

**IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO FRA "DIRITTO PENALE DEL
NEMICO" E "MULTICULTURALISMO"**

**THE CRIME OF ILLEGAL IMMIGRATION IN ITALIAN LEGAL
SYSTEM BETWEEN CRIMINAL LAW OF THE ENEMY" AND
"MULTICULTURALISM"**

**EL DELITO DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA EN EL
ORDENAMIENTO ITALIANO, ENTRE "DERECHO PENAL DEL
ENEMIGO" Y "MULTICULTURALISMO"**

CECILIA VALBONESI¹

Sommario: I. IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA DI CUI ALL'ART. 10 BIS D.LGS. 286 1998. II. IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA E PREDOMINIO DELLA LOGICA SECURITARIA. III. DEI DIFFICILI RAPPORTI FRA DIRITTO PENALE E FENOMENI MIGRATORI. IV. IL DELITTO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA QUALE MANIFESTAZIONE DEL DIRITTO PENALE DEL NEMICO. V. IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA DINANZI ALLE SFIDE DEL MULTICULTURALISMO. VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Summary: I. THE CRIME OF ILLEGAL IMMIGRATION IN SECTION 10 BIS OF D.LGS. 286 1998. II. THE CRIME OF ILLEGAL IMMIGRATION AND THE CONTROL OF PUBLIC SAFETY POLICY. III. ABOUT THE DIFFICULT RELATIONSHIP BETWEEN CRIMINAL LAW AND MIGRATIONS. IV. THE CRIME OF ILLEGAL IMMIGRATION AS A FORM OF CRIMINAL LAW OF THE ENEMY. V. THE CRIME OF ILLEGAL IMMIGRATION AND THE CHALLENGE OF MULTICULTURALISM. VI. CONCLUSIONS.

Sumario: I. EL DELITO DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA EX ART. 10 BIS D.LGS. 286 1998. II. EL DELITO DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA Y EL PREDOMINIO DE UNA LÓGICA DE SEGURIDAD. III. SOBRE LAS DIFÍCILES RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN. IV. EL DELITO DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. V. EL DELITO DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA FRENTE EL DESAFÍO DEL MULTICULTURALISMO. VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

I. IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA DI CUI ALL'ART. 10 BIS D. LGS. 286 1988

La legge 15 luglio 2009 n. 94, recante Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, ha introdotto la previsione del nuovo articolo 10 bis D. Lgs. 286/1998, il quale

¹ Dottore di Ricerca in Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Firenze.

disciplina, come autonoma ipotesi di reato, la condotta dello straniero² che “faccia ingresso”³ ovvero “si trattenga” nel territorio dello Stato in violazione delle prescrizioni del Testo Unico, nonché di quelle di cui all’art. 1 L. 28 maggio 2007 n. 68.

La *ratio legis* della previsione presenta un duplice profilo di rilievo. Se dal punto di vista politico criminale la norma soddisfa la duplice esigenza di contrasto del fenomeno dell’immigrazione clandestina e della punizione più grave per i reati commessi da soggetti illegalmente presenti nel nostro territorio, dal punto di vista teorico, la fattispecie sembra configurarsi quale reato di sospetto, in quanto la *ratio* “nobile” della punibilità risiederebbe, in realtà, nel sospetto che il clandestino possa rappresentare un tipo di autore maggiormente incline a commettere reati.

La novella tradirebbe così l’intento del legislatore di offrire una risposta, tanto pronta quanto inefficace, alle istanze di sicurezza avvertite dalla società civile in conseguenza della commissione di alcuni gravi delitti da parte di stranieri irregolari.⁴

Già durante i lavori parlamentari non sono mancati rilievi mossi alla norma in esame⁵, rilievi (per così dire) “tecnici”, la cui analisi è tuttavia preziosa per una riflessione più generale sulla compatibilità di una tale previsione contravvenzionale⁶ con i principi cardine che regolano non soltanto il diritto penale italiano, ma i fondamenti della nostra convivenza civile.

Un primo profilo di innegabile evidenza è rappresentato dalla perfetta sovrapposizione fra la norma in esame e quella che prevede l’espulsione, quale conseguenza dell’ illecito amministrativo di cui agli art. 13 e 14 D. Lgs. 286/1998. In questo senso, il legislatore ha creato una inutile duplicazione dell’ intervento normativo, violando altresì uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento, che prevede il ricorso allo strumento penale soltanto in via di *extrema ratio*.⁷

² Ai sensi dell’art. 1 D. Lgs. 286/1998 lo “straniero” è il “cittadino dello Stato non appartenente all’Unione Europea ovvero l’apolide”. L’art 10 bis sarà quindi soltanto applicabile ai cittadini extracomunitari o apolidi.

³ Lo straniero deve infatti, al momento dell’ingresso, o al massimo entro otto giorni se proveniente dall’Area Schengen, dichiarare la propria presenza sul territorio all’autorità di frontiera o al questore.

⁴ A. PALMA, *Disciplina dell’immigrazione e contrasto della clandestinità*, in *La sicurezza pubblica dopo i recenti interventi normativi*, a cura di F. GIUNTA - E. MARZADURI, Milano, 2010, p. 290 ss.

⁵ P. PISA, *La repressione dell’immigrazione irregolare: un’espansione incontrollata della normativa penale*, in *Dir. pen. proc.* Inserto speciale immigrazione, 2009, p. 5. Fra le critiche, grande rilievo assume la grave conseguenza che tale norma potrebbe avere sulla salute pubblica, in ragione degli obblighi, sanzionati ex art. 361 e 362 c.p., in capo ai pubblici ufficiali (soprattutto medici) di denunciare il soggetto clandestino ex art. 331 c.p.p.

⁶ Contravvenzione dunque punita a titolo di dolo o di colpa, rispetto alla quale non costituirà errore sul precetto l’ignoranza delle norme che dettano la disciplina inerente all’ingresso e trattenimento legale dello straniero nel nostro Paese (errore su legge extrapenale integratrice insuscettibile di costituire errore sul fatto). Così A. PALMA, *Disciplina dell’immigrazione e contrasto della clandestinità*, cit., p. 292

⁷ P. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo pacchetto sicurezza*, Roma, 2009, p. 38.

Altra obiezione sembra potersi appuntare al profilo sanzionatorio, consistente in un'ammenda (non oblationabile) la cui cornice edittale spazia dai 5.000 ai 10.000 euro.⁸

La scelta di comminare una pena esclusivamente pecuniaria nasce infatti dal compromesso politico volto a bilanciare le opposte istanze dei promotori di una *linea repressiva* nei confronti dello "straniero" e di coloro che invece si sono opposti alla creazione di una ulteriore, quanto praticamente inutile, fattispecie incriminatrice. La sintesi del suddetto contrasto ha dato luogo alla previsione di una pena pecuniaria evidentemente destinata all'ineffettività, soprattutto in ragione delle condizioni economiche e sociali dei soggetti cui è rivolta.⁹

L'art 10 bis T.U. sembra così costituire una disposizione "più simbolica, che priva di reale efficacia deterrente"¹⁰. Sussiste, infatti, un rapporto inversamente proporzionale fra la gravità della pena pecuniaria e la sua reale efficacia, dal momento che i soggetti nei confronti dei quali è comminata sono per lo più "a priori" insolventi, se non – di fatto- irreperibili.¹¹ L' inidoneità generalpreventiva della norma in esame non è scongiurata neppure dal novero delle previsioni accessorie che la corredano, quali l'espulsione come sanzione sostitutiva¹² la pena pecuniaria, il conferire all'allontanamento un effetto estintivo del reato¹³, nonché, in ultimo, la possibilità di procedere all'espulsione amministrativa anche in assenza del nulla osta dell'autorità giudiziaria.

Questi primi elementi di riflessione inducono a ritenere che il legislatore abbia creato la norma in esame con il solo intento di allontanare lo straniero dal territorio italiano. Ne costituirebbe altresì prova la previsione del comma 2 dell'art. 10 bis del TU, il quale disciplina la inapplicabilità della fattispecie contravvenzionale dell'ingresso e *soggiorno* illegale nel territorio dello Stato allo straniero che sia stato respinto al valico di frontiera, perché privo dei requisiti per l'ingresso richiesti dal comma 1 dell'art. 10 del TU.¹⁴

⁸ Le critiche sembrano ancor più giustificate ove si rifletta sulla circostanza che trattandosi della competenza del Giudice di Pace, la pena della sanzione pecuniaria non può neppure essere soggetta alla sospensione condizionale.

⁹ P. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo pacchetto sicurezza*, Roma, 2009, p. 40.

¹⁰ A. PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, cit., p. 46.

¹¹ A. PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, cit., p. 46.

¹² In realtà le sanzioni sostitutive di cui alla Legge 689 del 1981 non solo erano state dichiarate inapplicabili nel procedimento dinanzi al giudice di pace ex art. 63 D. Lgs 274 2000, ma esse sostituiscono pene detentive brevi. L'applicazione alla disciplina in esame costituisce così una violazione della *ratio* di tali misure che qui sono disposte non tanto per garantire il condannato, quanto per assicurarne un più efficace allontanamento. Altresì, l'espulsione viene qui eseguita immediatamente, anche in caso di sentenza non definitiva, contrariamente a quanto stabilisce la L. 689 del 1981.

¹³ L'esecuzione dell'espulsione sembra essere condizione di procedibilità "negativa" in quanto non vi deve essere perché il giudice possa celebrare il processo. Così A. PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, cit., p. 59.

¹⁴ Previsione che appare inutile, non essendo per regola generale, configurabile il tentativo nelle contravvenzioni.

Una *eadem ratio* sembra sorreggere altresì la previsione del comma 5 dell'art. 10 bis T.U. il quale, da un lato, stabilisce che il giudice, qualora acquisisca la notizia dell'avvenuta espulsione o del respingimento dello straniero, pronuncia sentenza di non luogo a procedere e dall'altro esclude l'operatività dell'oblazione come strumento di estinzione del reato.¹⁵

Neppure la figura dell'espulsione, costruita dal legislatore con la Legge 94/2009, sembra poter assumere i connotati di un intervento legislativo adeguato alle finalità perseguite. La nuova fattispecie è destinata soltanto ad aggravare il carico di lavoro delle forze dell'ordine e degli uffici giudiziari, primi fra tutti quelli dei Giudici di Pace, cui è devoluta la competenza a giudicare il reato in esame. Se pensiamo infatti alle carenze già evidenziate dallo strumento dell'espulsione amministrativa, non possiamo sottacere, come qui si ripropongano ancor più stringenti le problematiche relative all'inadeguatezza degli strumenti di esecuzione dell'espulsione a mezzo di accompagnamento alla frontiera la quale finisce, di fatto, per essere rimessa al libero arbitrio del cittadino extracomunitario.¹⁶

Questi, infatti, trovato privo del permesso di soggiorno, sarà portato immediatamente in questura¹⁷ e - in attesa del giudizio per direttissima dinnanzi al Giudice di Pace - dovrà permanere presso uno dei Centri per l'identificazione. È ragionevolmente prevedibile che tali Centri, già oggi sovraffollati ed oggetto dell'attenzione delle organizzazioni umanitarie per le condizioni in cui sono costretti a vivere "gli ospiti", non saranno idonei ad accogliere tutti i soggetti trovati privi del permesso di soggiorno.¹⁸

Al di là degli aspetti procedurali, occorre evidenziare come anche il profilo della condotta, che consiste nel "fare ingresso" e nel "trattenersi" nel territorio italiano, assuma, specie in riferimento alla modalità di trattenimento, alcuni aspetti peculiari che danno luogo a problemi di non poco momento. In primo luogo, la punizione di colui che si *trattiene*, evidenzia la volontà del legislatore di sanzionare anche coloro i quali, entrati nello Stato come stranieri regolari, siano successivamente divenuti clandestini. In questo caso, la norma configura una ipotesi di reato permanente, a differenza di quanto

¹⁵ P. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo pacchetto sicurezza*, cit., p. 41. Qualora lo straniero rientri nel territorio dello stato prima dei cinque o dieci anni previsti dal comma 14 dell'art. 13 D. Lgs. 286/1998, trova applicazione la disposizione dell'art. 345 c.p.p.

¹⁶ A. PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, cit., p. 46

¹⁷ Ma non sarà arrestato

¹⁸ Sul Venerdì di Repubblica del 31.7.2009, Gabriele Ghezzi del Siulp di Milano prevede che le forze di Polizia saranno costantemente impegnate nell'identificazione degli stranieri e che a fronte di un previsto incremento solo nella zona di Milano di cento procedimenti penali ogni giorno, mancano, a livello di organico delle Forze dell'Ordine, almeno 500 agenti. Non solo, ma il numero dei Giudici di Pace, 2800 a fronte di una pianta organica che ne prevederebbe 4700 risulta decisamente insufficiente a garantire lo svolgimento regolare di tutti i processi per direttissima. Infine, la drammatica situazione dei Centri per l'identificazione, oggetto di continua polemica, di tutto avrebbe necessitato fuorché di una previsione legislativa che, non solo incrementa il novero dei soggetti ivi destinati, ma aumenta, come invece ha fatto il Pacchetto Sicurezza, i tempi di permanenza nelle strutture.

accade in relazione alla condotta del "fare ingresso" (che connota un reato istantaneo), con tutto ciò che ne consegue in termini di prescrizione del reato.

In secondo luogo, la formulazione legislativa è forse volta a scongiurare l'eventuale insorgenza di profili problematici legati alla successione delle norme penali nel tempo: sanzionando la condotta di colui il quale si trattiene illegalmente nel territorio dello Stato, la norma trova il suo ambito applicativo anche con riferimento a tutti gli stranieri extracomunitari privi del permesso di soggiorno, che si trovino già in Italia al momento della sua entrata in vigore.

Ma il vero *punctum dolens* è rappresentato dall'elemento *clandestinità* la cui collocazione all'interno della fattispecie evidenzia come il legislatore abbia voluto sanzionare non le modalità della condotta o le finalità della stessa, ma una *condizione* personale del colpevole, quale "soggetto illegalmente presente sul territorio nazionale al momento della commissione del reato".¹⁹

A tale opzione incriminatrice possono obiettarsi le argomentazioni offerte da recenti pronunce della Corte Costituzionale²⁰, la quale ha ritenuto che la condizione di migrante irregolare non sia idonea a giustificare la sussistenza di un diritto penale d'autore, finendo così per sconfessare gli assunti di maggior tutela dei cittadini sui quali si fonderebbe la creazione della nuova fattispecie in esame. La Consulta, dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli dell'ordinamento penitenziario, ha infatti evidenziato come l'ingresso o la presenza dello straniero non rappresentano, di per sé, fatti lesivi di beni giuridici meritevoli di tutela penale.

L'incriminazione della condizione soggettiva di migrante costituirebbe quindi una violazione del principio di uguaglianza, il quale non tollera discriminazioni nella formulazione e nella applicazione di sanzioni, soprattutto se legate ad una mera condizione del soggetto reo. La "differenza soggettiva" fra il *fatto* del clandestino ed il *fatto* di chiunque altro, non ha alcun riscontro ai fini della valutazione della gravità della condotta.²¹

Anticipando un profilo critico che sarà oggetto di riflessione nel corso della trattazione, si può sin da ora evidenziare come l'incriminazione della condizione di migrante irregolare sanzioni un "modo di essere" dell'autore, non sintomatico di una effettiva pericolosità sociale, piuttosto che un fatto offensivo da questi compiuto, con tutti i corollari che ne derivano in tema di (in)compatibilità con i principi cardine dell'

¹⁹ Così G. L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv It dir e proc pen* 2009, p. 731.

²⁰ Corte Cost. 16.3.2007 n. 78 in *Foro It* 2009, 4 p. 1, che ha escluso che la condizione di irregolarità dello straniero sia sintomatica della pericolosità sociale dello stesso. La Consulta ha ritenuto che l'esclusione dalle misure alternative alla detenzione non può essere "collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato che di per sé non è univocamente sintomatico di una particolare pericolosità sociale." Così anche D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv It dir e proc pen* 2009, p. 558

²¹ D. PULITANÒ *Sicurezza e diritto penale*, cit. p. 559.

Ordinamento penale, quali quello di materialità, offensività e colpevolezza.²² Come ha sottolineato autorevole dottrina siamo in presenza di una discriminazione e non di una degradazione di status, meno appariscente della vera e propria discriminazione razziale, ma comunque connotata da particolare gravità.²³

II. IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA E PREDOMINIO DELLA LOGICA SECURITARIA

Dinanzi alla creazione di una tale fattispecie incriminatrice, la riflessione si appunta inevitabilmente su due profili: uno di carattere sociologico, volto ad inquadrare, seppur brevemente il ruolo e la condizione attuale dello straniero all'interno della società occidentale; l'altro, di carattere squisitamente penalistico, volto ad indagare quali siano i profili di (in)compatibilità della previsione normativa con i principi che informano il nostro Diritto penale e le eventuali conseguenze che ne possono derivare.

A fronte di una pur piena consapevolezza del quadro politico nel quale è maturata la scelta di incriminare la condizione di clandestinità dello straniero che entri o permanga nel territorio italiano, in questa sede si preferisce incentrare l'analisi sulle gravi problematiche che porta con sé l'ormai inarrestabile ed irreversibile fenomeno dell'immigrazione dai Paesi del Terzo Mondo verso Paesi che, come il nostro, sono considerati, a torto o a ragione, un luogo nel quale poter migliorare le proprie condizioni di vita.

In realtà, anche le società occidentali, mai come ora, sono affette da un senso di profonda insicurezza che le spinge, di fatto, a creare delle figure simboliche che assurgono a ruolo di capro espiatorio rispetto alle paure che si vanno progressivamente formando.

Quali candidati più idonei ad assumere una tale veste se non gli stranieri, i diversi, che per effetto del fenomeno della globalizzazione, foriero di una sempre più grave sperequazione fra Paesi ricchi e Paesi poveri, sono destinati a giungere in modo ancor più frequente nei Paesi opulenti?

Complici tutti i mezzi di informazione, la paura è oggi la fonte "principale d'intrattenimento della cultura popolare"²⁴. Nonostante infatti vi sia una totale discrasia fra i reali tassi di criminalità e la paura collettiva del crimine, il *discorso di paura* costituisce un grandissimo e diffuso strumento di comunicazione e di intrattenimento.²⁵

²² Appello dei giuristi contro il reato di immigrazione clandestina, Europa, 26.6.2009 p. 9.

²³D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit. p. 559

²⁴ D. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il "discorso di paura"*, pp. 287-305, in G. FORTI – M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione ed il crimine*, Milano, 2005, p. 66

²⁵ A. DINO, *I media ed i nemici della democrazia*, in *Questione giustizia*, 4, 2006, p. 836

Ma non solo. Infatti, le minacce mostrate dai media, che di rado tuttavia sono la vera radice delle ansie collettive, vengono strumentalizzate dagli esponenti della classe politica, i quali si ergono poi a "coraggiosi difensori della nazione".²⁶

Nel momento in cui il sistema capitalistico è soggetto a profonde incertezze circa la bontà del suo funzionamento, è senza dubbio politicamente ben spendibile un'argomentazione che riversi sugli immigrati le colpe del malfunzionamento della società. Questi, che giungono a noi spesso privi dei mezzi di sussistenza, incarnano il modello delle nostre paure ed incertezze e suscitano interrogativi circa la nostra reale capacità di far fronte alle loro necessità di vita attraverso i meccanismi del welfare.²⁷

Come ha sottolineato autorevole dottrina²⁸, sussiste un idettabile *effetto calamita* che i paesi ricchi e consumisti esercitano sulle popolazioni meno fortunate e che induce ad un processo di migrazione costante gli "illusi e derelitti di tutta la terra". La migrazione, già preconizzata da molti anni, "si è lasciata accadere" senza che si sia approntata tempestivamente una strategia preventiva.

Infatti, "umanità e giustizia, saggezza, tornaconto e lungimiranza avrebbero voluto che noi avessimo contribuito a farli vivere meglio in casa loro. Miopia e sfruttamento, pseudosolidarietà e pseudoantirazzismo, ci hanno spinto ad aprire loro, incontrollabilmente, le porte. Non avendoli aiutati a casa loro, ce li troviamo a casa nostra. Con altissimi prezzi umani e genocidi culturali e spirituali, per i migranti."²⁹

In questo clima matura progressivamente una logica securitaria, che conduce le forze politiche a creare "spazi preclusi" nei quali si *rinserano* gli esponenti delle classi medie per difendersi dallo straniero-nemico.³⁰

Così, a ben riflettere, la nuova fattispecie di immigrazione clandestina, finisce per soddisfare le istanze nascenti da *politiche sanzionatorie di stampo populista*, volte ad assicurare il controllo sociale attraverso la punizione dei nuovi soggetti pericolosi, percepiti come nemici della sicurezza dal ceto medio che difende *nevroticamente* i suoi privilegi.³¹

In nome della tutela della sicurezza, che oggi sembra poter assurgere al rango di autonomo bene giuridico, l'intervento del diritto penale non attende più la lesione dei beni tutelati, bensì si colloca in uno stadio, per così dire, di "prevenzione dei pericoli".³²

²⁶S. BAUMAN, *Per un welfare planetario*, in *Micro Mega*, 4, 2009, p. 181

²⁷*Ibidem*

²⁸F. MANTOVANI, *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, in *Riv. It. Dir e Proc. Pen.*, 1999, p. 1212

²⁹F. MANTOVANI, *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, cit., p. 1212

³⁰S. BAUMAN, *Fiducia e paura nella città*, Milano, 2005, p. 3

³¹G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in R. ORLANDI, A. GAMBERINI, *Delitto politico e delitto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, p. 188

³²D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 553

Di più, l'idea di sicurezza, quale "bene giuridico ubiquitario, strumentale a qualsiasi altro", offre piena legittimazione al *trend* securitario che anima le odierne scelte di politica criminale.³³

Gli incerti confini del bene giuridico si riflettono sulla produzione legislativa, connotata da "slabbramenti della determinatezza degli istituti" nonché da un "allontanamento dai presupposti razionali dell'intervento penale".³⁴

È infatti evidente come il nostro legislatore, animato dall'intento di *rabberciare il presente*, non si sia dimostrato in grado né di respingere in modo efficace i flussi migratori, né di accogliere gli stranieri assicurando loro lavoro e dignità.³⁵

Piuttosto, la società moderna ed in particolare quella italiana, sembra capace solo di ricevere gli extracomunitari per poi abbandonarli al loro destino.

Il diffuso senso di paura che anima le società contemporanee, tuttavia, non trova la propria origine nel mero dato dell'incremento della presenza nel territorio di soggetti stranieri, ma individua le sue radici nel ben più complesso fenomeno della de-territorializzazione umana quale risvolto negativo della globalizzazione economica, che rompe il vincolo della coesione sociale.³⁶

Anche autorevole dottrina sottolinea come il problema dell'immigrazione non possa essere sottaciuto, giacché quello che spaventa di esso non è tanto il flusso dei soggetti che quotidianamente giungono nel nostro Paese, quanto la constatazione dell'incapacità di governare un tale fenomeno.³⁷

Il precipitato di una tale incapacità finisce per essere soltanto l'incremento esponenziale della criminalità, che trova il suo bacino di reclutamento nei soggetti cui il Paese non è stato in grado di offrire una valida e legale risposta alternativa ai bisogni di sussistenza.

La risposta ai fenomeni migratori non può risiedere, infatti, in un mero inasprimento sanzionatorio al quale siano affidate le speranze di una generale deflazione della criminalità. Occorrerebbe piuttosto cercare di rendere compatibili i processi di immigrazione con quelli di inserimento, attraverso una riforma dell'ordinamento penitenziario il quale non può "coltivare un'umanità" che quando tornerà libera, lo sarà solo per delinquere, sia di quello scolastico che deve garantire sin dai primi anni di età una educazione alla tolleranza ed ai valori comuni.³⁸

³³ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 553

³⁴ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 562

³⁵ F. MANTOVANI, *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, cit., p. 1212

³⁶ U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, Feltrinelli, 2009, p. 344

³⁷ F. MANTOVANI, *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, cit., p. 1212

³⁸ F. MANTOVANI, *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, cit., p. 1212; U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo* cit., p. 345; F. MERLO, *Il grande alibi dell'immigrazione*, su *La Repubblica* del 09.01.2010

III. DEI DIFFICILI RAPPORTI FRA DIRITTO PENALE E FENOMENI MIGRATORI

Come poc'anzi sottolineato, la risposta penalistica al fenomeno dell'immigrazione non sembra, a tutt'oggi, idonea a risolvere le reali istanze di sicurezza e di protezione della società che emergono a fronte di un sensibile incremento della criminalità.

Anche l'introduzione del reato di immigrazione clandestina sembra destinata ad aggiungersi, sulla base dei rilievi sin'ora trattati, al novero delle risposte inadeguate che il legislatore ha offerto. Tuttavia, la questione dei rapporti fra diritto penale e immigrazione risulta assai complessa e deve essere, in questa sede, quanto meno *accennata*.

L'intervento penalistico non può mai prescindere da una valutazione circa la proporzionalità e la sussidiarietà dello stesso, in un contesto di razionalità politico criminale quale *razionalità di scopo*, che impone di misurare l'efficacia dell'azione penale in relazione ai risultati avuti di mira.³⁹

In questo quadro, la disciplina dell'immigrazione quale fenomeno socialmente complesso, costituisce già di per sé un terreno insidioso, dove il Diritto penale rischia di non poter correttamente contemperare garanzie costituzionali e finalità di tutela, finendo così per dare risposte semplicistiche e populiste.⁴⁰

Questo è ancor più vero se si vanno ad analizzare le singole problematiche che sottendono la disciplina penale dell'immigrazione. Lo strumento penale deve, infatti, bilanciarsi con quello extrapenale il quale ha ad oggetto la regolazione dei flussi migratori, nonché con le normative sovranazionali espressione di esigenze umanitarie che non possono essere trascurate⁴¹.

Ancora, l'immigrato costituisce innegabilmente una figura suscettibile di assumere il duplice ruolo di persona offesa e di reo. Sotto questo secondo aspetto è evidente, come notato dalla dottrina, che l'aumento della dimensione di *penalità* dell'immigrato è direttamente proporzionale alla misura in cui i confini nazionali di ciascun Paese sono presidiati da sanzioni penali.⁴²

³⁹M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 4, 2007, p. 685

⁴⁰M. PALMA, *L'Europa e l'ossessione della sicurezza*, in *Europa costituzioni e movimenti sociali* a cura di G. BRONZINI, Roma, 2003, p. 280

⁴¹E. BALIBAR, *L'Europa, una frontiera "impensata della democrazia"*, in *Europa costituzione e movimenti sociali*, cit., p. 38

⁴²S. CENTONZE, *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: l'equilibrio precario tra tutela dell'ordine pubblico e integrazione sociale dello straniero*, in *Rass penit. Crim.*, 2006, p. 4

Ne discenderebbe che il fenomeno della penalità non possa considerarsi quale prodotto dei flussi migratori, bensì conseguenza della disciplina amministrativa di riferimento.⁴³

Dietro all'immagine che trasmette una figura univoca di immigrato-autore di reato, si nasconde allora una duplicità (quanto meno) di ambiti concettuali. Se "è il modo in cui viene definita la regolarità a produrre ed incentivare l'irregolarità"⁴⁴, allora è necessario distinguere i casi nei quali l'immigrato commette un reato consistente nella mera trasgressione della disciplina dell'immigrazione, dai casi in cui questi commetta reati che turbano l'ordine pubblico (*rectius* sicurezza pubblica, intesa in senso costituzionalmente orientato).

Nel primo caso, come accade anche con riferimento al nuovo reato di immigrazione clandestina, il disvalore del fatto risiede nella stessa condizione di irregolarità dell'immigrato, suscitando tutti quegli interrogativi circa la compatibilità della norma con i principi costituzionali.⁴⁵ Ma è nel profilo sanzionatorio che si annidano le insidie maggiori, proprie dell'intervento penalistico che, come detto, rischia di assumere un ruolo simbolico, prevedendo pene che la dottrina non ha esitato a qualificare come *catartiche*.⁴⁶

Infatti, l'intervento penale in tema di immigrazione, soprattutto nelle ultime legislature, è apparso profondamente condizionato dall'emotività dettata da un clima di progressiva perdita del senso di sicurezza collettiva.⁴⁷

Allora, è facilmente presumibile un esito fallimentare dell'intervento penalistico che, da un lato, ha visto inasprirsi il profilo sanzionatorio e dall'altro, ha creato nicchie di specialità, che finiscono per suscitare dubbi circa la compatibilità con le garanzie individuali e la salvaguardia dell'"ordine pubblico materiale".

Sembra così che il legislatore abbia da sempre privilegiato una logica di esclusione e di neutralizzazione dello straniero: da un lato ha costituito una disciplina farraginosa⁴⁸ che rende, di fatto, difficilissimo il regolare ingresso e dall'altro, ha usato da sempre il pugno di ferro contro gli immigrati clandestini.

⁴³ M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., p. 685

⁴⁴ D. MOSCONI, *Immigrazione, controllo sociale e carcere in Italia*, in *Antigone*, 3, 2006, p. 98

⁴⁵ M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., p. 685

⁴⁶ D. SALAS, *Il populismo penale in Questione giustizia*, 2, 2006, p. 389

⁴⁷ M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., p. 685

⁴⁸ In particolare, si veda il D. Lgs 25.7.1998 n. 286 così come modificato dalla legge 30.7.2002 n. 189 e dal D. L. 241 del 14.9.2004 convertito in Legge 12.11.2004 n. 271. Sintomo di tale indirizzo repressivo è altresì l'istituzione di centri di permanenza temporanea dove, di fatto, gli immigrati vengono trattenuti, oggi, sino a 180 giorni.

Ancora, non si può fare a meno di notare come i livelli edittali previsti per la mancata ottemperanza all'ordine del questore di espulsione o di reingresso illegale da parte dello straniero già espulso (art. 14, comma 5 *quater* T.U.) siano davvero sproporzionati soprattutto se messi confronto con quelli previsti per l'ipotesi di mancata ottemperanza agli ordini dell'autorità.

Tale squilibrio, che non è sfuggito alla censura della Corte Costituzionale⁴⁹, evidenzia come le misure penali rappresentino oggi il principale strumento di quella politica criminale volta a regolare la gestione dei flussi migratori.⁵⁰

Si produce quindi una nuova dimensione di penalità nella quale lo straniero è destinatario di uno statuto penale speciale.⁵¹

La presunzione di pericolosità che caratterizza l'approccio sociale e legislativo all'immigrato, si traduce in una *incongrua dosimetria sanzionatoria* che evidenzia il malcelato intento di utilizzare lo strumento legislativo a scopo deflattivo dei flussi migratori.⁵² Ivi, la specialità di un tale statuto penale costituisce un tentativo di legittimare un intervento penalistico che, nascondendo la reale volontà di sanzionare lo *statuts* di clandestinità, non manca tuttavia di professare la riferibilità delle sanzioni ad una specifica trasgressione, al fine di non tradire l'assunto di fondo che lega la responsabilità alla sussistenza della colpevolezza per un fatto commesso.

La creazione di ambiti speciali del diritto penale trova la sua origine nell'ormai comprovata *crisi da complessità*⁵³, nella quale talune fenomenologie criminose impongono veri e propri cambi di paradigma, legati all'emergere di peculiari aree di criminalità.

L'insufficienza delle risposte sanzionatorie atte a fronteggiare l'incremento dei fenomeni criminali di matrice extracomunitaria impone, dunque, conclusivamente, una breve riflessione su quali siano gli strumenti più idonei a fronteggiare le istanze che nascono dalla modernità.

Non è mancato chi, in proposito, ha suggerito di riformare il Codice penale alla luce di quel cambiamento di paradigma criminologico che ha privato la struttura del Tatbestand, del suo referente naturale.⁵⁴

Il continuo movimento della società ha infatti provocato un cambiamento radicale del referente criminologico di ogni sistema penale, che deve pertanto

⁴⁹ Corte Cost. n. 22/2207, che ha ribadito i principi di proporzionalità e sussidiarietà in una sentenza di rigetto.

⁵⁰ M. PALMA *L'Europa e l'ossessione della sicurezza*, in *Europa costituzioni e movimenti sociali* cit., p. 280

⁵¹ M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., p. 685

⁵² D. MOSCONI, *Immigrazione, controllo sociale e carcere in Italia*, cit., p. 98

⁵³ C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in *Riv It dir e proc pen*, 2004, p. 1239

⁵⁴ C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., p. 1239

abbandonare le vecchie costanti criminologiche⁵⁵ per ricreare, sempre per astrazioni, un diritto penale più aderente alle esigenze del terzo millennio.

Altra dottrina ha, invece, sottolineato come la modernità abbia, di fatto, condotto ad un fenomeno di “inflazione penalistica” del quale, ci sembra che il nuovo reato di immigrazione clandestina sia degna manifestazione.⁵⁶

Il sistema penale finisce così per caricarsi di funzioni interventistico-propulsive che lo vede strumento di governo della società in un’ottica di sovraesposizione politico criminale.

La tutela penale abbandona, così, l’ambito originario di natura conservativa, per farsi baluardo contro le piaghe della società, finendo per assumere i connotati di una tutela di scopo.⁵⁷ L’espansione ipertrofica del diritto penale, utilizzato come strumento di governo della società e come catalizzatore di consensi elettorali, finisce per provocare la perdita di credibilità complessiva del sistema penale ed inficia la già pur minima fiducia dei cittadini nelle istituzioni.⁵⁸

A questo punto, l’auspicio non può che essere quello di una progressiva deflazione dello strumento penale, auspicio fatto proprio da chi, prendendo atto del mutamento radicale del volto della criminalità nelle società europee, propugna un modello di diritto penale minimo.⁵⁹

Un tale indirizzo dottrinale, nella concezione di Hassemer⁶⁰, propone di espungere dal diritto penale tutti i fenomeni sociali patologici che non ledano beni giuridici di rango primario quali la vita, la salute, la libertà personale. Si tratta di beni giuridici in senso personalistico la cui offesa sarebbe la sola in grado di produrre delle vittime. Questa dottrina, fatta propria in Italia da Ferrajoli⁶¹, ha il pregio di incentivare lo spazio riservato al diritto amministrativo, accompagnato da un *addolcimento*, di fatto della risposta sanzionatoria.⁶²

⁵⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss DI XIX* Torino, 1973, p. 21

⁵⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv It dir e proc pen*, 1994, p. 29

⁵⁷ G. FIANDACA, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro It* 1992, 1, p. 2023

⁵⁸ Su questo tema, in particolare, I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno derecho penal y anticipación de la tutela penal*, 1999, *passim*; B. MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, *passim*

⁵⁹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv it dir e proc pen*, 1999, p. 808

⁶⁰ W. HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico” e riforma della parte speciale*, in A. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 367

⁶¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989

⁶² G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, cit., p. 808

IV. IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA COME MANIFESTAZIONE DEL DIRITTO PENALE DEL NEMICO

Proprio in tema di disciplina di contrasto ai fenomeni degenerativi dell'immigrazione, si annidano le *derive* più preoccupanti del diritto penale.⁶³

Tali *derive*, non nuove alla disciplina penalistica, si ripropongono oggi nella teorizzazione del *diritto penale del nemico*, ove la configurazione dell'autore del reato quale nemico importa la "degradazione dello *status* di soggetto", con conseguente perdita delle garanzie previste per la cittadinanza, cui il nemico è, di fatto, escluso.⁶⁴

Ebbene, occorre ora domandarsi se il nuovo reato di immigrazione clandestina, introdotto dalla legge 94/2009, sia idoneo a configurare o meno una manifestazione legislativa del tanto aborrito diritto penale del nemico ed i precipitati che, in caso affermativo, ne derivano.

Con il concetto di "diritto penale del nemico", in realtà privo di una precisa capacità connotativa, la dottrina⁶⁵ intende riferirsi ad un nuovo sistema penalistico che esula dai paradigmi concettuali della dogmatica classica.

Si tratta, infatti, di un diritto incentrato *sull'autore pericoloso*, piuttosto che sul fatto colpevole, sulla pericolosità in luogo della colpevolezza, su una funzione neutralizzatrice della pena in luogo della retribuzione proporzionale al fatto commesso.⁶⁶

Nell'ottica di soggettivizzazione del diritto penale, si riserva all'autore pericoloso un trattamento discriminatorio caratterizzato da un'attenuazione delle garanzie sostanziali e processuali.

⁶³ M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., p. 685

⁶⁴ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass Pen 2*, 2006, p. 735; Nella letteratura spagnola ex plurimis, L. DEMETRIO CRESPO, *Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo* AA.VV. *Serta. In memoriam de Alexandri Baratta*, Salamanca, 2004, p. 1030; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, 2001, p. 163; F. MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, 2005, p. 70; M. CIANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003; ID, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de la s infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2003*, in *Derecho penal Contemporáneo*, 2003, n. 3, p. 31; G. PORTILLA CONTRERAS, *Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal del enemigo*, in *Jueces para la democracia*, 2004, n. 49, p. 43

⁶⁵ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI – M. PAPA (cura di), *Diritto Penale del nemico, Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 5; G. JAKOBS, *Norm. Person. Gesellshaft*, 1999, p. 98

⁶⁶ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*. in *Umanità e razionalità del diritto penale, Raccolta degli scritti di F. Mantovani*, Padova, 2008, p. 1183, già in *Riv It Dir e Proc Pen* 2007, p. 470. Così anche L. GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Valencia 2005, p. 117

I principali caratteri derogatori rispetto al diritto penale classico riguardano una molteplicità di profili. In primo luogo, con riferimento alla fattispecie, si prevede una anticipazione della tutela che segue gli schemi dei delitti di attentato, di pericolo astratto o presunto. Sotto il profilo sanzionatorio, si concepisce la pena quale neutralizzazione del reo attuata in forma esemplare: le misure neutralizzanti operano *ante delictum* e sono estranee ad una prospettiva rieducativa e risocializzante.⁶⁷

Si applicano così al nemico di misure di prevenzione personali e patrimoniali. Sotto il profilo processuale sono ammesse deroghe (che sovente si traducono in *distorsioni*), con riferimento in particolare agli strumenti della confisca, del sequestro e delle intercettazioni.

La dottrina è concorde nel ritenere che l'appartenenza dell'autore ad una determinata categoria soggettiva, quale fondamento dello specifico trattamento punitivo, costituisca il tratto maggiormente identificativo del diritto penale del nemico.⁶⁸

La concezione più radicale di una tale dogmatica risiede, infatti, nella dicotomia fra la figura del nemico e quella del cittadino. Se il diritto penale del cittadino coincide con il diritto penale classico, che consente al delinquente normale di conservare il proprio status, i relativi diritti e gli permette una reintegrazione nella società in ragione del fatto che questi non ha assunto una posizione soltanto contraddittoria della norma penale, il diritto penale del nemico, concepito come eccezionale, riserva a quest'ultimo tutt'altro trattamento. Il nemico perde tutti i diritti del cittadino e viene trattato alla stregua della non persona, in ragione del fatto che si è auto collocato volontariamente fuori dell'ordinamento giuridico sociale, finendo per costituire una minaccia costante in ragione dell'avvenuta rottura del patto sociale.⁶⁹

La *relazione nemicale* sembra abbandonare i presupposti della commissione di un atto offensivo di un determinato bene o valore ritenuto meritevole di protezione da parte dello Stato, per fondarsi invece sulla sussistenza di una mera ostilità nutrita dal singolo o dal gruppo nei confronti dell'ordine costituito.⁷⁰

Secondo Jakobs, la coesistenza, nell'ordinamento, di un diritto penale classico e di un diritto penale del nemico, è conseguenza logica ed inevitabile in quei Paesi esposti all'urto di flussi migratori che portano al loro interno individui che non condividono assolutamente i valori sui quali si fonda la civile convivenza. Tali individui non

⁶⁷ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale, tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale ed annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 15

⁶⁸ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustizia*, 4, 2006, p. 676

⁶⁹ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit. p. 1183

⁷⁰ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., p. 676

potrebbero che essere trattati come nemici e privati delle garanzie riconosciute ai cittadini.⁷¹

Il diritto penale del nemico evoca ricordi sinistri legati alle tristi vicende dalla storia che hanno visto la negazione dell'essere umano in funzione dell'affermazione di una ideologia politica. Un tale sistema, da più parti aborrito, non è però, almeno in una certa misura, estraneo a talune previsioni legislative che caratterizzano le società contemporanee.⁷² Vi sono, infatti, anche nel nostro Paese, aspetti derogatori al sistema del diritto penale classico che hanno una rilevante valenza politico-criminale.

Fra i più intollerabili, la dottrina⁷³ annovera quello della legislazione sull'immigrazione, drammatico prodotto della nostra società la quale non ha trovato il coraggio e la capacità di affrontare il fenomeno migratorio in modo adeguato. A fronte di una inattuabile liberalizzazione degli ingressi, il contingentamento degli stessi costituisce una "disumana conseguenza necessaria della disumanità dello scandalo iniziale".⁷⁴

Il nostro ordinamento non è estraneo a formulazioni normative sintomatiche di scelte di politica criminale inclini ad accogliere alcuni profili propri della dogmatica del diritto penale del nemico.

La dottrina non ha mancato di sottolineare come già durante la XIV legislatura, sia emerso un quadro composito, caratterizzato da un diritto *penale della diseguaglianza*⁷⁵: "un sistema che differenzia fra noi e loro, fra i salvati ed i sommersi, fra i normali cittadini destinatari della protezione legale dal crimine ed i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo".⁷⁶ In questo quadro, lo stereotipo del soggetto pericoloso ha trovato una sua reviviscenza in ragione dei problemi di contrasto a talune forme di criminalità.

I profili problematici rimangono circoscritti in un'area che appartiene comunque alla competenza del diritto penale ed hanno ad oggetto principalmente la severità delle sanzioni comminate nei confronti di taluni soggetti. Così "(le torsioni del sistema) toccano anche la configurazione del campo di intervento che viene esteso sino ad

⁷¹ F. VIGANÓ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, (a cura di) *Legalità penale e crisi del diritto penale oggi*, Milano, 2008, p. 116; nello stesso senso, K. AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico, un dibattito internazionale*. In M. DONINI – M. PAPA (cura di), *Diritto Penale del nemico*, cit., p. 29

⁷² In senso contrario F. PALAZZO, il quale afferma che "in Italia non sembrano rintracciabili finora manifestazioni significative dei caratteri propri del diritto penale del nemico" (*Contrasto al terrorismo*, cit. 680).

⁷³ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit., p. 1183

⁷⁴ F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit., p. 1183

⁷⁵ D. PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico fra descrizione ed ideologia*, In A. GAMBERINI - R. ORLANDI cit, p. 234

⁷⁶ Sostanzialmente omogenea la riflessione circa gli interventi della XVI legislatura in D. PULITANÒ *Sicurezza e diritto penale*, cit, p. 556

includere soggetti brutti sporchi e cattivi ma non propriamente autori di crimini; gli esempi di maggior rilevanza pratica sono il trattamento dei tossicodipendenti e la disciplina dell'immigrazione".⁷⁷

Se dunque la disciplina dell'immigrazione costituisce terreno di elezione per la *coltura* del diritto penale del nemico, occorre indagare quali siano le ragioni per le quali, tali interventi rimangono legittimi nel nostro Stato di diritto.

La questione si appunta essenzialmente sul rapporto fra diritto penale del nemico e diritti fondamentali ed in particolar modo, sulla compatibilità degli *stati di eccezione* (nei quali si manifestano forme di diritto penale del nemico) e l'assetto costituzionale vigente.⁷⁸

Stante il fatto che il diritto penale del nemico, come concepito dalla dottrina tedesca quale sistema alternativo e complementare al diritto penale ordinario, è assolutamente un "non diritto"⁷⁹ dal momento che si pone al di fuori delle garanzie ordinarie, si tratta di domandarsi se sia possibile ipotizzare un sistema di garanzie che, sebbene limitato in funzione di esigenze eccezionali, conservi profili di sostanziale compatibilità con la Carta Costituzionale e le Convenzioni internazionali poste a garanzia dei diritti dell'uomo.⁸⁰

Data la presenza di un nucleo di diritti essenziali assolutamente inderogabili, sembra possibile, a livello nazionale, sospendere determinati diritti lasciandone vigenti altri (liberando così il campo all'operatività di forme di diritto penale del nemico) ed al livello internazionale, utilizzare clausole di eccezione che, in virtù della loro disciplina da parte delle Convenzioni, permettano di raggiungere un punto di equilibrio fra la tutela del singolo e le esigenze che sorgono a livello statale.⁸¹

A fronte, infatti, di un indirizzo dottrinale che esclude qualsivoglia tipo di cedimento verso logiche emergenziali, stante il rischio di uno "scivolamento verso una

⁷⁷ D. PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico fra descrizione ed ideologia*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI cit. p. 234. L'autore sottolinea altresì come anche il profilo processuale assuma una centrale importanza all'interno dell'analisi sul diritto penale del nemico. Infatti, una forma di estrinsecazione del diritto penale del nemico è il processo nella sua dimensione bellica, idoneo a sovvertire tutte le garanzie maturate in secoli di riflessione circa i diritti dell'accusato. In questo senso rilievi critici si appuntano sull'operatività ed i regolamenti delle Corti internazionali. Così, lo stesso Autore, in *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico* in *Questione Giustizia* n. 4, 2006, p. 740

⁷⁸ Sulla centralità dei diritti fondamentali nel tema di cui è oggetto v. anche T. S. VIVES ANTÓN, *Reforma Política y Derecho penal*, in *Cuadernos de Política criminal*, 1977, p. 73

⁷⁹ G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, n. 2, 2008

⁸⁰ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale, tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale ed annientamento del nemico assoluto*, cit., p. 26

⁸¹ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale, tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale ed annientamento del nemico assoluto*, cit., p. 26

perenne emergenza”⁸², altra dottrina ammette che talune garanzie e taluni diritti fondamentali “possano essere diversamente modulati secondo la gravità del pericolo che la società si trova a fronteggiare”⁸³. Sono dunque ammissibili strumenti di contrasto a forme particolarmente pericolose di criminalità attraverso regole che creino nuovi bilanciamenti tra la tutela della sicurezza collettiva e la tutela di diritti individuali. L’ammissibilità di tale doppio binario non può tuttavia prescindere da un giudizio, caso per caso, circa la legittimità e l’effettività di tali regole eccezionali. I parametri entro i quali certi diritti sono comprimibili si identificano con la necessità e la proporzionalità dell’intervento, con riferimento all’interesse che si vuole tutelare.

Questa riflessione che si è sviluppata in relazione alle tematiche di contrasto alla criminalità organizzata, per lo più di matrice terroristica, ritiene pacificamente incriminabile una vasta serie di atti preparatori in funzione di un’efficace prevenzione contro i pericoli che la società contemporanea corre pressoché quotidianamente. La dottrina non ha mancato in proposito di sottolineare come l’assunzione, in relazione ai “fattori culturali”, di modelli riconducibili al *diritto penale del nemico*, sia da ricondurre al processo di degrado, innescato per vero dai fenomeni terroristici, che oggi connota così marcatamente la nostra civiltà giuridica.⁸⁴ Ma se tali modelli nascono in un contesto emergenziale, la loro applicazione non si limita ad essi. Infatti, si riserva un trattamento *nemicale* anche a soggetti che pongano in essere condotte caratterizzate da un minor disvalore sociale i quali, tuttavia, *etichettati* unicamente in ragione della loro diversità culturale, subiscono un trattamento sanzionatorio che tradisce la scelta di operare una selezione fra “persone” e “non persone”.⁸⁵

Se dunque il legislatore non è nuovo alla creazione di fattispecie sanzionatorie che presentano profili di contiguità con i tratti caratterizzanti la dogmatica del diritto penale del nemico, occorre ora rispondere all’interrogativo circa la riconducibilità del reato di immigrazione clandestina di cui all’art 10 bis D. Lgs 286/ 1998 al novero di una siffatta disciplina.

Numerosi sono gli indicatori diagnostici della sussistenza dei caratteri del diritto penale del nemico, inteso nella sua accezione debole⁸⁶, all’interno della disciplina del reato di immigrazione clandestina.

⁸² S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, 1997; A. APONTE *Il diritto penale dell'emergenza in Colombia tra pace e guerra in Diritto penale del nemico Un dibattito internazionale*, cit., 70. Contrario all’ammissibilità di un diritto penale operante nello “stato di eccezione” è L. FERRAJOLI il quale ritiene, sulla scorta di Hobbes, che solo lo stato di guerra consente di derogare eccezionalmente alle leggi penali esistenti (*Diritto e ragione* cit., p. 857, nonché *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale in Questione Giustizia*, 4, 2006, p. 798).

⁸³ F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali* cit., p. 119; K. AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, cit., p. 63; A. CAVALIERE, *Diritto penale del nemico*, cit., p. 287

⁸⁴ A. BERNARDI *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010, p. 35

⁸⁵ A. BERNARDI *Il "fattore culturale"*, cit., p. 35

⁸⁶ La dottrina ha teorizzato un modello debole ed un modello forte del diritto penale del nemico. Per la concezione “debole” il nemico è rappresentato dal singolo che viola le norme di convivenza: i caratteri fondanti di una tale ricostruzione risiedono nella mancata partecipazione ad una associazione criminosa e nella violazione reiterata e costante delle norme poste a presidio della comunità (quali ad esempio le

Gli indicatori hanno caratteristiche sia *eso* che *endo* penalistiche.⁸⁷

Per quanto attiene ai criteri valutativi eso-penalistici, si può rilevare innanzi tutto come sussista un profondo condizionamento sociale legato alla paura del diverso, dell'immigrato, del soggetto straniero che non appartiene alla cultura italiana e che viene percepito dalla collettività quale nemico dell'ordine sociale.

Per quanto attiene ai criteri endo-penalistici, il ragionamento si fa certamente più complesso in ragione dei molteplici criteri valutativi che vengono in gioco.

Innanzitutto si può rilevare come la fattispecie di cui all'art 10 bis del T.U. soddisfi una finalità di tutela del bene giuridico della sicurezza pubblica⁸⁸, realizzata attraverso un livello altissimo di anticipazione della tutela. Si tratta, infatti, di un reato di sospetto la cui incriminazione poggia non già sulla commissione di un fatto di reato, ma sulla condizione soggettiva di clandestinità, trattata alla stregua di una scelta del soggetto di porsi volontariamente al di fuori dell'ordine giuridico sociale proprio dello Stato in cui fa ingresso o permane. Sanzionando fatti di per sé inoffensivi di interessi meritevoli di tutela penale, la fattispecie sembra voler sanzionare uno *status* personale, configurando così una colpa d'autore.⁸⁹

Anche la sanzione sembra assumere i caratteri peculiari di una sanzione simbolica: il tetto minimo di 5.000 euro costituisce, infatti, una pretesa economica insuscettibile di essere soddisfatta da parte di un soggetto che si presume versare in uno stato di estrema povertà.

La pena nasconde, altresì, il reale intento della norma che risiede nell'incentivazione delle procedure di espulsione dello straniero il quale, poichè clandestino, non è ritenuto in grado di integrarsi nel tessuto sociale.

regole che disciplinano la regolarità dei flussi migratori, concepite in funzione di sicurezza per la collettività e conservazione dell'ordinamento democratico)⁸⁶.

Per la concezione forte, il nemico deve invece appartenere ad un gruppo di persone il cui scopo è quello di mettere in discussione i principi fondanti dello Stato.

Nell'ambito della prima concezione, è possibile qualificare come nemico un novero di soggetti che si trovano in condizioni anche molto eterogenee fra loro, ma che comunque sono potenziali autori di fatti di criminalità avvertiti come particolarmente pericolosi dalla collettività. Ad esempio, si possono in questo senso ritenere nemici gli autori di crimini che avvengono con una certa frequenza statistica, "o coloro che realizzano fatti esprimenti un disvalore significativo in quanto offensivi di interessi particolarmente meritevoli di tutela ... oppure, infine, sono dichiarati nemici i soggetti considerati pericolosi, la cui pericolosità è connessa ad un certo status indipendente dalla propria volontà (es. immigrato)..." Così K. AMBOS, *Diritto penale del nemico* cit., p. 31; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., p. 15

⁸⁷ G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico, una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI, *Delitto politico*, cit., p. 183

⁸⁸ Quanto alla centralità della sicurezza pubblica in un contesto legislativo di tipo repressivo, ex plurimis, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, in RECPC, 2004, p. 24

⁸⁹ A. PLAMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, cit., p. 47

Se, in realtà, il giudizio direttissimo dinnanzi al Giudice di Pace non sembra costituire una deroga sensibile ai principi che informano il diritto processuale penale riservato a tutti i cittadini, altrettanto non si può dire con riferimento alla natura del reato.

Questo, infatti, non rappresenta una misura *dichiaratamente* emergenziale, quanto piuttosto il tentativo di soddisfare istanze securitarie attraverso una reazione sanzionatoria che assume solo apparentemente carattere ordinario.

Tale circostanza emerge con chiarezza dall'analisi del profilo dell'offensività delle ipotesi di ingresso e permanenza nel territorio dello Stato, condotta in una prospettiva, per così dire comparatistica, rispetto ai rischi per l'ordinamento nazionale che evocano le associazioni criminali e terroristiche.⁹⁰

Emerge così in relazione al reato di cui all'art. 10 bis D. Lgs 286 del 1998, un profilo di criticità con specifico riferimento ai parametri di adeguatezza e proporzionalità che devono informare un intervento che si pone come derogatorio rispetto alle tutele costituzionalmente previste.

Volendo poi far riferimento al principio di offensività come criterio di legittimazione dell'incriminazione degli atti preparatori⁹¹, la dottrina ha sottolineato in particolare come risulti inammissibile l'incriminazione da parte del legislatore di mere intenzioni o di mere *manifestazioni di volontà criminosa* ancora lontane dalla messa in pericolo dei beni tutelati, "nonché ad evitare il rischio di ricollegare la pena a meri indici sintomatici della propensione a delinquere del soggetto"⁹², come per vero sembra accadere nella nuova fattispecie di cui all'art 10 bis T.U.

In questi casi sarebbe ammissibile, al più, l'applicazione di una misura di sicurezza e non certo di una pena. Per riconoscere dunque come legittima l'incriminazione di uno status di pericolo del bene occorrerà la compresenza di taluni presupposti: che non sia invasa l'area dei beni di elevatissimo rango costituzionale⁹³, che l'incriminazione appaia, almeno *ex ante*, idonea alla tutela dei beni che si intende proteggere⁹⁴, che sussista un canone di ragionevolezza-proporzione rispetto alla necessità dell'incriminazione ed infine sussista un nesso di proporzione fra la gravità del fatto e l'entità della sanzione comminata⁹⁵.

Infine, occorre sottolineare come l'incriminazione della condotta di ingresso e permanenza nel territorio dello Stato da parte del soggetto privo del permesso di

⁹⁰ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 230

⁹¹ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali* in *Riv It dir e proc pen*, 1998, p. 368; F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, cit., p. 128

⁹² F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, cit., p. 128

⁹³ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 230

⁹⁴ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 368

⁹⁵ S. CORBETTA, *La cornice editale della pena ed il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv it dir e proc pen* 1997, p. 137

soggiorno, che abbiamo visto essere espressione di un diritto penale del nemico (il quale tuttavia a certe condizioni risulta compatibile con i principi che informano gli ordinamenti democratici), possa essere altresì ammissibile all'interno dei paradigmi statuali del *diritto penale del rischio* e del *diritto penale di lotta*.

Coloro che si fanno promotori di una dogmatica penale incentrata sul rischio⁹⁶ sottolineano come sia necessario, alla luce non soltanto dei cambiamenti imposti dalla modernità, ma anche dal ruolo di strumento di controllo ricoperto dal diritto penale, allargare la cerchia dei beni giuridici meritevoli di tutela ed anticipare il confine fra condotte punibili e non punibili. Nel diritto penale del rischio di rado si incrimina un comportamento violento, bensì una condotta inoffensiva in sé, spesso bagatellare, ma i cui effetti a lungo termine possono di gran lunga superare quelli delle criminalità violente. In questo contesto il reato di cui all'art. 10 bis T.U. trova una sua legittimazione in funzione non solo dell'arretramento della soglia di punibilità rispetto alla tutela del bene giuridico che essa assicura, ma anche in ragione dell'incriminazione di una condizione che di per sé non sembrerebbe offensiva, ma che è suscettibile, se prolungata nel tempo o diffusa a livello sociale di creare danni irreversibili all'equilibrio economico politico dello Stato.

Quanto invece al diritto penale di lotta, la dottrina che lo teorizza e ne riconosce la legittimità, sottolinea come esso si differenzi dal diritto penale del nemico e come altresì rappresenti una realtà normativa che connota l'ordinamento dell'Unione Europea.⁹⁷ Tale paradigma penalistico si sviluppa sulla scia delle problematiche legate alla necessità di dare una risposta alle istanze nascenti dalla lotta al terrorismo internazionale.

Il concetto di lotta sembra essere oggi connotato ad una serie di atti legislativi sovranazionali⁹⁸ che ne riconoscono la valenza paradigmatica.

In questo ambito la funzione del diritto si esplica nel suo essere mezzo per il raggiungimento di uno scopo ulteriore rispetto alla semplice tutela di un bene giuridico della corretta regolamentazione dei rapporti. La norma funziona come strumento per raggiungere scopi esterni ad essa, come in definitiva accade con riferimento alla fattispecie di cui all'art 10 bis T.U che mira alla salvaguardia di un determinato assetto istituzionale, tutelato attraverso la sanzione del singolo contravventore.⁹⁹

La norma, infatti, minaccia *un male* il quale finisce per essere *strumento* volto al raggiungimento di uno *scopo*. Questo, lungi dall'essere solo quello legato alla singola incriminazione, risiede altresì nella *vittoria contro un fenomeno dannoso o pericoloso*.

⁹⁶ C. PRITTWITZ, *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI – M. PAPA, cit., p. 143

⁹⁷ M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI, cit., 131; M. DONINI *Diritto penale di fronte al nemico*, cit., p. 735

⁹⁸ Già la previsione della lotta al terrorismo contenuta nel trattato di Maastricht 1992 art. k1, può essere considerata espressione di una forma di diritto penale di lotta.

⁹⁹ G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, cit., p. 559

Come si concilia questo modello con il diritto penale del fatto (trattandosi di un diritto penale dell'autore¹⁰⁰), con i principi di tassatività, di irretroattività, e con la concezione di un diritto penale quale strumento di garanzia per il cittadino?¹⁰¹

La lotta che si concentra su fenomeni per lo più di carattere permanente è legata alla creazione di una fattispecie non già rivolta alla tutela di certi beni, bensì finalizzata ad individuare tipi di autore cui destinare un particolare trattamento giuridico.

Ciò accade con riferimento alla criminalità organizzata ed ai fenomeni dell'immigrazione clandestina, terreni sui quali si fonda il processo di normalizzazione del diritto penale di lotta che abbandonata la sua veste di diritto dell'emergenza, costituisce ormai il connotato saliente della legislazione Comunitaria. Tuttavia, per sua natura, il diritto penale di lotta si inserisce in contesti di eccezionalità rispetto alle normali esigenze che nascono dalla convivenza civile.

Superando la concezione dottrinale che ritiene inammissibile la disciplina giuridica degli stati di eccezione¹⁰², in quanto ritenuti incompatibili con lo Stato di diritto, la dottrina auspica una visione complessiva del sistema normativo, in cui le norme di eccezione assumono una loro legittimazione in funzione dei beni giuridici che sono chiamate a tutelare e nel quale occorre abbandonare la convinzione della conformità costituzionale del solo diritto "normale".¹⁰³

Se, come suggerisce autorevole dottrina, è necessario abituarsi ad un sistema caratterizzato da un tasso variabile di garanzie, bisogna di conseguenza abbandonare i rigidi schemi tradizionali che poggiavano sul rifiuto assoluto di logiche incriminatrici alternative, per concentrare la riflessione circa il corretto *bilanciamento fra specifiche e peculiari esigenze repressive ed i principi di garanzia*, sotto la soglia dei quali non è possibile scendere.¹⁰⁴

Se il limite per così dire, formale, è dettato dal novero delle disposizioni contenute nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, non è possibile trascurare canoni della proporzionalità e necessità del sacrificio imposto, rispetto al fine repressivo avuto di mira.¹⁰⁵

La dottrina ha così proposto, al fine di comporre i dissidi che sorgono ogni qual volta il legislatore dia luogo ad una fattispecie che presenta i caratteri di una incriminazione *nemicale*, di dedicare maggiori sforzi alla creazione di una *clausola costituzionale di eccezionalità* che sia in grado di conciliare le esigenze di interventi

¹⁰⁰ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., p. 735

¹⁰¹ M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI, cit., p. 131

¹⁰² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 844

¹⁰³ M. DONINI – G. INSOLERA, *Terrorismo internazionale fra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. e proc.* 2006, p. 898

¹⁰⁴ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 368

¹⁰⁵ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 368

penetranti con quelle legate al mantenimento dell'assetto democratico del nostro ordinamento.¹⁰⁶

V. IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA DINANZI ALLE SFIDE DEL MULTICULTURALISMO

Il connubio¹⁰⁷ tra diritto penale ed immigrazione è suscettibile altresì di sollevare ulteriori e complesse problematiche che involgono il ruolo dell'intervento penalistico all'interno delle nostre società, le quali possono essere oggi definite *multiculturali*.

Ebbene, il diritto penale, che rappresenta *l'intervento giuridico più intollerante dello stato*¹⁰⁸, è chiamato, per sua "storica" vocazione", a presidiare l'integrità culturale delle società che maggiormente risentono delle conseguenze del processo migratorio. Di qui, l'immensa contraddizione fra diritto penale e multiculturalismo¹⁰⁹ che si incentra su un duplice e complementare profilo.

Il fenomeno dell'immigrazione, infatti, dovrebbe costituire occasione per la creazione di un terreno di confronto fra culture, per l'avvio di un processo di reciproco scambio.¹¹⁰ Invece, si registra una chiusura netta da parte delle società europee¹¹¹, nei confronti di una discussione circa i temi eticamente sensibili effettuata in contesti istituzionali, dove tali temi sono invece affrontati esclusivamente in una prospettiva squisitamente occidentale. Il compito di creare un *luogo di interrogazione*¹¹² è affidato proprio allo strumento penalistico che è naturalmente vocato ad orientare, con i suoi precetti, le condotte della comunità in maniera particolarmente "energica".

La questione si fa particolarmente delicata se pensiamo che alla base di tali precetti vi sono le radici culturali che costituiscono la massima espressione dell'identità sociale. Allora, stante l'impossibilità per il diritto di chiudersi in una torre d'avorio dinnanzi alle gravi problematiche che nascono dal presente, si tratterà piuttosto di prendere atto della necessità del dialogo ed interrogarsi sulla latitudine entro la quale il diritto penale possa limitare il suo intervento a fronte dei precetti che nascono da altri sistemi culturali.¹¹³

¹⁰⁶ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 368

¹⁰⁷ M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., p. 685

¹⁰⁸ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, p. 24

¹⁰⁹ G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale* in A. BERNARDI (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*. Milano, 2006, p. 137

¹¹⁰ E. DI NUOSCIO, *Elogio del relativismo* in *Il bello del relativismo* a cura di E. AMBROSI, Venezia, 2005, p. 111

¹¹¹ Discorso diverso deve essere fatto per gli Stati Uniti

¹¹² P. BARCELLONA, *Critica della ragione laica*, Troina, 2006, p. 53

¹¹³ G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., pp. 137 e ss

Le moderne società liberali che non possono negare la loro vocazione pluralista, devono progressivamente ampliare le basi sociali di legittimazione di assetti culturali anche profondamente diversi dai propri.

In questo indefettibile processo, il problema forse più delicato nasce dalla circostanza che le singole culture sono portatrici di orientamenti e scelte di valore che costituiscono veri e propri sistemi culturali. Ne consegue che il quadro sociale risulta altamente complesso, poiché oggi convivono autonomi ordinamenti settoriali all'interno dei quali i membri aspirano a gestire le relazioni sociali esclusivamente alla luce dei precetti dettati dalla propria cultura di riferimento.¹¹⁴

Se già autori quali Santi Romano¹¹⁵ o Cesarini Sforza¹¹⁶ avevano teorizzato la presenza di gruppi intermedi all'interno delle società, tuttavia, il fenomeno del multiculturalismo porta con sé problemi gravi e a tutt'oggi insoluti, legati al contrasto insanabile che spesso si registra fra i comportamenti maturati dallo straniero con riferimento esclusivo ai valori della propria comunità di appartenenza e i precetti dello Stato nel quale questi si trova a soggiornare.

Il diritto penale è chiamato qui ad una funzione di sintesi di opposte istanze culturali, conservando tuttavia la sua natura pubblicistica di strumento di salvaguardia dell'identità culturale di riferimento, che come sempre finisce per essere quella del Paese ospitante. Il sistema giuridico, infatti, non può e non deve rinunciare ad irrogare la pena da esso prevista quando gli effetti positivi di una tale rinuncia non integrano, in una prospettiva teleologica, ragionevole bilanciamento con i "costi dell'impunità".¹¹⁷

La complessità dei rapporti fra diritto penale e multiculturalismo costringe ad abbandonare così, almeno in parte, le categorie cui il penalista è abituato a fare riferimento. In questo senso, infatti, autorevole dottrina ha sostenuto come il multiculturalismo generi, sul diritto penale effetti anche diretti, suscettibili di assumere una duplice ed opposta connotazione.¹¹⁸

Da un lato, infatti, il diritto penale offre al multiculturalismo efficaci strumenti di assimilazione in virtù dell'ormai innegabile processo di "deviazione dai tradizionali principi e categorie penalistiche". Dall'altro, il multiculturalismo mette in crisi il ruolo del diritto penale quale strumento di tutela dei diritti fondamentali della comunità di cui è espressione, spingendolo spesso verso una rinuncia alla pena.¹¹⁹

In un quadro già denso di così radicati contrasti, l'introduzione nel nostro ordinamento della fattispecie di cui all'art 10 bis D. Lgs 286/1998 rappresenta un prezioso strumento ermeneutico per comprendere quale sia l'atteggiamento culturale

¹¹⁴ G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., pp. 137 e ss

¹¹⁵ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946;

¹¹⁶ W. CESARINI SFORZA, *Filosofia del diritto*, Milano, 1958

¹¹⁷ G. DE FRANCESCO, *Multiculturalismo e diritto penale nazionale*, cit., pp. 137 e ss

¹¹⁸ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 372

¹¹⁹ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 372

assunto dal nostro Paese a fronte dei profili problematici che scaturiscono dal'ormai inarrestabile fenomeno migratorio.

Occorre infatti verificare quale tra i molteplici modelli di integrazione multiculturale elaborati dai Paesi che vantano una secolare tradizione migratoria, la nostra giovane - e per vero poco matura - democrazia, abbia ritenuto di adottare.

Proprio analizzando l'evoluzione socio culturale dei suddetti Paesi, alle ansie di coloro i quali temono un sovvertimento della società in ragione della massiccia presenza di soggetti stranieri, potrebbe facilmente obiettarsi che il multiculturalismo è un fenomeno antico quanto la storia.

Infatti, l'Impero Romano, costituisce l'archetipo di un modello¹²⁰ che connota sin dai tempi antichi nostra società come una società multiculturale¹²¹, nella quale tuttavia il fenomeno dell'integrazione è suscettibile di assumere connotazione diverse.

Sotto questo profilo, si possono infatti individuare almeno tre tipologie di società multiculturali, ciascuna portatrice di conflitti peculiari.

Un primo modello è rappresentato da quelle società nelle quali sono da sempre presenti culture indigene locali che aspirano ad uscire dal "ghetto" ove le popolazioni sopraggiunte nel loro territorio le hanno spinte.

Un secondo modello è rappresentato dalle società nelle quali il fenomeno dell'immigrazione dà luogo alla creazione di identità culturali che aspirano quanto meno a conservare la loro identità ed i propri precetti di origine.

Infine, l'ultimo modello è rappresentato dalla società europea¹²² quale laboratorio culturale¹²³ sperimentale, dove è affidata allo strumento del diritto la speranza del superamento dei particolarismi.

A prescindere da quale sia l'assetto prescelto, il problema principale è senz'altro rappresentato dalla scelta dei criteri utilizzabili ai fini di conciliare le opposte istanze del rispetto delle specificità e dell'unità degli ordinamenti politici e giuridici. In proposito, la dottrina ha suggerito di individuare nel *principio di uguaglianza* l'elemento cardine volto a garantire i valori della coesione sociale e della tolleranza. L'art

¹²⁰C. VIGNA, *Multiculturalismo ed universalità* in *Ragion Pratica*, 16, 2001, p. 87

¹²¹ E. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 71

¹²² F. VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo* in A. BERNARDI, *Multiculturalismo*, cit., p. 37

¹²³ M. DELMAS MARTY, *L'integrazione del diritto penale in Europa* in A. BERNARDI, *Multiculturalismo*, cit., p. 18; A. BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir pen e proc* 2005, p. 1193; A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 3; A. BERNARDI, *Società multiculturale e reati culturali. Spunti per una riflessione in Studi in onore di Marinucci* Milano, 2006, p. 45; P. PISA, *Immigrazione e norme penali*, in *Dir pen e proc* 2007, pp. 845 e ss; W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna 1999, p. 34; M. PAVARINI, *Criminalità e pena nella società multiculturale*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, a cura di A. BERNARDI, Milano, 2006, p. 175

3 della Carta Costituzionale sancisce, infatti, il supremo principio secondo il quale le relazioni fra i soggetti debbono svolgersi su un piano di pari valore e dignità, dove nessuno può essere escluso per le differenze di cui è portatore.¹²⁴ Tale principio include altresì l'uguaglianza di tutte le "situazioni normative" che comprendono sia i divieti penali che i doveri pubblici, senza che tuttavia ciò precluda il riconoscimento o la negazione delle differenze.¹²⁵

Il fenomeno dell'integrazione culturale pone dunque stringenti interrogativi circa rapporto fra eguaglianza e differenze, rapporto suscettibile di declinarsi secondo quattro diversi modelli applicativi. Se un primo modello è costituito dalla "indifferenza giuridica per le differenze" dove queste sono ignorate, un secondo è rappresentato dalla "differenza giuridica per le differenze" e si caratterizza per la valorizzazione di alcune culture e la valutazione di altre in un contesto di gerarchie basate sull'idea della diseguaglianza fra gli esseri umani. Un terzo modello è costituito dalla "omologazione giuridica delle differenze" in virtù del quale esse sono svalorizzate ed occultate in nome di un'eguaglianza che si traduce in assimilazione forzata, mentre un quarto modello è quello definibile "dell'uguale valorizzazione giuridica delle differenze". Quest'ultimo si basa sul principio di eguaglianza nei diritti fondamentali e di protezione delle differenze liberamente esplicabili e meritevoli di pari valorizzazione.¹²⁶

Calando la riflessione all'interno di un ambito squisitamente penalistico, ci accorgiamo che profili problematici si complicano notevolmente giacché il fattore culturale costituisce infatti una dimensione suscettibile di mettere in luce la duplice connotazione del sistema penalistico, idoneo ad assumere di volta in volta il ruolo dello *scudo* e della *spada*.¹²⁷

¹²⁴ B. PASTORE in B. PASTORE – L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, p. 26

¹²⁵ L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza donne e diritto* Bologna 2005, p. 47; S. MILL, *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, 1987, cap. IV; H. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 378

¹²⁶ B. PASTORE in B. PASTORE – L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, p. 26

¹²⁷ A. BERNARDI, *L'ondivaga rilevanza penale del "fattore culturale"*, in *Politica del diritto*, 2007, 3; ID. *Il fattore culturale nel sistema penale* cit., p. 6; Autorevole dottrina, sulla scorta di riflessioni ispirate all'opera di Francesco Carrara, il quale fu il teorizzatore di una "radice antropologica del diritto", ritiene che, all'interno dell'odierna riflessione circa il ruolo del diritto penale nella società multiculturale, un ruolo di fondamentale importanza sia ricoperto dall'opera concretizzatrice della Giurisprudenza, ed in particolar modo di quella costituzionale, quale fonte di diritto, nonché di compensazione fra opposte istanze di tutela. Proprio alla luce delle riflessioni del Carrara, si rinviene nel momento giudiziale, la sintesi delle istanze provenienti da una duplice coppia di concetti apparentemente opposti. Da un lato, la nostra cultura giuridica ha creato un complesso di diritti la cui radice culturale si incentra nella tutela dell'uomo e del cittadino. Tale radice antropologica è oggi posta in crisi dal fenomeno del multiculturalismo, che erode la base di questi diritti per così dire "tradizionali". Nell'opera della Corte Costituzionale si rinviene il momento di sintesi fra relativismo nichilistico di cui è portatore il multiculturalismo e la innegabile radice antropologica del Diritto penale italiano. Dall'altro, la dottrina è abituata ad attribuire al Diritto penale sia il ruolo di scudo in vista della conservazione dello status giuridico attuale, sia quello di spada ove questo sia chiamato a promuovere e tutelare "nuovi" diritti. Se apparentemente potrebbe sembrare che il Carrara individuò la radice antropologica del diritto penale con esclusivo riferimento al diritto utilizzato in funzione di spada, tuttavia, da una più attenta lettura emerge

Spesso, infatti, il diritto penale si fa scudo efficace della vittima e della società nel suo complesso, ma funziona da spada nei confronti del colpevole che viene trasformato in strumento di politica criminale.¹²⁸ Ciò è ancor più problematico e – direi – grave, se si pensa che i reati commessi dagli immigrati sono suscettibili di assumere un duplice connotato, ciascuno legato a peculiari profili di specialità.

Il diritto penale è infatti chiamato ad intervenire sia dinanzi alla commissione di illeciti che qui impropriamente definiamo “ordinari”, in quanto suscettibili di essere posti in essere, nelle stesse forme, da parte di qualsivoglia cittadino, sia dinanzi a reati “culturali” o “culturalmente orientati”, intendendo per questi ultimi quei fatti penalmente rilevanti che nascono dal conflitto normativo che si instaura fra il divieto posto dalla legge e l’approvazione o la giustificazione da parte delle norme culturali del gruppo cui appartiene l’autore.¹²⁹

A prescindere dalla natura dell’illecito commesso dal soggetto straniero¹³⁰, l’atteggiamento che ha connotato la riflessione dottrinale e giurisprudenziale sul reato di immigrazione clandestina, tradisce l’indifferenza nei confronti della sussistenza di reali profili di colpevolezza in capo al reo, il quale per lo più viene ritenuto “insensibile alle esigenze di ordine pubblico dello Stato di destinazione”.¹³¹

che anche il colpevole viene ritenuto quale “animale giuridico” e dunque, anche qui, nel momento del giudizio, si realizza la sintesi fra le opposte istanze di cui è portatrice la norma penale. (così F. PALAZZO, introduzione alla lezione del 10 novembre 2009 “I diritti inviolabili come limiti al diritto e al processo penale” nel corso di seminari su “La sfida della contemporaneità: diritto e processi di modernizzazione”, nell’abito della Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze).

¹²⁸ A. BERNARDI, *L’ondivaga rilevanza penale* cit., pp. 3 e ss. Più in generale, è ormai ricorrente l’affermazione secondo al quale il diritto penale costituisca un’”arma a doppio taglio”. Per ultimo e per tutti G. FLORA, voce *Diritto Penale*, in *Enc. Giur. Il Sole 24 Ore*, Milano, vol. V

¹²⁹ A. BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir pen e proc* 2005, p. 1193; cit., p.1196. Si pensi ai reati in materia di lavoro o contro la libertà sessuale o a quelli contro la famiglia ad opera di soggetti che si ritengono portatori di uno *ius corrigendi* che spesso esula dai canoni del lecito.

¹³⁰ Una prima tipologia abbraccia i reati che sono ritenuti *senza offesa* anche dalla cultura maggioritaria. Tali comportamenti non provocano alcun sacrificio ai beni o interessi né degli appartenenti al gruppo di riferimento, né della collettività. Si pensi alla pretesa dell’ebreo e dell’indiano sikh di portare il proprio copricapo. Vietare una tale possibilità costituirebbe la manifestazione di uno stato assolutista ed assimilazionista.

La seconda tipologia di violazioni, che impone valutazioni sicuramente più problematiche, è quella dei *reati artificiali* in relazione ai quali, la cultura di provenienza del soggetto, (o la sua estraneità culturale) fa presumere che questi non abbia avuto consapevolezza dell’illiceità del fatto commesso.

La terza tipologia di violazioni assume un aspetto variegato, ricomprendendo, di fatto, ipotesi di reati di pericolo quale, ad esempio, la condotta di colui che porta con sé un’arma bianca durante una cerimonia riservata alla propria comunità; ipotesi di lesione di beni o interessi considerati non primari, come il sacrificio di animali posto in essere con metodologie non consentite dallo stato; infine, comportamenti pur lesivi di beni di primaria importanza ma consentiti in stati socio culturalmente vicini a quello in cui il fatto viene commesso.

¹³¹ A. BERNARDI, *L’ondivaga*, cit., p. 31, nonché M. DONINI, *Diritto penale di fronte al nemico* cit. p. 735

Una simile impostazione è figlia della tradizione legislativa del nostro Paese la quale, in tema di regolamentazione di fenomeni migratori, si è sempre distinta per un approccio di natura emergenziale.

La norma penale non è stata dunque capace di fungere né da *scudo* posto a protezione della società, né da *spada* atta a colpire coloro che si rendono colpevoli di tali reati.¹³²

Preso atto di questa, per così dire, storica insufficienza della risposta normativa del nostro legislatore dinanzi ad un fenomeno così delicato quale quello dell'immigrazione clandestina, occorre ora domandarci all'interno di quale modello culturale sia maturata la convinzione di un trattamento sanzionatorio così severo, stante l'elevatezza della pena pecuniaria, come quello previsto dall'art. 10 bis D. Lgs. 286 1998.

Le problematiche legate ai rapporti fra diritto penale e multiculturalismo mutano infatti la loro fisionomia con riferimento ai diversi *approcci* sviluppatasi nei singoli paesi europei in relazione ai fenomeni migratori.

Le scelte effettuate in tale contesto dai singoli Stati sono destinate, infatti, ad avere importanti ricadute sul piano penale e politico criminale.¹³³

Il primo *approccio* è quello *multiculturalista*, fondato sul riconoscimento delle differenze e garantista rispetto al mantenimento, da parte dei gruppi di immigrati, della loro identità culturale, che non potrà comunque contravvenire alle regole della convivenza civile. Tale approccio che si è sviluppato in Gran Bretagna, Paese europeo con il più alto tasso di immigrazione, ha favorito l'emanazione di alcuni provvedimenti legislativi che hanno consentito ai soggetti appartenenti ad un determinato ambito

¹³² A. BERNARDI, *L'ondivaga*, cit., p. 35. Tuttavia, la risposta che gli ordinamenti riservano alle problematiche nascenti dai reati culturali, proprio per il fatto che essi sono frutto di un conflitto normativo, si presenta difforme non solo in relazione ai singoli Paesi, ma anche ai peculiari profili che di volta in volta presentano i reati commessi. Si può accennare in proposito alla sussistenza di tre modelli di approccio penalistico ai reati culturali.

In primo luogo, vi è il *diritto penale dell'intolleranza* che sanziona, con una pena particolarmente severa, gli autori dei reati culturali in nome di un irrigidimento del sistema volto a preservarne l'identità ed a ribadirne la superiorità. Il secondo modello è costituito dal *diritto penale dell'indifferenza*, che mostra un atteggiamento di insensibilità nei confronti del fattore culturale e che dunque non opera distinzioni fra soggetti attivi del reato. Un tale modello di stampo squisitamente assimilazionista, predica una forma astratta di eguaglianza suscettibile spesso di tradursi in integrazione forzata. Il terzo modello è quello della *tolleranza*, nel quale si accettano comportamenti estranei alla cultura maggioritaria purché non risultino intollerabili, in quanto lesivi di interessi primari. Al di là del modello che venga in gioco di volta in volta, la dottrina ha sottolineato come sia imprescindibile un confronto con le identità culturali degli autori, processo che non esclude la punibilità degli stessi, ma che può condurre a riconoscere una attenuazione del grado di responsabilità in ragione della commissione della condotta alla luce dei valori di riferimento della propria comunità.

¹³³ Particolare attenzione è stata dedicata dalla Spagna al problema della diversità culturale e della politica criminale. In proposito si può citare il *Manifiesto sobre Diversidad Cultural y Política Criminal*, sottoscritto nel marzo del 1996 a Bilbao da un gruppo di insigni penalisti spagnoli. Il *Manifiesto* può essere letto in www.criminologiahispana.org/dicu.html

culturale di assumente comportamenti che rimangono vietati a tutto il resto della popolazione.¹³⁴

Così, infatti, lo Shop Act del 1950 in virtù del quale gli ebrei hanno potuto tenere aperti gli esercizi commerciali anche la domenica, o l'art. 16 par 2 del Road Traffic Act del 1988 che consente agli indiani Sikh di guidare la moto sostituendo al casco il tradizionale turbante. La Gran Bretagna è altresì "patria" delle poc'anzi ricordate *cultural defences*, in virtù delle quali si è spesso riconosciuto la liceità di comportamenti che, ove privi della motivazione culturale, sarebbero ricaduti necessariamente nell'alveo della fattispecie penale.¹³⁵

Il secondo approccio è quello c.d. *assimilazionista* ed è volto a realizzare un processo di inclusione dello straniero tale da eliminarne le differenze culturali, in nome di un superiore comune sentire nel quale non trovano spazio le convinzioni personali dei singoli individui. La Francia, patria del modello assimilazionista, non attribuisce alcun rilievo penale all'appartenenza del soggetto attivo ad una determinata comunità portatrice di valori diversi. Come ha ribadito l'Haut Conseil a l'Integration, l'integrazione delle minoranze, in Francia, è improntata ad una concezione rigida di eguaglianza formale, che non lascia spazio a trattamenti diversificati in base al gruppo sociale di appartenenza.¹³⁶

Infine, il c.d. approccio *precarista*, tipico della politica immigratoria tedesca, si prefigge di mantenere vivo il legame dell'immigrato con il suo Paese di origine, in modo da favorirne il rimpatrio nel più breve tempo possibile, o comunque una volta esaurito il suo ruolo di forza lavoro.¹³⁷ L'asserita insensibilità a valutazioni di ordine culturale si è scontrata con la marcata soggettività del diritto penale tedesco, finendo per dar luogo a decisioni giurisdizionali nelle quali la condizione culturale del soggetto ha ricoperto un ruolo notevole.

La creazione del reato di immigrazione clandestina di cui al nuovo art. 10 bis sembra collocarsi, sotto molteplici aspetti, all'interno di un atteggiamento culturale di natura assimilazionista.

La norma tradisce infatti un atteggiamento di spiccata repulsione nei confronti di coloro che decidono di far ingresso nel nostro Paese o di permanervi privi di regolare permesso di soggiorno. Il mancato rispetto delle prescrizioni imposte dal D. Lgs 286

¹³⁴ Ex plurimis R. CARNEVALI, *El multiculturalismo, un desafío para el Derecho penal moderno*, in *Polit. Crim.*, 3, 2007, p. 1

¹³⁵ L'adesione al modello multiculturalista non esclude tuttavia che non possano essere tollerati comportamenti i quali, sebbene radicati in una certa cultura, attentano ai diritti fondamentali dell'individuo. In questo senso, G. QUINTERO OLIVARES, *El Derecho penal ante la globalización*, in ZUÑIGA, MENDEZ, DIEGO, (a cura di), *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid, 2002, p. 13 e F. BALAGUER CALLEJÓN, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, p. 484

¹³⁶ A. BERNARDI, *Minoranze culturali*, cit., p. 1197

¹³⁷ A. BERNARDI, *Società multiculturali e reati culturali. Spunti per una riflessione* in *Studi in onore di Marinucci* Milano, 2006, p. 75

1998 nonché di quelle di cui all'art. 1 l.28 maggio 2007 n. 68 sembra rivestire un duplice ruolo sistematico. Se da un lato, infatti, l'inosservanza delle prescrizioni costituisce elemento di tipicità della norma in esame, dall'altro sembra che a tale omessa ottemperanza lo Stato attribuisca il ruolo di indicatore di un atteggiamento culturale di preconstituita e consapevole contrarietà, da parte del clandestino, alle norme che presiedono alla convivenza civile. La sovranità dello Stato verrebbe così lesa attraverso un comportamento la cui punibilità si colloca, in relazione al grado di offensività, in una sfera particolarmente arretrata.

La scelta sanzionatoria dell'ordinamento tradisce la volontà di imporre una risposta prima culturale che normativa, dove il precetto sembra farsi portavoce di una volontà di scontro fra civiltà.

Dinnanzi ad un tale contesto nel quale lo straniero privo del permesso di soggiorno rappresenta il nemico che si pone al di fuori delle regole dello Stato, e per ciò stesso deve essere punito, tutte le pregevoli riflessioni sull'approccio multiculturale finiscono per essere completamente svilite o degradate.

Così, la condizione di irregolarità dello straniero costituisce causa ostativa finanche di un possibile dialogo: le istanze culturali e di tutela dell'immigrato irregolare non interessano ad uno Stato che lo sanziona solo perchè questi ha dimostrato, *ab origine*, di non volersi adeguare ai precetti imposti.

Sembra allora che ci si collochi ben al di là delle categorie offerte dalla riflessione sui modelli di integrazione multiculturale ai quali, tuttavia, non è possibile rinunciare ove non si voglia abbandonare aprioristicamente la disciplina dell'art 10 bis nelle "lande desolate" del diritto penale del nemico. Il *discrimen* è molto sottile: appare infatti palese che se da un lato l'art. 10 bis rappresenta una manifestazione della condivisione, da parte del legislatore, delle linee di fondo del modello multiculturale di natura assimilazionista, dall'altro, la sua formulazione, costituisce la sintesi delle conclamate degenerazioni che pur tale approccio reca in sé.

Il reato di immigrazione clandestina rappresenta la concretizzazione di quei rischi che già la dottrina aveva individuato nella politica dell'immigrazione a sfondo assimilazionista¹³⁸ e che risiedono nell'attuazione di una politica sociale improntata alla volontà di creare una omogeneizzazione culturale dei nuovi arrivati, nonché sulla creazione di una politica criminale quale strumento di repressione delle diverse istanze delle quali sono portatori gli immigrati.

La volontà di realizzare un' integrazione forzata, della quale è manifestazione l'art 10 bis, strutturato secondo la logica binaria della "conformità alle prescrizioni o sanzione-espulsione", trascurando tout court il valore della scelta del singolo, lascia

¹³⁸ A. BERNARDI, *Società multiculturale*, cit., p. 75

trasparire un profilo di intolleranza incompatibile con un assetto statale che voglia definirsi democratico.¹³⁹

Ma c'è di più, se pensiamo come il reato di immigrazione clandestina, che contiene un messaggio di forzata conformità ai precetti del nostro ordinamento, imponga di fatto una logica integrazionista che finisce poi per tradursi, anche in capo a coloro che si trovino in una posizione di regolarità, in un atteggiamento discriminatorio dello Stato che pretende di trattare tutti secondo gli stereotipi e le convinzioni della cultura maggioritaria di cui è portatore unico.¹⁴⁰

Sembra allora che il “fattore culturale” assuma un rilievo esclusivamente *in malam partem* per gli immigrati che desiderano vivere nel nostro Paese: se la loro diversità costituisce elemento la cui repressione sembra imprescindibile ai fini della conservazione dell'identità statale, si realizza un modello di diritto penale dell'intolleranza, che assicura sanzioni pecuniarie così elevate nei confronti di coloro i quali con la loro condotta si pongono al di fuori del “patto sociale”.¹⁴¹

Questo multiculturalismo di matrice illuminista che prospetta soluzioni per sottrazione, taglia la testa alle differenze per reperire un minimo comune denominatore che assolva al ruolo di identità culturale di uno Stato.¹⁴² Le radici di questo fenomeno risiedono nella visione dell'uomo di cui la società tecnologica è portatrice: se l'uomo occidentale è “uomo economico”, se l'esistenza umana di cittadini ed immigrati si giustifica solo se concorre all'incremento della produzione e del profitto, allora in luogo del riconoscimento dell'altro, rimane solo la soluzione dell'assimilazione che sembra dire: “tu sei un uomo come noi e dunque non ti resta che elevarti al nostro modo di essere”.¹⁴³

Tutto ciò appare tuttavia paradossale ove, sulla scorta delle riflessioni di Amartya Sen, si ritenga che il godimento dei diritti di libertà, e dunque anche della libertà di conservare la propria identità culturale, costituisce un fattore primario di sviluppo dell'economia.¹⁴⁴

La pretesa assimilazionista, della quale è paradigma la fattispecie del reato di immigrazione clandestina, presenta numerosi profili critici ed appare oggi antistorica non solo perché i conflitti culturali in realtà mascherano conflitti squisitamente economico-sociali, ma perché il concetto di appartenenza dell'individuo nelle società

¹³⁹D. D. RAPHAEL, *The intolerable*, in *Justifying Toleration* Cambridge 1998, p. 137, in A. BERNARDI, *Società multiculturale*, cit., p. 76

¹⁴⁰A. BERNARDI, *Società multiculturale*, cit. 77; ID. *Il “fattore culturale”*, cit., p. 21

¹⁴¹A. BERNARDI, *Il “fattore culturale”*, cit., p. 33

¹⁴²U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, cit., p. 361; C. VIGNA – S. ZAMAGNI, *Multiculturalismo e identità*. Vita e pensiero, Milano, 2003, VII

¹⁴³U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, cit., 363; F. TOTARO, *Non di solo lavoro. Ontologia della persona ed etica del lavoro nel passaggio di civiltà*, Vita e pensiero, Milano, 1998, p. 37

¹⁴⁴A. SEN, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'occidente*, Milano, 2004, p. 21

contemporanee assume una portata profondamente diversa. L'appartenenza è infatti un fenomeno molteplice, nel quale i soggetti aderiscono contemporaneamente a diversi modelli normativi e culturali talora diversi fra loro, se non addirittura conflittuali.¹⁴⁵

Occorrerebbe dunque che il legislatore si fermasse per un istante a riflettere sulla complessità della società contemporanea per comprendere che l' "identità frammentata" costituisce una realtà ormai indefettibile in relazione alla quale appare finanche antistorico propugnare modelli di forzata identità.

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'ocasio legis dell'introduzione nel nostro ordinamento del reato di immigrazione clandestina di cui all'art. 10 bis T.U. D. Lgs 286 1998, ha offerto l'opportunità di percorrere un cammino che, muovendo dalla dogmatica del diritto penale del nemico, è giunto ad indagare, ovviamente senza pretese di esaustività, i meccanismi e le problematiche sottese ai fenomeni di integrazione dei quali è espressione il multiculturalismo.

L'art 10 bis T.U. costituisce una risposta alle istanze di sicurezza che nascono dalla modernità, risposta per vero squisitamente populista e forse destinata al fallimento, come le precedenti, in ragione della patologica carenza di mezzi amministrativi e giudiziari che da sempre affetta il nostro Paese.

In una logica securitaria, si è voluto colpire l'immigrato in quanto nemico dell'ordine pubblico e della sicurezza sociale, recuperando così categorie penalistiche proprie di situazioni emergenziali a fronte di un fenomeno che, in realtà, risulta connaturato alle odierne dinamiche sociali.

Se la riflessione si fosse arrestata a questo stadio, avremmo concluso che il legislatore aveva *preso in prestito* dal diritto penale quelle categorie dogmatiche necessarie alla creazione di un reato tanto odioso, quanto evocativo di una risposta statuale che, come sostiene autorevole dottrina, arriva tardiva e si rivolge ai derelitti del mondo, che non abbiamo saputo prima aiutare a casa loro e che ora respingiamo in ossequio a strategie politiche neppure tanto recondite.¹⁴⁶

Ma il diritto penale è anche e soprattutto terreno di elezione e di composizione del conflitto multiculturale e si offre a questo compito con la complessità dei suoi strumenti, destinati, grazie ad un processo di adeguamento ormai prossimo, a permettere forme accettabili di convivenza sociale. Il diritto penale che, come è ben noto, costituisce il limite più alto alle indiscriminate pretese punitive dello Stato, sarà in grado di recepire e regolare i conflitti culturali, cui per sua natura la società contemporanea è ormai esposta. Un diritto penale che si rapporti alle *norme di cultura* in modo

¹⁴⁵ L. BACCELLI, *I diritti dei popoli, Universalismo e differenze culturali*, Bari, 2009, p. 108; A. FACCHI, *Prospettive attuali del pluralismo normativo*, in *Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* in <http://juragentium.unifi.it/surveyes/rights/facchi.htm>

¹⁴⁶ F. MANTOVANI, *Criminalità sommersa*, cit., p. 1213

diametralmente opposto rispetto alla concezione di coloro i quali ne auspicano un ruolo pedagogico.¹⁴⁷

Già Immanuel Kant nella *Metafisica dei costumi*, sosteneva che il diritto penale non potesse “strumentalizzare gli individui per affermare i fini dell’ordinamento”¹⁴⁸. Esso è chiamato dunque a tutelare valori che la comunità ha già espresso e sedimentato, e non già ad imporne di nuovi con la minaccia della sanzione.

Si tratta, infine, di chiedersi se sia davvero imprescindibile l’utilizzo dello strumento penalistico per tutelare beni giuridici nascenti da fenomeni legati all’immigrazioni ed alle tensioni multiculturali.

Sembrerebbe proprio di no.¹⁴⁹

Se sacrificiamo ogni logica populistica, appare davvero sproporzionata la scelta dell’ intervento di natura penale in talune materie che dovrebbero essere affidate a strumenti diversi, quali un consapevole dialogo sociale, un incremento di possibilità lavorative, una maggiore coercizione della frequenza scolastica ed infine una maggiore educazione alla legalità di cui oggi non vi è più traccia. Una *Paideia* comune assicura, meglio di qualunque ricorso alle armi o a sanzioni esemplari “permette di presidiare le mura della città democratica e le libertà democratiche che la caratterizzano”.¹⁵⁰

Questi sembrano essere gli strumenti che realizzano l’integrazione culturale, a fronte dei quali l’espulsione dello straniero costituisce la risposta frettolosa di una società immatura, non in grado di sviluppare una comune e condivisa coscienza sociale cui gli immigrati possano essere parte.

Il diritto penale non educa, né tanto meno assolve a questa funzione la detenzione carceraria o il soggiorno (oggi prolungato) nei Centri di identificazione.

In realtà, occorrerebbe proprio avviare un processo educativo che porti all’affermazione di una uguaglianza fondata sul comune riconoscimento e rispetto dei diritti fondamentali all’interno di un contesto che Rawls avrebbe chiamato “società

¹⁴⁷ G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in AA.VV. (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, Monaco di Baviera, 2009, p. 177-192

¹⁴⁸ G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche*, cit. 177; G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*. In A. BERNARDI – B. PASTORE - A. PUGIOTTO, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi*, cit., pp. 181 e ss. Altresì v. L. HERRERA MORENO, *Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina*, en *Rev. Derecho Penal*, 5, 2002, p. 40

¹⁴⁹ G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche*, cit. 177; A. BERNARDI, *Società multiculturali*, cit., p. 98

¹⁵⁰ B. SPINELLI, *Ricordati che eri straniero* Bologna 2005, 28. In proposito anche F. MERLO, *Il grande alibi*, cit. il quale afferma che “Tutti sanno che è fatta di scuola l’Unità d’Italia che andiamo a celebrare. Da Bolzano a Cefalù è di nuovo la scuola che deve unire italiani ed immigrati, la scuola che è già stata usata contro il regionalismo in chiave religiosa ed antropologica e contro le vecchie lingue strutturate, contro i dialetti.”

gerarchica decente".¹⁵¹ La misura di tale decenza risiede nell'esistenza di una "gerarchia di consultazione", un metodo nel quale le decisioni, a livello locale e statale vengano prese solo dopo aver ascoltato le ragioni di tutte le voci discordanti e dunque anche quelle legate alle minoranze etniche.

Tutto questo per continuare a credere nei valori che hanno portato altresì alla creazione della Comunità Europea, tra i quali si annovera il diritto delle minoranze, all'interno di una "società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà",¹⁵² evitando di incorrere nel rischio, sempre meno latente, di divenire una società xenofoba.

IL REATO DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO FRA "DIRITTO PENALE DEL NEMICO" E "MULTICULTURALISMO"

L'articolo offre un esame dei più stringenti problemi legati all'introduzione, nell'ordinamento italiano, del reato di immigrazione clandestina, attraverso la Legge 94 del 15 luglio 2009. Il lavoro muove dall'esame delle ragioni poste alla base della nuova e più grave incriminazione. L'immigrato clandestino viene considerato un pericolo per l'integrità dello Stato solo perché ha fatto ingresso (o permane) nel territorio italiano in spregio alle disposizioni legislative. A dire il vero, il delitto non sanziona un fatto, quanto una condizione personale, tanto da poter essere considerato quale manifestazione del diritto penale del "tipo di autore". Così, l'ordinamento ha reagito al fenomeno dell'immigrazione clandestina con la creazione di una fattispecie incriminatrice assimilabile al "Diritto penale del nemico". Ma questa non può essere la risposta corretta soprattutto dinanzi all'inarrestabile fenomeno migratorio che impone complesse soluzioni, soprattutto in ragione dell'influenza del multiculturalismo sui paradigmi classici del diritto penale. I delitti culturalmente orientati richiedono un nuovo sforzo dogmatico che non può risolversi nella creazione di strumenti legislativi preclusivi di una proficua integrazione sociale.

Parole chiave: Reato di immigrazione clandestina. Diritto penale "del tipo di autore". Diritto penale del nemico. Multiculturalismo.

THE CRIME OF ILLEGAL IMMIGRATION IN ITALIAN LEGAL SYSTEM BETWEEN CRIMINAL LAW OF THE ENEMY" AND "MULTICULTURALISM"

Abstract: This article presents the most dramatic problems connected with the crime of illegal immigration introduced by Law n. 94 of 15 July 2009. The work begins with an examination of the most important political reasons related with this sanctionatory worsening. The illegal migrant represents a danger for the integrity of the State simply

¹⁵¹ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994, pp. 5 e 140; L. BACCELLI, *I diritti dei popoli* cit., p.

61

¹⁵² Art I-2 del Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, Roma 29.10.2004. Così anche A. BERNARDI, *Società multiculturale*, cit., 97

because he got (or remains) in Italy in violation of Immigration Law. To tell the truth the crime doesn't seem to repress a fact but a personal condition and it can be considered a display of "type of author" criminal law. Italian legal system reacted against the illegal immigration emergency creating a crime clearly referable to the "Criminal law of the enemy". But this can't be the right answer before the unrestrainable phenomenon of migration. It imposes complex solutions especially because criminal law is now facing the influence of the multiculturalism on its traditional structure. The multicultural crimes and defenses call for a new dogmatic effort which can't be reduced at closing any opportunity of social integration.

Keywords: Crime of illegal immigration. Criminal law of the "type of the author". Criminal law of the enemy. Multiculturalism.

EL DELITO DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO, ENTRE "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO" Y "MULTICULTURALISMO"

Resumen: El artículo plantea un examen de los mas dramáticos problemas legados al nuevo delito de inmigración clandestina, introducido por la Ley 94 de 15 julio 2009. Se inicia el trabajo con un examen de las fundamentales razones políticas de este agravamiento sancionatorio. El inmigrado clandestino representa un peligro para la integridad del Estado simplemente porque ha ingresado (o permanece) en Italia, violando la Ley de inmigración. A decir verdad, el delito no parece sancionar un hecho, cuanto una condición personal y puede ser considerado como una manifestación del derecho penal de autor. El derecho penal italiano ha reaccionado contra la emergencia de la inmigración clandestina creando un delito que claramente constituye una forma de Derecho penal del enemigo. Esta no puede ser la correcta respuesta frente al imparable fenómeno de la inmigración que impone complejas soluciones, sobre todo porque el derecho penal está afrontando el problema de influencia del multiculturalismo sobre sus paradigmas clásicos. Los delitos culturalmente influenciados necesitan de un nuevo esfuerzo dogmatico que no puede coincidir con la creación de un obstáculo a las oportunidades de una verdadera integración social.

Palabras clave: Delito de inmigración clandestina. Derecho penal de autor. Derecho penal de enemigo. Multiculturalismo.

Artículo recibido: 30.6.2012

Artículo aceptado: 30.9.2012