ricorrente- detta situazione ed il conseguente intervento hanno determinato»

⁵⁷² M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II cit. p.10, p.99, ulteriore considerazione circa la condotta dei soccorritori, che pur costituisce parte rilevante del fatto favoreggiamento, è la circostanza secondo la quale sia legata causalmente alla condotta tenuta precedentemente dal reo di promozione, organizzazione e direzione del trasporto vietato, non essendo il soccorso prestato un evento imprevedibile ed eccezionale tale da recidere il nesso causale. La giurisprudenza sembra aderire alla

avviene per il tramite dei soccorritori⁵⁷³ dei migranti in acque internazionali, è l'effetto immediato e diretto dell'azione dei trafficanti, consistente nell'imbarcare numeri elevatissimi di persone, su imbarcazioni prive di dispositivi di sicurezza ed in precarie condizioni di stabilità, certamente non in grado di assicurare la tutela della vita e dell'incolumità dei passeggeri durante la navigazione. La domanda alla quale si cerca di rispondere è la seguente, si può affermare che il trafficante realizzi una lesione di interessi tipici poiché controlla la volontà dei soccorritori tramite la creazione di uno stato di necessità che li obbliga ad intervenire?

5. Continuando a navigare a vista...

La fattispecie di coazione morale disciplinata dal suddetto ultimo comma dell'art.54 c.p. ha come obiettivo quello di permettere l'operatività del primo comma del medesimo articolo, ove lo stato di necessità risulti provocato da altrui minaccia, per garantire l'imputazione del fatto illecito al minacciante.⁵⁷⁴ Riflettendo sulla natura di

tesi della "causa efficiente" che considera "la condotta umana, causa, quando è causa efficiente dell'evento, cioè ha determinato, ha prodotto, più esattamente ha dato forma all'evento"; v. anche A. GILIBERTO, *Diritto del mare, giurisdizione penale e «autorità mediata»: una recente pronuncia della Corte di cassazione in tema di traffico di migranti conferma le soluzioni proposte dalla Direzione Nazionale Antimafia*, in Dir. Imm. Citt. 3-4/2014, Afferma che la reità mediata richiamata dalla giurisprudenza per mezzo del riferimento alla figura dello stato di necessità nella variante del comma 3 dell'art 54 c.p., sia in realtà incompatibile con il sistema italiano stabilito dal Codice Rocco, nel quale si è optato per la teoria unitaria. Agli art. 110ss, la disciplina del concorso di persone nel reato tutti i compartecipi sono puniti allo stesso modo, il codice penale tedesco ha invece distinto tra autore, coautore, compartecipe, specificando che l'autore sia quel soggetto che ha il dominio sul fatto di reato

⁵⁷³ Sull'obbligo di soccorso, cfr. Cass. Sez. I Pen., sent. n. 36837 del 2 marzo 2017 (dep. 25 luglio 2017) «va sull'argomento richiamato il complesso di argomenti che la Corte ha già sviluppato sul concetto di *necessità dell'intervento di soccorso*, con riferimento alla sentenza del 23/02/2012 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, causa Hirsi Jamaa e altri c. Italia, ricorso n. 27765/09, in cui viene ricordata la Risoluzione 1821 (2011) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in ordine all'obbligo sia morale che giuridico di soccorrere le persone in pericolo in mare senza il minimo indugio, nonché l'esigenza che tale obbligo sia rispettato in occasione dell'esecuzione del controllo alle frontiere conformemente al CFS(Codice delle Frontiere Schengen), ivi incluse le attività di sorveglianza delle frontiere in alto mare, secondo la retta interpretazione della sfera della attività di sorveglianza delle frontiere in mare data dalla Commissione Europea»

⁵⁷⁴ La ricorrenza di tale minaccia congiuntamente a tutti gli elementi dello stato di necessità (elementi dello stato di necessità), rende operativo il terzo comma dell'art.54 c.p. Per minaccia intendendosi seguendo ancora una volta M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II cit. p.10, p.250 «la prospettiva di un pericolo attuale di un danno grave, tale requisito esprime la distanza maggiore tra la scriminante de qua, e la vicina scriminante ex art.52 c.p. disciplinante la legittima difesa, che richiede un rapporto di proporzione fra i beni contrapposti, non richiesto per l'operatività dell'art 54 c.p. ai fini di quest'ultimo infatti "il danno per evitare il quale si agisce deve essere di notevole consistenza, come il profilarsi di una rilevante menomazione alla persona" alla persona propria o altrui che non annulli però completamente la volontà del minacciato. Quando la minaccia non presenta questi requisiti non avrà un effetto scriminante completo ma potrà eventualmente costituire una causa di attenuazione della pena, altrimenti si ricadrebbe nel costringimento fisico *species* del *genus* forza maggiore, di cui rispettivamente agli articoli 46 e 45 del codice penale.; v. anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti*

questa norma, si noti che risulta posta a tutela dell'interesse del soggetto passivo del reato. Nella fattispecie di cui all'art. 12 del T.U.Imm., tale soggetto passivo è lo Stato, in quanto titolare del bene giuridico costituito dall'integrità delle frontiere, od il migrante titolare del bene giuridico della vita? A tutela di quale bene giuridico è posto il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina? La risposta non è agevole anche a causa delle stratificazioni legislative delle quali la norma è stata oggetto, si nota in ogni angolo questo effetto "disomogeneizzante" provocato dalla molteplicità di interventi. Da un punto di vista meramente sostanziale, il bene giuridico oggetto di tutela da parte del comma 1 dell'art.12 T.U.Imm. non sembra essere la vita dei migranti, ma l'integrità della frontiera.⁵⁷⁵ In base a ciò si può tentare di argomentare circa la confusione nell'individuazione del *locus commissi delicti* e conseguentemente degli autori dei reati. L'autore del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art.12, comma 1, T.U.Imm., è lo *smuggler*, la cui condotta mette in pericolo la vita di esseri umani. Questo soggetto dovrebbe essere sanzionato da una norma posta a tutela del bene giuridico della vita umana in quanto bene assoluto, non passibile di limitazioni se non in forza di precise disposizioni di rango primario. L'autore del reato di ingresso illegale nel territorio dello Stato di cui all'art.10-bis

di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti, Milano, Giuffrè Editore, 2000; A. GILIBERTO, *Diritto del mare, giurisdizione penale e «autorità mediata»*, cit. p.20, la minaccia va intesa come un male futuro, non come attuale causazione del pericolo. «In quanto tale causazione del pericolo per i migranti, implica che il pericolo stesso sia già in atto, per aversi minaccia si dovrebbe immaginare, la mera predisposizione di una situazione pericolosa, e comunque sotto il perdurante controllo del minacciante, che non si dà nel caso di specie, poiché il cd. scafista, timoniere nel momento in cui lancia allarme, non è più padrone della situazione e subisce lui stesso il pericolo.» Su tale base si dovrebbe escludere l'autorità mediata perché, non è dato rinvenirsi alcuna minaccia, e perché se l'istituto sia posto in termini scusanti e non giustificanti, mancherebbe nell'autore immediato il necessario turbamento emozionale che renda a lui non rimproverabile commissione fatto reato; secondo ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, Giuffrè editore, 2004, sub. Art. 54 c.p. «Il soggetto minacciato potrà essere scusato solo se la minaccia avrà provocato in lui un effettivo turbamento motivazionale, il che potrà accadere quando vittima della minaccia sia lo stesso agente ovvero persone a lui vicine, ma certo non un terzo»

⁵⁷⁵ In tal caso, non sembrerebbe agevole una giustificazione della condotta dei soccorritori ex art. 54 c.p., poiché è proprio il bene alla cui tutela agiscono in stato di necessità, che si trova ad essere leso, quindi non evitandosi tale pericolo per il bene dell'integrità della frontiera, non si dovrebbe dedurre di essere in presenza di necessità. Si osservi il comma III dell'art. 12 in questione, e più precisamente le circostanze aggravanti di cui alle lettere b) e c) (b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;) poiché solo in tali disposizioni è dato scorgere l'intento legislativo di tutelare la vita e l'incolumità dei migranti. Su tale base la condotta dei soccorritori potrebbe essere scriminata ex art. 54, co3 poiché è proprio l'azione di tali soggetti che evita il pericolo al bene tutelato dalla norma, rintracciabile nella vita umana.

T.U.Imm., è il migrante, passeggero dei «barconi», spesso vittima di *smuggling*, la cui condotta mette in pericolo l'integrità delle frontiere. Questo soggetto, che viola con il proprio comportamento delle normative di settore, dovrebbe essere passibile di un trattamento sanzionatorio di natura amministrativa. Emerge dunque, l'ottica spersonalizzante nella quale è delineato attualmente lo schema delittuoso del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, il cui fulcro risiede nella violazione della politica statale sui flussi migratori, avendo relegato invece la tutela dell'integrità dei migranti, variamente intesa, all'interno di due aggravanti, con l'ulteriore conseguenza della confusione circa l'applicabilità della scriminante de qua. In ragione di ciò, si prenda ad ultimo in considerazione quel recente orientamento⁵⁷⁶ che vorrebbe fondare altrove l'esenzione della pena per i soccorritori, e l'imputazione del fatto ai suoi veri autori. Mettendo in discussione che ci si trovi di fronte ad una effettiva carenza di giurisdizione, infatti, non sarebbe necessario ricorrere alla reità mediata. Sussisterebbe infatti una differenza ove fosse necessario affermare la competenza dei giudici basandosi su una norma eccezionale, ovvero nel caso in cui una determinata fattispecie possa essere commessa soltanto all'estero.⁵⁷⁷

Le difficoltà che il Giudice delle Leggi è chiamato ad affrontare, non si risolveranno tramite l'utilizzo di astratte figure dogmatiche quali quella dell'autore mediato. Si sente ora più che mai la necessità di udire la voce chiarificatrice di un legislatore

⁵⁷⁶ A. GILIBERTO, *Diritto del mare, giurisdizione penale e «autoria mediata»*, cit. p. 20, Nel primo caso, in assenza di una norma speciale che stabilisca esplicitamente la propria sfera di applicazione, non sarà possibile punire quelle condotte commesse all'estero se non in forza di artt. 3 e 6 c.p. Tutto cambierebbe nel secondo caso, nel qual l'estensione della giurisdizione ai fatti commessi all'estero, sarebbe in re ipsa, in presenza di condotte intrinsecamente extraterritoriali. Del resto il forte arretramento della punibilità e l'espressa previsione della punibilità del tentativo, non si spiegherebbero e resterebbero irragionevoli se non si accompagnassero a una parallela estensione della giurisdizione italiana su tali fatti.

⁵⁷⁷ E. ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, cit. p. 7, p. 86, si chiede se la transnazionalità si ricollega solo alla qualità dell'interesse od anche alla volontà collettiva degli Stati di ritenere indispensabile un alto livello di protezione di un determinato interesse? «si potrebbe forse approfondire in merito all'esistenza di una serie di interessi protetti non solo dotati di una consistenza per così dire quantitativa, ossia nella titolarità di molteplici soggetti passivi appartenenti a diverse comunità nazionali, ma che manifestano una diversa consistenza qualitativa. Quasi che si possa in qualche modo individuare una categoria di reati transnazionali caratterizzati da un bene giuridico che possa essere definito, in qualche modo, di natura o di carattere, transnazionale.» In quest'ottica si potrebbe argomentare, che per il superamento della dimensione punitiva nazionale e l'implementazione degli strumenti di cooperazione a tal fine necessari, risulti indispensabile il riconoscimento della tutela di un interesse superiore come quello della vita e della dignità umana, di cui dovrebbero farsi portatrici le norme che sanzionano le condotte atte a ledere questi beni giuridici. Affermando dunque il collegamento imprescindibile tra la transnazionalità e la volontà collettiva di proteggere determinati interessi. In tale ottica, si potrebbe arrivare a garantire la punizione di determinati comportamenti criminosi in modo del tutto indipendente dalla dimensione spaziale dell'offesa.

consapevole della realtà⁵⁷⁸, senza ricorrere a facili soluzioni improntate ancora una volta alla “tolleranza zero” e al “pungo di ferro”. È necessario incriminare ed arginare il preoccupante fenomeno del traffico di migranti e di salvaguardare, in ogni modo possibile, tutti quegli esseri umani, che ne sono vittime e null’altro.

⁵⁷⁸ M. AMBROSINI, *Missione navale in Libia: così si nega il diritto d’asilo*, 2 agosto 2017, in www.lavoce.info «dopo il decreto Minniti-Orlando, il rinvio del provvedimento sul cosiddetto *ius soli*, il codice di condotta imposto alle Ong con il duplice intento di metterle sotto controllo e di rallentare le operazioni di salvataggio, ora si pensa di usare le maniere forti contro le imbarcazioni che trasportano le persone in cerca di asilo. (...) vi sono però varie incognite, la prima riguarda il trattamento da parte delle forze armate libiche prima della consegna agli hotspot. Le testimonianze dei maltrattamenti inflitti a migranti e rifugiati in transito, e anche a quelli ricondotti in Libia, sono troppo note, drammatiche e numerose per non mettere in allarme quanti si interrogano sulla tutela dei diritti umani. La seconda incognita riguarda il funzionamento degli hotspot, ancora da progettare, realizzare, dotare di personale. Non sono strutture in grado di entrare a regime nel giro di pochi giorni. È in questione poi il rispetto dei diritti dei richiedenti di asilo, compreso quello di appello a seguito di un eventuale diniego. (...) Una terza questione riguarda il delicato rapporto tra i servizi istituiti presso gli hotspot e quelli a disposizione della popolazione libica, per esempio la sanità. Se i servizi saranno scadenti, si ricadrà nei dubbi sulla violazione dei diritti umani. Va notato anzitutto un cambiamento di rappresentazione e di retorica: fino a qualche settimana fa, le barche degli scafisti erano a malapena in grado di galleggiare e le Ong erano accusate di arrivare troppo vicino alle coste libiche per soccorrerle. Ora invece vengono presentate come vascelli armati che non esitano a sparare contro le motovedette libiche. Quindi occorre andare in loro soccorso. (...) È inquietante che il problema passi ora sotto la gestione del ministero della Difesa e che ci si prepari all’uso delle navi da guerra non per soccorrere, ma per rimandare indietro le persone in cerca di asilo.»; Tale inversione si ritiene debba passare attraverso una preventiva presa di coscienza dell’ampiezza del fenomeno. Sempre meno adeguata risulta l’impostazione del tema in termini di “sicurezza e gestione dei confini nazionali”. Osservando i recenti sviluppi, tale presa di coscienza risulta ancora lontana, M. AMBROSINI, *Le parole non dette nel Migration compact*, 29 aprile 2016, in www.lavoce.info «Il governo italiano ha preso l’iniziativa in Europa sul controverso tema delle migrazioni e dell’asilo, presentando un progetto, nelle intenzioni ambizioso anche se nei dettagli ancora molto vago, il Migration compact. L’intento è chiaro e va nella direzione del senso comune: affidare ad altri i controlli, accogliere chi ne ha il diritto al di fuori dell’Europa, preservare l’Unione da scomodi obblighi umanitari, evitando i deprecabili rimbalzi dei profughi all’interno dell’Unione Europea. Non per nulla, il modello a cui il testo s’ispira è quello del controverso accordo con la Turchia. (...) tuttavia, i termini ricorrenti sono controllo dei confini, sicurezza, gestione dei flussi, rimpatri. Parole come diritti umani, protezione dei rifugiati sono pressoché assenti. Il testo parla di gestione dell’asilo in loco secondo standard internazionali, ma evita di porre alcune serie questioni: come possono offrire una protezione umanitaria adeguata ai rifugiati stranieri Paesi che non riescono a offrirla ai propri cittadini? E se lo faranno, grazie ai finanziamenti dell’Ue, come potranno controllare il risentimento di cittadini che riceveranno servizi assai più poveri di quelli forniti ai rifugiati? E come controlleranno i richiedenti asilo denegati, che prevedibilmente cercheranno di sottrarsi alle espulsioni?»

Riflessioni conclusive

Con la consapevolezza che la maggior parte delle domande poste nel corso della presente analisi rimangono senza alcuna risposta, e volendo evitare l'evasività, occorre spendere qualche parola ancora sulla condizione giuridica dello straniero. Ora più che mai è necessario fare memoria della storia del nostro popolo. L'Italia con gli emigranti dei primi del '900 è stata coinvolta da questo moto degli esseri umani, che non è eliminabile in alcun modo. A quel tempo erano italiani come noi ad attraversare un mare in cerca di una vita migliore, con la speranza nel taschino della camicia. Quello straniero era il nostro bisnonno, che partiva lasciando tutto, e che si trovava una volta arrivato, se arrivato, sottoposto a controlli disumani e molteplici privazioni della libertà personale. Conviveva con la presunzione di pericolosità e di inferiorità che pesava sulla sua testa come una spada di Damocle. Oggi lo straniero ha la pelle bruciata dal sole, proviene da chissà quale angolo di mondo, parla chissà quale lingua e chiede ospitalità. Chi può scorgere differenze?

Certo, nulla è gratuito, è necessario e giusto, chiedere in cambio dell'accoglienza il rispetto del proprio sistema giuridico e culturale, di scontare una pena giusta laddove ci siano violazioni di norme vigenti, di contribuire in qualunque modo allo sviluppo del Paese che accoglie, ma non più di questo, nessuno stigma serve alla crescita umana di una Nazione. Nessuna differenziazione basata sulla razza o sulla provenienza ha mai prodotto risultati positivi per il mondo degli uomini.

Mentre parliamo l'Europa è scossa da non così nuove ondate nazionaliste, portatrici di ideologie di chiusura e discriminazione, che stanno guadagnando sempre più terreno, in modo preoccupante. La diffusione di tali idee, non va nella direzione del bene comune, sembrano passi indietro, echi di epoche già vissute che hanno prodotto infausti risultati. Gli uomini nascono liberi, liberi di adeguarsi al tempo che vivono, liberi di muoversi, liberi di scambiarsi e riconoscersi in volti nuovi e diversi.

Tornano in mente in maniera quasi naturale la domanda posta in apertura della trattazione, quanta libertà siamo disposti a sacrificare in cambio della sicurezza? Ma quanta libertà abbiamo già sacrificato in cambio della sicurezza?

Nella paralisi data dall'incapacità di rispondere, compaiono quelle poche righe del preambolo della dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, che affermano che

«the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people». La libertà è proclamata come libertà dalla paura. Libertà di essere in ogni modo, in ogni mondo.

Siamo gli innumerevoli, raddoppio a ogni casa di scacchiera
lastrichiamo di scheletri il vostro mare per camminarci sopra.

Non potete contarci se contati aumentiamo
figli dell'orizzonte, che ci rovescia a sacco.

Siamo venuti scalzi, invece delle suole,
senza sentire spine, pietre, code di scorpioni.

Nessuna polizia può farci prepotenza
più di quanto già siamo stati offesi.

Faremo i servi, i figli che non fate,
nostre vite saranno i vostri libri d'avventura.

Portiamo Omero e Dante, il cielo e il pellegrino,
l'odore che perdeste, l'uguaglianza che avete sottomesso.

Da qualunque distanza arriveremo, a milioni di passi
quelli che vanno a piedi non possono essere fermati.

Voi siete l'alto, la cima pettinata del pianeta,
noi siamo i piedi e vi reggiamo il peso.

Lastrichiamo le strade, spaliamo la neve,
allisciamo i prati, battiamo i tappeti,
racogliamo il pomodoro e l'insulto,
noi siamo piedi e conosciamo il suolo passo a passo.

Non potete sbarazzarvi di noi.

Erri De Luca

Ringraziamenti

La gratitudine è un sentimento che conosco bene e che coltivo dentro di me come un albero, quindi in modo naturale partirò dalle radici.

Ringrazio la mia famiglia, che mi ha sostenuta e accompagnata sempre senza condizioni, che ci fosse il sole alto in cielo o la pioggia fitta. Voi siete le mie radici, siete la mia casa, la certezza dei miei passi. Tutti i miei nonni che mi hanno insegnato il senso dell'amore della condivisione e della vita, non mi separo mai da voi.

I miei genitori che con la loro perdurante follia hanno fatto di me l'essere umano che sono, che hanno resistito alle tempeste della vita tenendosi per mano ed hanno fatto bene. Grazie, io non sarei nulla senza di voi.

I miei fratelli che camminano con me, che forse più di tutti hanno vissuto le mie ombre assordanti e le mie luci accecanti, grazie perché avervi mi rende ciò che sono, mi avete raccontato che è possibile fidarsi ciecamente, c'è tanta luce sulla nostra via, siete la mia forza.

Ringrazio le forti donne che fanno parte della mia vita, che con il loro esempio mi hanno permesso di arrivare fin qui. Mi hanno insegnato a rialzarmi, a leccarmi le ferite, a camminare a testa alta, a difendermi e a farmi valere. Mi hanno dato la certezza di poter far sentire la mia voce in questo mondo di uomini. Donne che hanno pianto e riso con me, che mi hanno sostenuta, risvegliata, accarezzata, sorretta. Grazie, vi dico che questo è solo l'inizio, tenete duro e continuate così, io farò lo stesso per voi.

Ringrazio Mia madre, che mi ha cullata e mi ha insegnato il senso dei sogni, mi ha spinto ad essere ciò che volevo ed ha accompagnato ogni mio passo, mi ha insegnato ad essere determinata e a lottare per ciò in cui credo. Grazie, mi hai sorretta in ogni difficoltà hai gioito e patito con me, non hai mollato mai di un centimetro quando io mi fermavo eri tu a soffiare sulle mie ali, se sono qui oggi è principalmente grazie a te. Sei il mio più grande esempio di donna.

Ringrazio gli uomini che fanno parte della mia vita, anche voi dopo tutto qualche merito lo avete, con il vostro mondo parallelo ed il vostro modo di affrontare i problemi, la vostra presenza mi ha permesso di capire chi sono, di definire Margherita attraverso i vostri occhi, di imparare ad essere forte per poter competere con voi e per potervi permettere di appoggiarvi su di me. Grazie per aprire i barattoli al posto mio,

per permettermi di piangere ed asciugare le mie lacrime sulle vostre spalle larghe. Non avrei mai potuto affrontare questo lavoro se non fossi stata in grado di relazionarmi con gli uomini, grazie perché quando lasciate intravedere la debolezza dietro le corazze di forza, quelli sono i momenti in cui dimostrate maggior forza.

Ringrazio Mio padre, che mi ha spiegato che l'amore esiste con ogni carezza, che mi ha insegnato a fidarmi degli uomini, a sopportarlo e a supportarlo, che mi ha raccontato il senso del dovere, del non andare mai in vacanza ed essere presente per gli altri prendendosene cura. Sei un grande medico ed un uomo buono, nonché l'uomo della mia vita.

Ringrazio le Mie persone, ognuno di voi sa. Ognuno di voi conosce il contributo che ha avuto nella mia vita ed in questo mio percorso. Grazie per le vostre risate, per le vostre verità, per aver trovato il modo di tenermi stretta a voi, per aver illuminato con la vostra presenza la mia strada. Per aver accettato ogni mia partenza ed aver saputo attendere pazientemente ogni mio ritorno, per aver lottato al mio fianco e per continuare a farlo. Grazie per la vostra presenza, per le notti scriteriate per i lunghi giorni di sole, per le ore di pioggia, per il caldo e per il freddo. Mi avete mostrato che era sempre possibile farsi una risata e liberare la mente e sono diventata sempre più forte. Il mio Tuko Pamoja e Paola, voi mi permettete di essere libera di credere, libera dalla paura, sicura nella condivisione. Mi donate la certezza che cambiare le cose sia possibile, andando avanti pamoja, unendosi, rimanendo vicini in un mondo che ci vuole lontani. Grazie, posso e voglio pensare di essere una testimonianza grazie alla condivisione dei nostri cuori. Questa tesi non avrebbe mai visto la luce se voi non mi aveste dato la forza di partire per la Sicilia, sentendomi sempre parte della nostra unione, per la quale ho spesso fatto salti mortali, con la consapevolezza che ne continuerò a fare.

Ringrazio i bambini e le bambine meravigliose che fanno parte della mia vita, sparsi per il mondo, porto i vostri occhi luminosi e le vostre manine dentro le mie, mi date la forza quando sono a terra, mi fate ridere e giocare e mi regalate la possibilità di essere ancora una bambina senza farmi schiacciare dal mondo dei grandi. Grazie, mi avete insegnato a prendermi cura di voi e degli altri esseri umani.

Ringrazio i miei miti, Gherardo Colombo, che con le sue parole mi ha infuso il senso del giusto, del raccontare agli altri le ingiustizie imparando la forza per combatterle,

Giovanni Falcone, luce nelle tenebre, combattente per la verità, maestro e uomo, senza di voi non avrei mai studiato giurisprudenza. Ringrazio Erri De Luca, che con la sua penna ha ispirato i miei pensieri ed allenato la mia anima al bello, al brutto, al meglio. Ringrazio la mia relatrice, declino questo termine al femminile correndo il rischio di essere accusata di “vetero-femminismo”, la professoressa Antonella Massaro, che più di un anno fa, mi ha convinta ad intraprendere questa ricerca, e mi ha accompagnata tra alti e bassi. Servono donne forti in questo mondo, lo rimanga sempre.

Ringrazio la mia meravigliosa e fiabesca Italia, che con le sue mille contraddizioni, mi ha dipinto il cuore con mille colori diversi donandomi la voglia di combattere per rialzarle la testa, per sorreggerla nelle difficoltà e predisporla per il cambiamento inevitabile. Per ogni angolo della sua terra, per i suoi luoghi feriti, per quelli pieni di luce e di vita. Per la Sicilia dove ho incontrato gli uomini venuti dal mare che mi hanno convinta ad alzare la voce per raccontare ciò che sta capitando ed il modo in cui le vite umane siano tutte uguali, e meritino di essere tali. Malgrado gli occhi feriti e le anime tristi, giovani leoni africani, voi siete un dono. Ringrazio ognuna delle parole che mi avete donato, anche le più dolorose e per aver accompagnato la mia ricerca tesi, Jerajef!

Un ultimo ringraziamento lo faccio prendendo in prestito le parole di una donna premio Nobel Wisława Szymborska “ti ringrazio cuore mio, non ciondoli, ti dai da fare, senza lusinghe, senza premio, per innata diligenza. Hai settanta meriti al minuto, ogni tua sistole è come spingere una barca in mare aperto per un viaggio intorno al mondo. Ti ringrazio cuore mio: volta per volta mi estrai dal tutto, separata anche nel sonno. Badi che sognando non trapassi in quel volo, nel volo per cui non occorrono le ali.” Grazie per la gratitudine. Grazie per il sole, ma soprattutto per la luna.

Bibliografia

ADAMS P., *Migration: Are more people on the move than ever before?*, 28 maggio 2015, in www.bbc.com

AIME M., *Banali esecutori del male, non sono razzista ma* - aprile 2017, in www.nigrizia.it, 28 aprile 2017

ALEO S., *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, Giuffrè editore, 2009

ALLPORT G.W., *Prejudice: is it societal or personal?* In *Journal of Social Issues* 18/1962

AMADEO S. e SPITALERI F., *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015, collana di diritto dell'immigrazione diretta da A. ADINOLFI, S. AMADEO, G. CAGGIANO, G. CATALDI, G. CELLAMARE P. MORI, B. NASCIMBENE

AMATO G., *Dubbio aggravato per le associazioni a delinquere*, in *Guida al diritto* 35/2003

AMATO G., CAPUTO A. e FIDELBO G., *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, Torino, G. Giappichelli editore, 2012

AMBROSINI M., *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, il Mulino, 2011

AMBROSINI M., *L'accoglienza umanitaria non è un optional*, 20 agosto 2013, in www.lavoce.info

AMBROSINI M., *Non passa lo straniero? Le politiche migratorie tra sovranità nazionale e diritti umani*, Assisi, Cittadella editrice, 2014

AMBROSINI M., GUARISO A., *Immigrazione illegale: perché è un reato inutile*, 2 febbraio 2016 in www.lavoce.info

AMBROSINI M., *Rifugiati, meno chiacchiere più numeri*, 24 giugno 2016, in www.lavoce.info

AMBROSINI M., *Le parole non dette nel Migration compact*, 29 aprile 2016, in www.lavoce.info

AMBROSINI M., *Chi ha paura delle Ong che aiutano i migranti?* In www.lavoce.info del 24 luglio 2017

AMBROSINI M., *Missione navale in Libia: così si nega il diritto d'asilo*, 2 agosto 2017, in www.lavoce.info

ANASTASIA S., ANSELMi M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, CEDAM, 2015

ANTONUCCI A., PAPANICOLOPULU I., SCOVAZZI T., *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016

APONTE A., *Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*, Bogotá, Temis, 2005

APRILE E., *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in *Il decreto sicurezza D.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n.125/2008*, a cura di A. SCALFATI, Torino, G. Giappichelli, 2008

ARDITA S., *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su giustizia e sicurezza*, in *Cass. Pen.* 2008

BALBO L., *Immigrati, non cittadini?* Milano, FrancoAngeli, 1990

BALDUZZI P., TOPPETA A., *vista in tv l'immigrazione fa paura*, 15 dicembre 2015 in www.lavoce.info

BALES K., *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Milano, Feltrinelli, 2002

BALLONI A., MOSCONI G., PRINA F., *Cultura giuridica e attori della giustizia penale*, Milano, FrancoAngeli, 2004

BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale: lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milano, Giuffrè editore, 1990

BARATTA A., *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998

BARAZZETTA A., *Art. 416 c.p.*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, Milano, Giuffrè Editore, 2006

BARBAGLI M., *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, il Mulino, 2002

BARBAGLI M., *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, il Mulino, 2008

BARBALET J. M., *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, Padova, Liviana Editrice, 1992

BARGIS M., BELLUTA H., *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, G. Giappichelli editore, 2017

BARONE G., D'IGNAZIO A., DE BLASIO G. e NATICCHIONI P., *Immigrazione e preferenze politiche degli elettori*, 26 settembre 2014, in www.lavoce.info

BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, Bologna, il Mulino, 1999

BAUMAN Z., *La società sotto assedio*, Roma-Bari, Laterza, 2003

BAUMAN Z., *Paura liquida*, Roma, Laterza, 2009

- BAUMAN Z., *L'arte della vita*, Roma, Laterza, 2010
- BAUMAN Z., *Stranieri alle porte*, Roma, Laterza, 2016
- BECCARIA C., *dei delitti e delle pene*, (prima pubblicazione 1764), Milano, Feltrinelli editore, 1991
- BECK U., *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, Carocci, 1999
- BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci Editore, 2000
- BELLUCCI L., *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del diritto* 3/2001
- BERNARDI A., *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, G. Giappichelli editore, 2006
- BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A., «*Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*», Milano, Giuffrè Editore, 2008
- BERTACCINI D., *La "nuova riforma" della polizia italiana: i discorsi e le pratiche ufficiali di "polizia di prossimità" in Italia*, in M. PAVARINI, *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Roma, Carocci, 2006.
- BETTIOL G., PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, Padova, CEDAM, 1986
- BIGO D., *The (in) securitization practices of the three universes of EU border control: Military/Navy-border guards/police-database analysts*, in *Security Dialogue*, 2014
- BIONDI DAL MONTE F., *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, relazione al convegno annuale dell'associazione gruppo di Pisa, *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it
- BLANGIARDO G., *La presenza stranieri in Italia: dal quadro di riferimento agli scenari evolutivi*, in *Quindicesimo rapporto sulle migrazioni 2009*, Fondazione ISMU, Milano, FrancoAngeli, 2010
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino Einaudi, saggi, 2014
- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?* in *Ind. Pen.*, DIKE 2003
- BONINI S., *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni sistematiche*, in *Cass. Pen.*, 2009
- BOUCHARD M., *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Quest. Giust.* 3/2007

BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida al diritto* 34/2009

BUSACCA M., SERPOTTA V., *Gli sbarchi di immigrati clandestini e la gestione delle emergenze processuali*, in TINEBRA G., CENTONZE A., *Il traffico internazionale di persone*, Milano, Giuffrè Editore, 2004

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Padova, CEDAM, 1988

CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale*, Torino, Utet Giuridica, 2008

CALABRESI M., *La spiaggia su cui muore l'Europa*, 3 settembre 2015, in *La Stampa*

CALAVITA K., *“Un ejército de reserve de delincuentes”. La criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España*, in *Revista Española de Investigación criminológica* 2/2004

CALCAGNO E., *commento alle sentenze n. 222 e n. 223 della Corte Costituzionale*, in *Dir. Pen. Proc.* 7/2004

CALDWELL B., *“The demonization of criminal aliens”*, 25 ottobre 2016, in www.crimmigration.com

CALVI A. A., *Tipo criminologico e Tipo normativo d'autore. La tipologia soggettiva della legislazione italiana, tipologia soggettiva e politica criminale*, Padova, Cedam, 1967

CAMAIONI S., *Il concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2009

CAMPESI G., *Il controllo delle «nuove classi pericolose»: sottosistema penale di polizia e immigrati*, diritto penale del nemico, in *dei delitti e delle pene*, Napoli-Salerno, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003

CAMPESI G., *Genealogia della pubblica sicurezza*, Verona, Ombre Corte, 2009

CAMPESI G., *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, Diritto, Politica*, Roma, Carocci Editore 2013

CAMPO G., *La tutela dei diritti dei lavoratori immigrati (una ricerca empirica e qualche spunto di riflessione)*, in *Quest. Giust.* 3/2006

CAPUTO A., *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. Giust.* 3/1999

CAPUTO A., *Verso un diritto speciale per gli immigrati?* in *Quest. Giust.* 6/2000

CAPUTO A., *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Quest. Giust.* 5/2002

CAPUTO A., *Favoreggiamento all'emigrazione: questioni interpretative e dubbi di costituzionalità*, in *Quest. Giust.* 6/2003

CAPUTO A., *La libertà personale è uguale per tutti. Corte Costituzionale e disciplina dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 5/2004

CAPUTO A., *Prime note sulle modifiche alle norme penali del testo unico sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 2/2005

CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006

CAPUTO A., *Diritto all'assistenza linguistica e giusto processo (Cass. S.U. pen. 26 settembre 2006 n. 39298)*, in *Quest. Giust.* 6/2006

CAPUTO A., *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA, *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Torino, IPSOA gruppo Wolters Kluwer, 2009

CAPUTO A., *Immigrazione, politiche del diritto, qualità della democrazia. Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. Giust.* 1/2009

CAPUTO A., *Diseguali, illegali, criminali. (una guida alla lettura)*, in *Quest. Giust.* 1/2009

CAPUTO A., *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. Pen. Proc. Speciale immigrazione* 9, 2009

CAPUTO A., *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale* (commento alla sent. 8 luglio 2010 n. 250), in *Dir. Pen. Proc.* 10/2010

CAPUTO A., *Giurisprudenza Costituzionale e immigrazione illegale*, in *Cass. Pen.* 1/2013

CARACCIOLI I., *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, Giuffrè editore, 1975

CARINGELLA F. (et. al.), *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, Roma, Dike Giuridica, 2016

CARRER F., *La polizia nel terzo millennio: potenzialità, limiti e modalità d'impiego*, Milano, FrancoAngeli, 2006

CARTA M., *misure di contrasto al traffico di migranti via mare*, in PALMISANO G., *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, Giuffrè Editore, 2008
CATTANEO C., D'AMICO M., *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, Milano, FrancoAngeli, 2016

CAVALIERE A., *Tipicità ed offesa nei reati associativi*, in V. PATALANO, *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato*, Torino, G. Giappichelli, 2003

- CAVALIERE A., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in Crit. Dir. 2013
- CEA D'ANCONA M. A., "*La medición de las actitudes ante la inmigración: Evaluación de los indicadores tradicionales de racismo*", in *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, num. 99 del 2002
- CELOTTO A., BIFULCO R., CARTABIA M., *L'europa dei diritti, commento alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, il Mulino, 2001
- CENTONZE A., ALEO S., *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, Giuffrè Editore, 2008
- CENTONZE S., *Diritto Penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010
- CENTORRRINO M., DAVID P., *Il ruolo delle mafie negli sbarchi di immigrati*, 10 dicembre 2013, in www.lavoce.info
- CERETTI A. e CORNELLI R., *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. MAZZA e F. VIGANÒ, *il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, G. Giappichelli, 2009
- CESAREO V., *Società multietniche e multiculturalismi*, Milano, Vita e Pensiero, 2000
- CESAREO V. *La questione dell'altro*, in LO VERDE F. M. e CAPPELLO G., *Multiculturalismo e comunicazione*, Milano, FrancoAngeli, 2007
- CHIAVARIO M., *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in RIDPP 2005
- CIACCI M., GUALANDI V., *La costruzione sociale della devianza*, Bologna, il Mulino, 1997
- CICONTE E., *Storia criminale. La resistibile ascesa di mafia, 'ndrangheta e camorra dall'Ottocento ai giorni nostri*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2008
- CIPOLLINI R., *Stranieri. Percezione dello straniero e pregiudizio etnico*, Milano, FrancoAngeli, 2004
- CISTERNA A., *L'entità del fenomeno e la rilevazione dello stesso attraverso i cd. "reati spia"*, intervento nell'incontro di studi *La tratta degli esseri umani*, tenutosi presso il CSM 26-28 gennaio 2009
- COLOMBO A., SCIORTINO G., *Gli immigrati in Italia. Assimilati o esclusi: gli immigrati, gli italiani, le politiche*, Bologna, il Mulino, 2006
- CONCAS A., *La distinzione tra imputato, indagato e persona informata sui fatti*, 14 ottobre 2013, in *Diritto processuale penale*, 2017 www.diritto.it
- CONFORTI B., *Manuale di diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015

CONSO G., GREVI V., BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, Padova, CEDAM, 2014

CONSOLI M. T., *Il fenomeno migratorio nell'Europa del Sud. Il caso siciliano tra stanzialità e transizione*, Milano, FrancoAngeli, 2009

CORBETTA S., DELLA BELLA A., GATTA G. L., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Torino, IPSOA gruppo Wolters Kluwer, 2009

CORSI C., *Le nuove disposizioni al testo unico sull'immigrazione: tra inasprimento della disciplina e norme "bandiera"*, in *Foro Amministrativo-Consiglio di Stato*

CORTI P., *Storia delle migrazioni internazionali*, Roma-Bari, Laterza, 2003

CORVI A., *Nuove risposte al crimine organizzato tra diritto penale e sanzioni amministrative*, in O. MAZZA e F. VIGANÒ, *il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, G. Giappichelli, 2009

CORVI A., *Alla ricerca del "fatto" penalmente rilevante nei delitti associativi*, in *RIDPP* 1/2015

CRISCI A. M. P., *il trattamento penale dello straniero irregolare*, ciclo XXIV, a.a. 2009/2010, in www.boa.unimib.it

DAL LAGO A., *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999

DAUNIS RODRÍGUEZ A., *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma y independiente de la trata de personas*, in *InDret Revisa para el análisis del Derecho* 1/2010

DE DONNO A., *La circostanza aggravante della clandestinità*, in S. CENTONZE, *Diritto Penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010

DE FRANCESCO G. A., *Ratio di "garanzia" ed esigenze di "tutela" nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *RIDPP* 1982

DE FRANCESCO G. A., *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *RIDPP* 1992

DE GIORGI A., *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, DeriveApprodi, 2000

DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè Editore, Milano, 1983

DE VERO G., *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *RIDPP*, 1993

DEGL'INNOCENTI L. e TOVANI S., commento a Corte Cost. Sent. n. 249 del 8 luglio 2010, in *Dir. Pen. Proc.* 10/2010, p.1172-1177

DEGL'INNOCENTI L., *stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2013

DEL COCO R., PISTOIA E., *Stranieri e giustizia penale. problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, Cacucci editore, 2014

DELLA BELLA A., *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. Pen.* 2008

DI CHIARA G., *Traffico di migranti via mare, poteri di polizia nelle azioni di contrasto e tutela della dignità della persona*, in *Dir. Pen. Proc.* 1/2016

DI DEDDA E., *L'illusione repressiva, ovvero la legge Bossi-Fini tra inapplicabilità e incostituzionalità*, in *Quest. Giust.* 2/2003

DI LUZIO G., *Clandestini, viaggio nel vocabolario della paura*, Roma, Ediesse, 2013

DI MARTINO A., *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006

DI MARTINO A., *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. Pen. Proc.* 1/2007

DI MARTINO A., RAFFAELLI R., *La libertà di bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, 26 luglio 2011, in www.penalecontemporaneo.it

DI MARTINO A., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt.*, XVI, 1/2014

DI MARTINO A., «Pasticciaccio brutto» in alto mare. *Questioni di giurisdizione, estradizione, necessità, traduzione di atti*, commento a C. Cass. Sez. I, 23 gennaio 2014 n. 3155, in *Dir. Pen. Proc.* 6/2014

DI NICOLA A., MUSUMECI G., *Confessioni di un trafficante di uomini*, Chiarelettere, 2015

DI NUOVO S., *L'atteggiamento verso gli immigrati: pregiudizio o integrazione? In Da stranieri a cittadini. Inserimento degli immigrati ed educazione interculturale in Sicilia*, a cura di S. DI NUOVO, Troina, Oasi, 1999

DI PASQUALE E., STUPPINI A., TRONCHIN C., *Quanto costa accogliere i rifugiati*, 19 luglio 2016, in www.lavoce.info

DI PASQUALE E., STUPPINI A., TRONCHIN C., *Rimpatri impossibili senza accordi bilaterali*, 21 marzo 2017, in www.lavoce.info

DINO A., *Crimine organizzato transnazionale e sindrome securitaria*, in LO VERDE F. M. e CAPPELLO G., *Multiculturalismo e comunicazione*, Milano, FrancoAngeli, 2007

DODARO G., *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in RIDPP 2008

DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè editore, 2012

DOLCINI E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in RIDPP 1991

DOLCINI E. e GATTA G. L., *Codice penale commentato*, Vicenza, Wolters Kluwer, 2015

DONINI M., *il diritto penale di fronte al "nemico"*, in Cass.Pen. n.2/2006

DONINI M., PAPA M., *Diritto Penale del Nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2007

DONINI M., *diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, nuovo revisionismo penale, Milano, Monduzzi editore, 2007

DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in Quest. Giust. 1/2009

DONINI M., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?* In RIDPP 2010

DONINI M. e PAVARINI M., *Sicurezza e diritto penale*, Bononia university press, Bologna, 2011

DONINI M., *il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 settembre 2013

DÜNKEL F., *The refugee problem and what criminologists should say to it*, marzo 2015, in www.escnewsletter.org

ELBAGIR N., RAZEK R., PLATT A., JONES B., *People for sale. Where lives are auctioned for 400 \$*, 14 novembre 2017 in www.edition.cnn.com

ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, G. Giappichelli editore, 2008

ERTA A., *Migranti in cronaca, la stampa italiana e la rappresentazione dell'"altro"*, Verona, Ombre Corte, 2014

EVANGELISTA M., *Diritto, etica e guerra al terrore*, Milano, Vita e Pensiero, 2009

FABINI G., *Migranti e polizia. Tra diritto penale del nemico e regole del disordine*, in www.altrodiritto.unifi.it , 2011

FALZEA A., GROSSI P., CHELI E., COSTI R., *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. 2, Milano, Giuffrè Editore, 2008

FERRAJOLI C., *Un rifugio senza libertà*, in *politica del diritto*, a. XXXVIII, 2 giugno 2007

FERRAJOLI L., *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta la riserva di codice*. In AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro, Atti dell'incontro di studio, Firenze 3 marzo 2000*, Padova, CEDAM, 2001

FERRAJOLI L., *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.* 4/2006

FERRAJOLI L., *Multiculturalismo e universalità dei diritti fondamentali*, in *la Magistratura* 4/2007

FERRAJOLI L., *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, «*Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*», Milano, Giuffrè Editore, 2008

FERRAJOLI L., *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.* 5/2009

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2011

FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, vol. 1 ultima ratio filosofie del diritto penale, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014

FERRAJOLI L., *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015

FERRERO G., *Contro il reato di immigrazione clandestina. Un'inutile, immorale, impraticabile minaccia*, Roma, Ediesse, 2010

FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991

FIANDACA G., MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *RIDPP* 1994

FIANDACA G., voce *Omissione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VIII, Torino, UTET giuridica, 1994

FIANDACA G., *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006

FIANDACA G., *diritto penale del nemico, una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, nuovo revisionismo penale, Milano, Monduzzi editore, 2007

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2009

FORLATI S., *L'ingresso dei migranti nell'Unione Europea- fra controllo dell'immigrazione clandestina ed esigenze di protezione*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti: diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1990

FORNASARI G., RIONDATO S., *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, G. Giappichelli, 2013

FRIGO G., *Straniero "cacciato" senza garanzie*, in *Guida al diritto* n.33 del 2005

FROSINI T. E., *Diritto alla sicurezza e tutela delle libertà: un crinale sottile che esalta le democrazie*, in *Guida al diritto*, n. 32 del 2005

GABOARDI A., *Difesa legittima e «C.I.E.»*. La vulnerabilità giuridica di una detenzione "fuori legge", 10 ottobre 2013, in www.penalecontemporaneo.it

GALLINO L., *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma-Bari, Laterza, 2000

GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè Editore, 1957

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. III *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. II *Il reato*, pt. I *La fattispecie oggettiva*, Torino, G. Giappichelli editore, 2007

GAMBARDELLA M., *Ancora sulla mancata esibizione dei documenti da parte del cittadino straniero "irregolare"*, in *Quest. Giust.* 3/2010

GAMBARDELLA M., *Lo straniero irregolare e il reato di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti*, in www.penalecontemporaneo.it , 13 dicembre 2010

GAMBARDELLA M., *Le conseguenze della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis*, in *Cass. Pen.* 4/2011

GAMBARDELLA M., *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della corte di giustizia El Dridi ("direttiva rimpatri") nell'ordinamento italiano*, 21 giugno 2011, in www.penalecontemporaneo.it

GAMBERINI A. e ORLANDI R., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, nuovo revisionismo penale, Milano, Monduzzi editore, 2007

GARCÍA ESPAÑA E., *Extranjero sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión*, 5 agosto 2017, in *RECPC* num. 19-15/2017 p.1-28, in www.criminet.urg.es

GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nella cultura contemporanea*, Net, 2007 a cura di A. Ceretti

GAROFALO J., *The fear of crime: causes and consequences*, in *Journal of Criminal law and criminology*, vol. 72 n.2, del 1981

GATTA G. L., *il 'reato di clandestinità' e la riforma della disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. Pen. Proc.* 11/2009

GATTA G. L., *Aggravante di clandestinità (art. 61 n.11-bi c.p.) uguaglianza calpestata*, in *RIDPP*, 2009

GATTA G. L., *Inottemperanza del 'clandestino' all'ordine di esibire i documenti. Davvero abolitio criminis?* in *Dir. Proc. Pen.* 11/2011, p.1348-1358 (cass. Pen. S.U. 27 aprile 2011 n. 16453)

GATTA G. L., *Immigrazione: approvato un decreto legge per sanare il contrasto con la direttiva rimpatri*, 17 giugno 2011, in www.penalecontemporaneo.it

GATTA G. L., *La criminalizzazione della clandestinità, tra scelte nazionali e contesto europeo*, in *RIDPP* 1, 2015

GENNARO G., *Manuale di sociologia della devianza*, Milano, FrancoAngeli, 1991

GENNARO R. M., *Stranieri e repressione penale*, Milano, FrancoAngeli, collana i diritti negati, 2012

GIANNELLI F., MAGLIO M. G., *Considerazioni in tema di concorso di persone nel reato*, in *Riv. Pen.* 2007

GILIBERTO A., *Direttiva rimpatri: la corte di giustizia UE conferma la propria giurisprudenza sull'art. 10-bis T.U.Imm. (Corte di giustizia UE, III sezione, ord. 21 marzo 2013, Mbaye (causa C-522/11))*, 12 aprile 2013, in www.penalecontemporaneo.it

GILIBERTO A., *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati (Nota a G.U.P. Trapani, sent. 9 novembre 2016, Giud. Brignone, Imp. Abdallah)*, 10 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it

GILIBERTO A., *Diritto del mare, giurisdizione penale e «autorità mediata»: una recente pronuncia della Corte di cassazione in tema di traffico di migranti conferma le soluzioni proposte dalla Direzione Nazionale Antimafia*, in *Dir. Imm. Citt.* 3-4/2014

GIORGIS A., GROSSO E., LOSANA M., *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, i diritti negati, Milano, FrancoAngeli, 2017

GIULIANI BALESTRINO U., *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, Giuffrè Editore, 1988

GIUNTA F., CAPUTO A., CICALA M., *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009

GIUNTELLA I., *Migranti, l'Italia è un paese di transito: nel 2015 flessione di nuovi arrivi (-7,4%)*, 17 marzo 2016 in www.ilsole24ore.com

GOISIS L., *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, 18 novembre 2016, in www.penalecontemporaneo.it

GOLINELLI M., «la casa è il mio mondo» (i migranti e la questione abitativa), in *Quest. Giust.* 1/2008

GRACIA MARTÍN L., *Consideraciones críticas sobre el actualmente enominado "derecho penal del enemigo"* in RECPC 07-02-2005

GRATTERI N., *Fiumi d'oro*, Milano, Mondadori, 2017

GROSSO E., *Status costituzionale dello Straniero*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XV, Torino, UTET giuridica, 1999

GUAZZAROTTI A., *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Quest. Giust.* 1/2009

GUIRAUDON V., JOPPKE C., *Controlling a new migration world*, London, Routledge, 2001

HALE C., *Fear of crime: a review of the literature*, in *International Review of Victimology* 4/1996

HOBBS T., *Leviathan*, La nuova Italia, Firenze 1987

HORNZIEL I. M., *La condizione degli immigrati stranieri in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 1990

IACOVIELLO M., *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, in *Cass. Pen.* 1995

INSOLERA G., *L'associazione per delinquere*, Padova, CEDAM, 1983

INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè Editore, 1986

INSOLERA G., *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. Pen. Proc.* 2004

IPPOLITO F., ACCARDI A., BENI P., SOLDINI P., TRUCCO L., *Contro la detenzione amministrativa. Chiudere la stagione del diritto speciale dei migranti*, in *Quest. Giust.* 4/2005

JAKOBS G., *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cuadernos de conferencias y artículos n. 12, Bogotá, Universidad externa de Colombia, 1996 (trad. de J. SANCHEZ-VERA),

JAKOBS G. y CANCIO MELIÁ M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003

JAKOBS G., *Terroristen als Personen im Recht?* in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 2005

JAKOBS G., *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI, Torino G. Giappichelli editore, 2006

JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, nuovo revisionismo penale, Milano, Monduzzi editore, 2007, p.109-129

JEFFREY K., *La tratta degli schiavi. Chi governa l'immigrazione e perché*, Palermo, Edizioni Arianna, 2013

KAISER G., *Criminologia. Una introduzione ai suoi principi*, a cura di E. MORSELLI, C. BLONKSTEINER, Milano, Giuffrè Editore, 1985

KOSTORIS R. E., ORLANDI R., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, G. Giappichelli editore, 2006

LA TERZA M., *Innovazioni legislative sul lavoro degli stranieri extracomunitari in Italia*, in *Quest. Giust.* 1/1987

LANZA E., *La tutela penale contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in in G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, Milano, Giuffrè Editore, 2004

LANZA E., *Gli stranieri e il diritto penale*, CEDAM, Milano, 2011

LANZI A., NUVOLONE P., *Uno studio sul concetto di 'organizzazione' nelle fattispecie associative: storia di un espediente retorico*, in *Ind. Pen.*, DIKE, 2016

LIBERATI A., *La disciplina dell'immigrazione e i diritti degli stranieri*, vol. VI *Il diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2009

LICCI G., *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, III edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013

LIPPI G., *Crimini degli immigrati: l'analisi dei dati Idos*, 17 agosto 2015, in www.lettera43.it

LIVI BACCI M., *In cammino. Breve storia delle migrazioni*, Bologna, il Mulino, 2014

LOMBARDI F., *Osservazioni a Cass. Pen. Sez. I, n. 3345 del 10 dicembre 2014*, in *Cass. Pen.* 5, 2015

LOMBROSO C., *L'uomo delinquente. Antropologia, giurisprudenza, discipline carcerarie*, vol. I, Torino, Fratelli Bocca Editore, 1896

LORUSSO S., *Sicurezza pubblica e diritto emergenziale: fascino e insidie dei rimedi processuali*, in *Dir. Pen. Proc.* 3/2010

LOSAPPIO G., *diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI e R. ORLANDI, nuovo revisionismo penale, Milano, Monduzzi editore, 2007

LO MONTE E., *Lo sfruttamento dell'immigrato clandestino: tra l'incudine (dello Stato) e il martello (del caporalato)*, in *Crit. Dir.* 2011

LO VERDE F. M. e CAPPELLO G., *Multiculturalismo e comunicazione*, Milano, FrancoAngeli, 2007

LO VERDE F. M., *Insicurezza e sfiducia generalizzata. Rappresentazioni sociali e politiche pubbliche*, in *Multiculturalismo e comunicazione*, a cura di F. M. LO VERDE e G. CAPPELLO, Milano, FrancoAngeli, 2007

MACULAN U., *Indicatore delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia 1861-1938*, ed.XVI, Padova, CEDAM, 1938

MAGISTRATURA DEMOCRATICA – GIURISTI DEMOCRATICI – ASGI, *Osservazioni sul decreto legge n. 489/1995 e politica dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 4/1995

MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *La libertà dei migranti, i giudici di pace*, in *Quest. Giust.* 6/2004, p.1313

MANCINI D., *Traffico di migranti e tratta di persone, tutela dei diritti umani e azioni di contrasto*, Milano, FrancoAngeli, 2008

MANGIONE A., *Analisi economica del diritto penale e criminalità organizzata*, Catania, Monforte Editore, 2008

MANNA A., *il diritto penale dell'immigrazione clandestina tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. Pen.* 2011, doc. n. 151.1

MANNUCCI M., *Brevi considerazioni sul reato di immigrazione clandestina*, in *Strumentario Avvocati- RIDPP* n. 10/2009

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 2007

MANTOVANI F., *Migrazioni: problema epocale e planetario*, in *Dir. Pen. Proc.* 4/2010

MARCI T., *La società e lo straniero. Per un diritto ospitale nell'età della globalizzazione*, Milano, FrancoAngeli, 2003

MARGARA A., *A proposito di leggi razziste e ingiuste*, in *Quest. Giust.* 2/2009

MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in RIDPP, 1983

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Codice penale commentato*, Milano, Giuffrè Editore, 2006

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè editore, 2015

MARLETTA A., *Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in Criminalia, 2013

MAROTTA G., *Immigrati: devianza e controllo sociale*, Padova, CEDAM, 1995

MARSHALL T. H., *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, Utet, 1976

MARTÍNEZ ESCAMILLA M., *Inmigración, Derechos Humanos y Política criminal: Hasta dónde estamos dispuesto a llegar?*, in Indret Revista para el análisis del Derecho, 2009

MARTUFI A., *Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato: nulla periculositas sine actione?* in RIDPP. n.2 del 2015

MARZADURI E., *La disciplina di contrasto del terrorismo internazionale: tra esigenze di tutela delle libertà e bisogno di sicurezza della persona*, in Legis. Pen., 2005

MASERA L., *"terra bruciata attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA e F. VIGANÒ, *il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, G. Giappichelli, 2009

MASERA L., VIGANÒ F., *Addio articolo 14*, 4 maggio 2011, in www.penalecontemporaneo.it

MASERA L., *Le prime pronunce della Cassazione sui profili di diritto intertemporale del riformato art. 14 T.U.Imm. Nota a Cass. Sez. I pen. sent. 23 settembre 2011 (dep. 10.10.2011) n. 36451, Zinoubi, 21 ottobre 2011*, in www.penalecontemporaneo.it

MASERA L., *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella? (Modifiche introdotte al T.U.Imm. dalla Legge europea 2013-bis (L. 30.10.2014, n. 163), 10 novembre 2014*, in www.penalecontemporaneo.it

MASSARO A., *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, 15 luglio 2015, in www.penalecontemporaneo.it

MATRONE G., *La zona contigua*, 23 settembre 2015, in www.consulenza-legale.info

MAZZA O e VIGANÒ F., *il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, G. Giappichelli, 2009

MCBRITTON M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, in Quest. Giust. 3/2014

MENDOLA M., *Porte girevoli nel controllo alle frontiere*, 22 luglio 2016, in www.lavoce.info

MENDOLA M., *La migrazione è sostenibile se crea ponti con i Paesi d'origine*, 21 marzo 2017, in www.lavoce.info

MENDOLA M., *Le migrazioni dall'Africa si fermano creando opportunità*, 19 settembre 2017, in www.lavoce.info

MIAZZI L., *Detriti di una legislazione cosa resta della normativa sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.* 5/2013

MICONI TONELLI A., voce *pericolosità sociale*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIII, 2010

MILITELLO V., SPENA A., *Il traffico di migranti: diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015

MILITELLO V., SPENA A., *"la cruna dell'ago": il migrante fra mobilità e controllo*, in V. MILITELLO, A. SPENA, *Il traffico di migranti: diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015

MIRAGLIA M., *Una nuova normalità: metamorfosi della giustizia penale statunitense dopo l'11 settembre*, in *Cass. Pen.* 2005

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, edizioni scientifiche italiane, 1992

MOCCIA S., *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997

MORSELLI C., *diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, Jovene Editore 2012

MUÑOZ RUIZ J., *La ayuda humanitaria: una excusa absolutoria o una causa de justificación?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-06-2016, p.2 in www.criminet.ugr.es

NASCIMBENE B. e DI PASCALE A., *Riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in PALMISANO G., *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, Giuffrè Editore, 2008

NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2013

NATALE A., *La direttiva 2008/115/CE e il decreto legge di attuazione n. 89/2011. Prime riflessioni a caldo*, 24 giugno 2011, in www.penalecontemporaneo.it

NATALE A., RENOLDI C., *La tutela dei diritti e i paradossi del diritto. La direttiva rimpatri, l'Italia e la libertà dei migranti*, in *Quest. Giust.* 5/2011

NAZZARO U., *I decreti “immigrazione” e “sicurezza” del 2017: considerazioni critiche*, in Riv. Pen. 7-8/2017

NEGRI C., *La tutela penale contro la tratta di persone*, in G. TINEBRA, A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, Milano, Giuffrè Editore, 2004

NICCOLATI S., CIERVO A., *Flussi migratori, norme e diritto alla protezione*, in Quest. Giust. 3/2014

NICODEMI F., BONETTI P., *Misure di protezione sociale. Scheda pratica*, ASGI 2009, in www.asgi.it

ONIDA V., *La costituzione ieri ed oggi*, Bologna, il Mulino, 2008

ONIDA V., *Le vie del mare e le vie della legge*, 19 maggio 2009, in www.archiviostorico.ilsole24ore.com

ORRÙ P., *Il discorso sulle migrazioni nell'Italia contemporanea: un'analisi linguistico-discorsiva sulla stampa*, Milano, FrancoAngeli, 2000-2010

PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso*, Milano, Giuffrè Editore, 1973

PADOVANI T., *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in Guida al diritto 33/2009

PADOVANI T., *Diritto penale del nemico*, Anno accademico 2007/2008, *Giustizia criminale n.4, radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*. Pisa University press 2014

PADOVANI T., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Anno accademico 2012/2013, *Giustizia criminale n.2, radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*. Pisa University press 2014

PALAZZO F., *Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull'immigrazione*, in Quest. Giust. 4/2004

PALAZZO F., *Costituzione e scriminanti*, in RIDPP 2009

PALIDDA S., *Devianza e criminalità tra gli immigrati: ipotesi per una ricerca sociologica*, in Inchiesta, 1994

PALIDDA S., *La devianza e la criminalità*, in *Primo rapporto sulle migrazioni*, Milano, FrancoAngeli, 1995

PALIDDA S., *Polizia e immigrati: un'analisi etnografica*, in *Rassegna Italiana di Sociologia* 1/1999, Bologna, il Mulino

PALIDDA S., *Polizia postmoderna. Etnografia del nuovo controllo sociale*, Milano, Feltrinelli, interzone, 2000

PALIDDA S., *Devianza e vittimizzazione tra i migranti*, Milano, Quaderni ISMU, n.2, 2001

PALIDDA S., *Dieci punti su immigrazione, politica e diritto*, in *Quest. Giust.* 4/2001

PALIERO C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *RIDPP* 1992

PALMISANO G., *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, Giuffrè Editore, 2008

PALMISANO G., *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, in G. PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, Giuffrè Editore, 2008

PALOMBARINI G., *il CSM sul decreto Dini in tema di immigrazione extracomunitaria (parere 7 febbraio 1996 del CSM)*, in *Quest. Giust.* 1/1996

PAPASTAVRIDIS E., *Enforcement jurisdiction in the mediterranean sea: illicit activities and the rule of law on the high seas.*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010

PASTORE M., *La nuova legge sugli stranieri extracomunitari: disciplina innovativa o razionalizzazione dell'esistente?* In *Quest. Giust.* 2/1990

PAVARINI M., *il governo del bene pubblico della sicurezza. Analisi di fattibilità-rapporto di sintesi*, 2005 in www.nuovamente.org

PAVARINI M., *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Roma, Carocci, 2006

PECCIOLI A., *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Torino, G. Giappichelli editore, 2005

PECCIOLI A., *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione* 2009, 42

PELISSERO M., *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sulla immigrazione*, in *Quest. Giust.* 4/2007

PELISSERO M., *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio o self restraint della Corte Costituzionale (nota a C. Cost. sent. N. 249 e 250 del 2010)*, in *Quest. Giust.* 4/2010

PELISSERO M., *immigrazione e diritto penale*, in *Crit. Dir.* 2011

PELISSERO M., *Il controllo del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in MILITELLO V., SPENA A., *Il traffico di migranti: diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015

PELISSERO M., *contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in Quest. Giust. Speciale n.1/2016

PEPINO L., *Immigrazione, politica, diritto*, in Quest. Giust. 1/1999

PEPINO L., *Sicurezza microcriminalità e immigrazione*, in Quest. Giust. 1/2001

PEPINO L., *Immigrazione e politiche securitarie*, in Quest. Giust. 4/2001

PEPINO L., *Straniero extracomunitario irregolare e dovere di esibizione dei documenti* (Cass., sez VI pen., 17 giugno 2003), in Quest. Giust. 4/2003

PÉREZ DE LAS HERAS B., *La ayuda humanitaria de la Union Europea*, in Revista de Derecho de la Union Europea, 9/2005

PEZZINI B., *lo statuto costituzionale del non cittadino una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali*, intervento nel convegno tenutosi a Cagliari 16-17 ottobre 2009 dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti

PIANTEDOSI M., *Libertà fondamentali, misure di polizia e sistema sanzionatorio nella legislazione sull'immigrazione*, Giustizia amministrativa, studi e contributi, in www.giustizia-amministrativa.it

PICCIONI F., NANNUCCI U., *Il decreto sicurezza, misure urgenti in materia di sicurezza "stradale" e le altre misure di cui al D.l 92/2008 convertito con modifiche nella legge 125/2008*, Rimini, Maggioli Editore, 2009

PICOTTI L., *I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana*, in Dir. Imm. e Citt. 1/2007

PICOTTI L., *Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali fra normativa interna ed internazionale*, in Ind. Pen., DIKE, 2007

PIERDONATI M., *La restrizione della libertà personale nel carcere amministrativo dei C.I.E.*, in R. DEL COCO, E. PISTOIA, *Stranieri e giustizia penale. problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, Cacucci editore, 2014

PIGHI G., *Le migrazioni negate: clandestinità, rimpatrio, espulsione, trattenimento*, Milano, FrancoAngeli, 2008

PILIA R., *La condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano e francese*, Napoli, Jovene Editore, 2014

PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della norma penale?* in Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione 2009, 5

PISA P., ARRIGONI F., *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, in Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione 2009, 26

PISTORELLI L., ANDREAZZA G., *Ancora sul D.l. 23 giugno 2011, n. 89 (modifiche al T.U.Imm. immigrazione)*, 7 luglio 2011, in www.penalecontemporaneo.it

POMPONIO P., *Espulsione amministrativa e modalità di esecuzione del provvedimento*, in *Dir. Pen Proc. Speciale immigrazione 2009*

PRIGOGINE I., STENGERS I., voce *Ordine/Disordine*, in *Enciclopedia Einaudi* vol. X, Torino, 1980

PUGIOTTO A., *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, 16-17 ottobre 2009, in *Dir. e Soc.* 3-4/2009

PULITANÒ D., *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. Giust.* 2006

PULITANÒ D., *Il problema del diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, in GAMBERINI A. e ORLANDI R., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, nuovo revisionismo penale, Milano, Monduzzi editore, 2007

PULITANÒ D., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. Pen. Proc.* 9/2008
PULITANÒ D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, G. Giappichelli editore, 2010.

PULITANÒ F., intervento in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it , 21 dicembre 2016

RANDAZZO E., *Pacchetto sicurezza*, Milano, Giuffrè Editore, 2009

RAUTI A., *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, 25 luglio 2004, in www.forumcostituzionale.it

RENOLDI C., *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione* (Cass. Sez. I pen. 26 ottobre-5 dicembre 2005), in *Quest. Giust.* 1/2006

RENOLDI C., *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm. Citt.* 4/2009

RENOLDI C., *Il reato di immigrazione clandestina e la Costituzione* (commento a Giudice di pace di Torino, sez. immigrati, 6 ottobre 2009), in *Quest. Giust.* 5/2009

REQUENA ESPADA L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS A., DE JUAN ESPINOSA M., *Estudiar la trata de personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, num. 14-13(2012) in www.criminet.ugr.es

RESTA F., *nemici criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. Pen.*, DIKE, 2006

RESTA F., *Nemici o criminali? Paura o libertà dopo l'11 settembre*, in *quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38 i diritti dei nemici tomo II, Giuffrè editore, 2009

RICCIO G., *politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli-Salerno, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982

ROCCHI F., ROSI E., *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, Jovene editore, 2013

RODOTÀ S., *Migranti e sicurezza un punto di vista laico*, in *Quest. Giust.* 11/2009

ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, Giuffrè editore, 2004

ROMBOLI R., RUGGERI A., *Garanzie costituzionali ed espulsione dello straniero*, in *Legis. Pen.* 4/2002

RONCHETTI L., *La Repubblica e le migrazioni*, Milano, Giuffrè editore, 2014

ROSI E., *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La convenzione ONU di Palermo*, IPSOA, Milanofiori Assago, 2007

ROSI E., *Il reato transnazionale*, in E. ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La convenzione ONU di Palermo*, IPSOA, Milanofiori Assago, 2007

ROSI E., *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, in G. PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti, nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, Giuffrè Editore, 2008

ROSSI E., BIONDI DAL MONTE F., VRENNA M., *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, Il Mulino, 2013

ROSSI E., *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA, *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, Il Mulino, 2013

RUGA RIVA C., *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione*, in *RIDPP* 2009

RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2012

RUGGERI A., *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, 1 aprile 2015, in www.giurcost.org

RUGGIERO C., *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *dpc fascicolo* 2/2017

RUMBAUT R. G., EWING W. A., *The myth of immigrant criminality and the paradox of Assimilation. Incarceration rates among Natives and Foreign-born Men*, Immigration Policy Center, 2007

RUTA M., GIORDANO P., *quando l'immigrazione è governata dal pregiudizio*, 22 luglio 2009 in www.lavoce.info

SAITTA A., *Il concetto di "noi" e di "altri" nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, 4 novembre 2014, in www.consultaonline.it

SALAZAR L., *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aia*, in Cass. Pen. 2004

SARZOTTI C., *Le procure della Repubblica come attori del campo giuridico-penale*, in Studi sulla Quest. Crim. 2/2006

SAVIO G., *La disciplina dell'espulsione amministrativa e del trattenimento nei CIE*, intervento nel corso di formazione e aggiornamento sulla normativa in materia di immigrazione di Progetto Melting Pot Europa e Asgi, Padova 21 maggio-25 giugno 2010, in www.meltingpoteuropa.org

SAVONA E., DI NICOLA A., BELLI R., CURTOL F., DECARLIS S., *Tratta di persone a scopo di sfruttamento sessuale e traffico di migranti*, Trento, Transcrime Report 2004

SCALFATI A., *Il decreto sicurezza: il d.l. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, con la collaborazione di E. APRILE e R. BRICCHETTI, Torino, G. Giappichelli Editore, 2008

SCARPARI G., *Stranieri e microcriminalità: le apparenze e i dati*, in Quest. Giust. 4/1997

SCAVONE F., *La tratta di persone e lo sfruttamento sessuale dell'immigrazione clandestina*, in TINEBRA G., CENTONZE A., *Il traffico internazionale di persone*, Milano, Giuffrè Editore, 2004

SCEVI P., *Diritto delle migrazioni: profili penali, civili, amministrativi*, Piacenza, LaTribuna, 2009

SCHILLACI A., *Per una rinnovata centralità della persona del migrante: il giurista di fronte alla Carta di Lampedusa*, in Quest. Giust. 4/2014

SCHMITT C., *Le categorie del politico*, 1932, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA, Bologna, il Mulino, 2013

don SCIORTINO A., *Migranti e sicurezza un punto di vista cattolico*, in Quest. Giust. 11/2009

SCOMPARIN L., *Stranieri e carcere. Tra diritto e realtà*, in Legis. Pen. 1/2005

SCOMPARI L., *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*, 17 luglio 2017 in Legis. Pen., approfondimento, www.lalegislazionepenale.eu

SESSA A., *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, in Dir. Pen. Proc. 4/2017

SICURELLA R., *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, in RIDPP 4/2012

SILVA SANCHEZ J. M., *La expansion del derecho penal: aspectos de la politica criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas ediciones, 1999

SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*. Cortina, milano 2008

SINISCALCO M., voce Autore Mediato, vol. IV, 1959, p.443-452, in A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI, R. COSTI, *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. 2, Milano, Giuffrè Editore, 2008

SPIEZIA F., *Traffico di migranti via mare: le linee guida della direzione nazionale antimafia per la soluzione dei problemi di giurisdizione pena e di intervento cautelare nei casi di attraversamento di acque internazionali*, 3 febbraio 2014, in www.penalecontemporaneo.it

STOMEIO A., *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e cessione di immobile a stranieri irregolarmente soggiornanti*, 7 aprile 2009, in www.personaedanno.it

STUPPINI A., *Dieci anni di Bossi-Fini*, 17 luglio 2012, in www.lavoce.info

STRAZZA M., *sicurezza degli Stati e tutela dei diritti. La Teoria del diritto penale del nemico*, in www.pensierofilosofico.it 15 dicembre 2015

TERRACCIANO U., *Commento all'art. 12 T.U.Imm.*, in Codice degli stranieri commentato, Rimini, Maggioli Editore, 2011

TINEBRA G., CENTONZE A., *Il traffico internazionale di persone*, Milano, Giuffrè Editore, 2004

TINEBRA G., CENTONZE A., *Il traffico internazionale di persone ed il controllo dell'immigrazione clandestina: una prima delimitazione del campo d'indagine*, in TINEBRA G., CENTONZE A., *Il traffico internazionale di persone*, Milano, Giuffrè Editore, 2004

TODOROV T., *Il nuovo disordine mondiale. Le riflessioni di un cittadino europeo*, Milano, Garzanti, 2003

TORTUGA, *Decreto Minniti-Orlando: i limiti di una riforma necessaria*, 27 aprile 2017, in www.lavoce.info

TRAPANI M., MASSARO A., *Temi penali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013

TREVISANUT S., *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Napoli, Jovene Editore, 2012

TRUCCO L., intervento nella lezione “*La politica europea sulle migrazioni, il ruolo dell'Italia nell'agenda europea per la migrazione*” 24 maggio 2017, in “Dritti e Rovesci” corso di formazione centro Astalli- JRS, Roma

VASSALLI G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006

VETTORI C., *La tratta degli esseri umani. Evoluzione normativa ed aspetti sociologici*, 2014 in www.altrodiritto.unifi.it

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, Giuffrè Editore, 2000

VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in RIDPP 2006

VIGANÒ F., *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale. tra 'diritto penale del nemico' e legittimi bilanciamenti*, in Studi Urbinati A, vol.58, n.4, 2007, in www.ojs.uniurb.it

VIGANÒ F., MASERA L., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in RIDPP 2/2010

VIGANÒ F., *Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 28 aprile 2011, HASSEN EL DRIDI, causa C-61/11 PPU, Direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero*, 29 aprile 2011, in www.penalecontemporaneo.it

ZAFFARONI E. R., *Alla ricerca delle pene perdute*, Napoli, edizioni scientifiche italiane, 1994

ZAFFARONI E. R., *buscando el enemigo : de satàn al derecho penal 'cool'*, tradotto in studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di E. DOLCINI, C.E. PALIERO, vol I, p.757-780, Milano, Giuffrè editore, 2006

ZANCHETTA P. L., *Essere stranieri in Italia*, Milano, FrancoAngeli, 1991

ZIMBELLI E., *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, 20 febbraio 2005, in www.forumcostituzionale.it

ZUMPANI F., *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in Dir e Quest. Pubbl. Palermo, 2011

WAGMAN D., *Criminalización de la pobreza, criminalización de lo que no tienen poder*, in *RCSP* 16/2006