



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

Gli Speciali

Marzo 2020

Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud

Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnull – Aldo Bernardini – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Mario Pio Calogero – Zlata Drnas Clement – Jean-Paul Costa – Emmanuel Decaux – Kerstin Von der Decken – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Giancarlo Guarino – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Sergio Marchisio – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile: Carlo Curti Gialdino

Componenti: – Francesco Battaglia – Raffaele Cadin – Nicola Colacino – Luigino Manca – Michele Messina – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Valentina Zambrano

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma assolutamente anonima, a tre *referees*, che decideranno, a maggioranza, sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione.

Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud

Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 1/2020
marzo 2020

ISSN 2284-3531



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

INDICE

LINA PANELLA, <i>Introduzione</i>	I
VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO, <i>Introducción</i>	III

Parte I

Controlli alla frontiera dei flussi migratori e immigrazione

PIETRO GARGIULO, <i>Recenti tendenze della cooperazione internazionale in materia di migrazioni. Contenuto, potenzialità e limiti del Global Compact on Migration</i>	1
FRANCESCA PELLEGRINO, <i>L'obbligo di soccorso e il divieto di respingimento nel diritto internazionale e sovranazionale</i>	11
STEFANO AGOSTA, <i>Dalla certezza del diritto all'incertezza dei diritti (costituzionali) degli stranieri vulnerabili: il rischio della singolare nemesi delle Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale ed immigrazione</i>	24
RABIÀ M'RABET TEMSAMANI, <i>Maghreb-Europe face au controle du flux migratoire: le role du Maroc</i>	36
GIANFRANCO GABRIELE NUCERA, <i>La disciplina italiana sul trattenimento dei richiedenti asilo a fini d'identificazione e la sua conformità agli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani</i>	52
LUCIA IONE PADILLA ESPINOSA, <i>La Guardia europea de fronteras y costas en la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea</i>	66
FRANCESCO LUIGI GATTA, <i>Politiche migratorie respingenti e controllo rafforzato delle frontiere: l'impatto sui diritti umani della gestione della crisi dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	77
GIULIA COLAVECCHIO, <i>L'impatto del Decreto sicurezza sugli istituti di trattenimento dei migranti e dei richiedenti asilo alla luce del Diritto internazionale e dell'Unione europea</i>	89
DANIELE MUSMECI, <i>I diritti umani dei migranti in Libia: due anni di vigenza del Memorandum d'intesa Italia-Libia</i>	103

Parte II

La gestione della migrazione nei Paesi del Sud Europa

MARCO CALABRÒ, <i>La possibile rimodulazione del ruolo degli enti locali nella gestione dei flussi migratori</i>	116
KATARZYNA GROMEK-BROC, <i>Too little too late: assessing the EU's legal framework on the protection of unaccompanied minors in emergency situations</i>	132
ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ, <i>La interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio</i>	151
ADELE MARINO, <i>Salvaguardia della vita umana in mare e poteri del comandante</i>	174
MICHELE MESSINA, <i>Alcuni recenti chiarimenti della Corte di giustizia UE in materia di presa o ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale</i>	189
ANNA PITRONE, <i>La disciplina europea della migrazione economica</i>	205
ANNA LAZZARO, <i>La giurisdizione in materia di immigrazione: criteri di riparto e sindacato del giudice amministrativo</i>	218
FRANCESCO MARTINES, <i>La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia</i>	232
FRANCESCA PERRINI, <i>Principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela dei richiedenti asilo in Italia</i>	244
VALENTINA PRUDENTE, <i>Espulsione prefettizia e tendenze giurisprudenziali. Diritti fondamentali dello straniero, obblighi formali e garanzie processuali</i>	256
FERNANDO LLAGAS GELO, MAGDALENA REIFS LOPEZ, <i>La Coordinación administrativa en la gestión de los flujos migratorios en España, especial consideración a las administraciones locales</i>	273
FRANCESCO SICILIANO, <i>La rilevanza giuridico-amministrativa del "migrante irregolare"</i>	286
LAURA PERGOLIZZI, <i>Administrative cooperation between EU Member States for the application of the "Dublin system"</i>	296
MIRKO FORTI, <i>Le conseguenze giuridiche dell'applicazione del regolamento (UE) 2016/679 nella gestione dei flussi migratori</i>	304

Parte III

Immigrazione irregolare e criminalità organizzata. L'espulsione dei migranti irregolari

MARIA TERESA COLLICA, <i>Il reato di immigrazione clandestina, tra (in)effettività e simbolismo</i>	315
JONATÁN CRUZ ÁNGELES, <i>Estudio del desarrollo e implementación de las denominadas "Fronteras inteligentes" en la Unión europea</i>	339

ANTONINA ASTONE, <i>Esigenze di solidarietà e sicurezza nella tutela civile del minore straniero non accompagnato</i>	355
EMANUELE LA ROSA, <i>Soccorso in mare e criminalizzazione “diretta” e “indiretta” delle ONG.</i>	365
ALBERTO RANDAZZO, <i>Migrazioni e atti politici (prendendo spunto dal caso “Diciotti”)</i>	378
ALBERTO MARCHESE, <i>Diritto all’immigrazione e problematiche sanitarie: le nuove frontiere dell’accoglienza</i>	390
FRANCESCO ANGELONE, ANGELA CARUSO, <i>“La sponda Sud”: Do we really care about them?</i>	411
EUGENIO CARLI, <i>Gestione dei flussi migratori e obbligo di non refoulement: cenni sulla recente prassi italiana in materia di respingimento ed espulsione di presunti migranti irregolari</i>	425
LETIZIA VALENTINA LO GIUDICE, <i>Il “Porto Sicuro” tra negazione dei diritti umani e obblighi internazionali di protezione</i>	442
GIUSEPPE ROMEO, <i>Organizzazioni criminali transnazionali e migranti: “aguzzini” e “vittime” nei traffici illeciti di persone</i>	453

IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA, TRA (IN)EFFETTIVITÀ E SIMBOLISMO

MARIA TERESA COLLICA *

SOMMARIO: 1. Immigrazione e diritto penale del “nemico”. – 2. Reato di immigrazione clandestina e principio di offensività. – 3. Il profilo dell’ineffettività della sanzione. – 4. I margini di applicazione del diritto penale nella criminalizzazione dell’immigrazione clandestina. – 5. Il fallito tentativo di depenalizzazione del reato. – 6. La conferma della tendenza securitaria negli ultimi decreti sicurezza. – 7. Quali rimedi per una corretta gestione “penale” dei flussi migratori?

1. *Immigrazione e diritto penale del “nemico”*

Il reato di immigrazione clandestina può considerarsi la figura più rappresentativa della deriva securitaria che caratterizza il diritto penale degli ultimi anni. La tendenza è ad allontanarsi dal modello classico del diritto penale del fatto, a favore del diritto penale d’autore, in cui il soggetto è punito non tanto per quello che ha fatto, ma per ciò che è o rappresenta, venendo considerato pericoloso in sé. Lo scollamento dal modello liberale del diritto penale ha significato anche il distacco da tutta una serie di garanzie che il nostro ordinamento prevede per il reo, tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale. Ne è derivato un diritto penale “speciale” dei migranti, con un misto di illeciti, in parte amministrativi e in parte penali, che gli attribuiscono una conformazione particolarmente repressiva e poliziesca.

Il diritto penale dell’immigrazione si inserisce in quello che comunemente viene definito “diritto penale del nemico” ed è utilizzato, sempre più spesso, come strumento di politiche criminali di tolleranza “zero” verso i “diversi”¹, appunto i c.d. nemici. La categoria dei “nemici” è peraltro destinata a espandersi a seconda della prevalente sensibilità del momento, potendosi dare maggiore risalto ora al pericoloso terrorista, ora al tossicodipendente, o ancora all’ubriaco abituale, ecc. Può essere considerato pericoloso, e dunque nemico, anche chi più semplicemente attenta al decoro urbano delle nostre città, come il vagabondo o l’acattone, quest’ultimo tornato nuovamente al centro delle

* Professore associato di Diritto penale, Università di Messina.

¹ Precisa L. FERRAJOLI, *Principia juris*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Roma, 2007, p. 372 che «poveri neri e immigrati sono equiparati ai delinquenti, le eterne classi pericolose dalle quali proteggere la “gente per bene”». Sul diritto penale del nemico, tra i tanti, AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI-M. PAPA, Milano, 2007; A. CAVALIERE, *Diritto penale del “nemico” e di “lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 295 ss.; ID., *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, n.1, p. 125 ss.; E. DEMETRIO CRESPO, *Il “diritto penale del nemico” darf nicht sein!*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2, p. 39 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.; F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2011, p. 529 ss.; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell’intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in M. BERTOLINO-L. EUSEBI-G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 525 ss.

attenzioni del legislatore di recente². Tra tutti i nemici, tuttavia, la tipologia che prevalentemente ha calamitato l'interesse politico-sociale e giuridico negli ultimi tempi è rappresentata dallo straniero irregolare³. Non è un caso che proprio in questo settore si continui a intervenire con previsioni normative sempre più restrittive di diritti fondamentali. È accaduto così che il sacrificio dei principi tipici del diritto penale classico, tollerabile forse solo davanti a situazione di estrema eccezionalità (e quindi a tempo determinato), sia al contrario divenuto permanente caratteristica del diritto penale dell'immigrazione. Tanto che non è eccessivo poter parlare della convivenza nel nostro ordinamento di due tipologie parallele di diritto penale: una, ancora connotata dalle garanzie liberali, rivolta solo ai "cittadini"; e l'altra, di tipo poliziesco e illiberale, destinata ai non cittadini.

La dicotomia cittadino-non cittadino alla base dei due menzionati modelli giuridici potrà pure "spiegare" determinate scelte di politica criminale; senonché a tollerare simili ingerenze del diritto penale - in questo caso destinate ad una precisa tipologia di soggetti - si sa dove si inizia, ma non è preventivabile dove si possa arrivare. La crisi della democrazia liberale rischia, in altri termini, di divenire irreversibile⁴.

² Il nuovo reato di accattonaggio molesto, ex art. 669 *bis*, c.p. è stato reintrodotta dall'art. 21 *quater* della l. n. 132/2018, che ha convertito il d.l. n. 113/2018 sulla sicurezza urbana. Sul punto L. RISICATO, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 17 s.; F. CURI, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano"*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019.

³ Sulla considerazione negativa dell'immigrato, tra i tanti, R. ESCOBAR, *Metamorfosi della paura*, Bologna, 1997, p. 27 ss.; D. MELOSSI, *State and Social Control à la Fin de Siècle: from the New World to the Constitution of the New Europe*, in R. BERGALLI-C. SUMNER (a cura di), *Social Control and Political Order*, London, 1997, p. 67; A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2004; S. PALIDDA (a cura di), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milano, 2009. Sulla costruzione di categorie di alterità da applicare ai delinquenti, si veda anche D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004, p. 228 ss., 300 ss. Collocano il diritto penale dell'immigrazione nel diritto penale del nemico, tra gli altri, A. CAPUTO, *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 1/2007, p. 45 ss.; ID., *Diseguali, illegali, criminali (una guida alla lettura)*, in *Quest. giur.*, 2009, n. 9, p. 85 ss.; M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 55 ss. e 74 ss.; ID., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 114 ss.; M. BELLINA, *La detenzione amministrativa dello straniero nel "paradigma del nemico"*, in S. LORENZON-G. VACCARI-V. ZANETTI (a cura di), *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, Atti del Workshop, Ferrara, 26 settembre 2007, Roma, 2008, p. 125 ss.; G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale, modelli di democrazia*, in L. RISICATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009, p. 21; G. FORTI, *Fiat experimentum legis in corpore vili. Le facili prede di un diritto penale "pauroso"*, in *Appunti di cultura e politica*, 2009, n. 5; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale?*, cit., p. 529 ss.; ID., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 25 ss.; M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 2018, n. 1, p. 80. Nella letteratura straniera, si veda, tra gli altri, L. WACQUANT, "Suitable Enemies": *Foreigners and Immigrants in the Prisons of Europe*, in *Punishment and Society*, 1999, n. 2, p. 215 ss.; G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y el "derecho penal del enemigo"*, Valencia, 2005; M. CANCIO MELIÀ-P. MARAVER GÓMEZ, *El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal*, in S. BACIGALUPO-M. CANCIO MELIÀ (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, p. 343 ss.

³ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 102 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 8; A. CAPUTO, *Diseguali*, cit., p. 85 ss.; AA.VV., *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione* (a cura di M. MECCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS), Macerata, 2012; AA.VV., *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, (a cura di A. GIORGIS-M. LOSANA), Milano, 2017.

⁴ Il pericolo che ciò che vale oggi per i migranti possa valere in futuro anche per i cittadini è sottolineato da M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2018, 11, p. 103.

A motivare il sacrificio dei caratteri e dei principi generali del nostro ordinamento giuridico si richiamano istanze di tutela della sicurezza collettiva, sempre più spesso posta al centro del dibattito penalistico. Proprio la sicurezza sembra, infatti, particolarmente interessare gli ultimi governi, sia pure di diversa estrazione politica, prodighi nella elaborazione di “pacchetti sicurezza”, divenuti ormai ricorrenti⁵. In questo clima quasi ogni argomento può essere osservato dall’angolo visuale della sicurezza, tanto da potersi affermare che «tutto sembra diventare oggi un problema di ordine pubblico» e qualificare la sicurezza come “bene onnivoro”⁶. Si tratta, tuttavia, di un concetto problematico, a partire dalla sua stessa natura, non essendo per nulla pacifico che possa assurgere a bene giuridico tutelabile⁷. La sicurezza appare più verosimilmente la *ratio* di alcune scelte di politica criminale, che tradiscono la crisi della funzione critica del bene giuridico. Se già la nozione di ordine pubblico si presta a possibili manipolazioni interpretative - come ricorda la definizione di “ripostiglio dei concetti”, di *belinghiana* memoria - finendo per raggruppare fattispecie incriminatrici eterogenee di dubbia collocazione dogmatica, davanti alla sicurezza pubblica l’effetto argine dell’intervento punitivo è destinato a svanire del tutto. In nome della sicurezza l’ordinamento può finire per consentire ogni aberrazione giuridica, soprattutto se - come di fatto è avvenuto - ne prevalga un’accezione soggettiva, quale “senso di (in)sicurezza”⁸, più che di “sicurezza in senso effettivo”⁹. Ciò che conta, in definitiva, non è tanto se la criminalità sia davvero più forte, se i reati siano aumentati, se esista un reale rapporto tra l’immigrazione clandestina e la delinquenza, o se la città sia effettivamente meno sicura. Non importa, in altri termini, quale sia esattamente la realtà, mentre vale ciò che la collettività percepisce, e non sempre i due aspetti sono coincidenti¹⁰.

⁵ Il pacchetto sicurezza contenuto nella legge n. 94/2009, che ha introdotto il reato di immigrazione clandestina segue al d.l. n. 92/2008, conv. nella legge n. 125/2008, e al d.l. n. 11/2009, conv. nella legge n. 38 del 23.4.2009. Ma la tendenza ad emanare pacchetti sicurezza non ha risparmiato governi di centrosinistra, come è avvenuto col d.l. n. 13/2017, conv. nella legge n. 46/2017, sul contrasto all’immigrazione illegale e il d.l.n. 14/2017, conv. con modificazioni nella già citata legge n. 48/2017, sulla sicurezza urbana. Da ultimo, è ricorso all’emanazione di decreti sicurezza il governo Giallo-Verde, con il d.l. n. 113/2018 e il decreto sicurezza *bis*, n. 53/2019.

⁶ Così G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale*, cit., p. 20; descrive il concetto di insicurezza collettiva come «tendenzialmente onnivoro rispetto ai ‘discorsi della paura’», C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva della “società del rischio”*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2018, p. 3.

⁷ Cfr. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in M. DONINI-M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 17; ID., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offence” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1588 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 547 ss.; G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale*, cit., p. 20 ss.; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale?*, cit., p. 531 ss.; ID., *Diritto alla sicurezza*, cit.; G. ALESCI, *(In-)Sicurezza e immigrazione. La colpevolizzazione dello straniero nel diritto dell'emergenza*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 1 ss.

⁸ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 532.

⁹ Sul clima di securitarismo, tra gli altri, M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 805 ss.; A. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 1098 ss.; M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, cit.; M. DONINI, “Danno”, cit., p. 1546 ss.; ID., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza*, cit., p. 547 ss.; ID., *Lo sfaldamento del diritto penale e l'ottica amico-nemico*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 740 ss.; S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza*, Milano, 2009; W. HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in M. DONINI-M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza*, cit., p. 73 ss.

¹⁰ Sul punto M. PAVARINI, *Degrado*, cit., p. 806, per il quale mentre la criminalità sta oggettivamente diminuendo, «ciò non si riflette sui sentimenti di preoccupazione e paura delle nostre comunità che permangono sempre elevati, anche se relativamente stabili». Cfr. F. PALAZZO, *Immigrazione e criminalità. Una lettura di dati statistici*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016.

L'insicurezza collettiva, o ancora più specificatamente il c.d. “panico morale”¹¹, che è provocato da alcune forme di criminalità, sono dunque direttamente influenzati da componenti emotive, a loro volta consapevolmente manipolabili.

Un ruolo fondamentale su un certo modo di rappresentare la realtà è svolto dai *mass media*, attraverso la tendenza ad amplificare la paura attraverso notizie sensazionalistiche¹², se non direttamente false, specie con l'avvento dei *social network*¹³. L'effetto è ancora più dirompente se ad enfatizzare i timori della società contribuiscono direttamente le autorità istituzionali con una precisa strategia politica¹⁴. Il risultato che ne deriva è una “domanda drogata di sicurezza”¹⁵, la quale attende risposte anche e soprattutto dal diritto penale, in una sistema di causalità circolare in cui, da un lato, si alimenta la paura e, dall'altro, si è pronti ad intervenire per rassicurare. Si tratta di un preciso *modus operandi* di molti Governi degli ultimi decenni, sempre più orientati verso un esercizio totalizzante della loro autorità attraverso politiche criminali securitarie¹⁶.

Ancora più rappresentativo è poi che l'azione di intervento miri, invero, a dare solo l'impressione di risolvere i problemi: così si alzano muri, si chiudono i porti e soprattutto si ricorre al diritto penale per placare istanze securitarie, divenuto facile strumento a basso costo per raccogliere consensi elettorali¹⁷. La paura e l'insicurezza sono diventati i principali “veicolatori emozionali di consenso” utilizzati dal legislatore penale¹⁸. Il più delle volte le soluzioni proposte si rivelano concretamente inefficaci. L'uso del diritto penale in questi casi ha, cioè, più un valore “simbolico” che reale¹⁹. Alla base dell'incriminazione

¹¹ M. MANERI, *Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza*, in *Rass. it. sociol.*, 2001, p. 5 ss.; F. BATTISTELLI, *Sicurezza e insicurezza. Crimine, terrorismo e panico morale in una prospettiva sociologica*, in *Democracy and Security Review*, 2016, p. 107 ss. Sul panico morale legato in particolare agli immigrati, Z. BAUMAN, *Stranieri alle porte*, Roma-Bari, 2016.

¹² Cfr. W. HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà?*, in *Ars interpretandi*, 2004, p. 147 ss.; D.L. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il “discorso della paura”*, in G. FORTI-M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005, p. 287 ss.; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (Percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 477 s.; R. BIANCHETTI, *Mass media, insicurezza sociale e recenti orientamenti di politica penale. Un'analisi criminologica sull'interazione tra sistemi comunicativi e processi di reazione sociale*, Assago (Milano), 2012, p. 235 ss.; M. CATERINI, *Criminalità, politica e mass media*, in *Pol. dir.*, 2013, p. 606 ss.

¹³ C. PERINI, *Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2017, p. 7, la quale evidenzia come questo tipo di politica criminale finisca per esprimere uno scenario dominato da «post-verità, intesa come ‘irrelevanza della verità’, dato che la correttezza e la fondatezza dell'informazione scambiata tra i diversi attori della comunicazione appare fisiologicamente secondaria». Cfr. P. PAGLIARO, *Punto. Fermiamo il declino dell'informazione*, Bologna, 2017, *passim*.

¹⁴ D. CAMPUS, *Comunicazione politica. Le nuove frontiere*, Roma-Bari, 2008, p. 23 ss.

¹⁵ Così, L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 372.

¹⁶ Fondamentale J. SIMON, *Il Governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008. Sul tema cfr. anche Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2006; P. ARLACCHI, *L'inganno e la paura. Il mito del caos globale*, Milano, 2009. Nella letteratura giuridica, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., p. 532, per il quale in questo contesto agiscono diversi attori, dalle agenzie del controllo, all'intervento dirigitico di “gruppi esponenziali”, cioè di “imprenditori di moralità” chiamati a fomentare l'insicurezza collettiva attraverso la demonizzazione dei “nemici” e campagne di neutralizzazione della loro pericolosità; C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva*, cit., p. 4 ss.; ID., *Fake news e post-verità*, cit., p. 6 ss.; M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2011, p. 37 ss.

¹⁷ M. DONINI, *Sicurezza*, cit., p. 21 s.; G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale*, cit., p. 20 s.

¹⁸ G. BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 435. Si pensi alla recente legislazione in materia di omicidio stradale, di legittima difesa, e ancora ai già citati diversi pacchetti sicurezza che si sono succeduti nell'ultimo decennio.

¹⁹ Per tutti, W. HASSEMER, *Symbolischer Strafrecht un Rechtsgüterchutz*, in *NSfZ*, 1989, p. 556 ss.

dell'immigrazione clandestina non vi è tuttavia solo un'impostazione dogmatica fondata sulla rassicurazione collettiva e su ragioni utilitaristiche di ricerca di consenso, si intravede, infatti, anche un disegno politico ben più radicale, che è pronto - e non solo nel nostro paese - ad attuare una riorganizzazione sociale e istituzionale finalizzata a sostituire il *welfare* con il controllo repressivo²⁰. L'attuazione di politiche di (in)sicurezza ha finito così per restituirci un ordinamento sempre meno democratico e pronto a sacrificare il rispetto della dignità dell'uomo, che non ha mancato, a sua volta, di slatentizzare un clima di razzismo.

2. Reato di immigrazione clandestina e principio di offensività

Tra i principi del diritto penale classico messi in discussione dal reato di ingresso e soggiorno illegale va annoverato *in primis* quello di necessaria lesività. Il reato, introdotto, come noto, dalla legge n. 94/2009, recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, all'art. 10 *bis* del d.lgs. 286/98, Testo Unico sull'immigrazione (d'ora in avanti denominato TU), punisce con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro "lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene sul territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico".

La contravvenzione è stata invero preceduta da un'altra disposizione emblematica in termini di inidoneità offensiva, l'aggravante di clandestinità, di cui all'art. 61 n. 11 *bis*, introdotta dal d.l. n. 92/2008, c.d. decreto sicurezza, convertito nella l. 125/2008 e comportante l'aumento di pena di un terzo ove un reato sia commesso da uno straniero privo di titolo di soggiorno. L'aggravante, tuttavia, è stata dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 249/2010²¹ per l'estrema genericità della categoria di riferimento, che avrebbe dovuto esprimere una maggiore pericolosità del reo (il clandestino). Il concetto di straniero irregolare si presta infatti a comprendere una varietà estrema di situazioni, dal pericoloso trafficante di bambini, alla badante a cui è scaduto il permesso di soggiorno, facendo per ciò solo venir meno la ragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità rispetto all'*id quod plerumque accidit*. Né l'aumento di pena poteva riflettere davvero una maggiore carica di disvalore del fatto, dovendo l'offensività essere valutata in relazione al reato base, rispetto al quale l'aggravante deve apportare una nota di carica offensiva aggiuntiva, mentre in questo caso lo *status* di extracomunitario irregolare può dirsi totalmente estraneo a questa logica²². Va da sé che sotto questo profilo la gravità di un reato resta tale sia se a

²⁰ La connessione tra scelte di politica criminale e modelli di democrazia è messa in evidenza da L. RISICATO, *Verso un diritto penale*, cit., p. 527 s. Riferimenti, tra gli altri, anche in L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 9 ss., per il quale il progetto in questione comporta inevitabilmente anche l'abbattimento del principio, anzi della stessa idea di uguaglianza.

²¹ Corte Cost., sent. n. 249/2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1172, con commento di L. DEGLI'INNOCENTI-S. TOVANI, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità*, p. 1177 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1349 ss., con commento di L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, p. 1373 ss.; sul punto, cfr. G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, *ivi*, 2008, p. 1634 ss.; G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, *ivi*, 2008, p. 713 ss.

²² La Corte Costituzionale ha riconosciuto il contrasto sia con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost, sia con il principio di offensività, ricondotto all'art. 25, comma 2, Cost., che non consentono «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"», ed ha poi concluso che «si deve riconoscere che

commetterlo è uno straniero irregolare, sia se un cittadino italiano, o, ancora, uno straniero regolare.

Anche rispetto alla fattispecie di immigrazione clandestina i dubbi sulla legittimità costituzionale sono stati prospettati sin dai primi commenti a caldo della sua introduzione²³ e poi confluiti davanti alla Corte Costituzionale in numerose ordinanze di rimessione²⁴. La Consulta, come noto, ha tuttavia dichiarato la questione infondata con tre decisioni depositate l'8 luglio 2010, la più importante delle quali è la sent. n. 250²⁵. Quasi tutte le ordinanze di rimessione del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* avevano addotto drasticamente il contrasto della contravvenzione col principio di offensività, e addirittura con quello di materialità, in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost. La Corte Costituzionale ha tuttavia salvato la fattispecie, individuandone alla base l'interesse dello Stato alla regolamentazione dei flussi migratori, definito come bene strumentale²⁶ e di categoria²⁷, con una legittimazione della tecnica di seriazione dei beni giuridici. Che,

l'aggravante di cui alla disposizione censurata non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati».

²³ Critici, tra gli altri, A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in S. CORBETTA-A. DELLA BELLA-G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 235 ss.; G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1332 ss.; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, p. 38 ss.

²⁴ Le prime questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10 *bis* sono state sollevate con le ordinanze del tribunale di Pesaro del 31 agosto 2009 e del tribunale di Trento del 25 settembre 2009, seguiti a breve da numerosi giudici di pace, competenti per materia sul nuovo reato, tra cui quello di Orvieto, con tre ordinanze, rispettivamente la n. 282 del 28 settembre 2009, la n. 303 del 5 ottobre 2009 e la n. 6 del 27 ottobre 2009; di Lecco, con due ordinanze, rispettivamente la n. 292 dell'1 ottobre 2009 e la n. 13 del 26 novembre 2009; di Torino, ord. n. 300 del 6 ottobre 2009; di La Spezia, con sei ordinanze del 6 ottobre 2009 e due ordinanze del 3 novembre 2009 (complessivamente dalla n. 34 alla 41); di Gubbio, ord. n. 324 del 15 ottobre 2009; di Cuneo, ord. n. 312 del 16 ottobre 2009; di Bologna del 21 ottobre 2009; di Borgo San Dalmazio, ord. n. 2 del 27 ottobre 2009; di Vigevano, ord. n. 326 del 2 novembre 2009; di Modena del 4 novembre 2009; di Giulianova, ord. n. 19 del 23 novembre 2009; di Agrigento n. 624 del 15 dicembre 2009; Trib. Voghera del 20 novembre 2009.

²⁵ Vedila su *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1187 ss., con commento di A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale* e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1349 ss., con nota di MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione*, cit. Sul punto, tra gli altri, C. MAZZUCATO, *Il reato di ingresso e soggiorno illegittimo nel territorio dello Stato. La posizione della Corte Costituzionale e i persistenti dubbi di legittimità riguardo a una norma "lucidamente incoerente"*, in *Stranieri*, 2011, p. 119 ss. Le altre due decisioni sono contenute nelle ordinanze n. 252 e n. 253, in *Quot. giur.*, dell'1.9.2010, con nota di S. CORBETTA, *La Corte Costituzionale salva il "reato di clandestinità"*.

²⁶ Si è attuata così per la Consulta una «protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici "finali", di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata» (§ 6.3).

²⁷ In particolare, si è posto l'accento sulla necessità di osservare la disciplina amministrativa per la gestione e il controllo dei movimenti migratori, sottolineando come la natura di bene giuridico di categoria appartenga alla maggior parte delle fattispecie incriminatrici presenti nel TU. In linea con la tesi della Corte Costituzionale, tra gli altri, G.L. GATTA, *Il reato di "clandestinità"*, cit., p. 1334; F. VIGANÒ, *Diritto penale ed immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 3, p. 26, per il quale «lo straniero che risiede nel territorio senza titolo lede l'interesse dello Stato e della stessa Unione europea al controllo dei flussi migratori nello spazio giuridico interno ed europeo»; D. PULITANÒ, *Intervento*, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo diritto penale e ruolo del penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, p. 4, aggiungendo però che per quanto non illegittima dal punto di vista degli interessi statuali tutelati, «lo stigma dell'incriminazione non è moralmente sostenibile avuto riguardo all'insieme dei potenziali destinatari (anche al netto dei richiedenti asilo); manifestamente insostenibile per le folle di disperati che arrivano coi barconi o altri mezzi di fortuna nella nostra Europa (e che costituiscono un problema politico oggi tra i più gravi)».

tuttavia, una simile istanza possa davvero assurgere a bene giuridico in sé meritevole di tutela penale resta, nonostante il salvataggio della Consulta, alquanto dubbio.

Il reato in esame sembra piuttosto incriminare la “mera violazione di un dovere”, e quindi esaurirsi nella sola “disobbedienza delle norme”²⁸, sicché si finisce per punire non un fatto, ma un mero *status*, quello di straniero irregolare, con buona pace del principio di materialità del diritto penale. L’interesse alla regolarizzazione dei flussi migratori, appare semmai la *ratio* della norma incriminatrice e non il bene giuridico tutelato, né finale né strumentale; bene giuridico è infatti ciò che si vuole tutelare con le regole e non l’insieme delle regole stesse. Sostenere invece l’ammissibilità di beni ad ampio spettro, tra i quali si fa rientrare “l’ordinata gestione dei flussi migratori”, come bene strumentale per la tutela di beni finali di “sicuro rilievo costituzionale” e suscettibili di compromissione da parte di fenomeni di immigrazione incontrollata - così come ha ribadito la Corte Costituzionale - significa tradire ogni funzione critica del bene giuridico²⁹. È chiaro, infatti, che la nozione del bene giuridico finisce, in questo modo, per sovrapporsi e confondersi con la *ratio* di tutela, arrivando a legittimare qualunque scelta legislativa³⁰. L’allontanamento da un diritto penale improntato alla “tutela di beni”, in nome della “tutela di funzioni”³¹, produce dunque un indebolimento dei presidi garantistici propri del diritto penale tradizionale³².

Il salvataggio del reato di clandestinità operato dalla Corte Costituzionale facendo leva su un problema di inosservanza di norme organizzative necessarie per l’espletamento di una funzione amministrativa, le ha consentito di parlare di fattispecie costruita indipendentemente dalla pericolosità dell’autore³³, ma il rischio evidente è che, in nome

²⁸ Sul punto M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 126. Conf. L. MASERA, “Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009, (commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, p. p. 48 s., ma vedi pure l’appello, all’indomani dell’introduzione del reato, di numerosi giuristi (Caputo, Ciruzzi, Dominioni, Donini, Eusebi, Fiandaca, Ferrajoli, Forti, Lamacchia, Margara, Neppi Modona, Morozzo della Rocca, Onida, Paciotti, Palombarini, Pepino, Renoldi, Rodotà, Salerno, Spataro, Trucco, Zagrebelsky), diffuso il 24 giugno 2009 e consultabile sul sito www.giuristidemocratici.it.

²⁹ Conf. A. CAPUTO, *La contravvenzione*, cit., p. 1199 s., per il quale: «se un tratto caratteristico della tutela penale delle funzioni amministrative è dato dall’incerto confine tra situazioni suscettibili di assurgere a beni giuridici oggetto di tutela penale e mere finalità identificabili come *rationes* di tutela, tale incertezza investe anche la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale».

³⁰ F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 462; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 13; ID., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2011.

³¹ Sul punto si rinvia a V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., p. 86 ss., 95 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 117 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.; T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela delle funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione ed illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 670 ss.; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica*, Torino, 2005, p. 111 ss.; nella manualistica G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 541 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, p. 138 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2019, p. 142 s.

³² Secondo A. CAPUTO, *La contravvenzione*, cit., p. 1199, «il riferimento all’“interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo” corre il rischio di tradursi in una sorta di ipostatizzazione della funzione amministrativa, così privando il principio di offensività di qualsiasi attitudine selettiva». Cfr. R. SICURELLA, *Il controllo penale dell’immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1474 ss.

³³ Considerato in diritto n. 6.4 della sentenza della Corte Cost., n. 250/2010. Ma già lo stesso rilievo era stato espresso in relazione alla fattispecie di cui all’art. 14, comma 5 *ter* TU, nella sentenza n. 22/2007, menzionata nella decisione del 2010. Non si punisce, a dire della Corte, un “modo di essere” della persona, bensì «uno

della tutela di funzioni, si finisce per trasformare l'illecito penale in illecito di mera trasgressione³⁴. Ecco perché i dubbi sulla concreta offensività della contravvenzione non possono dirsi fugati dalla citata sentenza n. 250/2010³⁵.

Sotto questo profilo, pertanto, il nodo controverso dell'immaterialità del fatto, caratterizzante la richiamata aggravante di clandestinità, è destinato a riproporsi nel reato descritto dall'art. 10 *bis* TU, sia pure con diversa misura. Certamente, la violazione del principio di materialità è più macroscopica nell'aggravante, in cui il difetto di pertinenza del maggior trattamento punitivo al fatto di reato e la sua esclusiva inerenza ad uno *status* personale del reo è palese, donde la quasi scontata declaratoria di incostituzionalità. Nel corrispondente reato, invece, un fatto è almeno apparentemente individuabile (l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato), ma, come osservato, l'impatto offensivo della nuova contravvenzione non deriva tanto dal comportamento materiale, bensì dalla clandestinità dell'extracomunitario considerata presuntivamente pericolosa; anzi, la condotta rimproverata allo straniero "coincide" con la sua condizione di migrante non in regola con le norme sul soggiorno. La condotta dello straniero irregolare innesca pertanto uno *status* penalmente rilevante, cui non è possibile rimediare se non con l'allontanamento dal territorio³⁶. Questo tipo di analisi richiede, tuttavia, una riflessione più articolata, trascendente il piano strettamente formale della disposizione normativa per approdare ad una valutazione in termini sostanziali, ma, in conclusione, anche l'art. 10 *bis* TU, così come l'aggravante dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p., si inserisce nel diritto penale dell'autore e non del fatto, salvo a volersi aggrappare a beni giuridici evanescenti. Il reato di clandestinità contribuisce pertanto in maniera determinante a caratterizzare la disciplina penale dell'immigrazione³⁷ in termini di un "diritto penale di polizia", orientato ad esigenze esclusivamente di prevenzione generale, ovvero di un "diritto penale del nemico", pronto a cancellare i presupposti di un diritto penale moderno e democratico: offensività, colpevolezza e prevenzione speciale³⁸.

3. Il profilo dell'ineffettività della sanzione

Al di là dei problemi legati al bene giuridico tutelato e al principio di offensività, preme in questa analisi porre l'accento su un profilo specifico della fattispecie di

specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti», consistente nel fare ingresso illegalmente e nel trattarsi irregolarmente in Italia. Si aggiunge che la «clandestinità» non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità». Da qui la conclusione, opposta alla tesi qui avanzata, che la norma incriminatrice si muove «nel solco di un diritto penale del fatto, e non già del tipo di autore».

³⁴ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni*, cit., p. 348.

³⁵ Conf. L. RISICATO, *Verso un diritto penale*, cit., p. 542.

³⁶ Scrive C. MAZZUCATO, *Il reato di ingresso e soggiorno*, cit., p. 131 che «È il reo, con le sue caratteristiche e la sua identità scomoda a portare *addosso*, "cucito" come un abito, l'elemento caratterizzante il disvalore della condotta (di per sé lecita e neutra, ove posta in essere dal cittadino o – forse ancora per poco – dallo straniero comunitario)».

³⁷ Sono riconducibili entro l'alveo del c.d. diritto penale d'autore anche i reati di inottemperanza agli ordini dell'autorità amministrativa e il delitto di reingresso.

³⁸ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 102 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 8; A. CAPUTO, *Diseguali*, cit., p. 85 ss.; AA.VV., *Ius peregrinandi*, cit., *passim*; AA.VV., *Diritti uguali per tutti?*, cit., *passim*.

immigrazione clandestina, quello della sua concreta inefficacia. Pur volendo, cioè, considerare superabili i rilievi critici fin qui emersi e sposare la tesi del controllo dei flussi migratori come effettivo bene giuridico meritevole di tutela penale, così come ha affermato la Corte Costituzionale, l'assoluta ineffettività della sanzione resta un dato incontestabile. La Consulta è intervenuta invero anche su quest'ultimo aspetto, ammettendo l'inefficacia della risposta penale, ma ha poi, poco coraggiosamente, ritenuto di non poter intervenire, riconducendo la questione alle opzioni di politica criminale, prerogativa del legislatore e piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità³⁹. La motivazione sembra, tuttavia, poco convincente, considerando che, come spesso sottolinea la manualistica, la sanzione penale deve apparire sin dall'inizio idonea a conseguire l'obiettivo perseguito⁴⁰, ed è proprio questo l'aspetto mancante nel reato in esame. Senza contare poi che, nel giudizio sull'efficacia dello strumento penale, oltre alla meritevolezza della pena e alla sua idoneità allo scopo, va accertata anche la necessità della stessa, nel senso che gli strumenti alternativi di tutela devono risultare inefficaci. La pena deve, in definitiva, non essere surrogabile con misure meno afflittive, e anche nei casi in cui è incerto il loro grado di efficacia, queste ultime restano comunque preferibili se la sanzione penale comporti più costi che benefici⁴¹. Ebbene, l'irragionevolezza della disciplina sotto questo profilo finisce per amplificarsi.

Il progetto iniziale del Governo configurava un delitto punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni, per il quale era pure previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, ma è stato successivamente abbandonato durante i lavori preparatori. La scelta finale è stata, come noto, quella di una contravvenzione punita con un'ammenda, solo che è giocoforza intuibile come i suoi destinatari, proprio perché clandestini, siano impossibilitati a lavorare in regola, ad aprire un conto corrente, ad essere titolari di beni immobili o di beni mobili registrati, ecc; diventa perciò impossibile dare esecuzione alla sanzione, in un sistema in cui, per di più, l'effettività della pena pecuniaria resta nel nostro ordinamento in ogni caso farraginosa.

L'inadeguatezza dell'impianto sanzionatorio della disposizione normativa emerge pure per l'ineffettività in chiave general-preventiva. Appare, infatti, poco credibile che una misura pecuniaria, peraltro di difficile esecuzione, possa davvero avere una funzione deterrente a fronte del fenomeno migratorio⁴². L'ammenda prevista, elevata (da 5000 a 10000 euro) difficilmente può scoraggiare quanti sono spinti ad entrare nel nostro Paese da condizioni di vita insostenibili. Le medesime perplessità possono peraltro avanzarsi anche nei confronti di un'eventuale pena detentiva, come dimostra l'esperienza di altri Paesi, in cui la repressione dell'immigrazione illegale non ha dato i risultati sperati⁴³.

³⁹ Di fronte a simili quesiti la Corte Costituzionale si è, invero, sempre trincerata dietro la discrezionalità del legislatore, oltre che sulla individuazione dei fatti da punire, anche sulla tipologia delle sanzioni da applicare, limitandosi, al massimo, a segnalare qualche irrazionalità di disciplina (cfr., ad esempio, Cfr. Corte Cost. sent. n. 22/2007, sull'art. 14, comma 5 *ter* TU) ma sempre avallando la soluzione normativa perché insindacabile (così, ad esempio, Corte Cost., sent. n. 236/2008 della quale viene riportato nel Considerato n. 10 della sent. 250/2010 un intero passaggio).

⁴⁰ Per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, Bologna, 2019, p. 28 ss.

⁴¹ Sul punto, M. ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss.; F. ANGIONI, *Concetto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 215 s.

⁴² Non a caso attribuisce alla criminalizzazione della fattispecie connotati "puramente simbolici", T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Guida dir.*, 2009, n. 33, p. 15. Una funzione realmente deterrente della minaccia della pena prevista dalla disposizione normativa è negata da tutti i commentatori.

⁴³ Per un esame comparatistico della legislazione dei vari paesi europei, J. PARKIN, *The Criminalisation of Migration in Europe. A State of the Art of Academic Literature and Research*, CESP Paper in Liberty and Security in

È altresì difficilmente configurabile la funzione rieducativa della pena, in quanto la prospettiva perseguita dal legislatore non può ritenersi il reinserimento dello straniero nella società, quanto, piuttosto, l'allontanamento dal territorio dello Stato⁴⁴.

L'ammenda risulta, inoltre, non obblabile ai sensi dell'art. 162 c.p., come specifica espressamente il primo comma dell'art. 10 *bis* TU, preclusione che suscita non poche perplessità a fronte della possibilità di oblazione prevista per altre contravvenzioni della stessa rilevanza, o addirittura più gravi⁴⁵ e dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che la applica in tutte e due le forme anche con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace. Tutto ciò conferma che, nelle intenzioni del legislatore, la vera sanzione del reato sia l'espulsione dello straniero, prevista come sanzione sostitutiva, *ex art.* 16, comma 1, TU, per un periodo non inferiore a 5 anni⁴⁶.

Emergono, a questo punto, due incongruenze. La prima è che la sanzione sostitutiva è più grave di quella sostituita; la seconda è che la misura si sovrappone perfettamente all'espulsione contemplata nel procedimento amministrativo, destinato comunque ad aprirsi in caso di soggiorno irregolare. Tutti i fatti puniti nell'art. 10 *bis* TU, restano infatti sanzionati in via amministrativa con l'espulsione amministrativa, *ex art.* 13, comma 2, TU⁴⁷ o col respingimento differito, *ex art.* 10, comma 2, TU⁴⁸. La violazione della disciplina di ingresso e soggiorno dello straniero nello Stato comporta, dunque, l'avvio di due procedimenti autonomi. Addirittura si registra una completa sovrapposibilità delle ipotesi penalmente rilevanti con i previgenti illeciti amministrativi, in quanto l'elemento oggettivo della contravvenzione è il presupposto per l'adozione dei suddetti provvedimenti. In sostanza, gli stessi soggetti, cui l'ordine di espulsione del giudice di pace si riferisce, avrebbero già potuto essere espulsi in via amministrativa da parte del prefetto, per cui non resta che costatare l'assenza di utilità del nuovo meccanismo espulsivo legato alla contravvenzione dell'art. 10 *bis* TU.

Europe (No. 61/October 2013), in *www.ceps.eu*. Sull'incompatibilità in ogni caso tra pena detentiva di un reato di clandestinità e norme del diritto europeo, v. *postea*, par. 6.

⁴⁴ L. MASERA, *Corte Costituzionale e immigrazione*, cit., p. 1373; ID., *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte Costituzionale*, in *Dir. imm. cit.*, 2010, n. 3, p. 30. Il problema è stato tuttavia superato dalla Corte Costituzionale con l'attribuzione alla misura di una natura amministrativa, sì da giustificare la mancanza delle garanzie tipiche della pena.

⁴⁵ A. DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": tutte le novità in materia penale*, in *Corr. mer.*, 2009, p. 710.

⁴⁶ La possibile oblazione della sanzione ne avrebbe, infatti, ridotto l'operatività. Ulteriore riprova della prevalente importanza della sanzione sostitutiva è il non pagamento dell'ammenda nel caso di espulsione o di respingimento dello straniero, a causa dell'improcedibilità sopravvenuta del reato, che il giudice deve dichiarare in sentenza a seguito delle rispettive esecuzioni. La scelta poi di avere attribuito il reato alla competenza del giudice di pace - trasformato in una sorta di giudice della "sicurezza urbana" - ha portato all'inapplicabilità degli istituti della sospensione condizionale della pena e del patteggiamento. Nella stessa direzione si pone l'esclusione dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, in genere riconoscibile dal giudice di pace.

⁴⁷ L'art. 13, comma 2, prevede una espulsione per ordine del Prefetto nei confronti dello straniero che: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera; b) si è trattenuto nel territorio dello Stato senza aver presentato la dichiarazione di presenza (prevista dalla l. 28 maggio 2007, n. 68) o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto (otto giorni), ovvero quando il permesso di soggiorno è revocato o annullato, ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo; c) è indiziato di appartenere ad un'associazione di tipo mafioso o appartiene ad una delle categorie cui può essere applicata una misura di prevenzione *ex l.* 1423/1956.

⁴⁸ Il respingimento differito è impartito dal questore con ordine di lasciare il territorio entro 7 giorni o con l'accompagnamento alla frontiera nei soli casi urgenti.

L'opzione legislativa a favore di un reato con contenuto meramente sanzionatorio tradisce, di conseguenza, anche il canone di *extrema ratio* del diritto penale, rispetto al quale le ordinanze di rimessione non avevano forse dedicato il debito spazio, ma che costituisce un tassello chiave nel giudizio di ragionevolezza della norma incriminatrice, ed il cui mancato rispetto si rivela il profilo più problematico⁴⁹.

La duplicazione dei procedimenti, per di più, non è solo inutile, ma anche dannoso, avendo complicato la già difficile esecuzione delle espulsioni, di cui restano impregiudicati le modalità di esecuzione, i presupposti giustificativi e fattuali⁵⁰. Di certo gli allontanamenti non sono divenuti più semplici sol perché le espulsioni possono essere disposte, oltre che in via amministrativa, anche dal giudice di pace. Ciò ha significato, semmai, intensificare gli ostacoli riscontrati nella concreta effettuazione dell'espulsione amministrativa, già solo per l'aumento dei potenziali destinatari di tali misure, fattore che ha ingolfato ulteriormente il sistema.

L'irragionevolezza della soluzione prescelta emerge inoltre dalla valorizzazione dell'espulsione amministrativa operata dalla stessa legge n. 94/2009. Prova ne siano: il secondo comma dell'art. 10 *bis* TU, che esclude l'applicazione della pena per lo straniero destinatario del provvedimento di respingimento emesso ai sensi dell'art. 10, comma 1, TU; il quinto comma dell'art. 10 *bis* TU, che dispone la sentenza di non luogo a procedere nei confronti dello straniero, la cui espulsione o il cui respingimento *ex* art. 10, comma 2, TU, nelle more del giudizio penale, venga effettivamente eseguito; l'art. 16, comma 1, TU, che consente al giudice di applicare in luogo della pena pecuniaria la sanzione sostitutiva dell'espulsione, la quale, in ogni caso deve essere già disposta in sede amministrativa; il quarto comma dell'art. 10 *bis* TU, che esclude l'applicabilità della disciplina del nulla osta per l'esecuzione dell'espulsione dello straniero⁵¹. Tutto ciò, in definitiva, rende subalterna la risposta penale, esponendola al rischio di rivelarsi, per i motivi detti, del tutto superflua e inefficace⁵², ed è la stessa Corte Costituzionale ad aver qualificato «l'applicazione della sanzione penale come un esito “subordinato” rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi presente»⁵³, precisando che «in un gran numero di casi non è possibile, per la pubblica amministrazione, dare corso all'esecuzione dei

⁴⁹ Lo riconosce pure G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità”*, cit., p. 1334, per il quale, mentre tutti gli altri aspetti critici della fattispecie incriminatrice sono superabili, il profilo in questione costituisce l'unico motivo per il quale la Corte Costituzionale avrebbe dovuto dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 10 *bis* T.U.

⁵⁰ Unanimità nel giudizio, T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento*, cit., p. 14; A. CAPUTO, *Nuovi reati*, cit., p. 255; L. MASERA, *“Terra bruciata”*, cit., p. 62 s.; G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità”*, cit., p. 1334; C. RENOLDI, *I nuovi reati*, cit., p. 38 ss.

⁵¹ Sul punto D. MANZIONE, *Le novità di rilevanza penale dell'ennesima legge sulla sicurezza pubblica (legge n. 94/2009)*, in *Leg. pen.*, 2009, p. 397 ss.

⁵² Parla di sanzione penale “cedevole”, la Procura della Repubblica di Agrigento, che ha sollecitato l'ordinanza del giudice di pace di Agrigento del 15 dicembre 2009. Critici, tra gli altri, T. PADOVANI, *L'ennesimo*, cit., p. 14; G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità”*, p. 1330 s.; V. ONIDA, *“Pacchetto sicurezza” e immigrazione*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2009, n. 14, p. 1 s.; L. MASERA, *“Terra bruciata”*, cit., p. 48 s.; A. CAPUTO, *Nuovi reati*, cit., p. 254 ss.; ID., *La contravvenzione*, cit., p. 1202, il quale sottolinea che la sovrapposizione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative sia una peculiarità dell'art. 10 *bis* non riscontrabile in altre discipline del diritto penale complementare, pur richiamate dalla Corte Costituzionale a sostegno delle sue conclusioni nel giudizio di costituzionalità del reato di clandestinità. Ma l'irragionevolezza della contravvenzione è stata evidenziata anche nell'appello dei giuristi diffuso il 24 giugno 2009, cit., in cui è bollata come “priva di fondamento giustificativo”. Dubbi in merito sono stati sollevati anche dall'allora Presidente della Repubblica nella missiva di accompagnamento alla promulgazione della legge, vedila in appendice in S. CORBETTA-A. DELLA BELLA-G.L. GATTA, *Sistema penale*, cit., p. 572 s.

⁵³ *Considerato in diritto* n. 10 della sentenza della Corte Cost. n. 250/2010.

provvedimenti espulsivi»⁵⁴. A rigor di logica, però, non si capisce quale *surplus* di efficacia avrebbe dovuto garantire, su questo piano, la nuova procedura.

È stata tra l'altro ancora la Consulta ad aggiungere che la sostituzione dell'ammenda con la misura dell'espulsione da parte del giudice è solo facoltativa e che, in ogni caso, l'espulsione da parte del giudice di pace è subordinata alla condizione che non ricorrano le situazioni, ai sensi dell'art. 14, comma 1, TU, ostative all'esecuzione dell'espulsione amministrativa (necessità di procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti sulla sua identità o nazionalità, all'acquisizione di documenti di viaggio o indisponibilità di mezzi di trasporto). Si tratta di precisazioni che delimitano fortemente la sfera di operatività della sanzione sostitutiva, in quanto, per un verso, risolvono i dubbi, avanzati inizialmente in dottrina, circa la possibile obbligatorietà della misura⁵⁵, e, per altro verso, ribadiscono che l'espulsione del giudice di pace è ammissibile nei soli casi limite in cui, paradossalmente, lo stesso risultato era già perfettamente raggiungibile per via amministrativa anche prima della riforma⁵⁶. Anzi, non si capisce per quale motivo, non sussistendo cause ostative all'allontanamento, l'amministrazione non dovrebbe aver proceduto.

Se allora le indicazioni normative richiamate riducono notevolmente la possibilità di ricorrere all'espulsione come sanzione sostitutiva, va da sé che anche la proclamata intenzione legislativa di fare dell'allontanamento la "vera" sanzione della contravvenzione finisce per essere smentita. Un simile proponimento, comprovato anche dalla predisposizione del rito speciale della presentazione immediata, resta pertanto inevitabilmente compromesso dall'assenza di "organicità e sistematicità" delle norme.

La Corte Costituzionale ha affermato l'autonomia del procedimento penale in nome di un obiettivo: allontanare i migranti irregolari dal territorio dello Stato, cogliendo la *ratio* della sanzione sostitutiva «nel diminuito interesse dello Stato alla punizione di soggetti ormai estromessi dal proprio territorio». Così facendo la specificità della risposta penale è stata, ancora una volta, basata sulla collocazione del reato di immigrazione clandestina nell'ambito della tutela penale delle funzioni; nello specifico delle funzioni amministrative preordinate all'espulsione⁵⁷. Le osservazioni fin qui espresse conducono però a ritenere che l'autonomia del meccanismo sanzionatorio sia solo di tipo meramente formale, in quanto la tutela apprestata dal legislatore risulta "fotocopia", se non più blanda, dell'espulsione amministrativa, e dunque di fatto fine a sé stessa.

L'impatto applicativo dell'impianto penale è quindi nel complesso privo di reale efficacia, come lasciano trasparire anche le ulteriori argomentazioni del Giudice delle leggi, allorché ha dovuto cedere al riconoscimento di una disfunzionalità della fattispecie dovuta ad «una sovrapposizione - tendenzialmente completa - della disciplina penale a quella amministrativa».

Una volta che sul piano concreto l'annunciata utilità della sanzione sostitutiva perde di consistenza, la specificità della risposta penale torna a ridursi alla sola applicazione

⁵⁴ *Considerato in diritto* n. 10 della sentenza della Corte Cost., n. 250/2010.

⁵⁵ I dubbi erano sorti sul punto, sul rilievo che l'art. 62 *bis* d. lgs. 274/2000 afferma che il "giudice di pace applica", a differenza dell'art. 16, comma 1, TU, per il quale "il giudice [...] può sostituire". Hanno ritenuto la sostituzione obbligatoria, tra gli altri, S. LUERTI, *Modifiche al rito davanti al giudice di pace*, in S. CORBETTA-A. DELLA BELLA-G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale*, cit., p. 426; G. VARRASO, *Il nuovo rito a "presentazione immediata" davanti al giudice di pace: verso un nuovo procedimento virtuale?*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza"*, cit., p. 120 s. Dubbioso sull'obbligatorietà, tra gli altri, T. PADOVANI, *L'ennesimo*, cit., p. 15. A favore della facoltatività, G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità"*, cit., p. 1329.

⁵⁶ Cfr. T. PADOVANI, *L'ennesimo*, cit., p. 14; G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità"*, cit., p. 1330.

⁵⁷ A. CAPUTO, *La contravvenzione*, cit., p. 1201.

dell'ammenda. Se poi, però, si considera la già denunciata scarsa possibilità che la pena pecuniaria venga effettivamente eseguita (circostanza, come detto, non taciuta dalla stessa Corte), va da sé che lo spazio di autonomia dell'intervento penale, già esiguo sulla carta, svanisce del tutto sul piano pratico.

Nella contravvenzione di clandestinità, in definitiva, i profili di ragionevolezza e sussidiarietà si intrecciano con quelli dell'offensività del diritto penale, amplificando le incongruenze della fattispecie incriminatrice. Il ricorso al meccanismo della tutela delle funzioni, ma soprattutto la scelta di incriminare la violazione di qualsiasi disposizione in tema di ingresso e soggiorno, hanno finito, in sostanza, per privare tutti i principi menzionati di effettivo valore selettivo.

Proporzionalità ed *extrema ratio* del diritto penale si piegano davanti ad una soluzione normativa dannosa anche sotto un altro profilo, in quanto si è reso assai più gravoso il compito degli uffici giudiziari, con uno spreco di risorse umane ed economiche (basti pensare a quelle necessarie per la difesa d'ufficio), al solo fine di garantire un "effetto annuncio" verso gli elettori⁵⁸.

La perfetta sovrapposibilità dell'irregolarità amministrativa alla illiceità penale e la costruzione della contravvenzione come norma parzialmente in bianco generano le maggiori difficoltà applicative. La normativa, inoltre, omologa le ipotesi in cui la violazione della disciplina amministrativa sulla regolarità del soggiorno è riconducibile direttamente allo straniero - nel qual caso le incongruenze fin qui segnalate sarebbero destinate a ridimensionarsi, poiché lo straniero pur potendo rispettare la disciplina sulla regolarità del soggiorno non lo ha fatto - con quelle più gravi in cui la regolarità è legata ad un provvedimento discrezionale della pubblica amministrazione. È in queste ultime, evidentemente, che si pone il rischio di prevedere norme penali portatrici di responsabilità oggettiva occulta. Contro una simile eventualità è obbligatorio pretendere per l'integrazione dell'illecito penale che l'atto giunga quantomeno a conoscenza dell'interessato, potendo configurarsi al momento della sua emanazione solo una situazione di irregolarità amministrativa. Si registra, così, l'unico scarto esistente tra le due forme di illiceità, ma è chiaro che la pretesa della conoscenza del provvedimento da parte dello straniero sia certamente poca cosa per sanare i limiti del reato, bastando unicamente a spostare in avanti l'integrazione dell'illecito penale, che resta, sotto ogni altro aspetto, strettamente legata alla disciplina amministrativa.

4. I margini di applicazione del diritto penale nella criminalizzazione dell'immigrazione clandestina

Nella valutazione dell'efficacia di una criminalizzazione dell'ingresso e del soggiorno illegale non può essere trascurata la determinazione dei reali spazi di autonomia lasciati al legislatore nazionale dall'Unione europea. Qualunque scelta degli Stati membri deve infatti porsi in linea con le indicazioni provenienti dal diritto europeo.

Tenuto conto della direttiva europea c.d. rimpatri (direttiva 2008/115/CE)⁵⁹, la Corte di Giustizia UE ha chiarito con tre pronunce, El Didri, Achoughbaban e Sagor, che se, per

⁵⁸ V. ONIDA, "Pacchetto sicurezza" e immigrazione, cit., p. 1.

⁵⁹ La direttiva mira a fornire indicazioni per una disciplina di principio uniforme fra gli Stati membri, con riferimento alle garanzie minime da rispettare per il trattenimento dei migranti. Fondamentale è anche la Direttiva c.d. "procedure", 2005/85/CE, sull'obbligo di informazione circa i diritti e i doveri dei richiedenti

un verso, «gli Stati membri restano liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati»⁶⁰, per altro verso, nondimeno, deve trattarsi di misure compatibili con il diritto dell'Unione⁶¹ e tali da non «compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile»⁶², individuato nell'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio degli irregolari, nonché nella tutela dei diritti fondamentali dello straniero. La Corte di Giustizia ha, al contempo, precisato che l'applicazione della pena detentiva «rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva», in quanto se inflitta durante la procedura di rimpatrio non è funzionale alla produzione dell'effetto utile della Direttiva del 2008⁶³. Nello specifico, la sentenza El Didri, relativa alla formulazione della fattispecie italiana di cui all'art. 14, comma 5 *quinqüies* TU, ha ritenuto la pena prevista fino a 4 anni di reclusione non ammissibile in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, poiché irrispettosa del principio di proporzionalità e contraria all'effetto utile della direttiva rimpatri. Evidentemente la previsione di una pena così elevata, ma anche il meccanismo dell'arresto obbligatorio e del giudizio direttissimo stabiliti dallo stesso articolo, oltre alla possibile reiterazione all'infinito della condotta, e soprattutto all'operatività della pena “durante” la procedura di allontanamento, sono stati ritenuti incompatibili col diritto europeo. Il monito della Corte è valso non solo per il delitto di cui all'art. 14, comma 5 *ter* TU, oggetto del giudizio, ma anche le fattispecie incriminatrici più repressive, come quella di cui all'art. 14 comma 5 *quater* TU.

I principi affermati dalla sentenza El Didri sono stati poi confermati e chiariti dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza Achughbabian⁶⁴. La Corte era stata in questo caso chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del reato di clandestinità previsto dalla normativa francese, all'art. 621.1 del *Ceseda*, che puniva con le pene congiunte della reclusione di un anno e dell'ammenda di 3.750 euro lo straniero che sia entrato o abbia soggiornato in Francia in assenza dei documenti o dei visti richiesti, o che, se maggiorenne,

protezione internazionale. Sulla direttiva rimpatri cfr. F. VIGANÒ, *Direttiva rimpatri e delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2010; ID., *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento*, *ivi*, 18 gennaio 2011; A. DI MARTINO-R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: “direttiva rimpatri” e diritto penale italiano*, *ivi*, 26 luglio 2011, sia consentito il rinvio anche a M.T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente. Dalla difficile compatibilità col d. lgs. n. 286/1998 al necessario intervento: un percorso davvero concluso?*, *ivi*, 24 giugno 2011.

⁶⁰ § n. 52 della sentenza 28.4.2011, El Didri, causa C-61/11 PPU, in *Dir. pen. cont.*, 29.4.2011, con nota di F. VIGANÒ, *Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. 28 aprile 2011, Hassen El Didri, causa C-61/11 PPU (Direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero)*. Si aggiunge nel considerando n. 54 che «né l'art. 63, primo comma, punto 3, lett. b), CE – disposizione che è stata ripresa dall'art. 79, n. 2, lett. c), TFUE – né la direttiva 2008/115, adottata in particolare sul fondamento di detta disposizione del Trattato CE, escludono la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare».

⁶¹ A riguardo vengono richiamati, nel considerando n. 56 della sentenza El Didri, il secondo e il terzo comma dell'art. 4, n. 3, TUE, che impongono agli Stati membri di adottare «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» e l'astensione «da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione», compresi quelli perseguiti dalle direttive».

⁶² § n. 55 della sentenza El Didri, *cit.*

⁶³ Definisce questo aspetto come «un fondamentale punto fermo fissato dall'importante pronuncia, pesante come un macigno», G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità”*, *cit.*, p. 2.

⁶⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 6 dicembre 2011, Achughbabian, causa C-329/11, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 dicembre 2011, con nota di L. MASERA, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese*. Cfr. R. RAFFAELLI, *Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2012, n. 1, p. 176 ss.

vi si sia trattenuto per un periodo superiore a tre mesi senza munirsi del permesso di soggiorno⁶⁵.

Analogamente al nostro art. 10 *bis* TU, l'articolo del codice francese dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo, costituiva il presupposto della procedura di rimpatrio prevista dalla direttiva 115 del 2008. La Corte di Giustizia ha chiarito che l'art. 2, par. 2 lett. b) della direttiva, a norma del quale gli Stati membri possono non applicarla ai cittadini di Paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale, in conformità alla legislazione nazionale, «non può manifestamente essere interpretata, salvo privare la direttiva della sua ratio e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possono omettere di applicare le norme e le procedure previste dalla direttiva in parola ai cittadini di Paesi terzi che abbiano commesso solo l'infrazione del soggiorno irregolare». In definitiva, qualificare l'ingresso e il soggiorno irregolare come reato non consente in ogni caso di eludere la Direttiva rimpatri.

Circa il contrasto di un reato di clandestinità in sé rispetto alla Direttiva rimpatri, un utile riferimento è in realtà già contenuto nella sentenza El Dridi, laddove si specifica, come anticipato, che gli Stati membri *restano liberi di adottare misure, anche penali*, atte segnatamente a dissuadere i cittadini di Paesi terzi dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati⁶⁶. Ma in maniera più chiara nella sentenza Achughbabian, la Corte di Giustizia ha sostenuto che la Direttiva «non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno» (§28)⁶⁷.

Senonché quando si devono poi andare a verificare i margini di questa facoltà il campo di azione degli Stati membri è destinato a ridimensionarsi. Come osservato, in ogni caso deve trattarsi di misure che non contrastino con l'effetto utile della direttiva, individuato nell'«*instaurazione di una politica di allontanamento e di rimpatrio efficace e rispettosa dei diritti fondamentali della persona*» (El Dridi § 55; Achughbabian §39). La sentenza Achughbabian ha ritenuto che i suddetti parametri non fossero garantiti dal reato francese, potendo portare alla reclusione “nel corso” del procedimento comune di rimpatrio con un prolungamento dei relativi tempi. Ciò finiva per incidere negativamente sulla efficacia della Direttiva, al pari di quanto la El Dridi aveva ritenuto avvenisse con riferimento al nostro art. 14, co. 5 *ter* T.U, poi per questo riformato dal legislatore italiano con la previsione di una pena pecuniaria⁶⁸. Più drastica è invece stata la scelta del legislatore francese che nel 2012 ha abrogato l'incriminazione del soggiorno irregolare⁶⁹.

Per converso, il legislatore nazionale può ricorrere al diritto penale quando le misure coercitive previste dalla direttiva attraverso l'allontanamento coattivo sono state infruttuose e lo straniero continui a permanere illegalmente sul territorio dello Stato, senza che esista

⁶⁵ La questione è stata sollevata dalla Cour d'Appel de Paris, n. 11/02050, 9 maggio 2011. Sull'ordinanza, cfr. L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare “conforme” e “non conforme” alla “direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2012; M. LA ROSA, *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?*, *ivi*, 1 febbraio 2012.

⁶⁶ § 52 della sentenza El Dridi, cit.

⁶⁷ La premessa con cui la Corte di Giustizia ha sorretto questa conclusione è stata che la direttiva rimpatri si occupa solo dell'armonizzazione della procedura di rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, ma non anche dell'armonizzazione delle disposizioni sul soggiorno e la risposta sanzionatoria eventualmente prevista dagli ordinamenti nazionali nel caso di una loro violazione.

⁶⁸ La sentenza El Dridi aveva comportato la disapplicazione da parte dei giudici italiani della fattispecie e perciò spinto il legislatore ad intervenire con la l. n. 129 del 2011, che ha sostituito la pena detentiva con la pena pecuniaria, e lo stesso è avvenuto per i reati di cui agli artt. 13, comma 5.2 e 14, comma 1 *bis* TU.

⁶⁹ L'abrogazione è stata prevista dall'art. 8 della l. 31 dicembre 2012, n. 1560. L'ingresso irregolare, a determinate condizioni, è invece ancora punito con la pena detentiva e pecuniaria.

un giustificato motivo che lo consenta. In questo caso, infatti, è ormai “esaurita” la procedura di rimpatrio. In secondo luogo è possibile ricorrere alle forme di detenzione “prima che inizi la procedura di rimpatrio”, che può contemplare l’arresto o il fermo dello straniero con l’obiettivo di identificarlo e di evitarne la fuga (§30). Nel caso francese, in particolare, ciò era attuato attraverso la misura precautelare della *garde à vue*, equiparabile al nostro fermo di polizia e applicata agli stranieri sospettati di soggiornare illegalmente sul territorio nazionale. Nonostante ciò, la Corte di Cassazione francese ha poi sancito la fine della misura, in quanto usata nella pratica come “anticamera” della procedura di espulsione e non per una reale funzione cautelare⁷⁰.

In seguito alle due pronunce della Corte di giustizia restava da capire come le suddette indicazioni avessero inciso sul nostro reato di clandestinità, posto che presenta alcune differenze non trascurabili sia rispetto al reato di cui all’art. 14, co. 5 *ter* T.U, oggetto della sentenza El Didri, sia dal reato francese di cui all’art. 621-1 Ceseda, giudicato dalla sentenza Achughbabian. L’art. 10 *bis*, infatti, come detto, commina solo una sanzione pecuniaria, che avrebbe potuto indurre a ritenere garantita la sopravvivenza del reato, essendo rispettato il principio di proporzionalità e non venendo pregiudicato l’effetto utile della direttiva, tuttavia non mancavano alcuni aspetti critici, in particolare, la possibile conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato nell’obbligo di permanenza domiciliare, nonché la sostituibilità della stessa con la misura dell’espulsione.

Con la sentenza Sagor⁷¹, concernente proprio la contravvenzione di cui all’art. 10 *bis* TU, la Corte di Giustizia, ha escluso il contrasto della contravvenzione italiana con l’effetto utile della direttiva se non, tuttavia, proprio nel richiamato caso in cui consente la conversione della pena pecuniaria in permanenza domiciliare per insolvibilità del condannato. Tenuto conto dei limiti edittali della fattispecie e del tasso di conversione, stabilito dall’art. 55, co. 6, d.lgs. 274/2000 (un giorno per ogni 25 euro di pena pecuniaria), la permanenza sarebbe pari al massimo legale previsto dalla stessa norma, e cioè 45 giorni. Si tratta di un periodo ritenuto idoneo dalla Corte di giustizia ad ostacolare l’effetto utile della direttiva, in particolare qualora non si preveda comunque la cessazione della permanenza nel caso in cui diventi possibile l’allontanamento dello straniero (§45)⁷².

Quanto alla previsione della espulsione come pena sostitutiva, la sentenza Sagor ha invece salvato la fattispecie, ma subordinando la possibilità di sostituzione solo in presenza di due condizioni: che vi sia la possibilità di una esecuzione immediata dell’espulsione, non sussistendo le condizioni ostative di cui all’art. 14, comma 1, TU, e che vi sia un concreto rischio di fuga da parte dello straniero, da valutare caso per caso da parte del giudice. In mancanza di un simile rischio, lo straniero ha diritto alla concessione di un termine per la partenza volontaria, così come prevede la direttiva.

La Corte di giustizia, in definitiva, ha così ulteriormente limitato lo spazio di intervento punitivo degli Stati membri anche nei casi di reati puniti con pene pecuniarie, non consentendo neppure in seconda battuta una applicazione di pene detentive o comunque limitative della libertà personale, che compromettano o comunque ritardino la

⁷⁰ Sul punto L. D’AMBROSIO, *Niente più garde à vue per gli stranieri irregolari in Francia in seguito alle sentenze della Corte di giustizia UE sulla direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 12.6.2012.

⁷¹ Corte di Giustizia, sent. 6 dicembre 2012, Sagor, causa C-430/11, in *Dir. pen. cont.*, 7.12.2012, con nota di F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis T.U. Immigrazione e direttiva rimpatri*. Cfr. L. MASERA, *Art. 10 bis e Direttiva rimpatri dopo la sentenza Sagor della Corte di giustizia*, *ivi*, 28.2.2013.

⁷² La Corte ha così attribuito al giudice del rinvio il compito di valutare se esistesse nella normativa nazionale una norma per far prevalere l’allontanamento sull’esecuzione dell’obbligo di permanenza domiciliare.

procedura di rimpatrio. Proprio per escludere quest'ultimo aspetto è intervenuta la l. n. 161/2014 che ha introdotto un nuovo comma 3 *septies* all'art. 13 TU, ai sensi del quale l'espulsione amministrativa si esegue in ogni caso anche nei confronti dello straniero insolubile, condannato alle pene della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità, che si riconvertono nella corrispondente pena pecuniaria.

Vero ciò può concludersi che lo spazio lasciato alla penalizzazione del reato di ingresso e soggiorno irregolare dal diritto dell'Unione europea sia davvero modesto e relegato comunque all'applicazione di sanzioni pecuniarie. Ciò significa destinare questo tipo di reati all'ineffettività, trattandosi di misure che difficilmente possono essere eseguite, specie nel nostro Paese, dove alle difficoltà che su questo aspetto comporta la peculiarità di questo tipo di autore, si aggiunge, come osservato, un sistema di esecuzione delle pene pecuniarie in generale patologico, con percentuali bassissime di pene riscosse.

Ancora una volta pertanto si conferma la singolare inutilità del reato.

5. Il fallito tentativo di depenalizzazione del reato

Le osservazioni critiche fin qui emerse, ampiamente condivise in dottrina e stigmatizzate dalla magistratura in una serie di documenti⁷³, sono state ad un certo punto anche al centro del dibattito parlamentare. Tanto è vero che la l. n. 67 del 2014, sulla depenalizzazione, aveva menzionato espressamente il reato di immigrazione clandestina tra le fattispecie incriminatrici da trasformare in illecito amministrativo, conservando invece il rilievo penale delle condotte di violazione dei provvedimenti adottati in materia. La scelta di procedere alla depenalizzazione di diverse ipotesi criminose, tra cui quella dell'art. 10 *bis* TU, può dirsi coraggiosamente in controtendenza rispetto al *trend* di populismo giudiziario e carcerocentrico affermatosi nei provvedimenti legislativi degli ultimi anni, ma è stata presto soppiantata da un rinnovato clima panpenalistico.

È significativo che pure nell'ambito di un processo di depenalizzazione, portato a termine con il d. lgs. nn. 7 e 8 del 2016, il Governo abbia deciso di tradire le direttive della legge delega proprio in relazione al reato di clandestinità. Si è scelto, infatti, di mantenere in vita la fattispecie, in contrasto con il vincolo legislativo della delega, che avrebbe dovuto portare alla depenalizzazione come atto dovuto. E ancor più emblematico è che ciò sia avvenuto per una motivazione meramente simbolica. Il Governo ha infatti esplicitamente giustificato la decisione: per il "carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti", sicché "lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito", pur nella affermata consapevolezza della totale ineffettività della fattispecie⁷⁴. Si tratta, in definitiva, della consacrazione della natura esclusivamente simbolica del reato⁷⁵, utilizzato, ormai senza falsi

⁷³ In diverse prese di posizione dell'ANM si lamenta, in particolare, l'inutilità della contravvenzione ai fini di prevenzione generale, l'intasamento dei tribunali e le complicazioni che ne sono derivate sulle inchieste relative agli scafisti, in quanto non è stato più possibile contare sulla collaborazione degli stranieri, considerati imputati del reato di clandestinità. Valutazione conforme è stata evidenziata anche dalla Procura Nazionale antimafia.

⁷⁴ V. Relazione illustrativa del d.lgs. n. 8/2016.

⁷⁵ Distingue tra uso intrinsecamente simbolico del diritto penale, uso eminentemente simbolico ed uso esclusivamente simbolico, cui va ricondotto il reato di clandestinità, limitando l'aspetto assolutamente patologico all'ultimo dei tre, in cui la pena aggancia la sua legittimazione al solo simbolismo, in quanto priva

trincerismi, al solo fine di rassicurare paure, sia pure oggettivamente infondate, della collettività⁷⁶. La dichiarazione di resa da parte del Governo, di fronte al dilagare di una politica criminale di populismo giudiziario⁷⁷, non ha mancato di sollecitare dure prese di posizione⁷⁸, le quali non sembrano tuttavia aver sortito ripensamenti da parte del legislatore, che anzi ha consolidato l'atteggiamento securitario con nuovi provvedimenti.

Il mantenimento del reato continua pertanto a produrre conseguenze particolarmente negative, molte delle quali, come osservato, legate ai costi del suo accertamento. Il tutto per un processo, destinato, quando arriva alla fase di definizione, a irrogare una sanzione non eseguibile.

Ancora peggiori sono inoltre gli effetti che scaturiscono attorno al clandestino, per il quale è impossibile sanare la sua condizione. Di conseguenza l'immigrato è costretto a vivere in un sottobosco di illegalità, che fa comodo ad un certo tipo di economia e alla criminalità organizzata, pronta a sfruttare a proprio vantaggio la sua condizione di debolezza e vulnerabilità⁷⁹. In definitiva, il diritto penale securitario finisce per rivelarsi paradossalmente diritto penale criminogeno. Il re è nudo!

6. La conferma della tendenza securitaria negli ultimi decreti sicurezza

La logica del diritto penale simbolico e della tolleranza zero ha generato una legislazione sempre più repressiva, che trova espressione diretta nei decreti sicurezza degli ultimi Governi. I più recenti sono il d.l. Salvini, n. 113/2018 sulla sicurezza, convertito con modificazioni nella l. n. 132/2018 e il d.l. n. 53/2019, c.d. decreto sicurezza *bis*, in ideale continuità con il precedente, convertito con modificazioni nella l. n. 186/2019⁸⁰.

Un approccio repressivo era stato invero già adottato nei d.l. Minniti, n. 13/2017, convertito nella l. n. 46/2017, sul contrasto all'immigrazione illegale, e n. 14/2017, convertito con modificazioni nella l. n. 132/2017, sulla sicurezza urbana, entrambi emanati dal previo Governo. Con il primo, in particolare, si è provveduto, ad una riforma dei

di legittimazione sia sul piano legale sia su quello dell'effettività, C. SOTIS, *Intervento*, in AA.VV., *La società punitiva*, cit., p. 14 s.

⁷⁶ Cfr., sul punto, L. MASERA, *Terra bruciata*, cit., p. 48 ss.; A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 522 ss.; C. SOTIS, *Punire per un fatto che la legge ha stabilito non essere più reato?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 novembre 2015; G. LOSAPPIO, *Riflessioni critiche sul preteso effetto abrogativo della delega di depenalizzazione specifica*, *ivi*, 24 febbraio 2016.

⁷⁷ Precisa D. PULITANÒ, *Intervento*, in AA.VV. *La società punitiva*, cit., p. 3, che l'esplicita dichiarazione di resa più che al populismo giudiziario in questo caso è stata verso gli "umori della gente comune".

⁷⁸ Si veda l'intervento di critica da parte dell'Associazione italiana dei professori di Diritto Penale a seguito della mancata depenalizzazione del reato, raccolto in AA.VV. *La società punitiva*, cit.; C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 135 ss.

⁷⁹ A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori*, cit., p. 525 s.; V. TEODONIO, *Sessantamila sfruttate in tre regioni*, in *www.repubblica.it*, 25.5.2016; E. LO MONTE, *Lo sfruttamento dell'immigrato clandestino: tra l'incudine (dello Stato) e il martello (del caporalato)*, in *Crit. dir.*, 2011, p. 46 ss. Sulla facilità con cui il clandestino può finire per diventare vittima dei reati connesso al c.d. *forced labour*, A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in AA.VV. *La società punitiva*, cit., p. 9 s.

⁸⁰ Su entrambi i provvedimenti è stata posta la fiducia dal Governo, il che ha impedito che si potesse avviare un dibattito politico su questioni particolarmente incisive su diritti fondamentali. Sul punto, S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza –bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2019.

procedimenti in materia di protezione internazionale⁸¹, che ha sollevato commenti particolarmente negativi⁸². Il secondo decreto ha invece introdotto alcune novità in tema di sicurezza delle città, che viene ricondotto al bene giuridico “della vivibilità e del decoro delle città”⁸³, rappresentativo della poliformità della sicurezza.

Ma è con il decreto Salvini n. 113/2018 che si è intervenuti in chiave ancora più marcatamente repressiva⁸⁴. In nome della sicurezza, tra le altre cose, si è abolito il permesso di soggiorno per motivi umanitari, sostituito da una serie di misure non compensative. Di fatto, tuttavia, si è finito per provocare indirettamente un aumento del numero degli irregolari presenti sul nostro territorio destinati all’espulsione, con un aggravio della relativa procedura.

Tra le altre novità previste, particolarmente restrittive sono le modifiche in tema di detenzione amministrativa. Il legislatore italiano invero aveva in passato ridotto i limiti del trattenimento dello straniero nei CPR, dal massimo di 18 mesi, introdotto nel 2011, a 3 mesi, che scendevano addirittura a 30 giorni nel caso in cui lo straniero avesse già trascorso in carcere almeno 3 mesi⁸⁵. Il decreto Salvini ha invece raddoppiato da 90 a 180 giorni la durata massima della detenzione di chi è in attesa di espulsione⁸⁶ allo scopo di assicurare il sollecito rimpatrio dei soggetti che dimorino *sine titulo* nel nostro territorio. Finalità che però, per le ragioni già richiamate e sulle quali la riforma non può che incidere negativamente, restano solo sulla carta. È noto che il prolungamento dei tempi di detenzione non incide in alcun modo sull’obiettivo dichiarato. Le statistiche dimostrano che al di là dei rimpatri effettuati nei primi 60 giorni, è poi difficile che avvengano a causa di diversi ostacoli difficili da superare, tra i quali la mancata cooperazione al rimpatrio del

⁸¹ In relazione alle espulsioni disposte a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione, si è previsto il ripristino dello stato di detenzione “per il tempo strettamente necessario” all’esecuzione del provvedimento di espulsione. Modifiche, sia pure modeste, hanno riguardato la detenzione amministrativa dello straniero irregolare. riguardando essenzialmente il mutamento del nome dei centri di detenzione, da Centri di identificazione ed espulsione (CIE) a Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR), il prolungamento di 15 giorni del termine massimo del trattenimento degli stranieri che siano stati trattenuti per almeno 90 giorni in una struttura carceraria nei casi di “particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio”; una nuova ipotesi di trattenimento negli stessi centri (anche prima del provvedimento espulsivo del questore) per gli stranieri che rifiutino di sottoporsi alle operazioni di rilevamento foto dattiloscopico e segnaletico; la possibilità di prolungare il trattenimento anche per i richiedenti asilo, già detenuti nei suddetti centri in attesa di respingimento, quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l’espulsione.

⁸² Critici, tra gli altri, il Primo Presidente della Corte di Cassazione Canzio e della sezione dell’ANM presso la Corte di Cassazione. A riguardo, A. COSENTINO, *L’ANM della Cassazione sul D.L. n. 13/2017 in materia di protezione internazionale e di contrasto dell’immigrazione illegale*, in *Quest. Giust.*, 8 marzo 2017.

⁸³ Per tutti C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza nelle città. Verso una repressione Urbi et orbi?*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2017, n. 3, p. 272; C. RUGA RIVA-B. BISCOTTI-P. RONDINI-R. CORNELLI-A. SQUAZZONI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il sindaco, il questore e il prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, *ivi*, 2017, n. 4, p. 224 ss.

⁸⁴ Sulle conseguenze penali del decreto sicurezza, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 43 ss.; G. MENTASTI, *Decreto sicurezza: i profili penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 25 ottobre 2018; ID., *Il decreto sicurezza diventa legge. Le modifiche introdotte in sede di conversione*, *ivi.*, 21 dicembre 2018; M. DANIELE, *La detenzione come deterrente*, cit., p. 95 ss.

⁸⁵ Si tratta della legge europea 2013 bis (l. 20 ottobre 2014, n. 163). A riguardo, 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 bagatella?*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014.

⁸⁶ Nel 2008 erano denominati Centri di Permanenza Temporanea (C.P.T.) e trasformati in Centri di identificazione ed espulsione.

Paese di origine dello straniero e gli alti costi delle espulsioni⁸⁷. L'intervento normativo serve pertanto più a far perdere la funzione cautelare della misura favore di una finalità sanzionatoria.

È vero che la detenzione amministrativa è stata salvata dalla giurisprudenza della Corte EDU⁸⁸, in quanto prevista dalla c.d. Direttiva rimpatri (2008/115/CE), che ne consente la protrazione fino a 18 mesi, ma lo è altrettanto che la Corte ha subordinato la misura al rispetto di precisi limiti, dovendo risultare strettamente necessaria e proporzionale allo scopo del rimpatrio e, al contempo, garantire appropriate condizioni⁸⁹. Al pari, anche la Corte Costituzionale ne ha salvato la legittimità costituzionale, in nome di esigenze di sicurezza nazionale e al fine di realizzare un'adeguata gestione dell'immigrazione clandestina, ma ha al contempo riconosciuto che si tratti di una soluzione impattante sulla libertà fisica e sull'integrità morale dello straniero, fino al punto da poterne minare la dignità personale⁹⁰. Non è un caso pertanto se la detenzione amministrativa già in passato sia stata definita "galera amministrativa"⁹¹ o sia sia parlato di "frode delle etichette"⁹². Anzi, l'istituto può rivelarsi ancora peggiore della pena, in quanto privo delle garanzie tipiche del diritto penale sostanziale e processuale ed è dunque ben lontano dai requisiti di necessità e proporzionalità rispetto allo scopo del rimpatrio, cui allude la Corte EDU.

Né le novità introdotte dal decreto Minniti in materia - non a caso definite da taluno⁹³ "sconfortanti" - sono state sufficienti a colmare le lacune della disciplina di CIE e

⁸⁷ Riferimenti in L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi*, cit.

⁸⁸ Si tratta della sentenza della Corte EDU, 1° settembre 2015, causa Khlaifia e altri c. Italia, in www.echr.coe.int.

⁸⁹ Corte EDU, 29 gennaio 2008, causa Saadi c. Regno Unito, in www.echr.coe.int.

⁹⁰ Così già C. Cost., 10 aprile 2001, n. 105, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1121. Sul punto A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei Cie*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, p. 17 ss.; M. DANIELE, *La detenzione come deterrente*, cit., p. 95 ss.; ID., *Il volto sbiadito dell'habeas corpus nella privazione della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 422 ss. Sono solo apparentemente più rigorosi i presupposti per il trattenimento dei richiedenti asilo, essendo legato ad ipotesi specificamente elencate dall'art. 8 della direttiva 2013/33 e dell'art. 6 d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142; tuttavia il richiamo ai motivi di "sicurezza nazionale" e di "ordine pubblico" consentono facili applicazioni, anche non strettamente funzionali all'effettivo rimpatrio o alla concessione della protezione internazionale.

⁹¹ Così il Senatore Carofiglio, durante la seduta dell'Assemblea del Senato n. 90 del 12 novembre 2008, nel dibattito parlamentare che ha preceduto l'introduzione del reato di immigrazione clandestina. L'espressione è ripresa da A. PUGIOTTO, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quest. giust.*, 2014, n. 3, p. 573 ss. Sulla natura sostanzialmente penale della sanzione, tra gli altri, L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 11. Fanno riferimento per questo ad una "bagatellizzazione" della libertà personale dei migranti, A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. pen. proc. Gli speciali*, 2009, p. 10; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 266 ss. Più in generale, E. VALENTINI, *La detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, 2018.

⁹² Di frode delle etichette parla G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 190; ID., *La pena nell'era della "Crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, *ivi*, 2018, p. 675 ss. Sul punto, cfr. A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero di massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, 2, p. 508; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 45 ss.

⁹³ L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2017, 3, p. 278 ss. Cfr. G. MENTASTI, *La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte Edur: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2018, n. 3, p. 295 ss., che parla di intervento normativo del tutto inadeguato rispetto agli obiettivi; A. GILIBERTO, *La violazione dei diritti umani degli stranieri trattenuti in un C.I.E. (oggi C.P.R.) danneggia l'immagine della comunità territoriale dove la violazione è avvenuta*, *ivi*, 2017, n.12, p. 153 ss.

*hotspot*⁹⁴, ad oggi prevalentemente affidata alla regolamentazione e alla prassi amministrativa, che si è in concreto aggiunta ad una legislazione lacunosa e complessa, e dunque in contrasto con i limiti sanciti a livello costituzionale, europeo e internazionale per ogni misura restrittiva della libertà personale: *in primis* la riserva di legge, *ex art.* 13 Cost. e la c.d. *quality*, cui fa riferimento l'art. 5 CEDU, che pretende una chiara definizione e la prevedibilità applicativa delle condizioni di detenzione⁹⁵.

Ancora meno rispettosamente delle indicazioni europee, l'attuale Governo, col citato decreto sicurezza, ha ulteriormente aggravato la misura, in quanto non solo, come detto, ha ampliato i termini di durata del trattenimento nei CPR, ma ha anche aggiunto una nuova ipotesi di trattenimento negli *hotspot* dei richiedenti protezione internazionale, "per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni", finalizzata a verificarne l'identità o la cittadinanza, ma che può - quel che è peggio - proseguire presso i CPR e durare fino a 180 giorni. A differenza del passato quest'ultima possibilità non è legata ai soli casi di rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi, ma si applica anche «ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza», circostanza che può non dipendere dalla condotta dello straniero⁹⁶. Si è legittima così una carcerazione di fatto anticipata anche per i richiedenti asilo.

Alla luce delle segnalate carenze, cui si aggiungono i problemi di affollamento, cattiva organizzazione, alti costi di gestione, scarsità di igiene e sicurezza, ecc., la detenzione amministrativa si rivela in definitiva ancora più afflittiva delle già criticate sanzioni penali, con conseguenze ancora più lesive di diritti e libertà fondamentali, che dovrebbero invece essere garantiti ad ogni migrante, anche a prescindere dal diritto alla protezione internazionale⁹⁷. Perciò non può certo ritenersi rispettata la natura proporzionale e strettamente funzionale del trattenimento, così come invece voluto dalle norme europee e dagli obblighi internazionali⁹⁸.

Si è così attuata quella che è stata definita una "cimmigration", l'intreccio tra una logica criminalizzante ed efficientismo amministrativistico, che ha generato un insieme di norme di diversa natura, ma tutte espressione di un medesimo spirito repressivo e poliziesco. Il complesso delle norme penali e amministrative è orientato, almeno formalmente, all'espulsione indiscriminata dello straniero, ma produce di fatto una degenerazione del diritto dell'immigrazione in termini chiaramente illiberali.

In questo clima si è aggiunta l'aberrazione di una nuova strategia che per aggirare le difficoltà a valle di un'effettiva espulsione, è volta a realizzare operazione di "push back" già in alto mare⁹⁹ o di impedimento degli sbarchi¹⁰⁰. Tema complesso, che coinvolge, per un

⁹⁴ Si tratta dei c.d. "punti di crisi" in cui vengono trattenuti, anche per mesi, i migranti, sia economici sia in cerca di protezione internazionale, in attesa di procedere alla prima identificazione e registrazione. Sul punto, A. MANGIARACINA, *Hotspot e diritti: un binomio possibile?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2016.

⁹⁵ Si veda la sentenza della Corte EDU, 1° settembre 2015, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit.

⁹⁶ L'assenza di documenti potrebbe tra l'altro essere frutto di atti di discriminazione che la persona ha subito nel proprio paese di origine. Sul punto, M. DANIELE, *La detenzione come deterrente*, cit., p. 102 s.

⁹⁷ Su questa tendenza, S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra normative interne, prassi amministrative e giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, n. 2, p. 432 s.

⁹⁸ I rilievi critici sollevabili in merito ai CPR, peraltro, possono ripetersi spesso anche per gli altri sistemi di accoglienza di grandi dimensioni.

⁹⁹ Sui respingimenti collettivi di migranti, tra gli altri, S. MIRATE, *Gestione dei flussi migratori*, p. 433 ss.; C. MORSELLI, *Hic sunt leones: la Corte di Strasburgo traccia l'invalicabile linea di interdizione nella carta geografica dei respingimenti in alto mare*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 509 ss.;

¹⁰⁰ La Grande Camera ha già condannato l'Italia con la sent. sul caso *Hirsi Jamaa c. Italia*, del 23 febbraio 2012, in *Rivista aic.it*, con nota di S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra il diritto del mare e diritti fondamentali*, per

verso, il conflitto tra norme nazionali ed obblighi sovranazionali¹⁰¹ e, per altro verso, quello tra fattispecie incriminatrici e doveri costituzionali inderogabili di solidarietà e operatività delle cause di giustificazione¹⁰².

Di riflesso l'ultimo decreto sicurezza n. 186/2019 c.d. *bis* ha, tra le altre cose, ampliato i poteri ministeriali in tema di divieto dell'ingresso delle navi nel mare territoriale per i motivi di ordine e sicurezza pubblica e comunque in caso di violazione della legge¹⁰³, oltre ad introdurre multe per il comandante, l'armatore e il proprietario della nave "in caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane", che di fatto puniscono chi soccorre¹⁰⁴. Si è voluto dare così copertura normativa ad una politica di chiusura fino a quel momento attuata attraverso singole direttive ministeriali, che avevano riscontrato le critiche dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani¹⁰⁵, ma che, con tutta evidenza, non sarà sufficiente a superare le indicazioni provenienti dagli obblighi internazionali e dalla nostra Costituzione.

7. Quali rimedi per una corretta gestione "penale" dei flussi migratori?

Come osservato, gli interventi normativi che si sono susseguiti negli ultimi anni in materia di immigrazione illegale hanno finito per aumentare la platea degli irregolari, legati non solo ad una condizione di illegalità originaria (chi fa ingresso nel territorio nazionale

la violazione degli artt. 3 e 13 CEDU e dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU, a causa di un respingimento effettuato in acque internazionali da motovedette della Guardia di Finanza e della Guardia costiera italiana, verso la Libia di alcuni cittadini somali ed eritrei, avvenuto il 6.5.2009. In quell'occasione la Corte ha avuto modo di chiarire che è proibito eseguire estradizioni, espulsioni o altre misure di allontanamento quando vi sia il fondato motivo di ritenere che, giunti nel Paese di destinazione, lo straniero andrebbe incontro a rischio di torture o di trattamento inumano e degradante. Ma è illegale anche il rimpatrio nella terra di origine se anche lì vi sia il concreto rischio di essere sottoposto a tortura e maltrattamenti. Inoltre si è precisato che il divieto di espulsioni collettive è applicabile anche per gli allontanamenti in alto mare. Da allora, tuttavia, l'attività di respingimento in mare è aumentata. Sono note le condanne, tra le altre, nuovamente dell'Italia, ma insieme alla Grecia, nel caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, del 21 ottobre 2014, in www.echr.coe.int.

¹⁰¹ Cfr. la sentenza della Corte EDU sul caso *Hirsi Lamaa c. Italia*, cit.

¹⁰² S. ZIRULIA, *Caso Diciotti: il tribunale dei ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al senato la domanda di autorizzazione a procedere*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2019; F. CANCELLARO, *L'Italia è sotto osservazione dell'ONU con riferimento alla criminalizzazione del soccorso in mare, alla politica dei porti chiusi ed al decreto immigrazione e sicurezza*, *ivi*, 12 marzo 2019; F. PALAZZO, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito del c.d. "respingimenti in alto mare")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 458 ss.; F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: il caso della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, n. 2, p. 443 ss.; L. MASERA, *L'incriminazione di soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. Giust.*, 2018, p. 225 ss.; E. LA ROSA, *Soccorso in mare e criminalizzazione "diretta" e "indiretta" delle ONG*, in questa *Rivista*, *Gli speciali. Control and Management of migration flows in southern Europe - Comparative study of Spanish and Italian experience*, Supplemento al n. 4/2019.

¹⁰³ Il decreto conferisce al Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti e informato il Presidente del Consiglio il potere di emanare provvedimenti volti a vietare o limitare l'ingresso, il transito o la permanenza nelle acque territoriali di navi, ad eccezione di quelle militari o in servizio governativo non commerciale, in presenza alternativamente di motivi di ordine e sicurezza pubblica, o concretizzazione delle condizioni di cui all'art. 19, comma 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay.

¹⁰⁴ S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza –bis*, cit.

¹⁰⁵ Si veda la lettera dell'Alto Commissario delle Nazioni unite del 15 maggio 2019, che ne ha sottolineato l'incompatibilità con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni Unclos, Solas e Sar sul diritto internazionale del mare, oltre che col principio del *non-refoulement*.

senza documenti o con documenti falsi), ma comprendente anche i c.d. *overstayers*, coloro che entrano regolarmente e che, per motivi non sempre dipendenti dalla loro volontà, si vengono a trovare successivamente senza documenti, e per questo in una situazione di incertezza dalla quale è sempre più difficile uscire. L'aumento del numero degli irregolari è diventato paradossalmente uno dei fattori che complica l'esecuzione effettiva alle espulsioni, tanto se all'esito della procedura amministrativa, quanto se come sanzione sostitutiva nel processo penale, e ciò pure davanti ai casi di manifestata pericolosità del soggetto interessato.

Tra le misure da intraprendere, al fine di arginare simili problematiche, si dovrebbe pertanto avviare un processo di regolarizzazione, si da arginare, anziché ampliare, il numero degli "irregolari". Occorre per questo uniformare i presupposti per il soggiorno irregolare, eliminare i cavilli burocratici per il rinnovo dei titoli abilitativi, e attuare strumenti di regolarizzazione con procedimenti individuali e permanenti. Diventa poi improcrastinabile l'attuazione dello *ius soli* per la concessione della cittadinanza a chi nasca e cresca in Italia da genitori stranieri, che porrebbe fine ad una legislazione tra le più arretrate d'Europa, alla base della quale non può neppure richiamarsi il "totem sicurezza"¹⁰⁶.

Quanto all'aspetto più strettamente penalistico, per tutti i rilievi fin qui emersi è davvero inopportuno mantenere la repressione penale del reato di immigrazione clandestina. È vero che la previsione del reato di clandestinità è presente anche in altri ordinamenti¹⁰⁷, senonché ad aggravare la situazione italiana vale l'obbligatorietà dell'azione penale, che costringe i nostri giudici, a differenza di quelli di altri Paesi, ad interessarsi di tutte le denunce di reato di cui all'art. 10 *bis* TU. In secondo luogo nella legislazione italiana, per i motivi già esposti, la categoria degli irregolari è estremamente ampia. Il reato è quasi automatico e destinato a coinvolgere una platea troppo ampia ed eterogenea di soggetti, il che costituisce in sé la principale causa del mancato funzionamento del sistema.

Si è convinti per questo che sia necessario restituire alla sanzione penale i caratteri propri di residualità e di proporzionalità per garantire il primato della politica criminale sul diritto penale¹⁰⁸. Piuttosto che intervenire con la pena per tutti gli immigrati irregolari, le sanzioni penali andrebbero limitate alle condotte di sfruttamento della condizione di irregolarità degli stranieri, nonché alle situazioni in cui la mancata regolamentazione è attribuibile direttamente al migrante¹⁰⁹. Di riflesso dovrebbe porsi fine a quel processo di "amministrativizzazione" del diritto penale¹¹⁰ che impone la sanzione penale anche in relazione a fenomeni di dimensioni strutturali e globali, in cui l'apporto del singolo è destinato a sfumare. La possibilità di sanzionare "danni cumulativi", che esimono di valutare il fatto specifico, la lesività della singola condotta, in nome della incidenza globale di un

¹⁰⁶ Così L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 79. La proposta di riforma della legge sulla cittadinanza (d.d.l. S 2092), che prevedeva uno *ius soli* moderato, era stata approvata alla Camera il 13 ottobre 2015, ma si è arenata al Senato dove è venuto a mancare il numero legale a pochi giorni dallo scioglimento delle Camere. Sulla cittadinanza in un'ottica internazionalistica, per tutti, C. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze del diritto internazionale*, Torino, 2010.

¹⁰⁷ È così in 28 Stati dell'Unione europea. Sul punto, da ultimo, G.L. GATTA, *La criminalizzazione della "clandestinità"*, cit., p. 188 ss.

¹⁰⁸ Sull'esigenza del primato della politica criminale sul diritto penale, M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 75 ss.

¹⁰⁹ Si pensi, ad esempio, ai casi in cui la mancata identificazione è dovuta alla soppressione o alla distruzione dei documenti da parte dello stesso immigrato.

¹¹⁰ Per una valutazione critica del fenomeno J.M. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, p. 83 ss., che auspica l'introduzione di qualche forma di differenziazione qualitativa tra diritto penale e diritto amministrativo sanzionatorio.

certo tipo di comportamenti¹¹¹, dovrebbe, in definitiva, restare pertinenza dell'illecito amministrativo.

In quest'ottica è logico che la norma penale sull'ingresso e il soggiorno illegale andrebbe coraggiosamente superata, prendendo atto, una volta per tutte, della totale inefficacia del reato.

Il percorso fin qui tracciato non ha certo la pretesa di sciogliere tutti i nodi che la complessità delle politiche di immigrazione presenta. Per giunta i risultati degli interventi fin qui prospettati sono destinati ad essere visibili soltanto nel lungo periodo, ma in un approccio concreto al fenomeno non possono continuare ad essere trascurati. Peccato che il momento che stiamo vivendo renda la prospettiva indicata del tutto improbabile.

ABSTRACT: *The Crime of Illegal Immigration between (in)effectiveness and symbolism*

The crime of illegal immigration represents the most emblematic figure of an exclusively symbolic use of criminal law. With regard to the phenomenon of migration, the criminal law is in fact lacking in efficacy under both the repression and the general prevention profile. The possible application of the expulsion of the irregular foreigner in substitution of the monetary penalty, is also a photocopy measure of the expulsion already foreseen for the administrative offense, with a violation also of the principle of subsidiarity of the criminal law. The analysis aims to highlight the inconsistencies of discipline, wanted for obvious reasons of social reassurance and electoral support policies. The innovations introduced by the most recent legislative measures, concerning administrative detention, to be allocated to subjects awaiting expulsion, and the suppression of rescue at sea, also confirm a security logic, which, however, is destined, in the long run, to reveal itself completely inadequate to the expectations of the legislator, if not even criminogenic.

¹¹¹ Sul punto L. KHULEN, *Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dgmatik*, in *ZStW*, 1993, p. 697 ss.