

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2022

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

LE VITE DEI MIGRANTI E IL DIRITTO PUNITIVO

di Antonio Cavaliere

Premessa la necessità di un metodo interdisciplinare nello studio della vigente disciplina amministrativa e penale in materia di immigrazione, vengono analizzati, alla luce di dati empirici, gli effetti negativi di tale regolazione. In riferimento al ruolo del diritto penale, si analizzano gli effetti distorsivi dell'adozione, ad opera del legislatore, del "controllo dei flussi" quale artificiale oggetto della tutela. Viene infine sottoposto a critica il cd. trattenimento "amministrativo" dei migranti.

SOMMARIO: 1. Scienza penalistica, legislazione e fenomeno migratorio. – 1.1. Premessa metodologica. – 1.2. Alcuni dati generali intorno alle dimensioni del fenomeno migratorio. – 2. La disciplina amministrativa dell'immigrazione e qualche ulteriore, inquietante dato empirico. – 3. Il ruolo del diritto penale. – 3.1. La tutela dei diritti fondamentali dei migranti. – 3.2. Il diritto penale dell'immigrazione e il feticcio del "controllo dei flussi migratori". Profili di illegittimità costituzionale dell'art. 10-bis TUI. – 3.2.1. L'illegittimità degli ulteriori reati di mera inosservanza previsti nel TUI. – 3.2.2. Gli effetti distorsivi della *ratio* del "controllo dei flussi" sulle norme in tema di favoreggiamento e di impiego di migranti irregolari. – 3.3. L'*horror libertatis* nei confronti del migrante e il "trattenimento amministrativo": l'eterno ritorno delle frodi delle etichette e il recente dibattito sulla 'materia penale'.

«Ma questi è un misero naufrago, che c'è capitato,
e dobbiamo curarcene: vengon tutti da Zeus
gli ospiti e i poveri [...]»¹

1. Scienza penalistica, legislazione e fenomeno migratorio

1.1. Premessa metodologica

La disciplina amministrativa e penale dell'immigrazione costituisce un *corpus* normativo ampio e molto intricato², di importanza fondamentale in considerazione delle implicazioni della materia, che coinvolge le vite, le libertà, la dignità umana di molte migliaia di persone. La materia può e deve essere studiata dal punto di vista

¹ OMERO, *Odissea*, Lib. VI, 206; v. pure Lib. XIV, 57: «Tutti da parte di Zeus vengono gli ospiti e i poveri».

² Su tale fenomeno, cfr. per tutti G.L. GATTA, *La pena nell'era della 'cimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, II, Milano 2018, p. 987 ss.

dell'interpretazione della legislazione vigente, nonché dell'analisi della prassi giurisprudenziale; ma una tale impostazione, che pure ha dato e dà luogo a risultati senz'altro significativi, è almeno in parte inadeguata, perché monca. Infatti, fin dal manifesto di una scienza penale costituzionalmente orientata, è stata limpidamente illustrata la necessità del superamento del tecnicismo giuridico, in particolare nel senso di indicare quale compito fondamentale della scienza penalistica la critica del diritto vigente, anche e soprattutto in prospettiva di riforma legislativa³.

L'esigenza di una riforma della legislazione in tema di immigrazione si impone, come cercherò di argomentare, per la sua conclamata inefficacia nel regolare il fenomeno migratorio e, allo stesso tempo, per le gravissime violazioni di diritti umani alle quali dà luogo.

Sul piano del metodo, il giurista e lo stesso legislatore che intendano occuparsi della materia devono partire da un dato che va ben al di là del tema dell'immigrazione, assumendo una valenza generale: nessun ambito della vita sociale può essere adeguatamente regolato dal diritto se ne vengono ignorate le dimensioni empiriche e se non ci si avvale delle conoscenze delle diverse discipline che studiano, da punti di vista diversi, il fenomeno da regolare⁴. Un giurista ed un legislatore chiusi in un 'circolo normativistico', che si rifiutino di apprendere le acquisizioni delle diverse scienze – in particolare sociali – che si occupano di una materia, rischiano di produrre normative inadeguate alla realtà⁵. Accanto ad un *Systemdenken*, ad un pensiero sistematico, è indispensabile un *Problemdenken*⁶, qui inteso come un pensare per problemi, che superi gli steccati scientifico-disciplinari.

Ciò non implica una sorta di ibridismo metodologico, con la rinuncia al punto di vista deontico proprio del diritto e, in particolare, di una dottrina, amministrativistica e penalistica, orientata ai principi sanciti dalle Costituzioni e dalle Carte internazionali dei diritti. In effetti, sia una scienza penalistica autoritaria – che, ad esempio, si orienti ad una discriminazione tra persone e "non-persone", accordando ai soli cittadini i diritti umani⁷ –, sia una che, all'opposto, sia volta ad affermare il primato dei diritti umani a

³ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, XIX, Torino 1973, p. 12.

⁴ Sulla necessità, per le scienze penalistiche, di adottare il metodo dell'interdisciplinarietà cosiddetta esterna, cfr. spec. A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *AA.VV., Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. CANESTRARI, Torino 1998, p. 24 ss.; v. pure le considerazioni parzialmente convergenti di M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano 2011, p. 148 ss., 180 ss. e *passim*.

⁵ In ciò risiede un elemento di corretta indicazione metodologica del cd. ontologismo welzeliano, così come reinterpretato da E.R. ZAFFARONI, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007, p. 273 ss.

⁶ Con riferimento alla scienza penalistica, cfr. sul tema C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., München 2006, p. 219.

⁷ Si pensi alla nota concezione di G. JAKOBS, elaborata in *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS* 2004, Heft 3, 88 ss. ed in ulteriori scritti; in proposito, sia consentito rinviare, nell'ambito di una vasta bibliografia, alle considerazioni critiche svolte in A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007, p. 265 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

prescindere dalla cittadinanza, possono conoscere o ignorare il fenomeno migratorio. Una scienza e una legislazione amministrativa e penale autoritarie appronteranno in ogni caso soluzioni normative contrarie ai diritti umani; ma solo la conoscenza del fenomeno migratorio potrà consentire di opporre a tali soluzioni, oltre al contrasto con i principi costituzionali ed internazionali, pure l'inadeguatezza alla realtà e, dunque, l'inefficacia della risposta al fenomeno migratorio. Per altro verso, pure una scienza ed una legislazione conformi ai principi costituzionali ed internazionali dovranno tenere nel debito conto le dimensioni di tale fenomeno, se intendono approntare soluzioni normative non solo legittime, ma efficaci, in quanto adeguate alla sua complessità. Si tratta di acquisizioni che vanno ormai diffondendosi in tema di immigrazione, ove esistono numerosi studi interdisciplinari⁸.

La consapevolezza delle molteplici dimensioni del fenomeno migratorio s'impone quale necessaria, in particolare, al giuspenalista, in una prospettiva orientata al principio di *extrema ratio*. Solo qualora si colgano la complessità del fenomeno, il suo carattere globale e (non emergenziale ma) strutturale, la natura e la pluralità delle sue cause, nonché le sue caratteristiche quantitative e qualitative, ci si può rendere adeguatamente conto dell'impossibilità di regolare quel fenomeno in termini fondamentalmente punitivi, in un'accezione non solo strettamente penalistica, ma estesa all'illecito ed alla sanzione amministrativa.

1.2. Alcuni dati generali intorno alle dimensioni del fenomeno migratorio.

Esistono molti dati circa il fenomeno migratorio, raccolti da istituzioni internazionali e nazionali, governative e non. Una recente e cospicua raccolta di tali dati è contenuta nel Dossier statistico immigrazione 2020 dell'IDOS⁹, che si avvale del contributo di numerose organizzazioni che si occupano della materia e recepisce informazioni provenienti da fonti autorevoli.

Secondo dati di fonte ONU¹⁰, il fenomeno migratorio mondiale, di carattere strutturale e non contingente, coinvolge attualmente ben un miliardo di persone, tra migranti interni ed internazionali. Nel 2019 si stima, in particolare, una popolazione migrante internazionale complessiva di circa 272 milioni di persone, alle quali vanno aggiunti intorno ai 79 milioni di migranti 'forzati' (tra interni ed internazionali), intesi come coloro che fuggono da conflitti armati, persecuzioni ed emergenze umanitarie: ma, naturalmente, lo stesso confine tra migranti 'forzati' e migranti cosiddetti 'volontari', in specie tra migranti da conflitti armati e migranti 'economici' in cerca di lavoro, è labile e

⁸ Si vedano in particolare i seguenti Volumi collettanei: M. LIVI BACCI (a cura di), *L'incidenza economica dell'immigrazione*, Torino 2005; E. ROSI-F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013. Cfr. inoltre V. MAISTO, *Il diritto penale dell'immigrazione. Profili socio-criminologici, esegetici, dommatici e di politica criminale*, Saarbrücken 2013, *passim*, spec. p. 319 ss.

⁹ IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, acquistabile all'interno del sito www.dossierimmigrazione.it.

¹⁰ UN-DESA, *International Migrant Stock 2019*, New York 2019; cfr. in proposito A. RICCI, *Demografia, sviluppo e migrazioni internazionali nel 2019*, in *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 25.

problematico sotto diversi punti di vista¹¹, contrariamente a quanto costituisce ormai la fuorviante *vulgata* in materia. Ad esempio, ci si può chiedere se i migranti che fuggono da un conflitto armato sorto per il controllo dell'acqua o del cibo in una situazione di diffusa indigenza e/o di carestia siano rifugiati o migranti economici. Ma soprattutto, coloro che in una tale situazione fuggono dalla fame e dalla sete, in assenza di un conflitto armato, non sono certo meno meritevoli di protezione internazionale.

Proseguiamo con i dati. Il primo continente di destinazione delle migrazioni risulta essere l'Europa, ove sono presenti 89 milioni di migranti internazionali, vale a dire poco più del 10% della popolazione europea, che ammonta a circa 800 milioni di persone. In Italia sono stati censiti nel 2019 circa 5,3 milioni di immigrati regolari, di cui circa 2,6 milioni europei e 2,7 milioni extracomunitari¹². Questi migranti regolari lavorano prevalentemente nei settori del lavoro domestico e di cura alla persona, dell'agricoltura, dell'edilizia, nonché nei settori alberghiero e della ristorazione e in altre attività di industria e servizi; generalmente si tratta di cosiddetti *working poors*, lavoratori poveri, come è attestato dal loro livello di retribuzione; essi svolgono prevalentemente lavori scarsamente qualificati¹³. Economisti, statistici e demografi concordano nel rilevare alcuni significativi aspetti socioeconomici positivi del fenomeno: i migranti regolari rispondono ad una domanda di lavoro altrimenti insoddisfatta, relativa a settori poco qualificati, e sopperiscono al calo demografico della popolazione europea ed in particolare italiana, fornendo, segnatamente, un apporto rilevante alla popolazione in età lavorativa ed alla sostenibilità del sistema previdenziale¹⁴.

Accanto a ciò, in Italia è stata stimata nel 2020 una popolazione di oltre mezzo milione di migranti irregolari¹⁵. Si ritiene che un ulteriore aumento di tale popolazione irregolare sia derivato in tempi recenti dal cd. primo decreto sicurezza Salvini – d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con modif. dalla l. 1.12.2018, n. 132 –, a causa della riduzione del novero degli aventi diritto alla protezione umanitaria, sostituita da un elenco tassativo di “casi speciali”. Si è condivisibilmente parlato, in proposito, di “decreto insicurezza”, perché ne è derivata l'uscita di un considerevole numero di migranti dai circuiti e percorsi normativi di integrazione sociale¹⁶.

¹¹ Cfr. ad es. F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino 2020, p. 51-52.

¹² Dati ISTAT riportati da M. ALBANI, *La popolazione straniera residente alla fine del 2019: le principali nazionalità e la distribuzione sul territorio*, in IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 108; analoga l'elaborazione ISMU dei dati ISTAT, cfr. G.C. BLANGIARDO – L.E. ORTENSÌ, *Gli aspetti statistici*, in FONDAZIONE ISMU (INIZIATIVE E STUDI SULLA MULTIETNICITÀ), *Ventiseiesimo rapporto sulle migrazioni 2020*, Milano 2021, p. 75-76.

¹³ IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 16.

¹⁴ Su tali effetti positivi del fenomeno migratorio cfr. ad es. N.C. CHIURI – N. CONIGLIO – G. FERRI, *L'esercito degli invisibili. Aspetti economici dell'immigrazione clandestina*, Bologna 2007, p. 98 ss.; M. LIVI BACCI, *Introduzione*, in M. LIVI BACCI (a cura di), *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 2 ss.; N. SARTOR, *Immigrazione e finanza pubblica*, *ivi*, p. 186.

¹⁵ Cfr. il sito della FONDAZIONE ISMU. INIZIATIVE E STUDI SULLA MULTIETNICITÀ, www.ismu.org, sezione dati; v. pure IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 15.

¹⁶ Si vedano in proposito le considerazioni critiche contenute nella [Relazione al Parlamento 2019](#) del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, p. 40; cfr. inoltre fra gli altri spec. L.

Che cosa facciano – nella stragrande maggioranza – quei migranti irregolari in Italia, è presto detto: lavorano in nero, senza alcuna tutela, specialmente nei settori del lavoro domestico e della cura alla persona, come è attestato dalle circa 175.000 domande di regolarizzazione ai sensi dell’art. 103 d.l. n. 34/2020, conv. con modif. in l. n. 77/2020, presentate in riferimento a tale settore nel 2020 su un totale di oltre 200.000 domande¹⁷. Ma lavorano anche in tanti altri settori: agricoltura, edilizia, tessile, alberghiero e ristorazione. Com’è noto, la regolarizzazione appena menzionata – oggetto di diffuse critiche per aver ingiustificatamente escluso alcuni settori lavorativi – era stata pensata soprattutto in relazione ai migranti irregolari di cui vi è strutturalmente necessità nel lavoro stagionale in agricoltura, stimati anch’essi in circa 200.000. Tra le diverse ragioni del sostanziale fallimento del provvedimento in relazione a tale categoria di lavoratori, da alcuni osservatori viene indicato il dato per cui l’istanza era affidata al datore di lavoro, in un settore in cui imperversa lo sfruttamento lavorativo punibile ai sensi dell’art. 603-bis c.p., se non addirittura dell’art. 600 c.p., in tema di riduzione o mantenimento in servitù o in schiavitù; norme penali la cui effettività è tuttora piuttosto scarsa¹⁸.

Appare evidente come già i soli dati quantitativi fin qui riportati indichino l’assurdità della disciplina penalistica dell’immigrazione irregolare: non è seriamente pensabile che l’amministrazione della giustizia penale possa sostenere il peso, non dico di cinquecentomila procedimenti penali per violazione dell’art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998 – Testo unico in materia di immigrazione (d’ora in poi, TUI) –, ma neppure del 10% dei reati commessi, ossia di cinquantamila procedimenti penali. Ma sarebbe sufficiente ancor meno, e cioè soffermarsi un attimo a pensare che ogni volta che su un barcone arrivano, ad esempio, a Lampedusa cento migranti bisognerebbe, in teoria, avviare cento procedimenti penali.

Va preso inoltre atto della constatazione pressoché unanime tra coloro che si occupano del fenomeno migratorio, secondo cui esso è destinato strutturalmente a crescere, su scala mondiale, principalmente per ragioni demografiche – si pensi, ad esempio, alla crescita esponenziale stimata nei prossimi trent’anni della popolazione africana, che attualmente supera il milione, ed al calo demografico europeo, che si teme non venga compensato neppure dall’immigrazione – nonché legate agli arcinoti mutamenti climatici.

Tutto ciò conferma che il fenomeno migratorio dev’essere governato, ma che ciò richiede uno sforzo di proporzioni ben diverse dalle attuali; e soprattutto, che è assolutamente illusorio – oltre ad essere inaccettabile sul piano fondamentale dei diritti umani – pensare di potersi limitare a reprimerlo mediante strumenti penali o ‘parapenali’.

FERRAJOLI, [Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani](#), in *Questione giustizia*, 22 marzo 2019, par. 1.1.

¹⁷ Cfr. V. CESAREO, *Migrazioni, Europa e globalizzazione in tempi di pandemia*, in FONDAZIONE ISMU, *Ventiseiesimo rapporto sulle migrazioni 2020*, cit., p. 21; IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 14.

¹⁸ G. SCHIAVONE, *La regolarizzazione nell’anno della pandemia: prime riflessioni*, in IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 134.

2. La disciplina amministrativa dell'immigrazione e qualche ulteriore, inquietante dato empirico.

La vigente disciplina italiana dell'immigrazione si caratterizza per l'impianto fortemente restrittivo, di tipo securitario, avvicinando il migrante in una sorta di reticolo disciplinare di polizia, amministrativo e penale¹⁹. D'altro canto, proprio tale impianto risulta in modo evidente strutturalmente inidoneo a regolare il fenomeno: esso produce sistematicamente un'irregolarità alla quale non si è in grado di porre altro rimedio se non il periodico ricorso alle sanatorie. In circa quarant'anni se ne contano dieci: a parte quelle disposte nel 1977 e nel 1982, vanno ricordati la l. n. 943/1986; la l. n. 39/1990, c.d. legge Martelli; il d.l. n. 489/1995, decaduto, ma i cui effetti furono fatti salvi dalla l. n. 617/1996; la l. n. 40/1998, c.d. Turco-Napolitano; la l. n. 189/2002, c.d. Bossi-Fini, particolarmente restrittiva ma accompagnata dalla regolarizzazione di ben 650.000 immigrati; la l. n. 102/2009; il d. lgs. n. 109/2012; da ultimo, la regolarizzazione di cui al citato art. 103 d.l. n. 34/2020²⁰.

La normativa contenuta nel TUI si basa notoriamente sul cosiddetto sistema dei flussi di ingresso e delle quote, ovvero sulla periodica programmazione governativa degli ingressi consentiti, art. 3 TUI. Con particolare riguardo all'immigrazione per ragioni lavorative, essa si fonda sul presupposto, assolutamente irrealistico ed ipocrita, di un incontro planetario tra domanda ed offerta: «indefettibile presupposto per la regolarità della procedura di assunzione è che lo straniero aspirante lavoratore non sia in territorio italiano al momento di avvio della medesima»²¹, v. art. 22 co. 2 TUI, e, quindi, che il datore di lavoro non abbia avuto la possibilità di conoscerlo di persona, salvo che si sia recato lui stesso all'estero in cerca di lavoratori stranieri... Ulteriori condizioni e procedure rendono ardua un'assunzione regolare del lavoratore straniero ed anche un suo ingresso quale lavoratore autonomo²². Inoltre, la disciplina della durata dei permessi di lavoro, dei relativi termini e condizioni, dà luogo, per la sua rigidità e severità, ad un elevato tasso di precarietà²³, che genera il concreto e ricorrente rischio, per il migrante lavorativo, di cadere da un momento all'altro in una condizione di irregolarità; e non sono previsti meccanismi strutturali per sanare tali irregolarità, il cui esito normativo è

¹⁹ Cfr. in tal senso già MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria. Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione*, in *Foro it.* 2006, V, 291, 296.

²⁰ M.P. NANNI, *L'Italia e le regolarizzazioni della presenza straniera: l'uso normale di uno strumento eccezionale*, in *IDOS, Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 127 ss.

²¹ F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, cit., p. 65.

²² F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, cit., p. 65 ss.; sul punto cfr. già MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., 292.

²³ MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., 291-292.

costituito, almeno in astratto – perché strutturalmente destinato all’ineffettività –, dall’espulsione dal territorio dello Stato²⁴.

Tale normativa, come è stato da tempo segnalato, andrebbe urgentemente riformata: in particolare, si è proposto di prevedere permessi di soggiorno per ricerca di lavoro, di reintrodurre l’istituto dello *sponsor*, di istituzionalizzare meccanismi di regolarizzazione sul territorio²⁵, di assicurare maggior stabilità ai permessi ottenuti e di prevedere meccanismi più agevoli per il rinnovo dei permessi, anche superando mere irregolarità formali²⁶.

L’attuale disciplina, eccessivamente restrittiva, pone una soglia troppo alta all’immigrazione regolare. In tal modo, essa finisce per sospingere verso l’irregolarità una massa enorme di migranti – come abbiamo visto, attualmente stimata in oltre mezzo milione di persone –, abbandonandola in una sorta di ‘limbo’ diffuso nel nostro territorio, in condizioni di insicurezza e di pericolo per vita, salute, libertà personale ed altri beni di rilevanza costituzionale; e consegnandola allo sfruttamento nell’economia sommersa, se non addirittura in quella criminale. In tal senso, la vigente regolazione amministrativa dell’immigrazione è foriera di illegalità e addirittura criminogena e, dunque, risulta disfunzionale sia nella prospettiva di un utile contributo dell’immigrazione al tessuto socioeconomico del Paese, sia sul piano della tutela dei diritti delle persone migranti, sia, ancora, sotto il profilo della protezione della collettività da condotte criminali.

Occorre, infatti, tener conto del complesso tema del rapporto tra immigrazione irregolare e criminalità, da tempo oggetto di una cospicua mole di studi. Da tali apporti, e segnatamente da quelli criminologici, emergono, al di là di aspetti controversi, alcuni elementi sui quali si riscontra un ampio consenso.

In primo luogo, le statistiche criminali non danno indicazioni attendibili sull’effettiva criminalità degli immigrati, così come, in generale, non costituiscono, di per sé sole, strumenti affidabili di rilevazione della criminalità: esse, infatti, forniscono dati sulla criminalità registrata, lasciando fuori una cifra oscura variabile a seconda dei reati e, quindi, non tale da consentire di assumere scarti percentuali univoci e generali tra criminalità reale e rilevata²⁷. Raccogliere dati relativi alla criminalità registrata significa, in ultima analisi, documentare non la criminalità, ma l’attività di selezione

²⁴ MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL’IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., p. 292.

²⁵ Secondo l’esperienza dei “meccanismi di regolarizzazione permanenti” previsti in Francia, Portogallo, Regno Unito e Spagna, cfr. V. CESAREO, *Migrazioni, Europa e globalizzazione in tempi di pandemia*, cit., p. 22-23.

²⁶ MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL’IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., 292.

²⁷ Si tratta di acquisizioni internazionali consolidate; cfr. per tutti T. BANDINI – U. GATTI – B. GUALCO – D. MALFATTI – M.I. MARUGO – A. VERDE, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, 2^a ed., I, Milano 2003, p. 44-45, e con specifico riguardo al nesso tra immigrazione e criminalità, p. 269-270, 277-278, con ult. rif. bibl.; in rapporto alla materia dell’immigrazione, cfr. recentemente pure A. SBRACCIA, *Pericolosi e funzionali, gli stranieri nel pensiero socio-criminologico*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 5, 21 ss., 31 ss.

della criminalità svolta dalle cosiddette agenzie del sistema penale²⁸, ossia, in particolare, dalle forze dell'ordine e dall'apparato dell'amministrazione della giustizia. Quei dati documentano, in altri termini, soltanto il processo selettivo della giustizia penale, dalle denunce ai processi – che, in materia di immigrazione, non insovente sono celebrati in condizioni di ineffettività del diritto di difesa²⁹ – e fino alle carceri; nelle quali, notoriamente, la presenza di detenuti stranieri è ampiamente in eccesso, in termini percentuali, rispetto alla popolazione straniera in libertà³⁰.

In secondo luogo, nonostante la nota selettività e la limitata attendibilità delle statistiche criminali, da esse risulta che, a parità di fasce d'età considerate, non vi è una maggior frequenza di condotte criminali degli immigrati rispetto a quelle degli italiani³¹.

Per altro verso, non vi è dubbio che la condizione di irregolarità, con la correlativa marginalità sociale e vulnerabilità, pone il migrante nella condizione di dover sopravvivere o di elemosina – dormendo sotto i ponti o in altre miserevoli condizioni –, oppure di lavoro nero, o, ancora, di opportunità di manovalanza criminale, oltretutto in contesti di elevato pericolo di arresto e criminalizzazione, ad esempio nel piccolo spaccio di stupefacenti per strada³². Così, la fuorviante e xenofoba rappresentazione e 'definizione' del migrante irregolare come potenziale criminale rischia di diventare una sorta di «profezia che si autoadempie»³³: più si restringe la possibilità di

²⁸ Terminologia tratta da E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, Napoli 1994, p. 34-35 e *passim*.

²⁹ Cfr. T. BANDINI et ALII, *Criminologia*, cit., p. 267.

³⁰ Sulla selettività del sistema penale, cfr. per tutti spec. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, p. 99 ss., 159 ss.; C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Iperprografia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, p. 231 ss.; M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, p. 12-124; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1990, p. 7 ss.

³¹ Cfr. ancora, sulla base di una cospicua mole di studi internazionali, T. BANDINI et ALII, *Criminologia*, cit., p. 244 ss., che concludono così: «I dati statistici non permettono di confermare l'ipotesi che gli stranieri commettano più reati degli autoctoni, mentre alcune ricerche di tipo qualitativo consentono di affermare che sono presenti nel nostro Paese, in una certa misura, processi di discriminazione sociale e giudiziaria nei confronti degli immigrati» (*ivi*, p. 278).

³² Cfr. l'acuta analisi di V. RUGGIERO, *Economie sporche. L'impresa criminale in Europa*, Torino 1996, p. 170, sulla struttura delle organizzazioni criminali, che in rapporto ai migranti comporta quanto segue: «In Paesi che ospitano comunità di minoranze etniche, gli svantaggi derivanti dalla razza di appartenenza, che comunemente sono visibili nel mercato del lavoro ufficiale, vengono riprodotti nel mercato del lavoro criminale. Di frequente, le posizioni più remunerative vengono occupate da criminali indigeni, mentre quelle che implicano maggior rischio e minore remunerazione vengono affidate alle minoranze immigrate. Ad esempio, il numero di magrebini, caraibici e albanesi, in carcere rispettivamente in Italia e Francia, Regno unito e Svizzera per reati connessi alla distribuzione di droghe, non sta a indicare il loro più intenso coinvolgimento in questo tipo di attività. Piuttosto, rivela come queste minoranze occupino le posizioni più rischiose nell'economia delle droghe»; v. pure A. SBRACCIA, *op. cit.*, p. 12 ss., che fa condivisibilmente riferimento a «*strutture di opportunità*, da intendersi come orizzonti di possibilità praticabili per i soggetti coinvolti» (p. 13).

³³ R.K. MERTON, *Teoria e struttura sociale. II. Studi sulla struttura sociale e culturale* (3^a ed., 1968), Bologna 2000, p. 765 ss., che cita il «teorema di Thomas»: «Se gli uomini *definiscono* certe situazioni come reali, esse *sono* reali nelle loro conseguenze» (p. 765); «la profezia che si autoadempie è, all'inizio, una definizione *falsa* della situazione che determina un nuovo comportamento che rende *vera* quella che originariamente era una concezione *falsa*», *ivi*, p. 768. Si tratta di «una parabola sociologica che può aiutarci a capire non solo quel

un'immigrazione regolare a causa di quella rappresentazione xenofoba, più si sospingono i migranti esclusi dalla regolarità verso una condizione di marginalità e vulnerabilità, che rischia di comportarne l'ingresso e lo sfruttamento lavorativo nell'economia illegale o addirittura criminale. Si avvia così il migrante verso una carriera criminale, magari passando dal grado di 'caporale'.

Ma quanto finora rilevato non contiene ancora le risultanze empiriche più drammatiche, che costituiscono l'esito – non soltanto, ma sicuramente anche – di una disciplina eccessivamente restrittiva in materia di immigrazione. La chiusura dell'Italia e dell'intera "fortezza Europa" nei confronti dei migranti economici si concretizza in muri e fili spinati, in respingimenti e cosiddette 'riammissioni' a catena – laddove l'espressione "riammissione" è quanto di più ipocrita si possa escogitare per descrivere un essere respinti a ritroso: si pensi ad alcune recenti, disumane vicende relative alle cosiddette rotte balcaniche³⁴ –, e dà luogo ad una gestione dell'immigrazione abbandonata nelle mani di organizzazioni criminali, con il corollario della drammatica esposizione a continui pericoli delle vite dei migranti durante il viaggio. Il Mediterraneo, soprattutto dopo la fine della missione italiana *Mare nostrum* – una decisione che si può ben definire letale –, è ormai un enorme cimitero di migranti annegati: secondo i dati dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) delle Nazioni unite, le morti ufficiali – solo quelle ufficiali! – di migranti ammontano, limitandoci agli ultimi cinque anni, a 3.139 nel 2017, 2.337 nel 2018, 1.885 nel 2019, 1.448 nel 2020, 2.048 nel 2021³⁵.

Le morti ufficiali apparivano, fino al 2021, in diminuzione dopo il picco di 5.136 morti raggiunto nel 2016. Secondo alcuni osservatori, ciò è dipeso principalmente da due fattori: da un lato, la riduzione delle operazioni europee di ricerca e soccorso e delle

che avvenne a centinaia di banche negli anni Trenta, ma anche quel che avviene nei rapporti fra negri e bianchi, fra protestanti, cattolici ed ebrei in questi tempi»; «per il fatto di non capire il funzionamento della profezia che si autoadempie, molti americani di buona volontà sono portati (qualche volta con riluttanza) a conservare pregiudizi etnici e razziali», p. 768-769. L'Autore fa l'esempio – *ivi*, p. 769-771 – dei cittadini bianchi che negli USA sostenevano una politica di esclusione dai sindacati dei lavoratori neri, perché disposti, per il più basso tenore di vita, ad accettare salari bassi; perciò essi sarebbero stati traditori della classe lavoratrice, "crumiri"; ma quei bianchi, definendo così la situazione, «hanno in realtà creato i "fatti"», perché, escludendoli dal sindacato, «rendono difficile, se non impossibile, a molti negri, di evitare il ruolo di crumiri. Disoccupati dopo la prima guerra mondiale ed esclusi dai sindacati, migliaia di negri non poterono opporsi a quei datori di lavoro che, danneggiati dagli scioperi, offrivano loro un qualunque posto [...]». «Che i negri fossero crumiri a causa della loro esclusione dai sindacati (e da moltissime occupazioni) piuttosto che esclusi perché crumiri, può essere provato [...]». In generale, «l'applicazione del teorema di Thomas suggerisce inoltre come si possa spezzare il cerchio tragico e vizioso della profezia che si autoadempie. La definizione iniziale della situazione che ha messo in moto il circolo deve essere abbandonata; solo quando la supposizione iniziale è messa in dubbio ed è introdotta una nuova definizione della situazione, il corso successivo degli eventi smentisce quella supposizione; solo in questo caso l'opinione non produce la realtà». Secondo R.K. MERTON, *ivi*, p. 771-772, 786 ss., la "nuova definizione" della situazione, che spezza il cerchio della profezia che si autoadempie, consiste non semplicemente in "campagne educative" o mutamenti dell'etica dominante, ma in interventi legislativi orientati all'inclusione sociale, preparati da quei cambiamenti culturali.

³⁴ Cfr. ad es. W. BONAPACE – M. PERINO, *La "nuova rotta balcanica" tra diritti violati e ambiguità degli interventi umanitari*, in IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 61-62.

³⁵ <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

possibilità legali di intervento delle organizzazioni non governative avrebbe aumentato le morti invisibili di migranti ‘non rilevati’; dall’altro, e in misura sicuramente notevole, gli accordi tra Unione europea e Turchia – Paese in cui si trovano attualmente circa 3,5 milioni di migranti, specialmente siriani³⁶ – e quelli tra Italia e Libia, siglati con il noto *Memorandum of Understanding* del 2017 – accordo rinnovato nel 2020 – avrebbero ridotto le partenze in mare³⁷. La ‘nuova frontiera’ del governo europeo ed italiano dell’immigrazione è costituita, dunque, dall’esternalizzazione delle frontiere stesse, o meglio dei campi di detenzione, legali ed illegali, e dei respingimenti³⁸. In rapporto alla Libia, com’è stato denunciato da numerose organizzazioni internazionali e come emerge pure dai pochi processi in corso in Italia al riguardo³⁹, quei luoghi sono teatro di morti e torture; ma molti altri migranti ricacciati in Libia dalla Guardia costiera di quel Paese spariscono proprio nel nulla. La nuova frontiera del controllo dell’immigrazione irregolare in Italia sembra realizzare, dunque, un concorso in crimini contro l’umanità.

Peraltro, recentemente è stata proposta un’ulteriore forma di ‘esternalizzazione’ dei campi di detenzione: cioè l’impiego di grandi navi quali *hotspot*, quali CPR galleggianti, a bordo dei quali ‘trattenere’ – per usare il solito eufemismo impiegato per la detenzione amministrativa – magari per mesi i migranti naufraghi soccorsi. Si tende a precisare che ciò debba avvenire in condizioni dignitose – la cui realizzabilità appare quantomeno ardua –; purché quei migranti non sbarchino.

Sicuramente, a questo punto si obietterà che in qualche modo si deve pur fronteggiare, nell’immediato, il notevole flusso verso l’Europa di persone che fuggono da devastanti conflitti armati o da situazioni di estrema povertà. Ma rispondere, almeno in parte, ad una tale obiezione è più agevole di quanto si pensi. Infatti, entrambi i *push factors* – per usare un’espressione in voga⁴⁰ –, ovvero i fattori che spingono i migranti ad abbandonare le loro case o le relative rovine bombardate, vale a dire 1) conflitti armati e 2) miseria, non sono opera di un fato avverso al quale sia impossibile sottrarsi. Al contrario, entrambi i fattori potrebbero e dovrebbero essere efficacemente contrastati, ed è in tale direzione che andrebbero concentrati gli sforzi dei Paesi europei e di altri Stati ricchi e potenti. Tuttavia, non pare che, nonostante i ricorrenti proclami, vi sia la reale volontà di farlo.

³⁶ V. CESAREO, *Movimenti migratori, tensioni sociali e questione africana*, in FONDAZIONE ISMU, *Ventiseiesimo rapporto sulle migrazioni 2020*, cit., p. 27; A. RICCI, *I migranti forzati nel mondo e in Europa nel 2019*, in IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 45.

³⁷ V. CESAREO, *Movimenti migratori, tensioni sociali e questione africana*, cit., p. 28-29.

³⁸ Criticamente in proposito ad es. F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 109-110.

³⁹ Cfr. in particolare G. DINISI, [Il caso Matammud. Un modello terrifico di gestione dei centri d’accoglienza profughi in Libia](#), in *Questione giustizia*, 25.9.2018, in riferimento alla sent. Corte d’Assise di Milano, 10 ottobre – 1 dicembre 2017; G. MENTASTI, [Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura \(art. 613-bis c.p.\)](#), *Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, in questa *Rivista*, 2 ottobre 2020, in rapporto alla sent. G.i.p. Messina 28 maggio 2020.

⁴⁰ In rapporto ai cosiddetti modelli *push & pull*, cfr. in prospettiva critica D. MASSEY, *La ricerca sulle migrazioni nel XXI secolo*, in A. COLOMBO – G. SCIORTINO (a cura di), *Stranieri in Italia. Assimilati ed esclusi*, Bologna 2002, p. 25 ss.

Infatti, quanto ai conflitti armati, cominciando da quelli in Siria o in Iraq – Paesi da cui provengono milioni di sfollati –, sussistono note ed inequivocabili responsabilità, commissive e/o omissive, anche di Stati sedicenti ‘civili e democratici’, compresi quelli europei. Considerando, poi, specificamente i numerosi conflitti armati africani, non va trascurato un dato piuttosto noto, relativo a quali siano i principali Paesi che esportano legalmente armi nel mondo, in particolare in Africa o verso Paesi impegnati nel sostenere militarmente conflitti armati in Africa: ad esempio Turchia, Egitto ed Arabia Saudita. Secondo i dati recentemente pubblicati dallo *Stockholm International Peace Research Institute* (SIPRI) relativi al quinquennio 2016-2020⁴¹, parzialmente divulgati in Italia⁴², «emerge una lista di 65 Paesi grandi esportatori di armi, con i primi 5 posti della classifica occupati da Stati Uniti, Russia, Francia, Germania e Cina. I 5 *big* da soli assorbono il 76% di tutte le esportazioni di armi. La Francia è quella che ha registrato il maggior incremento (+44%) nel quinquennio preso in considerazione, seguita dalla Germania (+21%) e dagli Stati Uniti (+15%)». L’Italia si trova al decimo posto, e «i Paesi a cui esportiamo di più sono Turchia (18%), Egitto (17%) e Pakistan (7,2%). Tre Paesi con una situazione interna di tensione (o di vero conflitto) e dove i principali diritti umani spesso non sono tutelati. Tutte condizioni che avrebbero dovuto impedire alle nostre aziende belliche, in base alla legge 185 del 1990, di vendere sistemi d’arma a quelle nazioni». Ancora, «Arabia Saudita, India ed Egitto sono i maggiori importatori, con l’Egitto che ha registrato un balzo dell’*import* di armi del 136% rispetto al quinquennio precedente». Per quanto concerne in particolare l’Africa, «Algeria e Marocco, prese insieme, hanno rappresentato il 70% delle importazioni totali africane di armi», tenendo conto che il SIPRI considera l’Egitto nella diversa sezione “Medio oriente”; «nel 2016-20 l’Africa subsahariana ha rappresentato il 26% del totale delle importazioni di armi africane, rispetto al 41% del 2011-15». Sarebbe bene, dunque, che i Governi di quei Paesi ricchi e potenti fermassero la vendita milionaria di armamenti a regimi autoritari e/o di fomentare conflitti genocidi che causano esodi di massa, ad esempio dalla Siria, dall’Iraq e da alcuni Paesi africani. Certamente, non si può ignorare che esista pure un ingente traffico illegale di armi e che i conflitti armati in Africa e in Medio oriente siano sovente concausati dal terrorismo islamista; ciò nondimeno, occorre richiamare, in particolare, i Paesi europei alle proprie corresponsabilità proprio in quei conflitti armati che generano esodi di massa di migranti.

Venendo all’altro fattore di emigrazione, in particolare dall’Africa, cioè quello dell’estrema povertà e della ricerca di prospettive economiche e lavorative, mentre le frontiere europee rimangono sostanzialmente chiuse per i migranti economici, in Africa si prevede entro il 2035 un aumento delle persone in condizioni di povertà assoluta – cioè, quelle che vivono con meno di 1,90 (uno virgola novanta) dollari al giorno – fino a circa 80 milioni di persone; inoltre, l’Africa subsahariana ha i più bassi livelli di infrastrutture di base del mondo, intendendo per tali «acqua pulita, servizi igienici,

⁴¹ Si consulti il sito sipri.org.

⁴² https://www.repubblica.it/solidarieta/emergenza/2021/03/15/news/armi_stabile_il_commercio_ma_cresce_nel_sahel-292367535/. Da questa fonte sono tratte le citazioni nel testo.

elettricità e strade»⁴³. Nel frattempo, si è assistito ad un «crollo dei prezzi delle materie prime africane», che costituiscono tradizionalmente il principale fattore d'interesse degli investitori esteri; e continuano lo sfruttamento e le esportazioni di petrolio, gas naturale, altri combustibili, metalli e minerali⁴⁴. «A destare ulteriore preoccupazione, in Africa e a livello internazionale, è oggi la questione della sostenibilità dei debiti di diversi Paesi subsahariani. Soprattutto in quelli a basso reddito, lo stock di debito estero è in media raddoppiato tra il 2008 e il 2016»⁴⁵.

Proprio l'aggravarsi della povertà e delle diseguaglianze e la consapevolezza della necessità di investire a scopi di sviluppo economico in Africa hanno indotto l'Unione europea, nel 2015, all'istituzione dell'*EU Emergency Trust for Africa* (EUTF)⁴⁶. Il fondo europeo ammonta a ben 4,9 miliardi di euro per l'intera Africa; ebbene, al di là dei ritardi registrati nell'effettivo stanziamento dei fondi, per avere un'idea della manifesta insufficienza dell'investimento, basta porre mente al dato per cui, a fronte dei citati 4,9 miliardi, il cosiddetto *Recovery fund* per la sola Italia ammonta a circa 200 miliardi, di cui circa 65 a fondo perduto! Dal "Factsheet"⁴⁷ disponibile nel sito ufficiale dell'EUTF risulta che, grazie a tale fondo, sono stati volontariamente rimpatriati oltre 90.000 "migranti vulnerabili": dunque, l'Unione europea, anche laddove parrebbe investire risorse in vista dello sviluppo economico del continente africano, in realtà investe sui rimpatri. Nello stesso documento è anche espressamente indicata una lista di priorità fissate dal *Board* EUTF, la prima delle quali è denominata "return and reintegration", ossia la già menzionata 'esternalizzazione delle frontiere'; e tra gli altri risultati vantati nel documento rientrano quelli relativi al contrasto del traffico di migranti. L'orientamento perseguito dal Fondo appare, dunque, quantomeno ambiguo tra politiche di sostegno e contrasto dell'immigrazione irregolare, come segnalano osservatori ed organizzazioni internazionali: in tal senso si veda, ad esempio, il documento dell'organizzazione internazionale *Oxfam* (Oxford Committee for Famine Relief), emblematicamente intitolato «The EU Trust Fund for Africa. Trapped between Aid Policy and migration politics»⁴⁸, secondo cui «i fondi per la cooperazione allo sviluppo corrispondono al 56% delle risorse (2.18 miliardi di euro), mentre le spese per il governo delle migrazioni ammontano al 26% (1.01 miliardi di euro) e le spese per pace e sicurezza raggiungono il 10% (382 milioni di euro) del fondo totale»; «solo 56 milioni di euro sono allocati per

⁴³ J. BELLO-SCHÜNEMANN, *Orizzonte 2050: le prospettive di sviluppo dell'Africa*, in *ispionline.it*.

⁴⁴ <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/investimenti-chi-gioca-la-partita-africa-21298>.

⁴⁵ <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/investimenti-chi-gioca-la-partita-africa-21298>; il testo prosegue così: «L'indebitamento nei confronti della Cina desta particolare apprensione. Pechino è infatti ritenuta l'artefice di una trappola del debito che spinge i Paesi africani (e non solo) ad indebitarsi al punto da non poter ripagare i prestiti, con l'obiettivo poi di acquisire asset strategici e aumentare la propria influenza. Secondo uno studio della Johns Hopkins University, ci sono attualmente in Africa tre paesi a rischio default proprio a causa dei prestiti cinesi: Gibuti, Repubblica Democratica del Congo e Zambia. In altri Paesi invece la percentuale del debito posseduta dalla Cina è relativamente più bassa e comunque non superiore a quella di altri creditori (tra cui i Paesi OCSE, i creditori multilaterali e i paesi del Golfo)».

⁴⁶ https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/index_en.

⁴⁷ https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/default/files/factsheet_eutf-for-africa_january_2021_0.pdf.

⁴⁸ <https://oxfamlibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620936/bp-eu-trust-fund-africa-migration-politics-300120-en.pdf>.

finanziare schemi di migrazione regolare tra Paesi africani, o tra Africa e UE. Ciò rappresenta meno dell'1.5% del valore totale dell'*EUTF for Africa*». Anche la Corte dei conti europea ha mosso addebiti alla Commissione dell'Unione europea in relazione a diversi aspetti della concezione e della gestione operativa dell'EUTF⁴⁹.

3. Il ruolo del diritto penale.

3.1. La tutela dei diritti fondamentali dei migranti.

Sulla scorta delle considerazioni svolte, l'attribuzione al diritto penale del compito di contrastare l'immigrazione irregolare assume i contorni di una tragicommedia.

Il sistema penale – non solo in senso proprio, ma anche comprendendo l'apparato punitivo amministrativo costruito dal TUI – è del tutto inadeguato a fronteggiare un fenomeno di dimensioni così vaste e complesse. Vale qui la massima roxiniana secondo cui «la “fuga nel diritto penale” significa spesso solo un sottrarsi della società ai propri compiti politico-sociali costruttivi»⁵⁰.

Il carattere strutturalmente selettivo del diritto penale, unitamente alla dimensione globale del fenomeno migratorio, fa sì che esso risulti inidoneo, da solo, ad intervenire anche laddove ciò è necessario secondo una concezione orientata ai principi costituzionali e ai diritti dell'uomo. Mi riferisco alla tutela dei migranti: ovvero, delle loro vite lese o messe in pericolo durante i 'viaggi della speranza'; della loro incolumità fisica e psichica offesa, ad esempio, nei campi di detenzione libici, legali ed illegali; della libertà personale dei migranti rinchiusi in quei campi o sequestrati dai trafficanti; della libertà sessuale delle migranti; delle energie lavorative dei migranti sfruttati e lasciati vivere in condizioni indegne di esseri umani. L'effettiva tutela di quei beni mediante il diritto penale dovrebbe richiedere l'intervento o, quantomeno, la cooperazione degli Stati nel cui territorio essi vengono offesi.

Il diritto penale rimane tragicamente impotente di fronte alle stragi di migranti in mare, che non sono fatalità, bensì omicidi di massa, commessi anche mediante omissione da parte di coloro che sarebbero obbligati al soccorso in mare. Ma il diritto penale si dimostra poco o punto efficace anche a fronte del traffico di migranti, da intendersi a mio avviso – sul punto tornerò tra breve – come condotta realizzata a scopo di lucro, con cui si mette sovente in pericolo l'incolumità dei migranti. E, purtroppo, la stessa inefficacia risulta manifesta pure in relazione alle torture e alle violenze perpetrate ai danni dei migranti all'estero, durante o dopo i viaggi o nei centri di detenzione: come ho accennato, i procedimenti penali in corso in Italia per fatti del genere sono pochissimi.

⁴⁹ Cfr. la *Relazione speciale n. 32/2018* della Corte dei conti europea, [Il fondo fiduciario di emergenza dell'Unione europea per l'Africa: flessibile, ma non sufficientemente mirato](#), scaricabile nel sito ufficiale della Corte, eca.europa.eu.

⁵⁰ C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, p. 41.

Ma l'intervento penale, talvolta, pare non riuscire neppure a tutelare la libertà personale dei migranti in relazione a fatti avvenuti in Italia. Infatti, trattenere per giorni contro la loro volontà decine di persone a bordo di una nave o sulla banchina di un porto è indubbiamente una privazione della libertà personale che realizza gli elementi del fatto tipico di sequestro di persona, art. 605 c.p. Ben altra questione è se sia individuabile una causa di giustificazione o un'altra causa di non punibilità. Sostenere il contrario, ovvero negare la sussistenza di un fatto di sequestro di persona, significherebbe sostenere quell'irrazionalistica concezione del reato secondo cui «il carnefice non commette un fatto di omicidio, o il medico che per stato di necessità interrompe la gravidanza non commette alcun fatto di reato». Ad un tale ordine di idee, a suo tempo, fu replicato che «quando si dice: il boia ha tagliato la tesa al reo, ma non ha ucciso un uomo [...]; oppure: il medico ha interrotto la gravidanza per salvare la vita della madre, ma non ha ucciso il feto [...], ebbene questo è uno spasmo non solo della parola, ma anche del pensiero»⁵¹.

D'altro canto, sul piano dell'antigiuridicità, nelle ipotesi citate il fatto di sequestro di persona potrebbe essere giustificato solo ignorando i principi del diritto internazionale consuetudinario e le previsioni di quello pattizio che impongono agli Stati ed ai comandanti delle navi il soccorso di naufraghi, comprendendo univocamente nel concetto di "soccorso" lo sbarco in un porto sicuro⁵², e vietano agli Stati di compiere ogni atto che renda più oneroso per il comandante della nave il soccorso e, dunque, anche lo sbarco, che deve avvenire nel modo più rapido possibile⁵³. I persistenti contrasti fra Stati – ma sarebbe più conforme alla sostanza delle cose parlare di un indegno scaricabarile sulla pelle dei naufraghi migranti – relativi all'individuazione di quale tra essi sia obbligato prioritariamente a fornire il proprio "porto sicuro"⁵⁴, in assenza di precise norme di diritto internazionale al riguardo, non possono certo implicare un'abrogazione tacita dell'obbligo di soccorso, e, dunque, addirittura la giustificazione di un sequestro di persona! Al contrario, tutti gli Stati che abbiano la possibilità di farlo devono ritenersi egualmente obbligati al soccorso – non diversamente da quanto vale per ogni reato omissivo, in presenza di una pluralità di obbligati –: essi dovrebbero cooperare allo scopo di soccorrere prontamente ed efficacemente i migranti. Se tali Stati

⁵¹ Su questa polemica tra Georg Dahm ed Edmund Mezger, cfr. spec. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1983, 1199-1200.

⁵² Cfr. il par.1.3.2. dell'Allegato alla Convenzione SAR, ratificata anche dall'Italia: v. in proposito I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2/2019, 512. D'altra parte, condurre i naufraghi in un porto sicuro è un preciso obbligo del comandante della nave soccorritrice, in base al Cap. 5, regola 33.1-1 della Convenzione SOLAS: v. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. imm. e citt.* n. 3/2017, 13. In argomento, nel senso sostenuto nel testo, v. ampiamente S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo*, Napoli 2020, p. 266 ss.; cfr. pure F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 146-147, con ult. rif. bibl.

⁵³ Par. 3.1.9. dell'Allegato alla Convenzione SAR, su cui v. I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue*, cit., 514-515, 517.

⁵⁴ Su tale lacuna del diritto internazionale in materia, cfr. ancora I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue*, cit., 518 ss.

omettono il soccorso dovuto o addirittura ostacolano il soccorso altrui⁵⁵, violano tutti il diritto internazionale consuetudinario e la Convenzione SAR; e certamente viola i propri obblighi internazionali lo Stato che ostacola lo sbarco dei naufraghi quando la nave si trova nella sua zona SAR o addirittura nel suo mare territoriale o in un suo porto⁵⁶.

Per altro verso, certamente non può giustificare il sequestro di decine di migranti il vago richiamo alla natura ‘politica’ di un atto, almeno a partire dall’avvento dello stato di diritto moderno, nel quale il *princeps* non è più *legibus solutus*. Tantomeno la giustificazione di un sequestro di persona plurimo può fondarsi su vaghi concetti di “interesse nazionale” o “preminente interesse pubblico”⁵⁷ che fondino una sorta di “legittima difesa di Stato”⁵⁸. In realtà, con tali fumisterie si intende far prevalere sulla libertà personale di decine di persone l’interesse al “controllo dei flussi migratori”, attuato in via coercitiva da uno o più componenti dell’Esecutivo mediante la forza pubblica, al di fuori dei casi e modi previsti dalla Costituzione: ma ciò potrebbe avvenire soltanto in un ordinamento autoritario.

L’ineffettività del diritto penale nella tutela dei migranti appare evidente anche in rapporto ad un altro grave problema: quello dello sfruttamento lavorativo. L’inefficacia della tutela nonostante il recente aumento dei procedimenti penali per i reati di cui agli artt.600 e 603-*bis* c.p. dipende, in misura non trascurabile, dalla disciplina extrapenale dell’ingresso e della permanenza dello straniero per motivi lavorativi, ossia, ancora una volta, dal TUI. Quest’ultimo, rendendo arduo l’accesso al lavoro regolare, spinge inesorabilmente i migranti verso il lavoro sommerso, in condizioni di vulnerabilità; si stima che i lavoratori stranieri costituiscano tra un quarto ed un terzo

⁵⁵ In tale contesto va menzionato, seppur brevemente, l’evidente contrasto del codice di condotta, di dubbia natura giuridica, imposto nel 2017 dal Governo italiano alle ONG impegnate nel soccorso dei migranti in mare, sia con esigenze letteralmente ‘vitali’ di efficacia di tale soccorso, sia con alcuni principi del diritto internazionale – ostacolando, tra l’altro, le operazioni di salvataggio in acque libiche –; in argomento, cfr. ampiamente I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., 24 ss.

⁵⁶ Cfr. in proposito I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., 6-7, secondo cui nel proprio mare territoriale lo Stato è obbligato a consentire operazioni di soccorso, anche se ciò comporta l’ingresso o il passaggio di navi straniere; cfr. pure *ivi*, 17: «Stante l’obbligo dello Stato costiero di fare tutto il possibile per assicurare un efficace sistema di ricerca e soccorso in mare e di avvalersi dei mezzi disponibili a tal fine, il mancato ricorso ai servizi offerti dalle navi delle ONG o, ancora peggio, l’intralcio recato alle operazioni di soccorso condotte da queste navi, si potrebbero configurare come una violazione dei propri obblighi da parte dello Stato costiero». Ma allora, dal momento che il concetto di soccorso in mare secondo il diritto internazionale comprende espressamente, come si è visto, anche lo sbarco in un porto sicuro, lo Stato costiero deve ritenersi obbligato a consentire quest’ultimo; in tal senso va inteso il richiamo, secondo i principi generali del diritto internazionale – cfr. I. PAPANICOLOPULU, *op. ult. cit.*, 18 –, alle ipotesi di “forza maggiore o *distress*”.

⁵⁷ A tale concetto ha fatto invece riferimento la Giunta per le immunità del Senato della Repubblica italiana, alle cui conclusioni si è uniformato il Senato negando, ai sensi dell’art. 9. co. 3 l. cost. n. 1/1989, l’autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell’Interno nel caso Diciotti; in argomento, cfr. L. MASERA, *Il Parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell’Assemblea del Senato*, in *Dir. imm. e citt.* n. 1/2019, 1 ss.; C. RUGGIERO, *I delitti di solidarietà. Profili dommatici e politico-criminali dei reati di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare*, Tesi di dottorato, Napoli 2021, p. 176.

⁵⁸ Sulle ascendenze storiche e i gravi rischi per lo stato di diritto connessi a tale figura, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 674, con ult. rif. bibl.

del totale della manodopera in agricoltura e che buona parte di essi siano ingaggiati irregolarmente, attraverso il sistema del caporalato⁵⁹. In generale, è diffusa la consapevolezza del dato per cui il contrasto allo sfruttamento lavorativo – anche dei cittadini italiani ed europei e dei migranti regolari – richiede prioritariamente l’attivazione di strumenti normativi e controlli extrapenali e lo stanziamento di risorse adeguate⁶⁰.

3.2. Il diritto penale dell’immigrazione e il feticcio del “controllo dei flussi migratori”. Profili di illegittimità costituzionale dell’art. 10-bis TUI.

Il diritto penale e quello amministrativo punitivo dell’immigrazione non solo non risultano attualmente in grado di proteggere i beni fondamentali dei migranti, ma non sono affatto orientati alla loro tutela. Essi, invece, si ispirano prevalentemente all’idea – sostanzialmente propria di un diritto di polizia – di una repressione della disobbedienza, in rapporto a oggettività giuridiche costituite da “ordine pubblico” e “sicurezza”, nonché da quella loro specificazione rappresentata dall’«interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori»⁶¹.

L’endiadi “ordine pubblico e sicurezza” ricorre più di dieci volte nel TUI⁶². Si tratta di due concetti assolutamente vaghi ed onnicomprensivi: il primo è stato giustamente bollato fin dall’Ottocento quale “*Rumpelkammer von Begriffen*”, ripostiglio concettuale⁶³, e il secondo è oggetto di diffuse critiche da parte della dottrina penalistica internazionale⁶⁴. Tale endiadi dovrebbe essere completamente bandita dalla legislazione

⁵⁹ F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, cit., p. 77.

⁶⁰ Cfr. fra gli altri F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 94-95.

⁶¹ Il presunto bene giuridico è così definito dalla nota sent. Corte cost., 5 luglio 2010, n. 250, *Considerato in diritto*, 6.3., in www.cortecostituzionale.it. Per un’ampia critica di tale pronuncia, sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in E. ROSI – F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale*, cit., p. 219 ss. e in *Crit. dir.*, 1/2013, 17 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶² Cfr. art. 2 co. 7, art. 4 co. 2, co. 3 (due volte) e co. 6, art. 5 co. 5-bis e co. 7-*quater*, art. 9 co. 4, co. 10 e co. 13, art. 9-bis co. 6, art. 13 co. 1 TUI.

⁶³ Si tratta dell’arcinota definizione di K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, *Normen und Strafgesetze*, 4. Aufl., Leipzig 1922, p. 352, che, pur essendo il primo autorevole teorico del reato come mera disobbedienza, si chiedeva: «Com’è possibile impiegare nella legislazione penale un tale ripostiglio concettuale?».

⁶⁴ Cfr. tra i tanti spec. K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. HEFENDEHL – A. VON HIRSCH – W. WOHLERS, Baden-Baden 2003, p. 172-173: «Sicurezza è l’assenza di pericolo di minaccia, in termini politico-criminali mancanza di punibili lesioni o esposizioni a pericolo di beni giuridici. Questa sicurezza sussiste, quando le norme penalmente sanzionate vengono osservate. Pertanto [...] sicurezza è soltanto il riflesso della vigenza fattuale delle norme, un nulla che grazie a un uso linguistico reificante viene trasformato in qualcosa di esistente e con ciò stilizzato in oggetto capace di assurgere a bene giuridico»; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASIA – M. PALMA, Milano 2001, p. 19 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.* 2006, p. 673: «La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po’ simile al valore dell’“obbedienza come tale” di antica memoria [...]. Non

punitiva. Ed invece viene impiegata, nel TUI, con inquietante, reazionaria *nonchalance* repressiva. Si pensi soltanto all'art. 13 co. 1 TUI, che dispone: «Per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato». Si tratta di una vera e propria *lettre de cachet* premoderna, che rimette ad un membro dell'Esecutivo un potere sostanzialmente arbitrario – data la vaghezza dei presupposti e la consequenziale assenza di qualsiasi reale possibilità di esercizio del diritto di difesa⁶⁵ – del quale si è fatto ampio e sbrigativo uso⁶⁶.

L'interesse al "controllo" e alla "gestione" dei flussi migratori non è altro che una specificazione dei concetti di ordine pubblico e sicurezza in rapporto alle migrazioni; e, non diversamente da quei concetti, costituisce uno pseudo-bene giuridico. La disciplina o il controllo o la gestione dei flussi non è un bene giuridico, ma è la *ratio* dell'intera normativa contenuta nel TUI: essa mira appunto a disciplinare il fenomeno migratorio, delineando un complesso di regole che, oltretutto, come abbiamo visto, risulta strutturalmente inefficace ed anche per questo dà luogo a cicliche sanatorie emergenziali.

Ma, a prescindere da tale inefficacia, il diritto penale non può assumere ad oggetto di tutela un intero complesso di regole. Ciò può essere sostenuto solo all'interno di un diritto penale della mera trasgressione, del reato "quale violazione dell'obbligo"⁶⁷, e confondendo la *ratio* della normativa con il bene giuridico inteso quale oggetto di tutela, secondo il fuorviante percorso argomentativo della cd. concezione metodologica del bene giuridico. Tale concezione, com'è noto, finisce per legittimare il reato di mera disobbedienza, nella misura in cui sostiene che il bene giuridico si identifichi con lo scopo della norma e che, di conseguenza, ogni norma che abbia uno scopo tuteli per ciò stesso un bene giuridico. Se, dunque, ad esempio, una norma penale o amministrativa vieta di mendicare, lo scopo dell'ordinamento è evidentemente che non si mendichi, e il bene giuridico tutelato consiste proprio nell'interesse statale a che non si mendichi. La domanda fondamentale per una teoria critica del bene giuridico, ossia a chi 'faccia del male' colui che mendica – o, in altri termini, quale interesse, di una o più persone, venga

solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza [...]. L'esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell'intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali»; M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, Bologna 2011, p. 55-56; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, p. 92 ss. (sia pur con una conclusione cautamente 'aperta'); L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 8 ss.; sia consentito pure rinviare ad A. CAVALIERE, *Punire per ottenere 'sicurezza': corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in www.laegislazionepenale.eu, 20.4.2021, 1 ss.

⁶⁵ Sul nesso inscindibile tra determinatezza del precetto e diritto di difesa cfr. per tutti F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1981, p. 256; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, p. 11 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, *passim*, spec. p. 52 ss., 104 ss.

⁶⁶ Criticamente in rapporto a tale istituto E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 175-176.

⁶⁷ F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin 1935, *passim*.

leso o posto in pericolo da colui che chiede l'elemosina – sparisce completamente dall'orizzonte tecnicistico, ovvero tecnocratico, conformista, 'obbediente' della concezione metodologica del bene giuridico.

Allo stesso modo, se una norma penale o amministrativa vieta di entrare o trattenersi nel territorio statale in violazione di una qualunque disposizione del TUI – si noti il carattere onnicomprensivo di tale rinvio normativo –, il diritto penale della disobbedienza e la concezione metodologica inducono coerentemente a sostenere che tale norma abbia lo scopo di regolare i flussi migratori, ovvero di vietare al migrante di entrare o trattenersi irregolarmente nel territorio statale, e che proprio in tale scopo risieda il bene giuridico tutelato: nell'interesse a regolare i flussi migratori. A chi 'faccia del male' il migrante con il suo mero essere irregolare, ovvero, quale interesse di una o più persone venga leso o messo in pericolo dalla sua mera presenza irregolare, è questione che sparisce completamente dal suddetto orizzonte tecnicistico, ovvero tecnocratico, conformista, 'obbediente' – e in questa ipotesi xenofobo –, proprio della concezione metodologica del bene giuridico. Sostenere che si debba intervenire penalmente contro il migrante irregolare in quanto tale non significa altro che apporgli lo stigma di criminale, per il suo solo essere irregolare. In tal modo, condotte individuali completamente inoffensive possono essere punite.

È innanzitutto per tale ragione – unitamente ad altre su cui mi soffermerò tra breve – che non può assolutamente condividersi la sent. Corte cost., n. 250/2010, che all'epoca ritenne legittimo l'art. 10-*bis* TUI. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte, il principio di offensività viene violato, perché la mera condotta di entrare o trattenersi nel territorio dello Stato non lede né pone in pericolo alcun bene giuridico preciso ed afferrabile di una o più persone; non è tale, ripeto, l'interesse al controllo e alla gestione dei flussi migratori, che è la *ratio* dell'intera normativa⁶⁸.

L'obiezione secondo cui non si punirebbe, qui, un mero modo di essere, ma una condotta, ossia quella che viola la disciplina amministrativa relativa ad ingresso e soggiorno regolari, presuppone palesemente una grave confusione tra materialità ed offensività. Il principio di materialità, invero, prescrive la necessità di una condotta percepibile dall'esterno – anche se omissiva – ed impedisce di punire un mero atteggiamento interiore, secondo il brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*. Ma il solo riferimento alla conformità al principio di materialità è del tutto insufficiente ad assicurare l'osservanza del diverso principio di offensività: quest'ultimo richiede che la condotta 'materiale' – ossia percepibile dall'esterno – sia anche tale da ledere o porre in pericolo un bene giuridico legittimamente tutelabile. Ad esempio, il reato impossibile consiste di regola in una condotta esterna, come nei tanti esempi 'classici' del falso grossolano o innocuo, dei *munuscula* a pubblico ufficiale, del tentativo superstizioso etc.; l'accordo criminoso non eseguito è atto materiale, ma non offensivo; i delitti di attentato, allorché erano formulati con riferimento ad "atti" esteriori soggettivamente diretti, ma non necessariamente idonei, risultavano conformi al principio di materialità, ma in

⁶⁸ Nello stesso senso cfr. recentemente pure F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 132-133.

contrasto con il principio di offensività! Non basta, dunque, affermare che l'ingresso irregolare sia una condotta 'materiale' per ritenere la relativa norma incriminatrice conforme al principio di offensività.

Inoltre, l'assunzione ad oggetto di tutela del reato di cui all'art. 10-*bis* TUI di pseudo-beni giuridici quali l'ordine pubblico, la "sicurezza", la "gestione e il controllo dei flussi migratori" contrasta, insieme, con il principio di offensività e con quelli di personalità della responsabilità penale, art. 27 co. 1 Cost., e funzione rieducativa della pena, art. 27 co. 3 Cost., a causa dell'incommensurabilità tra la condotta individuale punibile, quella del singolo migrante irregolare, e tali *rationes*, in rapporto alle quali può risultare pregiudizievole non certo una singola condotta, ma soltanto un fenomeno generale, vale a dire una violazione di massa.

Infatti, dall'angolo visuale dell'offensività, il fenomeno dell'immigrazione irregolare, visto nel suo complesso, ossia in riferimento a mezzo milione di persone, potrà anche essere ritenuto in contrasto con il "controllo dei flussi", o addirittura pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza – ammesso e non concesso che si tratti di beni giuridici –: ma non certo la condotta personale di un singolo migrante! Il diritto penale può intervenire per sanzionare una condotta che sia realmente ed in sé offensiva, e non certo a fronte di una condotta innocua, che soltanto se cumulata a centinaia di migliaia di altre possa ritenersi, magari, pericolosa. Dal punto di vista della personalità della responsabilità penale, non si può punire una persona per una condotta in sé inoffensiva solo perché, se tanti altri fanno lo stesso, ne sorge un pericolo: si può rispondere penalmente di un'offesa ascrivibile ad un individuo sul piano oggettivo e soggettivo, e non certo del cumulo di centinaia di migliaia di fatti altrui. D'altro canto, nella prospettiva della funzione rieducativa della pena c'è da chiedersi quale recupero sociale possa mai seriamente prospettarsi nei confronti di una persona che venga punita per quei fatti altrui. In realtà, la criminalizzazione del migrante irregolare non risponde affatto ad una funzione rieducativa della pena, bensì strumentalizza il migrante per scopi di prevenzione generale, in particolare di assicurazione collettiva: e ciò contrasta platealmente con l'art. 27 co. 3 Cost.

Le considerazioni che precedono hanno valenza generale, in quanto costituiscono una confutazione del cosiddetto *Kumulationsgedanke*, diffusamente addotto per legittimare i reati di pericolo astratto e presunto. Non si può punire una condotta innocua argomentando nel senso che, se quella condotta fosse cumulata ad una massa di altre condotte anch'esse di per sé innocue, ne deriverebbe un pericolo. Ciò equivarrebbe a legittimare un intervento ubiquo del diritto penale: se tutti parcheggiassero in doppia fila per strada, ne deriverebbe la paralisi del traffico, ma nessuno può seriamente pensare di punire il parcheggiare in doppia fila; se tutti gettassero una carta sporca in un giardino pubblico, quest'ultimo sarebbe ridotto a una discarica, ma nessuno può pensare seriamente di intervenire penalmente sul singolo trasgressore. L'idea cumulativa o seriale si presta, dunque, a fondare l'intervento penale a presidio di qualunque mera violazione di regole, in violazione anche del principio di sussidiarietà o *extrema ratio*.

Ma ciò non basta. L'art.10-*bis* TUI viola il principio di sussidiarietà, unitamente a quello di effettività del diritto penale⁶⁹, pure sotto un altro profilo. Infatti, la sanzione prevista, vale a dire l'ammenda da 5000 a 10000 euro, è un esempio di umorismo involontario del legislatore, ovvero di "sanzione impossibile": perché se il migrante africano o del Bangladesh disponesse di tale cifra, non affronterebbe certamente un viaggio della speranza potenzialmente mortale lasciando il proprio Paese, ove il reddito *pro capite* è inferiore a due dollari al giorno. L'unica sanzione che viene seriamente in considerazione al riguardo è quella sostitutiva dell'espulsione, che è già prevista quale sanzione amministrativa a carico del migrante irregolare *ex art.* 13 co. 2 lett. *a* e *b* TUI. Questa è la ragione per cui numerose ordinanze di rimessione alla Corte cost., precedenti e successive alla sent. n. 250/2010, hanno condivisibilmente ritenuto l'art. 10-*bis* TUI in patente contrasto con il principio di *extrema ratio*, perché la sanzione penale che viene realmente in considerazione non aggiunge alcunché alla sanzione amministrativa.

La previsione della sanzione pecuniaria risulta, dunque, del tutto ineffettiva e meramente simbolica, in contrasto con il principio di effettività del diritto penale, secondo cui il ricorso alla sanzione criminale si legittima solo se essa è utile ad un qualche scopo: «Ogni legge che non sia armata, o che la natura delle circostanze renda insussistente, non deve promulgarsi; [...] le leggi inutili, disprezzate dagli uomini, comunicano il loro avvilito alle leggi anche più salutari»⁷⁰. Del resto, anche se si trattasse di sanzione effettiva, non si vede come potrebbe mai tendere alla rieducazione del condannato: al contrario, come ho già accennato, la criminalizzazione del migrante irregolare in quanto tale risulta criminogena, perché lo esclude ulteriormente dal consesso sociale, sospingendolo verso una marginalità ai limiti della sopravvivenza, verso l'economia sommersa o, addirittura, criminale. La stessa sanzione sostitutiva dell'espulsione risulta assai limitatamente efficace, se si considera la presenza sul territorio di circa 500.000 migranti irregolari, per rimpatriare i quali occorrerebbero decenni, sempre che ciò sia possibile e formulando l'ipotesi irrealistica che in Italia non giungano ulteriori migranti irregolari⁷¹. In definitiva, la sanzione di cui all'art. 10-*bis* TUI contrasta con l'art. 27 co. 3 Cost. e dunque con qualsiasi funzione legittima dell'intervento penale.

A ciò va aggiunta un'ultima considerazione in termini di effettività del sistema penale, ma riferita più ampiamente all'amministrazione della giustizia penale. Ipotizzare di implementare seriamente il perseguimento penale del reato di cui all'art. 10-*bis* TUI significherebbe contribuire ulteriormente e in misura rilevante al sovraccarico della giustizia penale, perché comporterebbe, data la presenza di mezzo milione di migranti irregolari nel nostro Paese, un carico assolutamente insostenibile di procedimenti penali, ancora maggiore di quello che già allo stato deriva dall'applicazione selettiva di tale disposizione.

⁶⁹ Su tale principio, cfr. per tutti C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1990, 430 ss.

⁷⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (5^a ed., Livorno 1766), § XXXII.

⁷¹ In tal senso pure F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 114 nota 51.

3.2.1. L'illegittimità degli ulteriori reati di mera inosservanza previsti nel TUI.

Le considerazioni critiche svolte in rapporto all'art. 10-*bis* TUI quale reato di mera disobbedienza contrastante con i principi di offensività, personalità della responsabilità penale, funzione rieducativa della pena, sussidiarietà ed effettività del diritto penale, valgono allo stesso modo per le ulteriori ipotesi di reati di mera trasgressione previste dalla disciplina dell'immigrazione: si tratta dei reati di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, art. 14 co. 5-*ter* e 5-*quater* TUI, e di inosservanza del divieto di reingresso, art. 13 co. 13 e 13-*bis* TUI. Tutto il sistema repressivo dell'immigrazione irregolare del TUI costituisce un diritto penale da stato di polizia, imperniato in modo quasi ossessivo sull'inosservanza dell'"ordine pubblico", della "sicurezza" e della "disciplina". Tali reati di mera trasgressione costituiscono ipotesi speciali in rapporto all'art. 650 c.p. e ne riproducono l'impronta autoritaria: infatti, contrariamente ad un diffuso orientamento⁷², nell'art. 650 c.p. e nelle figure speciali che ne riproducono la struttura il precetto è posto, di volta in volta, dalla pubblica autorità – in violazione del principio costituzionale di legalità – e si punisce per la semplice disobbedienza all'ordine dato, in contrasto con il principio costituzionale di offensività⁷³. Tutte quelle ipotesi sono dunque incostituzionali ed andrebbero depenalizzate.

Dopo la nota sentenza El Dridi della Corte di Giustizia UE⁷⁴ e il successivo intervento legislativo – art. 3, co. 1, lett. *d*, nn. 5 e 6, d.l. 23 giugno 2011, n. 89, conv. con modif. dalla l. 2 agosto 2011, n. 129 – che ha eliminato la sanzione detentiva nelle ipotesi di inosservanza dell'ordine di allontanamento – ma non in quelle di inosservanza dell'ordine di reingresso –⁷⁵, quel sistema repressivo basato sulla mera inosservanza non incide pesantemente in termini di carcerizzazione dei migranti, come è avvenuto in passato. Anche in rapporto all'inosservanza dell'ordine di allontanamento, è diffuso il rilievo circa la sostanziale ineffettività della sanzione prevista e della stessa espulsione. Si tratta, dunque, di un diritto penale di polizia in buona parte sterilmente simbolico, ma non per questo meno intollerabile, perché foriero di un'inutile stigmatizzazione del migrante quale criminale.

⁷² Si ricordi la nota sent. Corte cost., n. 168/1971; per la tesi secondo cui l'art. 650 c.p. sarebbe legittimo limitatamente alle ipotesi in cui rende punibile l'inosservanza di provvedimenti individuali e concreti, cfr. per tutti G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, 3^a ed., Milano 2001, p. 110-112; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano 2004, p. 39.

⁷³ Lo riconosce M. ROMANO, *op. loc. cit.*: «È lecito affermare che rileva qui la c.d. *disobbedienza come tale* (cfr. Rocco, *Oggetto*, 505; Delitala, *Fatto*, 195) nel senso che l'illecito è dalla legge interamente costruito sulla trasgressione di singoli comandi», seppure, premette l'Autore, per la tutela mediata di determinati interessi. Di diverso avviso G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. loc. cit.*

⁷⁴ Cfr. F. VIGANÒ, [La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14 co. 5 ter t.u. imm.](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2011; L. MASERA – F. VIGANÒ, [Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi \(C-61/11 PPU\) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2011.

⁷⁵ Cfr. in argomento, per tutti, L. MASERA, *Art. 14 T.U. Imm.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI – G.L. GATTA, 4^a ed., Milano 2015, III, p. 2801 ss.; E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 259 ss.

3.2.2. Gli effetti distorsivi della ratio del “controllo dei flussi” sulle norme in tema di favoreggiamento e di impiego di migranti irregolari.

Com'è stato da più parti osservato⁷⁶, il dato per cui non solo l'intera disciplina amministrativa, ma anche quella penale contenuta nel TUI è imperniata sulla *ratio* del “controllo dei flussi”, scorrettamente inteso quale bene giuridico, comporta una distorsione dell'oggetto della tutela in rapporto alle ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e di impiego di lavoratori immigrati irregolari. Le relative disposizioni del TUI sono rivolte allo scopo di controllare i flussi e non certo a tutelare i beni dei migranti, segnatamente la loro vita, incolumità, libertà e le loro esigenze abitative e lavorative.

Le ipotesi normative di favoreggiamento non sono legislativamente costruite quali disposizioni a tutela dei migranti irregolari, le cui vite vengono deliberatamente messe in pericolo e la cui dignità personale viene offesa da autori generalmente appartenenti ad organizzazioni criminali, che gestiscono il traffico di migranti per finalità di lucro. La fattispecie di favoreggiamento di cui all'art. 12 co. 1 TUI è invece imperniata sulla semplice condotta di aiuto all'immigrazione irregolare, senza che occorra una finalità di lucro e senza che sia richiesta l'effettiva lesione o l'esposizione a pericolo di un qualunque bene del migrante⁷⁷. La finalità di profitto, la messa in pericolo dell'incolumità, il trattamento inumano o degradante di migranti configurano soltanto circostanze aggravanti, *ex art. 12 co. 3 lett. b e c e art. 12 co. 3-bis lett. b*. La norma incriminatrice è costruita in modo onnicomprensivo, cosicché ricade nel favoreggiamento di migranti anche una condotta realizzata a titolo gratuito e con finalità solidaristica o addirittura umanitaria: perché ciò che rileva non è la tutela *del* migrante, ma la tutela dell'ordine pubblico, della ‘regolarità dei flussi’ *dal* migrante⁷⁸. In altri termini, è la stessa identificazione dell'oggetto di tutela nel “controllo dei flussi” a far sì che le condotte solidaristiche di privati o ONG – addirittura anche quando si tratti di mettere al sicuro vite umane – siano tipiche: perché, secondo il TUI, costoro aiutano i migranti a violare le regole in materia di immigrazione e vanno puniti, allo stesso modo di chi aiuta i migranti a scopo di lucro, esponendoli a trattamenti inumani e degradanti e/o mettendone a rischio l'incolumità. La solidarietà viene del tutto irragionevolmente equiparata al traffico di migranti, in violazione dell'art. 3 Cost.

L'art. 12 co. 2 TUI pone soltanto parzialmente un limite ad una tale criminalizzazione a tappeto, rendendo non punibili le sole condotte di soccorso e di

⁷⁶ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino 2006, p. 124 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2009, 105 ss.

⁷⁷ Si riporta il testo della disposizione per comodità del lettore: «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona».

⁷⁸ Cfr. pure F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 136, 140.

assistenza umanitaria realizzate in territorio italiano⁷⁹. A mio avviso, anche laddove il “favoreggiamento” avvenga al di fuori di tale territorio e quindi al di là dei limiti sanciti dalla disposizione troppo restrittiva del TUI appena citata, si potrà invocare *ex art. 51 c.p.* l’adempimento di un dovere di salvataggio imposto dal diritto internazionale – sia sulla base della consuetudine che della Convenzione SAR –, ancor prima del soccorso di necessità *ex art. 54 c.p.*, al quale l’art. 12 co.2 TUI espressamente rinvia. Ma il problema andrebbe affrontato dal legislatore già sul piano della tipicità, riscrivendo la fattispecie di favoreggiamento, in modo tale da limitarla a quelle sole condotte di traffico di migranti che vengano realizzate a scopo di lucro e che risultino tali da ledere o porre in pericolo l’incolumità fisica e/o psichica dei migranti.

Un discorso analogo vale pure per le ipotesi del cosiddetto favoreggiamento abitativo, art. 12 co. 5-*bis* TUI, e di quello lavorativo, art. 22 co. 12 TUI. Tali incriminazioni non sono volte a tutelare il migrante dallo sfruttamento economico: il favoreggiamento abitativo non è stato introdotto per tutelare il migrante dalla condotta di colui che approfitta della sua necessità abitativa, ed il favoreggiamento lavorativo non è stato introdotto per tutelare il migrante dallo sfruttamento delle sue energie lavorative e/o da trattamenti inumani e degradanti. Entrambe le norme sono state, invece, emanate allo scopo di fare ‘terra bruciata’ attorno all’immigrato irregolare: al quale non si voleva che venissero dati né un tetto, né un lavoro. E si tratta di disposizioni ipocrite, oltre che rivolte ad un’ulteriore esclusione sociale: in realtà, migliaia di migranti irregolari in Italia dormono in baracche, catapecchie od opifici abbandonati, in condizioni igienico-sanitarie vergognose, oppure per strada o sotto i ponti, esposti alle intemperie e alle aggressioni notturne. E migliaia di migranti irregolari subiscono uno sfruttamento lavorativo favorito proprio dalla loro condizione di persone ‘invisibili’, *sans papiers*.

La *ratio* delle due norme appena menzionate si riflette nella loro struttura. L’art. 12 co. 5-*bis* TUI rende punibile, invero, il solo dare alloggio «a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto», ad un migrante irregolare; ma l’ingiusto profitto può derivare, ad esempio, pure dall’evasione fiscale derivante dalla locazione ‘in nero’, a fronte della conformità del canone a condizioni di mercato⁸⁰. La distorsione conseguente all’assunzione quale *ratio* di tutela del “controllo dei flussi” risulta ancora più evidente nell’art. 22 co.12 TUI, che stabilisce: «Il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato». Tale disposizione prescinde completamente dallo sfruttamento lavorativo, che è previsto soltanto quale circostanza aggravante dall’art. 22 co. 12-*bis* lett. c TUI.

⁷⁹ «Fermo restando quanto previsto dall’articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato».

⁸⁰ In tal senso, cfr. ad es. F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 153-154.

3.3. *L'horror libertatis* nei confronti del migrante e il "trattenimento amministrativo": l'eterno ritorno delle frodi delle etichette e il recente dibattito sulla 'materia penale'

Come già ricordato, il diritto penale della disobbedienza imperniato sulla *ratio* del controllo dei flussi migratori non prevede, ormai, se non in ipotesi residuali, pene detentive per il migrante irregolare. Com'è noto, nonostante i propositi iniziali della maggioranza parlamentare dell'epoca, nelle ipotesi di cui all'art. 10-*bis* TUI non fu introdotta la pena detentiva; tale pena era invece prevista, fino al 2011, in rapporto all'inosservanza dell'ordine di allontanamento, dando luogo ad una carcerizzazione di massa di migranti irregolari; ed è tuttora stabilita quale sanzione per la violazione del divieto di reingresso, art. 13 co. 13 e 13-*bis* TUI.

Tuttavia, l'idea del "controllo dei flussi migratori" continua ad avvicinare il migrante in un reticolo disciplinare di polizia, che giunge fino alla privazione della libertà personale, attraverso il ricorso ad una costruzione artificiale che rappresenta un vero e proprio mostro giuridico, alla stregua dei principi costituzionali del nostro ordinamento: si tratta del cosiddetto "trattenimento amministrativo" di cui all'art. 14 TUI⁸¹. Esso costituisce in tutta evidenza, al di là dell'etichetta, una forma di detenzione, che può attualmente durare, in via di principio, fino a novanta giorni. A mio avviso – per quanto non mi sia possibile affrontare *funditus* in questa sede il complesso tema del concetto di "materia penale" – si tratta di una misura cautelare sostanzialmente penale, a causa della particolare gravità della lesione che comporta, in quanto incide su un bene che l'art. 13 Cost. dichiara "inviolabile".

Parrebbe, dunque, potersi richiamare il terzo dei criteri elaborati dalla Corte EDU a partire dalla sentenza Engel – apparentemente netta nel considerare sanzione sostanzialmente penale ogni privazione della libertà personale⁸² –, per quanto tali criteri

⁸¹ Criticamente in argomento, per tutti, L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in AA.VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA – F. VIGANÒ, Torino 2009, p. 77 ss.; nel senso dell'illegittimità costituzionale del trattenimento amministrativo, cfr. inoltre spec. A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.* 2000, 1, p. 51 ss.; A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale. Un pamphlet*, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2012, p. 1 ss.; ID., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei C.I.E.*, in *Dir. imm. citt.* 2014, 1, p. 17 ss.; E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, p. 40 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 127; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in *Pol. dir.* 2011, p. 266; L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.* 2/2000, p. 16 ss. Sia consentito pure rinviare ad A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit.

⁸² Cfr. in proposito per tutti L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, p. 33 ss.; nei brani della sent. Engel riportati dall'A. la Corte EDU riconduceva alla materia penale, alla stregua del terzo criterio, «le privazioni di libertà suscettibili d'essere inflitte a titolo repressivo», il che può, tuttavia, interpretarsi nel senso di non comprendere quelle inflitte "a titolo preventivo", v. *infra*, nota 90. La successiva sent. Öztürk – su cui cfr. spec. C.E. PALIERO, *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica ad una svolta 'radicale'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1985, p. 894 ss. – pone in evidenza l'alternatività del criterio della 'natura dell'illecito' e di quello della gravità della sanzione, ma quest'ultima parrebbe svolgere in realtà, anche alla luce della giurisprudenza successiva, una funzione meramente sussidiaria; cfr. ancora MASERA, *op. ult. cit.*, p. 37 ss., 217, ove, tuttavia, l'Autore

ed i loro rapporti reciproci siano tutt'altro che nitidi, come viene diffusamente rilevato. Va, comunque, tenuto presente che le norme CEDU sono "interposte", il che significa di rango sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie, ma inferiore in rapporto alla Costituzione. Di conseguenza, il dato per cui una determinata misura o sanzione venga o meno ritenuta attinente alla materia penale dalla Corte EDU in rapporto alla Convenzione EDU non implica che quella misura o sanzione debba o meno rientrare nell'ambito di applicazione dei principi penalistici alla stregua di una nozione costituzionale di materia penale⁸³; la Costituzione, anche sotto tale punto di vista, può esigere un livello di garanzie più elevato. Il rischio, altrimenti, è quello di incorrere in una risalente inversione metodologica dura a morire, quella cioè dell'interpretazione della Costituzione alla luce di norme ad essa subordinate⁸⁴.

Una sanzione privativa della libertà personale, nel nostro ordinamento – secondo l'interpretazione più rigorosa dell'art. 13 Cost., che ne supera il cosiddetto "vuoto nei fini"⁸⁵ – a mio avviso si legittima soltanto in quanto sanzione penale, conseguente alla realizzazione di un fatto previsto dalla legge quale reato – in quanto offensivo di beni giuridici e personale –, oppure quale misura cautelare penale.

Denominare una qualsiasi forma di detenzione o privazione della libertà personale "amministrativa", allo scopo di eludere l'applicazione dei principi costituzionali relativi alla materia penale, costituisce non solo una frode delle etichette, ma pure un'inaccettabile bagattellizzazione della libertà personale, solennemente dichiarata "inviolabile" dall'art. 13 Cost.; disposizione che, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, vale allo stesso modo per cittadini e stranieri⁸⁶.

Ad un tale ordine di idee non varrebbe obiettare che il "trattenimento amministrativo" ha natura "preventiva" e dunque, alla stregua del secondo dei criteri elaborati dalla Corte EDU, non rientrerebbe nella materia penale, nonostante la gravità dell'intervento sui diritti della persona.

In primo luogo, la natura "preventiva" del trattenimento è in realtà una funzione cautelare, in quanto esso è strumentale alla successiva espulsione dello straniero. Ma la funzione cautelare non vale ad escluderne l'attinenza alla materia penale, precisamente in quanto si tratta di misura cautelare che, privando taluno della libertà personale, presenta la gravità che connota la materia penale.

Più in generale, l'orientamento secondo cui la natura, *rectius* funzione, preventiva di una sanzione varrebbe ad escluderne l'attinenza alla materia penale, che sarebbe invece connotata nel senso della natura o funzione "repressiva", può probabilmente

riconosce che «i criteri Engel sono nati proprio per riconoscere le garanzie penalistiche ad una misura [...] di cui la Corte nega la prevalente finalità punitiva, ma che in quanto incidente sulla libertà personale viene comunque fatta rientrare nell'area di applicabilità delle garanzie penalistiche».

⁸³ Prospetta condivisibilmente un'autonomia ed una priorità della nozione costituzionale di materia penale rispetto a quella convenzionale L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. XIV-XV, 12 ss., 195 e *passim*.

⁸⁴ Denunciata, a proposito del rapporto tra Costituzione e leggi ordinarie, spec. da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 8.

⁸⁵ Cfr. in argomento, per tutti, A. CERRI, *Libertà personale (Dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma 1991, p. 7 ss.

⁸⁶ Corte cost., sent. 22 marzo – 10 aprile 2001, n. 105, *considerato in diritto*, punto 4, in www.cortecostituzionale.it.

trovare conferme nell'incerta giurisprudenza della Corte EDU⁸⁷; e, tuttavia, risulta incompatibile con i compiti del diritto penale secondo la Costituzione italiana e secondo altri ordinamenti europei continentali. Infatti, secondo la nostra Costituzione – e secondo altri ordinamenti europei contemporanei – la pena, come la misura di sicurezza, si legittima soltanto in quanto persegue finalità di prevenzione. La natura o funzione “preventiva” di una sanzione – in particolare specialpreventiva, ai sensi dell’art. 27 co. 3 Cost. – non ne esclude affatto l’attinenza alla materia penale⁸⁸, ma, al contrario, è fondamentale criterio di legittimità della sanzione criminale.

Chi tenta di escludere dal diritto “punitivo” e dalla materia penale le sanzioni “preventive” si trova di fronte – tra l’altro – l’insormontabile ostacolo dell’attinenza alla materia penale delle misure cautelari “penali”, che pure hanno natura “preventiva”⁸⁹! Tantomeno si può escludere l’attinenza alla materia penale delle misure di sicurezza assumendo che siano orientate anche in senso preventivo, ossia alla prevenzione della pericolosità⁹⁰: si tratta, anche qui, di un artificio, strumentale alla sottrazione ai principi

⁸⁷ Cfr. l’accurata disamina di L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 57 ss. che pone in evidenza l’ambiguità ed imprecisione della giurisprudenza della Corte EDU sul punto e tenta di «riconduzione a coerenza l’apparente contrasto della giurisprudenza sul ruolo da assegnare alla prevenzione, semplicemente adottando una terminologia più precisa, che parli di prevenzione generale quando si afferma la coesistenzialità della prevenzione alla teleologia dell’illecito penale, e di prevenzione speciale quando si contrappone la finalità preventiva a quella punitiva», *ivi*, p. 72. In proposito, al di là della dubbia idoneità di tale tentativo di porre ordine negli orientamenti della Corte EDU, preme rilevare che l’esclusione dalla “materia penale” di finalità di prevenzione speciale contrasta frontalmente con l’art. 27 co. 3 Cost. e, dunque, se fosse davvero questa la nozione convenzionale di materia penale, certamente non potrebbe essere quella costituzionale.

⁸⁸ Per un diverso ordine di idee, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, p. 26 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in M. DONINI – L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino 2018, p. 179-180; F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 1785 ss.; cfr. inoltre L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 217 ss., spec. 225, secondo cui «pare preferibile individuare nella natura punitiva il solo parametro generale di individuazione» della materia penale; peraltro *ivi*, p. 214, 217, 237, l’illustre Autore propende piuttosto per il duplice criterio della derivazione della sanzione da un fatto illecito e del contenuto afflittivo o “disomogeneo” rispetto al danno cagionato dal fatto. In rapporto al trattenimento amministrativo dello straniero irregolare, L. MASERA, *ivi*, p. 224 ravvisa nella privazione della libertà un elemento «non decisivo, ma importante» ai fini di una possibile qualificazione penale; tuttavia, egli sostiene che la qualificazione del trattenimento «come penale [...] non sarebbe in ogni caso idonea a metterne in discussione la legittimità».

⁸⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1785 ss. L’illustre Autore, richiamando pronunce della Corte costituzionale e della Corte EDU, prospetta la distinzione tra sanzioni “punitive” – di cui sarebbero sottospecie quelle “penali” – e sanzioni “preventive”; tuttavia, successivamente sostiene che tale distinzione si ritrovi già «all’interno stesso della materia penale», con ciò riconoscendo che sanzioni da egli ritenute “preventive”, come le misure cautelari e quelle di sicurezza, siano penali. Ma se sanzioni “preventive” possono essere penali, il criterio distintivo prospettato si dimostra privo di fondamento; a meno che l’Autore ritenga che esse siano considerate tali solo *per accidens* dal legislatore, ma che sostanzialmente non siano penali.

⁹⁰ Cfr. la giurisprudenza della Corte EDU in materia di internamento in strutture psichiatriche di autori ‘pericolosi’ prosciolti per infermità di mente, riportata e commentata da L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 62 nota 92 e p. 88; da tali pronunce della Corte pare emergere una natura sussidiaria del terzo criterio Engel, nel senso che la gravità della sanzione non la rende penale, se non lo è alla stregua

del diritto penale di misure terribilmente afflittive, gravemente incidenti sulla libertà e sulla dignità personale. Artificio che riprenderebbe quello tradottosi, nel codice Rocco, nell’etichetta di misure “amministrative” apposta a misure di sicurezza quali il manicomio criminale – poi O.P.G., oggi R.E.M.S. – e, dunque, riporterebbe la scienza penalistica italiana indietro di oltre novant’anni. Insistere ancora oggi sul carattere “preventivo” delle misure di sicurezza, per sottolinearne la differenza dalle pene in senso stretto, significa continuare a presupporre l’ormai superato dualismo tra ideologia retributiva e preventiva, nonché tra colpevolezza per il fatto e “pericolosità”, sotteso al doppio binario pene/misure di sicurezza e notoriamente in crisi da molto tempo⁹¹.

Il criterio che distingue tra misura “preventiva” e sanzione “punitiva” risulta dunque insostenibile⁹². A ciò si ricollega la *voxata quaestio* in materia di misure di prevenzione – che non può essere approfondita in questa sede – se una misura ‘preventiva’ che comporti una lesione della libertà personale o di altri diritti fondamentali della persona possa considerarsi ‘non penale’ solo perché viene applicata *ante o praeter delictum*: se così fosse, la stessa privazione della libertà sarebbe sanzione penale o meno a seconda che presupponesse o no (la prova della) previa realizzazione

del secondo criterio Engel, ossia quello della finalità repressiva anziché ‘solo’ preventiva. V. pure F. VIGANÒ, *op. loc. cit.*, che afferma decisamente la funzione “preventiva” delle misure di sicurezza, contrapposta a quella delle pene, ma non giunge – né, come accennato, potrebbe – ad estromettere le prime dalla materia penale. Sul carattere sostanzialmente penale delle misure di sicurezza, v. tra i tanti C. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano 1988, p. 23 ss., 26-27, che si basano, fra l’altro, proprio sull’argomento dell’orientamento di tali misure alla prevenzione speciale.

⁹¹ In argomento, cfr. per tutti E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano 1978, *passim*, spec. p. 142 ss., 271 ss.

⁹² Va incidentalmente osservato che F. VIGANÒ, *op. loc. cit.*, a sostegno della propria tesi, riconduce alle misure afflittive – vista la grave privazione della libertà personale –, ma a suo parere “preventive” e quindi “non penali”, il trattamento sanitario obbligatorio (TSO); per un’analoga conclusione v. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 218. Tuttavia, entrambi gli Autori, facendo leva su tale istituto per motivare le proprie conclusioni, danno per presupposta la legittimità del TSO e, dunque, tacciono su ciò su cui, invece, non si può tacere in uno stato costituzionale di diritto: ossia sulla grave problematicità del TSO. Infatti, la contenzione fisica – peraltro il discorso dovrebbe coinvolgere pure quella farmacologica, ma diventerebbe più complesso e non può essere affrontato in questa sede – non costituisce, in realtà, una misura “sanitaria”, ovvero terapeutica; terapeutica è la libertà, non certo l’essere legati ad un letto di contenzione o imbottito di sostanze neurolettiche (P. DELL’ACQUA, *Il miraggio del farmaco*, in AA.VV., *La medicalizzazione della vita*, AUT AUT, 340, 2008, p. 93 ss.; ID., *Un gene per la potatura delle istituzioni totalizzanti*, in www.forumsalutementale.it, 26 febbraio 2016; R. LAING, *Considerazioni sulla psichiatria*, in F. BASAGLIA – F. ONGARO BASAGLIA (a cura di), *Crimini di pace*, Torino, 1975, p. 352). Il TSO – ma dovrebbe piuttosto parlarsi di TSC, ovvero di trattamento coercitivo, che è cosa diversa da quello semplicemente “obbligatorio” (v. spec. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano 2002, p. 185 ss.; C. TRIPODINA, *Commento all’art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Bari 2008, p. 331 ss.) – ha, in realtà, una funzione assimilabile a quella di una misura di prevenzione in rapporto al pericolo dell’aggressione di altri o di sé stessi (in tal senso cfr. spec. C. LANDOLFI, [L’aporia della coercizione terapeutica per “malattia mentale” in un ordinamento liberal-democratico: analisi del t.s.o. nella prospettiva delle misure praeter delictum](#), in *Dir. pen. cont.* 5/2018, p. 5 ss.), misura la cui legittimità è diffusamente e fondatamente contestata (*ex multis* G. DODARO, *Coercizione in psichiatria tra sicurezza dei luoghi di cura e diritti fondamentali del paziente*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione*, Merano 2015, *passim*). Occorrerebbe dunque una radicale revisione della materia, a partire dal superamento dell’ennesima frode delle etichette.

di un fatto di reato. A mio avviso, in tal caso la frode delle etichette sarebbe palese ed intollerabile in uno stato costituzionale di diritto⁹³.

Tornando al cosiddetto trattenimento amministrativo dei migranti, esso costituisce, data la sua grave incidenza sulla libertà personale, una misura cautelare sostanzialmente penale, assolutamente sproporzionata, per la sua gravità, sia in relazione al fatto per cui si procede – che è costituito di regola dalla mera violazione formale della disciplina del TUI, in particolare *sub specie* presenza irregolare o inosservanza dell'ordine di allontanamento –, sia in relazione alla sanzione la cui applicazione tende ad 'assicurare', rappresentata dall'espulsione⁹⁴.

A fronte di ciò, acquistano valore subordinato, seppure non trascurabile, ulteriori profili di contrasto con l'art. 13 Cost., rappresentati dalla normalità dell'iniziativa del questore nel procedimento applicativo del trattenimento – laddove la regola, secondo il citato art. 13 Cost., dovrebbe essere rappresentata dall'atto motivato dell'autorità giudiziaria e non dall'impulso dell'autorità di pubblica sicurezza –; dal ruolo attribuito al giudice di pace in un procedimento *de libertate* – altra riprova della bagattellizzazione della libertà personale –; dalla grave carenza nella disciplina dei "casi e modi" della privazione della libertà personale⁹⁵.

Ma la disciplina del trattenimento amministrativo risulta pure in contrasto con la direttiva rimpatri, perché inverte tuttora il rapporto regola-eccezione configurato in essa tra rimpatrio volontario ed espulsione coattiva, nonché tra le misure cautelari diverse dal trattenimento e quest'ultimo. Si pensi, in particolare, alla presunzione del pericolo di fuga del migrante irregolare, legata alla mera mancanza di documenti, di alloggio, di mezzi di sussistenza⁹⁶. Anche in ciò si rivela un insostenibile, xenofobo *horror libertatis* nei confronti del migrante.

Le cautele miranti all'espulsione potrebbero e dovrebbero essere circoscritte alla limitazione della libertà di circolazione, predisponendo i necessari controlli e promuovendo percorsi di inserimento sociale per chi osserva tale limitazione. Naturalmente, sarebbe necessario poter redistribuire a livello nazionale ed internazionale le presenze e l'impegno a promuovere l'inserimento sociale dei migranti. Si tratta di oneri certo gravosi; tuttavia, essi costituiscono una sfida necessaria per quegli ordinamenti da stato sociale di diritto, ispirati al primato di istanze personalistiche e solidaristiche. Sono, infatti, convinto che soltanto così, ovvero coniugando libertà, eguaglianza e fratellanza, e sforzandosi di realizzarli sia nei Paesi di origine che in quelli

⁹³ L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 213 ss., formula considerazioni critiche in rapporto al criterio della finalità preventiva oppure punitiva/repressiva, ritenendola «nella prospettiva del consociato» che subisce la misura «solo una forma più raffinata di truffa delle etichette», *ivi*, p. 216; peraltro, una frode non meno grave consisterebbe nel negare l'attinenza alla materia penale di una misura solo perché *ante* o *praeter*, e non *post delictum*. Ad ogni modo, proprio il criterio prima criticato viene successivamente adottato, in funzione concorrente, dall'A., v. *supra*, nota 88.

⁹⁴ Sulla sproporzione in rapporto all'espulsione cfr. MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., 293.

⁹⁵ Su tali profili, cfr. criticamente, per tutti, E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 195, 197-198, 201-203, 214 ss.

⁹⁶ In argomento, cfr. E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 183 ss.

di destinazione dei migranti, si possa realmente governare un fenomeno così complesso. Non certo innalzando muri materiali o normativi, ovvero discipline repressive dell'immigrazione irregolare che risultano insieme illusorie, ipocrite – per lo sfruttamento dei migranti cui finiscono per dare luogo – e lesive delle vite dei migranti.