

ROSA MARIA VADALÀ

**Dalla *crimmigration* alla *victimigration* oltre i
confini territoriali:
il migrante “vulnerabile legale”**

Il lavoro analizza lo statuto penale del diritto dell'immigrazione quale fonte di una condizione di “vulnerabilità legale” del migrante. Questa condizione deriva sia dalla peculiare struttura delle fattispecie che si analizzeranno, sia dagli intrecci con le misure amministrative di detenzione e di respingimento, e sembra trovare solo nel processo possibili correttivi, quale luogo di personalizzazione del migrante.

From crimmigration to victimigration beyond territorial borders: the ‘vulnerable legal’ migrant.

The paper analyses the criminal immigration law as a source of a condition of ‘legal vulnerability’ of the migrant. This condition derives both from the peculiar structure of the offenses that, in particular, consider migrant as author, and from the connections with the administrative measures of detention and rejection. It seems to find possible corrective measures only in the trial, as a ‘legitimate’ place of personalisation of the migrant.

SOMMARIO: 1. Breve premessa sul diritto italiano della *crimmigration*. – 1.1. La prospettiva d’indagine: il diritto penale della *victimigration*. – 1.2. Sulla “vulnerabilità legale” del migrante nell’eccezionalità del diritto penale dell’immigrazione. – 2. I reati del migrante vittima dimenticata in balia delle ragioni amministrative di controllo dei flussi. – 2.1. Centri di detenzione amministrativa in Albania: altro epilogo della criminalizzazione procedurale. – 3. La giurisprudenza correttiva in nome della sicurezza dei migranti e dell’offensività dei fatti di reato. – 3.1. Il processo quale *locus* di personalizzazione del migrante. – 4. The *migrant’s smuggling* aggravato dalla morte del migrante: la conferma degli eccessi della *victimigration*.

1. *Breve premessa sul diritto penale italiano dell’immigrazione.* La protezione delle frontiere attraverso il diritto penale è un tema caldo del dibattito italiano non solo dottrinale, ma prima di tutto politico, che è ritornato alla ribalta della cronaca a causa della messa in funzione dei centri italiani di detenzione amministrativa in territorio albanese per migranti imbarcati su mezzi delle autorità italiane, anche a seguito di operazioni di soccorso, all’esterno del mare territoriale della Repubblica o di altri Stati membri dell’Unione europea¹. La disciplina italiana in materia di diritto per il contrasto all’immigrazione ir-

¹ Così art. 1, co. 2 della L. 21 febbraio 2024, n. 14, di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023.

regolare si presenta, in particolare, fortemente condizionata dal diritto europeo², dagli interventi della giurisprudenza nazionale³ e sovranazionale⁴ ed è intrecciata, fino a confondersi, con la disciplina amministrativa, rispetto alla quale si pone in un rapporto simbiotico asimmetrico perché in funzione del suo rafforzamento⁵.

Con quest'ultima condivide la medesima collocazione nel d.lgs. n. 286 del 25

² Il c.d. *Facilitators Package* prevede con la direttiva 2002/90/CE la nozione “europea” di traffico di migranti e con la decisione quadro 2002/946/GAI il relativo obbligo di incriminazione. In proposito sui contenuti di questi atti e sui vincoli che ne derivano cfr. ZIRULLA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2023, 29 ss. Sul recente pacchetto di proposte legislative adottato a novembre 2023 dalla Commissione europea e composto dalla proposta di direttiva, che stabilisce regole minime per la prevenzione e il contrasto del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali nell'Unione, e dalla proposta di regolamento sul rafforzamento della cooperazione di polizia nel settore della prevenzione e dell'accertamento del traffico di migranti e della tratta di esseri umani e delle relative indagini, vedi LICASTRO, *Traffico di migranti: brevi spunti sulle proposte recenti di prevenzione e contrasto presentate dalla Commissione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2024, 1, 122 ss.

³ La Corte costituzionale è stata chiamata più volte a vagliare la legittimità delle disposizioni di diritto penale dell'immigrazione, in questa prospettiva non possono non essere richiamate: 1. la sentenza del 5 luglio 2010, n. 249, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'aggravante soggettiva della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11 bis c.p.; 2. la sentenza del 5 luglio 2010, n. 250, con cui, invece, è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale del reato di clandestinità sul presupposto che non si penalizza la mera condizione personale e sociale di clandestino, ma l'ingresso e la permanenza sul territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del Testo Unico sull'immigrazione; 3. ed infine, la sentenza del 10 marzo 2022 n. 63, che ha dichiarato l'illegittimità della circostanza aggravante del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare dell'utilizzo di «servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti». Senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia per l'analisi critica delle prime due sentenze citate e all'ampio corredo bibliografico di supporto a RISCATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 25 ss; sulla terza sentenza vedi ZIRULLA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano aiuto per finalità solidaristiche*, in *www.sistemapenale.it*, 23 marzo 2022; SICCARDI, *La sentenza n. 63 del 2022: un'occasione per riflettere sulla proporzionalità della pena e sul ruolo degli amici curiae*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 486 ss.

⁴ Il richiamo è qui operato in particolare alle sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea nei casi *El Dridi* e *Achughbadian*, che hanno dichiarato incompatibili con la direttiva rimpatri 2008/115/CE le norme nazionali che puniscono con la reclusione lo straniero che soggiorni irregolarmente. Per un commento su entrambe le pronunce vedi SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1436 ss.; specificamente sulle ricadute della sentenza *El Dridi* nell'ordinamento italiano, che prevedeva all'art. 14, co. 5-ter TU Imm. la pena detentiva per lo straniero espulso che non avesse ottemperato all'ordine di allontanamento, VIGANÒ-MASERA, *Addio articolo 14: nota alla sentenza el Dridi della Corte di Giustizia Ue in materia di contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista AIC*, 2011, 3, 8 ss.

⁵ SPENA, *Il «gelo metallico dello Stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 2, 455.

luglio 1998, denominato «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» (di seguito TU Imm.). Alla luce delle riforme varate a partire dal 2008 in poi, il TU Imm. si è via via allontanato dai principi che lo avevano ispirato⁶, manifestando una chiara impronta populista⁷: le fattispecie penali sono state adottate per «rassicurare la collettività rispetto a paure e allarmi sapidamente indotti o enfatizzati da campagne politico-mediatiche»⁸.

Queste disposizioni, coerentemente con la strategia di *crimmigration*⁹ diretta ed indiretta, di cui sono espressione, appaiono differenziabili fra quelle riferibili all'immigrato irregolare e quelle previste per il favoreggiatore del primo.

In entrambi i casi viene in rilievo la necessità di assicurare il necessario equilibrio tra logiche antitetiche: fra «l'universalismo dei diritti umani e il particolarismo della cittadinanza»¹⁰, tra le esigenze di controllo dei flussi migratori¹¹ e

⁶ NIRO, *Spunti sul diritto speciale del migrante e l'eclissi dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2021, 1, 205.

⁷ CAPUTO, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, a cura di Giovanetti-Zorzella, Milano, 2020, 172.

⁸ Così RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 75. Analogamente MANNA, *Le fattispecie criminose in materia di immigrazione clandestina fra Corte costituzionale e Sezioni Unite penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 12, 1646.

⁹ SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, 2, 496, definisce come tale, riprendendo un'espressione angloamericana, l'intreccio fra «logica criminalizzante ed efficientismo amministrativistico nel perseguimento di quello che sembra essere ormai diventato l'obiettivo cruciale delle politiche migratorie di molti paesi occidentali, ossia l'esclusione dello straniero (qualificato come) indesiderabile». Per GATTA, *La pena nell'era della crimmigration: tra Europa e Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 680, la *crimmigration* si esprime in tre strategie politico-criminali: a) la previsione di conseguenze penalistiche per violazioni del diritto dell'immigrazione; b) l'irrogazione di misure amministrativistiche commesse a condanne penali; c) il ricorso a misure privative o limitative della libertà personale di tipo penalistico nell'ambito del diritto dell'immigrazione.

¹⁰ PULITANÒ, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, atti del dibattito promosso nell'ambito della Associazione Italiana di Professori di diritto penale sul tema dell'uso simbolico del diritto penale, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016, 4.

¹¹ Considera il controllo dei flussi, come bene giuridico protetto dal reato d'ingresso e soggiorno illegale fissato dall'art. 10 bis del TU Imm., Corte cost. n. 250/2010, § 6.3, in www.cortecostituzionale.it. Per la Corte attraverso la protezione di questo bene si attua la tutela in via anticipata di beni giuridici finali di rilievo costituzionale come la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico. La dottrina fin dai primi commenti è stata particolarmente critica su questa concezione, in questo senso, senza alcuna pretesa di esaustività, vedi CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, 1195 ss.; CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. dir.*, 2013, 1, 17 ss.; PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self-restraint della Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2010, 147 ss.

l'esercizio del diritto di asilo¹² e degli obblighi internazionali di soccorso in mare¹³, nonché in generale la legittimità di forme di aiuto per ragioni umanitarie¹⁴.

Relativamente ai reati previsti a carico del migrante¹⁵ questo equilibrio non sembra essere stato raggiunto, considerato che sono stati etichettati quale «diritto penale speciale sotto un duplice profilo: innanzitutto perché è un diritto penale non del fatto, ma dell'autore, come evidenzia lo sviluppo della disciplina; in secondo luogo, il controllo penale, anche laddove si fonda sull'offesa a beni giuridici tangibili e meritevoli di tutela, si presenta in forma potenziata attraverso una risposta sanzionatoria potenziata»¹⁶.

I due fattori di specialità si traducono in violazioni tanto del principio di colpevolezza quanto di quello di offensività, rilevando una strumentalizzazione della condizione del migrante per ragioni, quelle del controllo dei flussi migratori, che sarebbero difficilmente conciliabili con la funzione della pena¹⁷ e che sarebbero richiamate per giustificare in realtà norme illegittime perché discriminatorie¹⁸.

1.1. *La prospettiva d'indagine: il diritto penale della victimmigration.* Alla verifica di questi profili d'illegittimità saranno rivolti i paragrafi che seguono,

¹² MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di Militello-Spena, Torino, 2018, 32.

¹³ CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 2022, 4, 55-56.

¹⁴ Su queste ragioni in una prospettiva di revisione delle disposizioni europee sull'incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vedi ZIRULLA, *Giornata mondiale del rifugiato: l'occasione per avviare un dibattito sulla depenalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare per ragioni umanitarie*, in www.sistemapenale.it, 20 giugno 2024.

¹⁵ Sono previsti, in particolare, quattro reati: la contravvenzione d'ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato (art. 10-bis TU Imm.); il delitto d'inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio dello Stato (art. 14 c. 5-ter e c. 5-ter e 5-quater TU Imm.); i delitti di reingresso nel territorio dello Stato rispettivamente dopo un'espulsione amministrativa e dopo un respingimento alla frontiera (art. 10, c. 2-ter e 2-quater, e art. 13, c. 13 e 13-bis, TU Imm.).

¹⁶ Così PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2011, 2, 274.

¹⁷ CRUPI, *Alla ricerca dell'uguaglianza nella regolamentazione penale della clandestinità: un principio a struttura inversa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, 3-4, 852.

¹⁸ CRUPI, *Alla ricerca dell'uguaglianza nella regolamentazione penale della clandestinità: un principio a struttura inversa*, cit., 862. Discorre espressamente della criminalizzazione della clandestinità quale diritto penale della disuguaglianza RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 23.

partendo però dalla considerazione che un diritto penale che guarda al migrante principalmente come autore di reato è frutto di una concezione antagonista dell' "altro": il migrante, ancorché "vittima" dei traffici di sedicenti scafisti o delle torture che avvengono nel corso della traversata o peggio ancora nei centri di detenzione libici in cui può essere riportato¹⁹, in quanto straniero è percepito come un nemico esclusivamente da respingere o espellere.

Il processo di *crimmigration* innesca quello che è stato definito un processo di *victimigration* in cui la criminalizzazione dello *status* di migrante genera processi di vittimizzazione secondaria, che consistono nella maggiore esposizione dei migranti irregolari non solo a forme di sfruttamento lavorativo²⁰ o sessuale²¹, ma anche agli stessi reati comuni²². La dottrina penalistica ha indagato il processo di *victimigration* come fattore ostativo all'accesso alla giustizia da parte del migrante irregolare che desiste dalla denuncia in conseguenza dell'esposizione alle ripercussioni che potrebbero discendere dalla rivelazione del proprio *status*²³ e rispetto alle quali risulta del tutto insufficiente il sistema dei permessi speciali di soggiorno²⁴.

Parte della *victimigration* è stata considerata, invece, in prospettiva criminologica, quale criminalizzazione della solidarietà, l'esposizione a conseguenze

¹⁹ Sugli accordi tra l'Italia e la Libia sulla cooperazione della Guardia libica per riportare indietro i migranti, nonostante la consapevolezza dei trattamenti inumani e degradanti praticati nei centri di detenzione libica, v. CAVALIERE, *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege delenda*, in www.laegislazionepenale.eu, 21 luglio 2020, 6. Sulle gravi violazioni dei diritti umani e finanche di sparizioni forzate dei migranti e rifugiati detenuti dalle autorità libiche vedi la denuncia degli *Special Rapporteurs* delle Nazioni Unite all'Alto Commissariato per i Diritti Umani del 2 maggio 2023.

²⁰ Sui rapporti tra favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, tratta e sfruttamento del lavoro del migrante vedi STOPPIONI, *Tratta, Sfruttamento e smuggling: un'ipotesi di *linium regundorum* a partire da una recente sentenza*, in www.laegislazionepenale.eu, 24 gennaio 2019; SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 4, 525-530.

²¹ Specificamente sui rischi di sfruttamento di questo tipo per migranti donne o minori cfr. NAZZARO, *Smuggling of migrants e trafficking in persons alla luce della L. 5 maggio 2023, n. 50: spunti di riflessione sui soggetti «altamente vulnerabili»*, in *Cass. pen.*, 2024, 5, 1673.

²² DEL RE-SHEKWAT, *Crime and Victimhood in a Globalized World Order*, in *Riv. criminol. vittimol. sic.*, 2018, 3, 56.

²³ TAVERRITI, *«Gimme Shelter»: The Right to Silence for Silenced Migrant Victims*, in *Dir. pen. cont.*, p. 229. In questa prospettiva già MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1, 21

²⁴ SCOLETTA-TAVERRITI-VITARELLI, *SAFE REPORTING. L'accesso alla giustizia per le vittime di reato con status migratorio irregolare in Italia: percorsi di denuncia sicura nella città di Milano*, in www.safereporting.eu, 9 ottobre 2023, 13 ss.

penali per l'attività che le organizzazioni non governative (ONG) prestano nel Mediterraneo, troppo spesso scenario di morte²⁵. Le ragioni di questo esito sono riferite, in particolare, al tentativo di fare così desistere le ONG dall'attività di soccorso che svolgono, abbandonando irresponsabilmente il migrante ad un destino funesto²⁶.

Cercando d'integrare entrambe le prospettive d'indagine, penalistica e criminologica, qui sinteticamente delineate, la *victimmigration*, ad avviso di chi scrive, assume- alla luce della peculiare struttura delle fattispecie che si analizzeranno e degli intrecci con le misure amministrative di detenzione e di respingimento- una valenza ulteriore e diversa.

Si assiste alla ricezione normativa ed al riconoscimento giurisprudenziale della legittimazione di una risposta penale sproporzionata²⁷ e per questo non semplicemente accrescitiva, ma generativa di una condizione "legale" di vulnerabilità del migrante-reo²⁸, che si ripercuote finanche sul piano processuale «avviando uno schema dei rapporti tra l'individuo e il pubblico potere che resta estraneo alle dinamiche costituzionali e convenzionali, offendendo i diritti di chi sia toccato da siffatto trattamento»²⁹.

1.2. Sulla "vulnerabilità legale" del migrante nell'eccezionalità del diritto pena-

²⁵ L'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), come risulta dai dati disponibili presso il relativo sito istituzionale, ha stimato a marzo 2024 che sarebbero state nel 2023 3.129 le persone che avrebbero perso la vita o sarebbero dispersi nel Mediterraneo, la quale costituisce di conseguenza la rotta più letale con il bilancio più alto di morte registrato dal 2017.

²⁶ VARONA MARTÍNEZ, *Victimmigration and the role of bystanders: mirrors to imagine the other and identify dehumanizing policies*, in *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, 2020, 5, 1 ss..

²⁷ TAVERRITI, *Victimmigration and the role of bystanders: mirrors to imagine the other and identify dehumanizing policies*, cit., 16. Per l'Autrice «*The creation of rightlessness goes in parallel to the proclamation of some states of being guardians of human rights in a selective manner*».

²⁸ Definisce questo termine come "parola-contenitore" PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, 6-7, per cui costituirebbe «categoria euristica che apre ad una questione di senso, rinviando alla comprensione delle "cose umane". È universale, in quanto espressione della finitezza e della fragilità proprie degli esseri umani, ma è anche particolare, in quanto vissuta nella concretezza esistenziale e influenzata da molteplici elementi contestuali [...] Peraltro, è proprio il suo configurarsi come dato esperienziale legato alle dinamiche dell'interazione che permette di spiegare il passaggio dall'universale al particolare».

²⁹ Così TRAPELLA, *La vittima della legalità violata. Spunti in tema di vulnerabilità*, in *Arch. pen. web*, 2023, 1, 6, che attribuisce una condizione di vulnerabilità legale a chi subisce un processo ingiusto perché eccentrico rispetto ai parametri imposti dalle leggi sul rito o viene condannato ad una pena segnata da un ingiustificato tasso di afflittività.

le dell'immigrazione. La vulnerabilità è espressione che richiama una condizione di debolezza, che appare riferibile con una certa immediatezza alle moderne sembianze della vittima in senso proprio. Sia, infatti, che si adotti la visuale europea, che identifica la vittima con il soggetto direttamente o indirettamente pregiudicato dal reato, sia quella dogmatica, che guarda al soggetto titolare del bene offeso³⁰, questo concetto rimanda ad un bisogno particolare di protezione mediante il diritto penale.

Questo bisogno emerge chiaramente quando, per ragioni che sono già apprezzabili in astratto o in forza delle peculiari manifestazioni in concreto del fatto di reato³¹, la rilevanza penale o l'entità del trattamento sanzionatorio sono influenzati dalla qualità della vittima e dai legami di subalternità rispetto all'autore³².

Il diritto penale recente non si è arrestato a questo stadio, creando, sulla scia della risonanza mediatica di determinati fenomeni e di politiche securitarie sovranazionali³³, «sottosistemi soggetti a regimi differenziati sia sotto il profilo sostanziale che processuale»³⁴, i quali hanno finito per superare i limiti consentiti alla tutela della vittima nel diritto penale³⁵.

In particolare, a fronte dell'emersione di supervittime, es. i minori o le donne³⁶, e della categoria delle vittime potenziali, quali titolari del diritto fondamentale alla sicurezza³⁷, lo statuto penal-processuale è divenuto modulabile in funzione del tipo di fatto o del tipo di autore. Nel primo caso l'equazione delitto/fenomeno genera fattispecie ad impronta criminologica-casistica o propriamente "contenitori", adattabili a posteriori alle dinamiche

³⁰ Su questa duplice visione vedi VENTUROLI, *Vittima. Profili di diritto penale*, in *Treccani, Diritto on line*, 2017.

³¹ PAVAN, *Tutela penale della vittima nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, agg. VII, Torino, 2013, 5 della versione digitale consultata alla banca dati *one legale*, che richiama quali ipotesi del primo tipo le disposizioni sui reati sessuali che dispongono una protezione differenziata in base all'età della persona offesa, del secondo, invece, il reato di circonvenzione d'incapace.

³² DEL TUFO, voce *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, 1993, vol. XLVI, 999.

³³ MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 2, 913 ss.

³⁴ AMATI, "Crudele illusioni" e populismo vittimario, in *Dir. dif.*, 2023, 2, 302.

³⁵ VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, a cura di Venafro-Piemontese, Torino 2004, 23.

³⁶ PAVAN, *Tutela penale della vittima nel diritto penale*, cit., 4.

³⁷ VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *Arch. pen. web*, 2021, 1, 9-10.

dell'accertamento³⁸.

Nel secondo caso, a causa della prospettiva paternalistica vittimocentrica, il carattere modulabile dello statuto si traduce nella mobilità delle garanzie, innalzabili per la vittima ed abbassabili per l'autore³⁹.

Guardando specificatamente a quest'ultimo, la dottrina ha individuato, quale connotato di questo regime speciale dimidiato, la riduzione della tipicità, che si manifesta «mediante incriminazioni della mera violazione del precetto piuttosto che della lesione di un bene giuridico»⁴⁰, e l'inflizione sul piano della pena e del processo di trattamenti estranei alle regole⁴¹, che oltrepassano il limite qualitativo della dignità umana e quantitativo della proporzionalità⁴².

Premesso, che- come sarà esposto in seguito- al diritto alla sicurezza, quale *topos* ormai tristemente abusato⁴³, è riconducibile anche il fondamento assiologico del diritto penale dell'immigrazione, considerando esclusivamente quest'ultimo l'iperprotezione si traduce nella panpenalizzazione⁴⁴, configurando in termini rigidamente contrapposti il rapporto tra reo e vittima: da un lato il cittadino, dall'altro lo straniero.

A prescindere che lo si indentifichi o meno con il “nemico”⁴⁵, è questo rigido antagonismo che attraverso l'imposizione della massima protezione possibile del cittadino identifica il migrante reo quale soggetto “legalmente vulnerabile” perché destinatario di un regime penale eccezionale, riconducibile alle caratteristiche sopra rappresentate.

³⁸ SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 46, discorre di definizione d'illiceità a *posteriori* per il concorso esterno in associazione mafiosa.

³⁹ MAGGIO, *Giustizia penale e tratta di esseri umani: i risvolti processuali della “vulnerabilità”*, in *Riv. med. leg.*, 2017, 2, 694.

⁴⁰ VENTUROLI, *La “centralizzazione” della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, cit., 26.

⁴¹ TRAPPELLA, *La vittima della legalità violata. Spunti in tema di vulnerabilità*, cit., 29.

⁴² ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2, 723.

⁴³ Cfr. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558.

⁴⁴ AMATI, *“Crudeli illusioni” e populismo vittimario*, cit., 393.

⁴⁵ *Contra* BRANDARIZ GARCIA, *Controllo dei migranti e Diritto (penale) del nemico. Note su esclusione e inclusione in Spagna*, in *Studi sulla questione criminale*, 2012, 2, 31 ss. Su caratteristiche e contenuti del diritto penale del nemico dall'elaborazione che si deve Jakobs e quale paradigma concettuale della politica penale DONINI-PAPA, *Diritto penale del nemico*, Milano, 2007, *passim*. Critico non tanto su questo paradigma, ma sulle speculazioni dottrinali perché sarebbero state frutto di una comprensione errata e di una non adeguata meditazione sul messaggio che «le cariche emotive di certe espressioni possono trasmettere al lettore sprovveduto», PAGLIARO, *«Diritto penale del nemico»: una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, 6, 2460 ss.

La “vulnerabilità legale” che è qui sotto osservazione è l’antitesi sia della debolezza tipica della vittima, sia di quelle forme di necessità e bisogno o quantomeno di pressione psicologica che possono operare in funzione scriminate della condotta del reo.

Indica quel processo di legittimazione dell’inflizione mediante la pena di un pregiudizio superiore, il quale sembra ad una prima visione trovare “alleati” nella struttura delle relative fattispecie riferibili al migrante.

A prescindere dalla condivisibilità della concezione del diritto penale del nemico come diritto penale dell’autore, la loro strutturazione come reati propri impone di vagliare la valenza che la qualifica soggettiva ha rispetto al contenuto di disvalore del fatto materiale⁴⁶. La riemersione di un pericoloso *Tätertyp*⁴⁷ sussiste laddove il reato scivola nella mera violazione di un dovere di fedeltà. Nel caso di specie questo dovere ha di per sé una rilevanza giuridica di tipo amministrativo, con la conseguenza che lo scivolamento prospettato finisce per dipendere essenzialmente dal rapporto che sussiste tra la tipicità penale e la trasgressione amministrativa. Prima di procedere a verificare questo rapporto, altro aspetto che deve essere messo in luce è l’indifferenza del modello legale alle modalità di violazione del dovere amministrativo, trattandosi di reati di mera condotta o di pericolo astratto o finanche presunto, che non sono sorretti da quel finalismo che li possa indirizzare verso una più pregnante materialità e lesività⁴⁸. In questa direzione incide anche l’assenza della previsione di circostanze attenuanti o di fattori scriminanti o scusanti appositi. Pur nel differente ruolo teleologico di cui sono portatori⁴⁹ e nella diversità dei piani concettuali, la fissazione, in particolare, di «limiti di tipicità e limiti scriminanti sembrano porsi come interscambiabili quanto al risultato finale della punibili-

⁴⁶ In generale sulla valenza dogmatica del rapporto tra qualifica e disvalore del fatto vedi VENAFFRO, voce *Reato proprio*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 1996, 3 della versione digitale consultabile alla banca dati *one legale*.

⁴⁷ Sull’origine di questo concetto e la sua applicazione nel diritto penale della Germania nazista BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 29 ss.; CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d’autore*, Padova, 1967, 7 ss.

⁴⁸ Sulla possibilità che, in assenza di questo finalismo, reati, come di mera condotta o di pericolo astratto, possano comunque assumere veste contravvenzionale cfr. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 31 della versione digitale consultabile alla banca dati *one legale*.

⁴⁹ Cfr. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, 58 ss.

tà»⁵⁰. Nello specifico, essi operano una delimitazione-specificazione del fatto di reato, contribuendo alla definizione della modalità di lesione punibile⁵¹ in coerenza ordinamentale non solo con altri interessi, ma anche con le libertà costituzionali.⁵²

A questa funzione se ne aggiunge una ulteriore: possono dare spazio a quella trama variabile di relazioni tra migrante e il suo “vettore di viaggio”, facendo emergere tutte quelle ipotesi intermedie tra il favoreggiamento dell’immigrazione irregolare e la tratta, connotate da una “compromissione” della libera autodeterminazione del migrante⁵³.

Il riferimento corre a quei casi in cui il suo consenso al trasporto, che dovrebbe essere libero nel reato di clandestinità, sia inciso da forme di coercizioni, che, pur non tramutandosi necessariamente nell’assoggettamento del migrante agli scopi di sfruttamento illecito del terzo⁵⁴, rilevino una condizione di subordinazione offensiva della dignità umana anche se in termini diversi da quelli propri della tratta⁵⁵.

Di contro, il nostro legislatore ha preferito attribuire al migrante “favoreggiato” esclusivamente la duplice qualità di autore ed oggetto materiale del reato⁵⁶, non consentendo nemmeno che le circostanze che ne fanno emergere la condizione fattuale di debolezza nella relazione con il favoreggiatore (lett. c) del comma 3 dell’art. 12) rilevino anche ai fini della sua condizione di autore del reato “favorito”.

⁵⁰ Sul meccanismo giustificativo conforme a Costituzione si rinvia a PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 3, 1039 ss.

⁵¹ In questi termini con riferimento alle circostanze BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 50.

⁵² Sulla possibilità di porre a fondamento di nuove dimensioni giustificanti le libertà costituzionali a PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1046.

⁵³ Per PICOTTI, *I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana*, in *Dir. imm. citt.*, 2007, 59, è l’assenza di questo pregiudizio, insieme a quella del fine di cui all’art. 601 c.p., che distingue il favoreggiamento dell’immigrazione dalla tratta.

⁵⁴ PICOTTI, *I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana*, cit, 51, individua in questa destinazione della vittima della tratta il disconoscimento delle prerogative fondamentali della persona, che rimane alla mercè dei poteri di assoggettamento esercitati dall’agente.

⁵⁵ In questi termini, con riferimento all’influenza che la condizione di debolezza del migrante gioca nella relazione con l’organizzazione illegale che provvede al suo trasporto, MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, 104.

⁵⁶ Cfr. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 127.

Espressione di un rigido antagonismo di ruoli, che finisce per ricadere in senso pregiudicante sul migrante, è a monte la stessa porosità del confine tra favoreggiamento e tratta: non è in discussione la ragionevolezza di una loro differenziazione legale e nemmeno la possibilità di individuare fattori di risoluzione del loro eventuale concorso⁵⁷, ma la considerazione che la comunanza delle rotte e gli ingenti sbarchi, complicando l'identificazione delle vittime di tratta, contribuiscono alla vulnerabilità legale, sfociando necessariamente nell'attribuzione di reità⁵⁸.

Come messo in luce sul punto non pesano solo difficoltà oggettive, «la distanza tra procedure virtuose (codificate) e prassi (non sempre in linea con le affermazioni di principio) è generata dal conflitto tra due obiettivi contrapposti: da un lato, quello di contenere i flussi migratori in entrata; dall'altro, quello di proteggere i soggetti deboli delle migrazioni»⁵⁹.

Nell'assenza di un corredo anche solo scriminante o circostanziale, che faccia emergere il peso che la condizione di bisogno del migrante ha sulla sua azione quale frutto di una libera scelta⁶⁰, la prevalenza accordata ai primi assume i tratti dell'assolutezza, generando una denegata tutela alla persona.

A questa prevalenza contribuisce il modo in cui sono delineati i rapporti anche con il versante amministrativo procedurale. In proposito, il varco del migrante irregolare nel territorio dello Stato fa scattare una presunzione di "penalità", quale meritevolezza *ex se* di misure restrittive rispetto alle quali la

⁵⁷ Critico sulla tendenza della giurisprudenza a ricostruire i rapporti tra i due reati in termini di specialità CAPUTO, *Sui rapporti tra i reati di tratta di persone e di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in *Giur. it.*, 2022, 205 ss.

⁵⁸ ORLANDI-VALENTINI, *"Commercio di essere umani" e relative norme di contrasto nell'esperienza italiana*, in *www.discrimen.it*, 21 settembre 2022, 3.

⁵⁹ ORLANDI-VALENTINI, *"Commercio di essere umani" e relative norme di contrasto nell'esperienza italiana*, cit., p. 22, per cui «attraverso una gestione degli arrivi a dir poco "superficiale", specie per quanto riguarda la conduzione dell'intervista amministrativa destinata al migrante appena approdato. Tale intervista - uno dei cardini dell'approccio hotspot, poiché preposta a una prima classificazione tra migrante economico e richiedente protezione internazionale - non sempre viene condotta con la cura che, sulla carta, dovrebbe essere garantita all'interessato. In sostanza, anche a proposito della tutela delle vittime di tratta, la dinamica più ricorrente (pur non priva di virtuose eccezioni) somiglia molto a quella che investe i richiedenti asilo, tutelati sulla carta, ma molto meno in concreto».

⁶⁰ Per MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, cit., 107, sarebbe questo stato di bisogno che consentirebbe di rintracciare, pur in assenza di una completa sovrapposizione naturalistica tra i due fatti di reati, una sostanziale identità con prevalenza del reato più grave di tratta.

stessa regolarizzazione dello *status* assume una valenza *a posteriori* più che sanante o ripristinatoria, essenzialmente interruttiva.

Le ragioni di celere espulsione, che pongono in secondo piano come vedremo l'accertamento di responsabilità penale, confermandone la valenza politica stigmatizzante, passano da una rischiosa comunanza materiale dei percorsi votati all'accoglienza o al rimpatrio con meccanismi detentivi.

2. *I reati del migrante vittima dimenticata in balia delle ragioni amministrative di controllo dei flussi.* Entrando nel vivo delle disposizioni incriminatrici del TU Imm. unilateralmente dirette all'immigrato irregolare, si presentano come un reticolo disciplinare di polizia, amministrativo e penale⁶¹.

A livello penale, la regola è la pena pecuniaria, essendo la pena detentiva prevista solo per le fattispecie d'illecito reingresso in seguito a provvedimento di espulsione ex art. 13 TU Imm., commi 13 e 13 *bis*⁶², o di respingimento alla frontiera ai sensi dell'art. 10 TU Imm., commi 2 *ter* e 2 *quater*⁶³.

Fattispecie di questo tipo sono rimaste esenti dagli interventi riformatori adottati in seguito alla sentenza *El Dridi*⁶⁴, i quali hanno interessato il trattamento sanzionatorio del diverso delitto di omessa ottemperanza all'ordine di allontanamento disposto nei casi in cui non fosse stato possibile eseguire il rimpa-

⁶¹ CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 48.

⁶² Per comodità di consultazione si riporta di seguito il testo dei commi citati dell'art. 13 del T.U. Imm.: «Lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. La disposizione di cui al primo periodo del presente comma non si applica nei confronti dello straniero già espulso ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e b), per il quale è stato autorizzato il ricongiungimento, ai sensi dell'articolo 29. Nel caso di espulsione disposta dal giudice, il trasgressore del divieto di reingresso è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Allo straniero che, già denunciato per il reato di cui al comma 13 ed espulso, abbia fatto reingresso sul territorio nazionale si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni». Per un esame critico delle problematiche sollevate da questi reati si rinvia a MASERA, *Art. 13 D.Lgs. 1998, n. 286/1998*, in *Codice penale commentato*, tomo IV, a cura di Dolcini-Gatta, Milano, 2021, 1586 ss.

⁶³ In particolare, ai sensi dell'art. 10, comma 2-*ter*; in caso di trasgressione del divieto di reingresso, lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. Il successivo comma 2-*quater* prevede, invece, la pena della reclusione da uno a cinque anni per lo straniero espulso autore del reato di cui al comma 2-*ter* che fa nuovamente ingresso nel territorio dello Stato. Per la considerazione di queste fattispecie come sostanzialmente gemelle ai reati di cui alla nota precedente vedi ALBERTI, *Art. 10 D.Lgs. n. 286/1998*, in *Codice penale commentato*, cit., 1471.

⁶⁴ Per i relativi riferimenti si rinvia alla nota 4.

trio. La Corte di giustizia ha ritenuto contraria alla direttiva n.115 del 2008 (di seguito direttiva rimpatri) la previsione della pena detentiva prevista per detto reato, determinando, ancorché per ragioni efficientiste, la liberazione di migliaia d'immigrati che erano detenuti nelle carceri italiani⁶⁵.

In seguito alla riforma del 2011, è stata di conseguenza stabilita, per qualsiasi violazione delle misure disposte nel corso del procedimento amministrativo di esecuzione dei provvedimenti espulsivi, compreso l'inottemperanza senza giustificato motivo all'ordine di lasciare il territorio dello Stato ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter, TU Imm., la sanzione della multa, con previsione di livelli edittali differenti⁶⁶.

Ritornando alle fattispecie d'illecito reingresso, sia la Corte di cassazione⁶⁷, sia la Corte di giustizia⁶⁸, hanno ritenuto, invece, la pena detentiva conforme alla direttiva rimpatri in forza della circostanza che la condizione dello straniero irregolarmente rientrato in Italia non sia equivalente a quella dello straniero irregolare destinatario dell'ordine di allontanamento.

Come rappresentato in dottrina, questa differenziazione sarebbe fittizia poiché anche nel primo caso la previsione di pena detentiva antepone all'adozione della procedura di rimpatrio l'apertura del processo penale, compromettendo l'obbligo, stabilito all'art. 8 della direttiva, di procedere con

⁶⁵ Diffusamente sulle conseguenze discendenti dalla sentenza della Corte di Giustizia VIGANÒ, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14 co. 5 ter t.u. imm.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2011; FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 904 ss.; NASCIMBENE, *Immigrazione, Corte di giustizia e norme nazionali*, in *Corr. giur.*, 2011, 1337 ss.

⁶⁶ In forza delle modifiche apportate con il d.l. n. 89/2011, convertito nella l. n. 129/2011, il legislatore ha introdotto misure cautelari meno coercitive, che possono essere disposte in luogo del trattenimento in attesa del rimpatrio, qualora lo straniero sia in possesso di validi documenti di identità e non sia stato espulso in quanto socialmente pericoloso. Queste misure vanno dalla consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità all'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato ovvero a quello di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. La violazione anche solo di una di queste misure è punita con la multa da 3.000 a 18.000 euro, mentre per la trasgressione senza giustificato motivo, dell'ordine dello straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni la multa è punita con la multa da 10.000 a 20.000 euro.

⁶⁷ Si tratta di Cass., Sez. I, 25 maggio 2012, n. 35871, in *Cass. pen.*, 2013, 1184 ss., con nota di FAVILLI, *Il reato di divieto di reingresso alla luce della direttiva rimpatri*. Conforme a questa sentenza di recente Cass., Sez. I, 12 gennaio 2022, in *www.eurojus.it*, con nota del 16 marzo 2022 di COLOMBO.

⁶⁸ Corte di Giustizia, Sez. IV, 1 ottobre 2015, causa C-290/14, in *Europeanrights.eu*, 30 ottobre 2015 con nota di FERRARI, *Illecito ingresso dello straniero espulso dal territorio nazionale: la Corte alle prese con il passo del gambero*.

la massima celerità al suo allontanamento⁶⁹.

Alla luce di questa obiezione, che è condivisibile, le scelte di penalizzazione risultano poco conformi alle stesse ragioni efficientiste che dovrebbero ispirarle, oltre che difformi dai vincoli garantistici del diritto penale.

La problematica distanza dai canoni di *extrema ratio*, tassatività e determinatezza⁷⁰ emerge specialmente con riguardo al reato, manifesto della politica criminale in materia d'immigrazione, d'ingresso e soggiorno irregolare previsto dall'art. 10 *bis*⁷¹.

Ritenuto espressione di un diritto penale del nemico⁷², per questa contravvenzione non è prevista in maniera espressa alcuna ragione d'inesigibilità analoga al giustificato motivo del delitto di omessa ottemperanza all'ordine di allontanamento⁷³.

Nonostante ciò, è passata indenne al vaglio di legittimità costituzionale e all'opera di depenalizzazione richiesta dalla legge delega n. 67/2014⁷⁴: è stato

⁶⁹ MASERA, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 4, 255-256. Per l'Autore «La pena detentiva, in altri termini, è conforme alla direttiva se viene applicata dopo che la procedura amministrativa sia stata infruttuosamente esperita, ma non deve con essa interferire, perché altrimenti verrebbe frustrata la finalità della direttiva di garantire l'efficienza del sistema di rimpatri».

⁷⁰ SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, cit., 1450.

⁷¹ Sulla introduzione con la l. n. 94/2009 di questo reato e specificamente sulla rinuncia alla pena detentiva vedi MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 449.

⁷² Cfr. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 5. Per l'Autrice il diritto penale dell'immigrazione è da ascrivere a questo modello perché in esso è l'appartenenza a una categoria soggettiva che identifica l'autore, consentendo la degiurisdizionalizzazione del processo di applicazione della risposta sanzionatoria, la quale, a sua volta, è rivolta principalmente all'esclusione del nemico. Analogamente MASERA, *Il diritto penale "dei nemici" - La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 805 ss.

⁷³ L'omessa previsione dell'assenza di giustificato motivo almeno con riguardo alla condotta di permanenza irregolare è considerata come uno dei fattori da cui dipende la violazione da parte della fattispecie in esame dei principi di uguaglianza e ragionevolezza. In particolare, il ricorso a questa clausola non ha solo valore pleonastico, in quanto consente, come avviene per il reato d'inottemperanza all'ordine di allontanamento, di dare rilievo a quella condizione anche solo soggettiva d'inesigibilità. Così RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 37-38.

⁷⁴ Secondo quanto esposto nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 8/2016, «le ragioni politiche sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione vanno ricercate nel carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie in esame: per tali materie, in assenza di un intervento sistematico di più ampio respiro, lo strumento repressivo penale appare, invero, indispensabile ai fini della composizione del conflitto innescato dalla commissione dell'illecito». Sul contrasto di questa posizione con le scelte politico-criminali effettuate dall'organo parlamentare e le indicazioni derivanti dalla

ritenuto che il controllo del territorio- a tutela di valori di rango costituzionale e all'adempimento di obblighi internazionali prevalenti sulle ragioni di solidarietà- consenta la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole in cui quel controllo si esprime, rientrando nella discrezionalità del legislatore se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa⁷⁵.

Anche volendo riconoscere che il controllo dei flussi immigratori chiami in causa ragioni di sicurezza nazionale legittimanti il ricorso alla sanzione penale⁷⁶, è sul piano della sussidiarietà che questa legittimazione viene meno «in ragione della quasi totale sovrapposizione venutasi a creare tra illecito penale ed illecito amministrativo e della subordinazione della sanzione penale al raggiungimento di una finalità (l'allontanamento dello straniero irregolare) che è oggetto specifico della disciplina amministrativa»⁷⁷.

Entrambi gli aspetti si collegano alla peculiare formulazione della fattispecie, che può essere qualificata come esempio paradigmatico di un diritto penale "permeabile". Nello specifico, può essere definita come tale quella fattispecie che, in virtù del ricorso alle tecniche del rinvio e degli elementi normativi, è "penetrata" da concetti derivanti da discipline specialistiche anche di fonte sovranazionale. Queste discipline, che non hanno natura penale, non fissano obblighi di penalizzazione espliciti, come appunto la direttiva rimpatri, ma la conformità alle relative prescrizioni incide sul significato della fattispecie penale, definendone l'ambito di applicazione.

Se in generale queste tecniche impongono al giudice di stabilire in via preliminare «quale è stato sul fatto l'effetto della qualificazione operata da una norma extrapenale o addirittura extragiuridica»⁷⁸, l'aspetto qualificante e diffe-

società civile e dal mondo scientifico vedi RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Sist. pen.*, 2017, 2, 137. La Corte costituzionale con la sentenza 14 maggio 2024, n. 88 ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità della norma che esclude la depenalizzazione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.

⁷⁵ In questi termini il § 6.3 della sentenza della Corte cost., 5 luglio 2010, n. 250 per cui si rimanda alla nota 3 per i riferimenti bibliografici.

⁷⁶ GATTA, *La pena nell'era della crimmigration: tra Europa e Stati Uniti*, cit., 715.

⁷⁷ Così MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, 1392.

⁷⁸ PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Ind. pen.*, 1977, 368 ss.

renziale del diritto penale “permeabile” è costituito dal livello di condizionamento che la disciplina extrapenale opera sulla fattispecie e che appare tale da influenzarne la stessa autonomia concettuale e funzionale.

Con specifico riferimento alla contravvenzione in esame, «la disciplina amministrativa in tema di ingresso e soggiorno nello Stato, richiamata dalla legge penale (...) integra il precetto del reato di cui all’art. 10 *bis* perché, nel contesto di una norma penale parzialmente in bianco, individua le ipotesi di ingresso o trattenimento illegale»⁷⁹.

Non è solo un problema di dislocazione *ab externo* dei criteri d’identificazione del disvalore del fatto di reato, ma di criminalizzazione della mera disobbedienza, in funzione servente alla dimensione teleologica della disciplina amministrativa. Una conclusione di questo tipo trova conferma nella natura del reato in esame, che non è semplicemente proprio, ma anche esclusivo, indentificando il riferimento al soggetto qualificato non solo la condotta, ma anche l’intera offesa⁸⁰. Contro si potrebbe obiettare che il reato è ancora compatibile con un disvalore del fatto: come sostenuto dalla Corte Costituzionale la condizione di “clandestinità” non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma «conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita, esprimendone in termini di sintesi la nota strutturale di illiceità (non diversamente da come la condizione di pregiudicato per determinati reati deriva, salvo il successivo accertamento giudiziale, dall’aver commesso i reati stessi)»⁸¹.

Tuttavia considerare equivalente la condizione di pregiudicato e quello di migrante clandestino conferma, anziché emendare, i dubbi sulla sussistenza di una fattispecie di diritto d’autore “disobbediente”: la clandestinità non è il risultato della condotta, ma l’effetto dell’ascrizione di rilevanza penale ad un comportamento che, in mancanza del presupposto giuridico extrapenale dello *status* di straniero, sarebbe addirittura espressione di una libertà del singolo⁸².

⁷⁹ Testualmente GATTA, *Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, 1328.

⁸⁰ Per la definizione in questi termini di questa categoria vedi VENAFRO, voce *Reato proprio*, cit., 6.

⁸¹ Così il § 6.2 di Corte cost. 250/2010.

⁸² RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite nei confronti delle modifiche mediate della fatti-*

Per ragioni di opportunità politica criminale la funzione dell'art. 10 *bis* in esame si riduce ad elevare a reato, in assenza di fattori differenziali per qualità e grado, la trasgressione amministrativa. E sempre per ragioni di questo tipo il reato assume le sembianze di un reato inestinguibile (data l'esclusione dell'oblazione) e permanente, senza possibilità di ammettere profili d'inesigibilità non tanto della condotta d'ingresso, quanto di trattenimento.

Sul punto la questione chiama in gioco la funzione della stessa inesigibilità ed in particolare la tendenza a ritenerla fattore di riempimento della tipicità di condotte neutre⁸³.

Premesso che il fatto punito, tanto d'ingresso quanto di trattenimento, è già amministrativamente rilevante, ritenere che il carattere attivo della prima modalità basti per esprimere un disvalore univoco⁸⁴ significa ridurre la valenza differente e differenziale della tipicità penale e soprattutto svalutare il versante oggettivo a favore del soggettivo, rinunciando a quella visione integrata e teleologica di tutti gli elementi del fatto di reato.

Anche collocando l'inesigibilità sul terreno della colpevolezza⁸⁵, la previsione normativa espressa di fattori d'inesigibilità consentirebbe quella individualizzazione funzionale all'adozione di soluzioni giuste, riducendo la vulnerabilità legale del migrante in esame.

Analogamente, sul piano esimente, una considerazione organica del T.U. Imm. e specificamente delle condizioni ostative all'espulsione, previste dall'art. 19, potrebbe consentire, a prescindere da permessi speciali, di affermare l'irrelevanza penale dell'ingresso o della permanenza posti in essere in condizioni che si accomunino per *ratio* a quelle che precludono il respingimento.

Argomentare diversamente significa, di contro, legittimare quell'equivalenza, stigmatizzante in sé, della condizione d'immigrato e di criminale, di cui la stessa *victimmigration* si nutre.

specie penale, nota a Cass., Sez. un., 16 gennaio 2008, n. 245, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 3, 321.

⁸³ Critico su questa tendenza FORNASARI, voce *Inesigibilità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., X, Torino, 2018, 23 ss. della versione digitale consultabile alla banca dati *one legale*; ID., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, *passim*.

⁸⁴ Favorevole in questi termini ABUKAR HAYO *Il «giustificato motivo» della reiterata inottemperanza all'ordine di espulsione o allontanamento dal territorio nazionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 6, 5064 ss.

⁸⁵ Di quest'opinione, FORNASARI, voce *Inesigibilità*, cit., 26 ss.

2.1. *Centri di detenzione amministrativa in Albania: altro epilogo della criminalizzazione procedurale.* I dubbi sul piano del principio di *extrema ratio* che sono generati da questa sovrapposizione tra trasgressione amministrativa e reato sono confermati sul piano procedurale-sanzionatorio ed in generale dalle forme di raccordo tra il processo penale e il procedimento amministrativo⁸⁶.

Il reato d'ingresso o soggiorno si presenta in partenza «depotenziato»⁸⁷, essendo la pena principale dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro del tutto ineffettiva, dato lo stato d'impossidenza dello straniero: è evidente un uso del tutto simbolico del diritto penale per «esigenze di pura stabilizzazione del consenso sociale»⁸⁸. L'unica sanzione effettivamente applicata per questo reato è quella sostitutiva, peraltro più grave, dell'espulsione⁸⁹.

La Corte di giustizia, con la sentenza *Sagor*, ha ritenuto legittima la previsione della pena pecuniaria, richiamando il giudice nazionale alla disapplicazione delle disposizioni che ne consentano la conversione nell'obbligo di permanenza domiciliare, laddove ostino alla massima celerità dell'allontanamento dello straniero⁹⁰.

Alla luce di questa ragione giustificativa è stato ammesso anche il segnalato meccanismo sostitutivo. In particolare, limitando il ricorso all'espulsione alle situazioni in cui in base alla normativa europea sarebbe possibile realizzare immediatamente il rimpatrio⁹¹, per la Corte europea è l'indipendenza tra i due procedimenti, amministrativo e penale, e soprattutto la residualità del secondo rispetto al primo-derivante dall'obbligo del giudice penale, di emet-

⁸⁶ CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1498.

⁸⁷ SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, cit., 1455.

⁸⁸ Così Sessa, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, cit., 20.

⁸⁹ MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, cit., 452.

⁹⁰ Corte di giustizia UE, Sez. I, 6 dicembre 2012, nella causa C-430/11, in *Cass. pen.*, 2013, 5, con nota di CAPUTO, *La contravvenzione di soggiorno illegale dello straniero davanti alla Corte di Giustizia*, 1770 ss.

⁹¹ VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 dicembre 2012.

tere sentenza di non luogo a procedere per il reato di clandestinità alla notizia dell’emanazione di un provvedimento di espulsione-che impedisce che il reato di ‘clandestinità’ vanifichi l’effetto utile della Direttiva rimpatri⁹².

Pur qualificando l’espulsione come pena, la Corte di giustizia non ha ritenuto necessario richiamare anche il corredo delle garanzie inscindibilmente connesse allo statuto della sanzione penale, in questo modo contribuendo a quel processo di amministrativizzazione del diritto penale che rileva nella prospettiva di *victimmigration* qui adottata, quale regime ingiustificatamente deteriore per il migrante.

La superfluità di garanzie è ormai una costante tristemente nota di quel processo definito di criminalizzazione procedurale, vale a dire di ricorso, nelle diverse tipologie che sono via via emerse nelle prassi e solo successivamente normate⁹³, della detenzione amministrativa dell’immigrato irregolare che è in attesa di rimpatrio o di conoscere l’esito della domanda di asilo.

Si tratta di una misura che, pur essendo finalizzata a perseguire lo scopo, non penalistico, di procedere all’espulsione dello straniero, ha carattere punitivo: per autorevole dottrina è una vera e propria pena occulta e mistificata⁹⁴, che «delinea lo status dello straniero indesiderato, fintantoché questi si trovi sul territorio dello stato, come uno status di minorità giuridica e sociale»⁹⁵.

Questo *status* è stato accertato con riferimento alla detenzione presso gli *hotspot*⁹⁶, punti di crisi dove il trattenimento dovrebbe in teoria avvenire per fini identificativi, ma che, stante a quanto di recente statuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, costituiscono luoghi privi di una base giuridica chiara, dove i migranti finiscono per essere privati, a condizioni, peraltro, spesso di-

⁹² GATTA, *Il ‘reato di clandestinità’ (art. 10 bis T.U. IMM.) e la ‘Direttiva rimpatri’*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 febbraio 2012.

⁹³ DELLA BELLA, *Trattenimento*, in *Parole dal lessico di uno studioso. Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, vol. III, 1951 ss.

⁹⁴ RISICATO, *Le tossine del populismo penale e gli strumenti di contrasto: leggendo giustizia e politica di Luigi Ferrajoli*, in www.discrimen.it, 14 giugno 2020, 9.

⁹⁵ SPENA, *Il «gelo metallico dello Stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, cit., 457; VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1334 ss.

⁹⁶ Si tratta di centri dalle caratteristiche poco definite, dove i migranti vengono trattenuti sulla base dei presupposti più vari e per periodi di tempo diversi. Sull’origine ed evoluzione di questi centri vedi FELICI-GANCITANO, *La detenzione dei migranti negli hotspots italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sist. pen.*, 2022, 1, 47 ss.

sumane, della libertà personale, senza quel corredo di garanzie sostanziali e procedurali che deve accompagnarla⁹⁷.

L'esito a cui si giunge non è poi tanto diverso con riguardo al c.d. trattenimento presso i centri di permanenza per il rimpatrio, che è disposto ai sensi del primo comma dell'art. 14 TU IMM. dall'autorità di pubblica sicurezza, quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento.

Al pari dei punti di crisi, questi centri sono strutturalmente più simili a delle carceri, che a luoghi di accoglienza e assistenza, e sono stati definiti come una sorta di limbo giuridico⁹⁸ in cui il migrante può essere relegato per un periodo prorogabile superiore all'anno. La stessa Corte costituzionale ha riconosciuto che il trattenimento realizza quella «mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»⁹⁹.

Da questo riconoscimento avrebbe dovuto conseguire la declaratoria d'illegittimità, non essendo a monte rispettata la riserva esclusivamente alla legge ordinaria di determinare i casi e modi della privazione della libertà personale suo tramite attuata¹⁰⁰.

Per evitare questo esito, è stata ritenuta sufficiente la previsione del controllo giurisdizionale *ex post*; ma questo controllo, che presenta caratteristiche inferiori non minimamente comparabili con quelle previste per i provvedimenti coercitivi di natura penalistica¹⁰¹, avviene su una decisione che è adottata a monte in forza di presupposti che non delineano affatto quei casi eccezionali di necessità ed urgenza che, stante all'art. 13 Cost., soltanto potrebbero am-

⁹⁷ Corte EDU, Sez. I, 30 marzo 2023, J.A. e altri c. Italia, con nota di PUSTORINO, *Hotspot di Lampedusa e gravi violazioni dei diritti umani da parte dell'Italia*, in *Giur. it.*, maggio 2023, 1003 ss. Corte EDU., Grande Camera, 15 dicembre 2016, Khlaifia e altri c. Italia, con nota di GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2016.

⁹⁸ CAMPESI, *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorico-giuridica*, in *Rag. prat.*, 2014, 2, 482.

⁹⁹ Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105, § 4, consultabile sul sito istituzionale della Corte.

¹⁰⁰ MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in www.questionegiustizia.it, 10 maggio 2022.

¹⁰¹ CARACENI, *Dalla "detenzione" al "trattenimento" dello straniero: un lessico giuridico spregiudicato per eludere le garanzie dell'habeas corpus*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2022, 10, 17.

metterlo¹⁰².

Questi presupposti vanno, infatti, dal pericolo di fuga, *ipso iure* ritenuto sussistente in assenza dei documenti di riconoscimento, alla necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine all'identità del migrante ovvero di acquisire la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, delineandosi così un ambito applicativo potenzialmente illimitato.

Contribuisce in questa direzione anche la svolta restrittiva impressa alla disciplina dei permessi di soggiorno e delle richieste di asilo dal d.l. n. 20/2023, convertito nella legge n. 50/2023¹⁰³. Questo decreto, denominato Cutro dal nome della cittadina in corrispondenza delle coste dinanzi a cui hanno trovato la morte 100 migranti, prevede il trattenimento nei punti di crisi per i richiedenti asilo durante lo svolgimento della procedura di frontiera che siano stati fermati per avere eluso o tentato di eludere i controlli o provengano da un Paese di origine designato sicuro e non abbiano consegnato il passaporto o prestato idonea garanzia finanziaria: come se fosse plausibile pretendere che «le persone in fuga da guerre e regimi oppressivi, spesso dopo mesi trascorsi nei centri libici, potessero fornire questo tipo di garanzie»¹⁰⁴.

A prescindere dall'assurdità di questi requisiti, ciò che è interessante è la creazione di forme di trattenimento ibride e procedure accelerate, che operano nella prospettiva della riduzione ancora una volta delle garanzie. Una presa atto in questo senso connota la recente ordinanza con cui la Suprema corte ha dichiarato «rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 6, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, richiamato dall'art. 5-bis d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, per contrasto con gli artt. 3, 24, 111, commi 1 e 2 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 6, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui, rinviando all'art. 22, comma 5-bis, quarto periodo, legge 22 aprile 2005, n. 69, prevede che la Corte di cassazio-

¹⁰² BENVENUTI, *Il trattenimento degli stranieri nei Centri di permanenza per i rimpatri e la c.d. direttiva Lamorgese. Problemi vecchi e prospettive nuove per i provvedimenti di convalida dei giudici di pace*, in www.questionegiustizia.it, 13 febbraio 2023.

¹⁰³ AMBROSINI, *Il decreto Cutro e le tre politiche dell'immigrazione in Italia*, in *Polit. soc.*, 2023, 3, 507.

¹⁰⁴ CAMPOMORI, *La banalità del male: Il Decreto Cutro e la stretta (inutilmente) punitiva sulle politiche di asilo*, in *Polit. soc.*, 2023, 2, 326.

ne giudichi in conformità al modello procedimentale previsto per il caso di mandato di arresto europeo “consensuale”»¹⁰⁵.

La predetta ordinanza riconosce come l’adozione di questo modello in un giudizio, quale il ricorso in cassazione avverso i decreti di convalida o proroga del trattenimento ex art. 14 TU IMM., dove non si registrano forme di consenso o rinuncia giustificanti semplificazioni probatorie, comporta che sia rimessa al giudice la determinazione delle scansioni mediante le quali attuare, nel termine imposto di 7 giorni dalla ricezione degli atti, il contraddittorio tra le parti, quale premessa procedimentale da cui dipende l’effettività della tutela giurisdizionale¹⁰⁶.

Per la Corte una tale rimessione incide sulla garanzia del giusto processo regolato dalla legge e per questo idoneo a definire con prevedibilità il confronto processuale, da cui, a maggior ragione, dipende un provvedimento chiamato ad incidere sulla libertà personale. Premessa, da cui si muove nel ritenere fondata la questione di legittimità, è il riconoscimento che il carattere universale della libertà personale impone, anche in presenza di ragioni di ordine pubblico o sicurezza, come quelle alla base della disciplina del controllo dell’immigrazione, l’osservanza di determinate condizioni¹⁰⁷. È in questo mo-

¹⁰⁵ Così Cass., Sez. I, ord. 31 gennaio 2025, n. 4308, consultabile nella sezione “ultime sentenze” www.cortedicassazione.it, relativa al comma 6 dell’art. 14 come modificato dall’art. 18-bis, comma 1, lett. b), nn. 1) e 2), d.l. 11 ottobre 2024, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 dicembre 2024, n. 187. Per comodità di consultazione si riporta il testo della disposizione oggetto di censure: «contro i decreti di convalida e di proroga di cui al comma 5 è proponibile ricorso per cassazione, entro cinque giorni dalla comunicazione, solo per i motivi di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1 dell’articolo 606 del codice di procedura penale. Il relativo ricorso non sospende l’esecuzione della misura. Si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni dell’articolo 22, comma 5-bis, secondo e quarto periodo, della legge 22 aprile 2005, n. 69».

¹⁰⁶ In questi termini il § 3.2. della citata ordinanza.

¹⁰⁷ Sul punto il § 2 dell’ordinanza in esame, che richiama anche Cass., Sez. I, 19 dicembre 2024, n. 14533, che, nell’ambito di giudizio per rinvio pregiudiziale, ai sensi dell’art. 363-bis cod. proc. civ., sollevato dal Tribunale ordinario di Roma con riferimento a ricorso avverso una decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale di richiedente proveniente da paese designato come sicuro, ha stabilito che «il giudice ordinario, nell’ambito dell’esame completo ed *ex nunc*, può valutare, sulla base delle fonti istituzionali e qualificate di cui all’art. 37 della direttiva 2013/32/UE, la sussistenza dei presupposti di legittimità di tale designazione, ed eventualmente disapplicare in via incidentale, in *parte qua*, il decreto ministeriale recante la lista dei paesi di origine sicuri (secondo la disciplina *ratione temporis*), allorché la designazione operata dall’autorità governativa contrasti in modo manifesto con i criteri di qualificazione stabiliti dalla normativa europea o nazionale». Nei medesimi termini si è espressa anche Cass., Sez. I, 19 dicembre 2024, n. 33398, che in giudizio analogo ha altresì riconosciuto che «a garanzia dell’effettività del ricorso e della tutela, il giudice conserva l’istituzionale potere cognitorio,

do ribadito come il controllo dei flussi migratori non consenta in ogni caso di oltrepassare quei “confini” invalicabili segnati dalla tutela dei diritti inviolabile dell’uomo.

Con questa consapevolezza bisogna procedere all’esame della disciplina della detenzione presso i centri italiani in Albania, la quale attua una forma di esternalizzazione delle procedure migratorie *sui generis*, non delegativa ma pur sempre comportante una problematica applicazione extra UE delle procedure migratorie europee¹⁰⁸.

Nello specifico, presso questi centri dovranno svolgersi, secondo il diritto italiano e sotto la giurisdizione delle autorità italiane, sia la fase di identificazione e prima valutazione delle domande di asilo, quanto quella successiva di esecuzione dell’eventuale decisione di rimpatrio¹⁰⁹ per gli stranieri soccorsi nelle acque internazionali.

Per scelta normativa espressa, le relative strutture, costituite nelle aree ubicate presso il porto di *Shengjin* e presso la località di *Gjadër*, potranno fungere sia da punti di crisi ai sensi dall’articolo 10 -ter, comma 1, sia da centri per il rimpatrio ai sensi dell’art. 14, comma 1, Tu Imm., sia ancora, per i reati che siano commessi dall’immigrato al suo interno, anche da luoghi di eventuale custodia cautelare. In particolare, laddove per questi reati sia prevista la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, essi sono soggetti automaticamente alla giurisdizione italiana, in forza di un regime estensivo giustificato esclusivamente sulla base della condizione di migrante detenuto in questi centri¹¹⁰.

Premesso che «nel passato, la lontananza fisica dal luogo ove i reclusi possono rivendicare i propri diritti, ha sempre significato una riduzione di tali diritti»¹¹¹, la *fiction iuris* della qualificazione giuridica italiana di questi centri non sembra tradursi nel livello auspicabile di tutela del migrante nello svolgimento

ispirato al principio di cooperazione istruttoria, là dove il richiedente abbia adeguatamente dedotto l’insicurezza nelle circostanze specifiche in cui egli si trova».

¹⁰⁸ DEL GUERCIO, *Lasciate ogni speranza, o voi che... sperate di entrare. Osservazioni a margine dell’intesa Italia-Albania*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2024, 2, 550

¹⁰⁹ MASERA, *La crimmigration del Governo Meloni e la fuga dalla giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 11, 1403 ss. Analogamente ESPOSITO, *Nota sul d.d.l. di ratifica dell’Accordo Italia-Albania (A.C. 1620)*, in *DPCE* on line, 1525.

¹¹⁰ MASERA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *www.sistemapenale.it*, 28 dicembre 2023.

¹¹¹ MASERA, *La crimmigration del Governo Meloni e la fuga dalla giurisdizione*, cit., 1404.

del procedimento amministrativo avente ad oggetto il riconoscimento della protezione internazionale e, in particolare, in quello giurisdizionale in caso d'impugnazione del diniego. Fattori particolarmente problematici in questa prospettiva sono, da un lato, l'automatismo della detenzione, la quale costituisce l'unica misura applicabile ai richiedenti e non richiedenti asilo che siano trasferiti in Albania, peraltro senza alcuna chiara indicazioni dei tempi, dato un rinvio *in toto* da parte della legge di ratifica del protocollo Italia-Albania alla disciplina italiana dell'immigrazione; dall'altro, la remissione di fatto dei modi e tempi dell'esercizio del diritto di accesso alle informazioni e del diritto di difesa del migrante alla discrezionalità del responsabile della singola struttura. La legge di ratifica si limita sul punto solo a prevedere contatti con il difensore e la partecipazione alla fase giurisdizionale solo mediante collegamento da remoto¹¹².

3. *La giurisprudenza "correttiva" in nome della sicurezza dei migranti e dell'offensività dei fatti di reato.* Quanto sopra evidenzia la tendenza del legislatore nazionale a creare normative eccessivamente elastiche, o propriamente vaghe, solo formalmente rispettose dei diritti del migrante.

La giurisprudenza nazionale, dal canto suo, ha sfruttato proprio questa stessa vaghezza per non convalidare il trattenimento presso i centri albanesi, per cui i migranti ivi condotti hanno riacquisito la libertà personale mediante conduzione in Italia.

Nello specifico, il Tribunale di Roma, che era competente a decidere sul punto, valorizzando la qualificazione di questi centri come zone di frontiera, ha identificato la procedura per la concessione della protezione internazionale applicabile in quella accelerata, fissata dall'art. 28-*bis* del d.lgs. n. 25/2008, e ritenuto dirimente per il suo legittimo espletamento la sussistenza del requisito della provenienza del migrante da un Paese di origine sicuro presente nella lista che era contenuta in un apposito decreto interministeriale.

Questo requisito è stato esaminato alla luce della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 4 ottobre 2024, con la quale è stato riconosciu-

¹¹² CELORIA-DE LEO, *Protocollo Italia-Albania e il diritto dell'Unione Europea: una relazione complicata*, in *Dir. imm. citt.*, 2024, 1, 8-9.

to, ai sensi della direttiva 2013/32/UE (cd. direttiva procedure), come non sia considerabile sicuro il Paese che abbia parti del suo territorio prive delle condizioni sostanziali per tale designazione, spettando in ogni caso al giudice nazionale rilevare, sulla base degli elementi del fascicolo nonché di quelli portati a sua conoscenza nel corso del procedimento dinanzi ad esso, la violazione delle condizioni sostanziali di siffatta designazione¹¹³.

Alla luce di queste statuizioni, il Tribunale romano ha negato, disapplicando, in conformità al primato del diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia, il decreto ministeriale sulla designazione dei Paesi sicuri, escludendo che fosse tale quello di provenienza dei migranti ricorrenti¹¹⁴.

Nel tentativo di ricorrere al riparo, il governo italiano ha con d.l. 23 ottobre 2024, n. 158, previsto che l'elenco dei Paesi di origine sicuri venisse trasfuso in una fonte di rango primario quale l'art. 2 *bis* del d.lgs. 25/2008.

Premesso che il predetto decreto non è stato convertito in legge, ma i relativi contenuti sono stati, comunque, reiterati dalla legge n. 187 del 2024 di conversione del d.l. n. 145 del 2024, per una parte della giurisprudenza nazionale il trapasso a fonte ordinaria non impedisce la disapplicazione in quanto il primato del diritto dell'Unione esclude di far prevalere quelle misure unilateralmente adottate dal singolo Stato membro e con esso contrastanti¹¹⁵. Alta parte della giurisprudenza ha preferito proporre rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, per chiarire quali siano i margini di discrezionalità del legislatore nazionale nella designazione dei Paesi sicuri¹¹⁶.

¹¹³ Questa decisione è stata emessa nella C-406/22. Conforme a livello nazionale Cass., Sez. I, 4 dicembre 2024, n. 3398, che era stata interpellata sulla base di un rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Roma, sull'entità dei poteri che residuino al Giudice chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione del rigetto in via amministrativa della domanda di protezione internazionale relativamente alla conferma o alla smentita nel caso di specie della designazione attraverso uno strumento normativo di un paese come sicuro.

¹¹⁴ Così, con riguardo a Paesi come Egitto e Bangladesh, i decreti del Tribunale Ordinario di Roma, Sez. immigrazione, n. 42256/2024 e n.42251/24 consultabili con nota di NATALE-FILICE, *Nota ai provvedimenti di rigetto delle richieste di convalida dei trattenimenti disposti dalla Questura di Roma ai sensi del Protocollo Italia-Albania, emessi dal Tribunale di Roma, sezione specializzata nella protezione internazionale*, in www.questionegiustizia.it, 18 ottobre 2024.

¹¹⁵ Così Trib. Catania, Sez. immigrazione, decreto del 4 novembre 2024, in www.sistemapenale.it, 5 novembre 2024.

¹¹⁶ Su questi rinvii proposti dal Trib. Bologna, Sez. immigrazione, ord. 25 ottobre 2024, e dal Trib. Roma, Sez. immigrazione, ord. 11 novembre 2024, vedi MENTASTI, *Trattenimento in Albania dei richiedenti asilo: dal Tribunale di Roma ancora un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sui "paesi sicu-*

Pur adottando il medesimo approccio “attendista” la Corte di cassazione, prima sezione civile, con l’ordinanza interlocutoria n. 34898/2024 ha ritenuto che, «il giudice della convalida, garante, nell’esame del singolo caso, dell’effettività del diritto fondamentale alla libertà personale (...) è chiamato a riscontrare, nell’ambito del suo potere istituzionale, in forme e modalità compatibili con la scansione temporale urgente e ravvicinata del procedimento *de libertate*, la sussistenza dei presupposti di legittimità della designazione di un certo paese di origine come sicuro, rappresentando tale designazione uno dei presupposti giustificativi della misura del trattenimento. Pertanto, egli è chiamato a verificare, in ipotesi limite, se la valutazione ministeriale abbia varcato i confini esterni della ragionevolezza e sia stata esercitata in modo manifestamente arbitrario o se la relativa designazione sia divenuta, *ictu oculi*, non più rispondente alla situazione reale»¹¹⁷.

Per la corte questo *modus decidendi* non costituisce disapplicazione, ma l’esito della verifica di circostanze che fanno venir meno la presunzione relativa di sicurezza che a quella designazione normalmente si ricollega. Verifica, peraltro, che, sempre stando alle parole della Corte, risponde alla garanzia imprescindibile della dignità umana, in forza della quale la designazione del paese sicuro diviene recessiva in presenza di situazioni d’insicurezza per talune categorie di soggetti tanto estese nel numero che incidano, complessivamente, sulla tenuta dello Stato di diritto¹¹⁸.

ri”, in www.sistemapenale.it, 14 novembre 2024. Il rinvio è stato disposto in data 31 gennaio 2025 anche dalla sezione specializzata della Corte App. di Roma, a cui è stata *medio tempore* attribuita con il decreto c.d. flussi, il d.l. n. 145/2024, convertito nella legge n.187/2024, la competenza a decidere sui ricorsi presentati dai migranti presenti nei centri in Albania

¹¹⁷Cass., Sez. I, 30 dicembre 2024, n. 34898, consultabile nella sezione “ultime sentenze” www.cortedicassazione.it, pronunciata nel giudizio di cassazione avverso il decreto di non-convalida del Tribunale di Roma del provvedimento di trattenimento emesso nei confronti di migrante proveniente da paese, come l’Egitto, accreditato come sicuro dal decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell’interno e della giustizia, del 7 maggio 2024, ma con una eccezione per talune categorie di soggetti (oppositori politici, dissidenti, difensori dei diritti umani o coloro che possono ricadere nei motivi di persecuzione di cui all’art. 8, comma 1, lettera e, del d.lgs. n. 251 del 2007). Con questa ordinanza la Corte ha disposto il rinvio della causa a nuovo ruolo, in attesa della decisione della Corte di giustizia, ma offrendo, nel dialogo tra giurisdizioni e nello spirito di leale cooperazione, la propria ipotesi di lavoro, senza tuttavia tradurla né in decisione del ricorso né in principio di diritto suscettibile di orientare le future applicazioni.

¹¹⁸ Al § 16 è chiarito che «questa interpretazione sembrerebbe maggiormente in linea con la finalità delle norme sulla procedura di frontiera, il cui obiettivo è evitare l’ingresso nello spazio Schengen al richie-

Nell'attesa della decisione della Corte europea, va però apprezzato il tentativo che è stato attuato a livello giurisprudenziale di recupero della singolarità del migrante: la provenienza da Paese non sicuro rileva, infatti, quale causa ostativa ad una procedura accelerata, rientrando in quel regime eccezionale espressivo della vulnerabilità legale.

La giurisprudenza ha così limitato, attraverso un recupero garantistico, quella criminalizzazione procedurale che si nutre di una concezione dello straniero quale massa indifferenziata da respingere¹¹⁹, generando nei fatti un potenziale rientro nell'ordinarietà delle forme e dei tempi di valutazione della domanda di protezione.

Un processo individualizzante o più propriamente correttivo dei difetti sopra segnalati dei reati del migrante è operato anche da quella giurisprudenza di merito che tende a disapplicare l'art. 10 *bis* e applicare l'art. 14, comma 5 *ter* solamente a chi abbia già precedenti penali.

Questa prospettiva, definita come una sorta di costituzionalismo dal basso¹²⁰, valorizza le potenzialità escludenti, discendenti tanto dal "giustificato motivo" di cui al citato art. 14 Tu Imm., quanto dalle condizioni esimenti comuni con individuazione, peraltro, una casistica variegata¹²¹.

Ma è, ad avviso di chi scrive, mediante l'istituto della particolare tenuità del fatto, ai sensi dell'art. 34 d.lgs. 274/2000¹²², che si opera una ridefinizione pra-

dente asilo che abbia scarse possibilità, secondo un criterio statistico, di ottenere protezione. Pertanto, pur nel silenzio della direttiva, appare possibile designare un paese terzo come paese di origine sicuro con eccezioni soggettive, nel rispetto complessivo, tuttavia, della Convenzione EDU e della Convenzione di Ginevra. È quanto, del resto, sembrerebbe potersi ricavare dal considerando (42) della direttiva 2013/32, nel quale si esplicita che l'inclusione di un paese terzo in un elenco di paesi di origine sicuri non può stabilire una garanzia assoluta di sicurezza per i cittadini di tale paese».

¹¹⁹ SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, cit., p. 503.

¹²⁰ CAROLI, *La competenza penale del giudice di pace in materia di immigrazione. Un costituzionalismo "dal basso"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 3, 346.

¹²¹ Su questa ampia casistica cfr. CAROLI, *La competenza penale del giudice di pace in materia di immigrazione. Un costituzionalismo "dal basso"?*, cit., 342-342. Si tratta, per esempio, dei casi d'ingresso irregolare in esercizio del diritto di contrarre matrimonio o per raggiungere un figlio minore, di permanenza clandestina con svolgimento di lavoro in nero ovvero in pendenza della procedura di regolarizzazione o da parte d'imputato che provenga da un Paese che non gli assicura condizioni di esistenza dignitose o che sia giovane e non sia stato in precedenza fermato.

¹²² Ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000, applicabile al procedimento penale dinanzi al Giudice di pace: «Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento

ticamente della portata offensiva del fatto incriminato e, specificamente, della contravvenzione di clandestinità, nel tentativo di differenziarne il disvalore penale dalla mera violazione amministrativa.

Pur trattandosi d'istituto che sia la giurisprudenza che la dottrina qualificano come di natura processuale¹²³, in linea con la sua previsione quale condizione di esclusione della procedibilità, è innegabile che abbia una forte componente sostanziale.

Dalla relazione di accompagnamento al d.lgs. 274/2000, la natura processuale è infatti giustificata da ragioni di continuità con l'istituto del processo minorile da cui trae origine e dalla possibilità di opposizione della persona offesa, riconoscendo, però, allo stesso tempo che la particolare tenuità consenta di evitare l'esercizio dell'azione penale per «sottofattispecie bagattellari», che siano ad esempio connotate dalla presenza di «semi-scusanti»¹²⁴.

In realtà, con specifico riferimento ai reati in esame la particolare tenuità esclude la punizione in forza del riconoscimento di un pregiudizio minimo che è però riferito direttamente a quegli interessi che dovrebbero essere protetti in via finale rispetto alla gestione dei flussi, come l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica¹²⁵. Accanto a quella che sembra una ridefinizione del bene giuridico tutelato, è stata così valorizzata anche la circostanza che il migrante, all'atto di controllo degli agenti di polizia, non si sia sottratto agli accertamenti sul suo stato¹²⁶.

Nello specifico, considerato che la fattispecie in esame costituisce un'ipotesi di confine tra il penale e l'amministrativo, si richiede ai fini della sussistenza

può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato. Nel corso delle indagini preliminari, il giudice dichiara con decreto d'archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. 3. Se è stata esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono».

¹²³ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali vedi ALBERTI, *La particolare tenuità del fatto nel codice penale e nei sotto-sistemi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 5, 693. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. Un., 28 novembre 2017, n. 53683, consultabile alla banca dati *one legale*.

¹²⁴ In questi termini la relazione al d.lgs. n. 274/2000 in *www.penale.it*. Sulla nozione di reato bagattellare cfr. PALIERO, «*Minima non curat praetor*» *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, 714, che riconosce come la graduabilità inserisca al disvalore dell'evento o dell'azione o dell'intensità della colpevolezza.

¹²⁵ Giudice di pace Campobasso, 27 aprile 2021, n. 36; Giudice di Pace di Modena, 10 giugno 2016, n.210.

¹²⁶ Giudice di pace Campobasso, 27 gennaio 2022, n. 4.

di un'offesa penalmente rilevante e concretamente punibile, diversa dalla mera trasgressione amministrativa delle norme sul soggiorno irregolare, la commissione del reato in presenza di indici di pericolosità del soggetto¹²⁷.

Anche volendo ritenere che l'offensività del fatto rimanga comunque riferibile alle ragioni amministrative di controllo dei flussi, queste decisioni spostano la questione dall'*an* al *quomodo* dell'offesa, ridefinendo praticamente la stessa fisionomia del fatto incriminato, che risulta arricchita.

3.1. *Il processo quale locus di personalizzazione del migrante.* Alla luce breve disamina svolta circa la prassi applicativa, è possibile proporre, con specifico riferimento al reato d'immigrazione clandestina, due considerazioni. La prima afferisce all'operatività della condizione d'improcedibilità, il cui impiego consente una ragionevole manipolazione postuma della tipicità penale "debole", che connota questo reato, risultando il fatto tipico non punibile espressione di quelle ragioni di giustizia sostanziale che più che afferire al suo invero nella dimensione applicativa, operano in funzione propriamente correttiva della stessa fattispecie legale.

Come sopra rappresentato il riferimento alla sottofattispecie, quale categoria concettuale alla base dell'ipotesi di particolare esiguità, richiama la manifestazione in concreto dell'area di estensione concettuale da attribuire ad ogni singolo elemento del modello normativo astratto e per questo legalmente ricompresa nello stesso¹²⁸. La valutazione inerisce al fatto tipico nel suo disvalore concreto, che proprio per questo è graduabile. In questo senso confermativo è il raffronto con la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p.. Pur nella diversità di requisiti¹²⁹, la particolare tenuità codicistica sottintendeva analogamente un giudizio di esiguità quantitativa di un fatto offensivo¹³⁰ e avrebbe dovuto operare quella depenalizzazione in con-

¹²⁷ Giudice di pace di Padova, 7 giugno 2021, n. 379.

¹²⁸ Cfr. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, pp. 209-210.

¹²⁹ Su questi requisiti *ante* e *post* riforma Cartabia ed in generale sulla natura di questo istituto come causa di non punibilità vedi CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, 82 ss.; LOMBARDO, *art. 131 bis c.p.*, in *Codice Penale commentato on line*, a cura di Ronco-Romano, consultabile alla banca dati *one legale*.

¹³⁰ GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 521-522.

creto in ossequio ai principi di proporzionalità e di *extrema ratio*¹³¹.

Nei limiti consentiti dal presente lavoro, non può darsi atto di come le modifiche apportate con la riforma Cartabia abbiano messo in secondo piano l'ossequio a questi principi, restituendo un istituto volto in via principale a garantire ragioni deflative. Un tale finalità sarebbe bilanciata¹³² dal nutrito elenco di eccezioni di cui al 3 co. dell'art. 131 *bis* c.p., che è stato adottato per ragioni di allarme sociale e sulla base di imperscrutabili evidenze empirico-criminologiche¹³³.

Ritornando al nostro tema, le letture giurisprudenziali del reato di clandestinità, nel suo inveramento ritenuto esiguo, sembrano operare, rispetto alla funzione ascrivibile alla condizione d'improcedibilità del d.lgs. n. 274/2000, un *quid pluris*: veicolano l'unica declinazione ammissibile del reato, perchè in linea con il principio sia di offensività, sia di colpevolezza, quali principi costituzionali identificativi dell'offesa penalmente rilevante¹³⁴.

In proposito, bisogna operare una precisazione. È indiscutibile che il legame teleologico tra fatto tipico e bene giuridico dovrebbe influenzare a monte la selezione e comprensione delle stesse tecniche incriminatrici, imponendo che la vaghezza dell'interesse tutelato sia bilanciata a livello di strutturazione del fatto attraverso la presenza di elementi che contribuiscano a delineare entità offendibili¹³⁵.

L'individuazione in via interpretativa di questi elementi che apparirebbe censurabile, perché, in deroga alla funzione sostanziale della legalità penale, consente al giudice un apporto propriamente creativo, potrebbe essere ritenuta, tuttavia, accettabile se operata in ossequio ai principi costituzionali, quali fattori che «possono contrarre non estendere l'area dell'incriminazione»¹³⁶.

¹³¹ GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: una figura sotto assedio*, in *Scritti in onore di A. Fiorella*, Roma, 2021, vol. I, 574.

¹³² BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 55, discorre di «bilanciamento compensativo».

¹³³ DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di Castronuovo-Donini-Mancuso-Varraso, Milano, 2023, 118.

¹³⁴ MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1207.

¹³⁵ MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., 1222.

¹³⁶ Testualmente GIUNTA, *Un diritto penale necessariamente e strettamente giurisprudenziale*, in *www.discrimen.it*, 18 novembre 2022, 3, secondo cui la legalità è di tipo linguistico, nel senso che gli

In questo senso opererebbe la ridefinizione della portata offensiva del reato attraverso la considerazione delle condizioni del singolo migrante, che lo rendono ‘indiziante’ di pericolosità per la sicurezza o per l’ordine pubblico¹³⁷, in quanto funzionale ad individuare un fatto di reato che sia individualmente offendibile.

Il richiamo, ad esempio, a precedenti penali consente di rimediare all’automatismo migrante-reo, facendo riemergere, pur nella cornice del controllo dei flussi concepita nella sua valenza strumentale alla sicurezza, aspetti che possono avere un’oggettiva e verificabile potenzialità pregiudizievole in tale direzione.

Il richiamo all’atteggiamento serbato dal migrante al momento del controllo potrebbe essere considerato irrilevante o contraddittorio, potendosi ritenere un atteggiamento non collaborativo o propriamente ostativo legittimo in una prospettiva di *nemo tenetur se detergere*.

Premesso che nel testo unico dell’immigrazione è espressamente previsto un obbligo del migrante di cooperare all’identificazione, pena l’adozione di provvedimenti coattivi d’ispezione, in una visione sistemica che riduca gli eccessi riferibili alla sua vulnerabilità legale, quell’atteggiamento rileva sul piano della colpevolezza, quale manifestazione percepibile ed esteriore dell’assenza di una condotta che sia volontariamente serbata contro la gestione statutale dei controlli dei flussi, impedendo la configurazione di una responsabilità penale a fronte di una mera disobbedienza.

A prescindere dalla condivisione della valenza costituzionalmente correttiva della prassi giurisprudenziale sopra indicata, emerge come a fronte di un discutibile diritto penale d’autore il processo penale possa essere fattore di una sintesi ancora possibile tra la dimensione oggettiva e quella soggettiva del reato, che consente nel loro equilibrato operare una selezione reale degli autori, attraverso meccanismi che il diritto penale sostanziale prefigura in modo ancora troppo indeterminato¹³⁸ o, come nel nostro caso, in maniera distorta.

stessi altri principi di garanzia, come quelli di offensività e di colpevolezza, operano nel rispetto della funzione delimitativa della legalità linguistica.

¹³⁷ Sull’assenza problematica di questi aspetti DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, cit., 126

¹³⁸ DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 764.

Nonostante ciò, il tutto suona come una magra rassicurazione, è assurdo che l'eccezionalità della vulnerabilità legale del migrante possa essere emendata dalla messa in azione della dispendiosa e lenta macchina della giustizia.

Questa macchina non solo non dovrebbe forse nemmeno essere azionata, ma, come dimostra la *querelle* giurisprudenziale sulla nozione di "Paesi sicuri", si trova a dover fare i conti con scelte normative che strumentalizzano la formalità della legalità per dare copertura ad una politica di espulsione che non può che essere considerata un atto di «inimicizia giuridica»¹³⁹.

4. The migrant's smuggling *aggravato dalla morte del migrante: la conferma degli eccessi della* victimmigration. Contribuisce a fare terra bruciata intorno al migrante, la disciplina prevista per quella lucrosa attività attraverso le acque del Mediterraneo di *migrant's smuggling*¹⁴⁰.

Alla sua repressione è rivolta, in particolare, la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, prevista dall'art. 12 del TU Imm., che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, punisce con la reclusione da due a sei anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona chiunque, in violazione delle disposizioni del testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso. Una pena più ridotta è prevista ai commi 5 e 5 bis per i reati di favoreggiamento a fine di profitto della permanenza dello straniero irregolare e di concessione allo stesso di alloggio o cessione di immobili a titolo oneroso¹⁴¹.

Limitandoci in questa sede all'ipotesi del primo comma, per questa il fine di profitto, al pari dei trattamenti disumani a cui il migrante sia eventualmente sottoposto nel corso del viaggio, rilevano sul piano circostanziale, generando

¹³⁹ MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2-3, 485.

¹⁴⁰ In base ad una stima effettuata dall'Ufficio delle Nazioni Unite contro droga e crimine (UNODC) e reperibile al seguente link www.unric.org/it/unodc-traffico-di-migranti-nel-mediterraneo-centrale-fino-a-370-milioni-di-dollari-nel-2023/, Il traffico di migranti è aumentato significativamente nel 2023 rispetto al 2022 lungo la rotta del Mediterraneo centrale per un valore finanziario totale stimato tra i 290 e i 370 milioni di dollari.

¹⁴¹ Al comma 6 sono punite, ma titolo d'illecito amministrativi, le ipotesi di trasporto di stranieri irregolari da parte di vettori professionali.

un inasprimento del carico sanzionatorio, ulteriormente rivisto in aumento dal decreto Cutro¹⁴².

A fronte di quanto sopra, il reato risulta, su scia europea¹⁴³, come suscettibile di «attrarre una pluralità di condotte marcate da rilevanti profili di eterogeneità, che spaziano dal fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale, all'illecito commesso *una tantum* da singoli individui o gruppi di individui animati dalle più varie motivazioni, anche solidaristiche, alle attività di *search and rescue* [SAR] prestate da membri della società civile e dalle organizzazioni umanitarie»¹⁴⁴. Definiti nel 2017, in un rapporto ufficiale di Frontex (l'agenzia europea che si occupa della gestione delle frontiere esterne dell'Unione), come *pull factor* delle partenze dalle coste nord africane, le organizzazioni non governative (ONG) sono passate da essere considerate eroi a potenziali concorrenti dei trafficanti¹⁴⁵.

Il segnalato processo di criminalizzazione della solidarietà, pur non traducendosi nell'adozione a loro carico di pronunce di condanna per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ha innescato una spirale giurisprudenziale e normativa¹⁴⁶. Nel primo senso, la Corte di cassazione, in giudizi a carico dei trafficanti, ha definito la condotta dell'ONG, che avevano provveduto al soccorso, come «l'azione di un autore mediato, costretto ad intervenire per scongiurare un male più grave (morte dei clandestini), che così operando di fatto viene a realizzare quel risultato (ingresso di clandestini nel no-

¹⁴² ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 106-107.

¹⁴³ Diversamente dal secondo Protocollo della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, la direttiva 2002/90/CE non prevede, come requisito della fattispecie base di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, il fine di profitto. Sulle ricadute che questa assenza genera nel rapporto con la repressione del traffico di migranti vedi VEAS, *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 112 ss.

¹⁴⁴ ANGORI, *La "criminalizzazione della solidarietà" nella normativa italiana ed europea: criticità e prospettive di riforma per la promozione di un'immigrazione sostenibile*, nota a Trib. Bologna, Sez. I, 17 luglio 2023, ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 267 T.F.U.E., in www.archiviopenale.it, 2023, 10, 6.

¹⁴⁵ BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in www.questionegiustizia.it, 4 luglio 2017.

¹⁴⁶ MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in federalismi.it, 2019, 2, 18 ss.; ID., *Il diritto penale dei "nenni". La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2, 825 ss.; GULLÌ, *La crimmigration come orizzonte totalizzante della legislazione emergenziale nel disequilibrio tra la protezione dei confini e la tutela dei diritti fondamentali*, in www.laegislazionepenale.eu, 11 ottobre 2023, 12 ss.

stro paese) che la normativa in materia di immigrazione intende scongiurare»¹⁴⁷. Tale azione, che legittima l'esercizio della giurisdizione penale italiana, risulta sì scriminata, ma da uno stato di necessità che è stato *ab initio* pianificato e volutamente strumentalizzato dai trafficanti¹⁴⁸.

Se affermazioni di questo tipo vuoi o non vuoi gettano ombre sull'operato delle ONG, ancora più rilevanti in questa direzione sono le misure normative adottate a partire dal codice di condotta del 2017 fino al più recente decreto Piantedosi, d.l. n. 1/2023, convertito con modificazioni dalla l. 24 febbraio 2023, n. 15. È stato infatti confermato il potere dei Ministri della difesa e delle infrastrutture e dei trasporti di adottare misure di interdizione all'ingresso o alla sosta nelle acque territoriali delle navi che effettuano operazioni SAR e previsto per la violazione di queste misure un gravoso apparato sanzionatorio amministrativo, in sostituzione di quello precedentemente penale¹⁴⁹.

Queste misure esprimono, dunque, una logica punitiva a tutto campo, che va a scapito del migrante, la cui vita passa in secondo piano, rispetto a quella che è stata definita come un'ossessione di protezione dell'integrità delle frontiere¹⁵⁰. Espressione esemplificativa in questo senso è l'introduzione, all'art. 12 bis TU Imm., ad opera del citato decreto Cutro, del reato di morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina.

È punita, in particolare come reato autonomo, alla luce della relazione illustrativa di accompagnamento, la condotta di favoreggiamento di cui al primo comma dell'art. 12 che sia stata commessa con trasporto o ingresso attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sottoporle a trattamento inumano o degradante e da cui sia derivato, come evento non voluto, la morte o lesioni gravi o gravissime di una o più persone. Il numero dei soggetti deceduti o lesionati modifica la pena:

¹⁴⁷ In questi termini Cass., Sez. I, 14 giugno 2024, n. 23866; analogamente Cass., Sez. I, 21 marzo 2019, n. 12619, tutte consultabili alla banca dati *one legale*.

¹⁴⁸ SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 1867; CAPPITELLI-ZIZZO, *La giurisdizione penale italiana nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina via mare*, in *Cass. pen.*, 2024, 11, 3617.

¹⁴⁹ PISCONTI, *Lineamenti penalistici dei soccorsi in mare nei decreti «Piantedosi»*, in *Arch. pen. web*, 2023, 3, 18 ss.

¹⁵⁰ ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 192.

nell'ipotesi di una sola morte la reclusione è da quindici a ventiquattro anni, se, invece, derivano lesioni gravi o gravissime di una o più persone è da dieci a venti anni, se vi sono più soggetti deceduti o lesionati è da venti a trenta anni.

Viene ad essere così delineato un reato complesso che presenta come elementi costitutivi circostanze aggravanti delle fattispecie di favoreggiamento "comune" ed elementi delle fattispecie di omicidio o lesioni.

Relativamente soprattutto alla morte o lesione non voluta, pur non potendo essere questa la sede per esaminare gli effetti che la sua imputazione ha sulla qualificazione del reato, è innegabile che esprima quella logica del *versari in re illicita* contraria al principio di colpevolezza¹⁵¹.

Ragioni di conformità a questo principio impongono che un tale evento sia ascrivibile al reo o in forza di un criterio d'imputazione soggettiva in senso proprio, come la colpa, o almeno riferibile personalmente, in quanto prevedibile¹⁵².

La risoluzione di questi aspetti non riduce comunque la carica problematica di questo reato, il quale si presta a contribuire in maniera rilevante all'allarmante *victimimmigration* per due ragioni.

La prima è di tipo fenomenologico: il legislatore dimentica, nel perseguire ragioni propagandistiche, che nel caso dello *smuggling of migrants* vi sia di frequente un rapporto di asservimento dell'immigrato rispetto alla organizzazione criminale che provvede al trasporto illegale¹⁵³, in forza del quale gli viene imposto un contributo fattivo all'esecuzione del viaggio: «lo "scafista", lungi dal coincidere con il "trafficante di esseri umani", è, nella maggior parte dei casi, da identificare in uno dei tanti "passeggeri", cui viene affidata la guida dell'imbarcazione, dopo averla condotta al di fuori delle acque territoriali del Paese di provenienza, dai veri responsabili della gestione del traffico di stranieri (...) [che] continueranno a sfuggire, così, alle maglie del diritto penale»¹⁵⁴.

¹⁵¹ GRANOCCHIA, *L'imputazione dell'evento non voluto nella fattispecie di "morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina*, in *Arch. pen. web*, 3, 2023, 1 ss.

¹⁵² GRANOCCHIA, *L'imputazione dell'evento non voluto nella fattispecie di "morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina*, cit., 23.

¹⁵³ GOISIS, *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, in *www.contemporaneo.it*, 18 novembre 2016.

¹⁵⁴ NAZZARO, *Smuggling of migrants e trafficking in persons alla luce della L. 5 maggio 2023, n. 50*:

La ragione giuridica attiene, invece, all'entità della pena e specificamente alla circostanza che livelli edittali elevati già nel minimo «uniformano verso l'alto il trattamento sanzionatorio per tutte le ipotesi, gravi e meno gravi, di morte come conseguenza del favoreggiamento»¹⁵⁵.

Il riferimento alla minore gravità non va concepito in termini certo quantitativi, ma nel senso che, alla luce della tipizzazione della nuova fattispecie, al pari di quella madre, non vi è alcun fattore selettivo che la indirizzi esclusivamente ad ipotesi di traffico: il carattere organizzato del trasporto con finalità di lucrare sulla condizione di bisogno altrui non emerge in nessun modo, così come non è previsto affatto che il conducente del mezzo si trovi in una posizione di gerarchia rispetto ai trasportati o sia elemento di collegamento con l'organizzazione.

Queste mancanze comportano che questo reato possa essere applicato ad ipotesi che nulla hanno a che fare con lo *smuggling*, come quella di «piccole o piccolissime imbarcazioni, che trasportano una decina di persone, e che sono state acquistate collettivamente dai partecipanti al viaggio»¹⁵⁶.

Il diritto penale in questo modo finisce per innescare nei fatti un processo di criminalizzazione della disperazione o di soggetti che, solo perché con qualche rudimento di navigazione, vengono costretti da trafficanti senza scrupoli o dalla necessità di salvare sé e altri a condurre l'imbarcazione. Laddove si verifici l'evento infausto, il mal capitato "capitano" sarà destinatario di conseguenze penali esemplari: ancora una volta sono solo gli ultimi della terra a pagare per il dramma umano delle rotte migratorie.

spunti di riflessione sui soggetti «altamente vulnerabili», cit., 1681.

¹⁵⁵ MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *www.questionegiustizia.it*, 3 aprile 2023.

¹⁵⁶ *Ibid.*