

## QUESITI

---

**GIUSEPPE ALESCI**

### **(In-) Sicurezza e immigrazione La “colpevolizzazione” dello straniero nel diritto dell'emergenza**

Dinanzi alla *formless fear* generata dall'emergenza immigrazione, il legislatore ha preferito la sicurezza alla libertà. E così, attraverso una politica di *zero tolerance* lo straniero è stato etichettato come delinquente, nemico “immaginario” da colpevolizzare ed escludere. Una riflessione trasversale sul fenomeno migratorio rivela, tuttavia, la distorsione di un sistema ormai privo di legittimazione, in cui il sacrificio delle tradizionali garanzie costituisce la causa - e non l'effetto - di una criminalità invero solo apparente.

*Following the formless fear provoked by immigration emergency, the lawmaker has preferred security to freedom. Therefore, due to zero tolerance policy the foreigner was tagged as delinquent, “imaginary” enemy to blame and keep out. A transverse reflection on migration phenomenon reveals by now a distorted legal system without any legitimation, in which the sacrifice of the traditional guarantees is the reason - not the effect - of an illusory criminality.*

**SOMMARIO:** 1. Lo straniero nell'attuale società securitaria. 2. Il diritto penale dell'immigrazione tra ordine pubblico e sicurezza. 3. La criminalizzazione dello straniero attraverso la teoria del “*labelling approach*”. 4. L'epilogo della parabola dell'etichettamento: la “colpevolizzazione” dello straniero irregolare nel diritto penale della sicurezza.

#### **1. Lo straniero nell'attuale società securitaria**

L'incremento a dir poco irragionevole di fattispecie incriminatrici nella lotta all'immigrazione clandestina costituisce l'esempio concreto dello sviamento attuale della politica criminale, oggi più che mai lontana dal soddisfacimento di interessi propriamente collettivi.

Lungi dal ripercorrere una rassegna normativa in materia, peraltro già sapientemente trattata da autorevole dottrina<sup>1</sup>, questo lavoro volge l'attenzione verso l'analisi delle ragioni, prevalentemente criminologiche, di una legislazione estremamente punitiva e decisamente irrazionale, retta da un “populismo penale”<sup>2</sup> osannato da una collettività incattivita da un panico securitario intriso

---

<sup>1</sup> Per un'analisi dettagliata della normativa si rinvia, *ex pluris*, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2006; CENTONZE, *Diritto penale dell'Immigrazione*, Torino, 2010; DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, III, Milano, 2013, che analizzano minuziosamente il complesso e articolato Testo Unico sull'Immigrazione, ad oggi costituito dal D.lgs. 25/07/1998 n. 286, e più volte oggetto di interventi giurisprudenziali quanto legislativi (si pensi ai diversi pacchetti sicurezza del 2008 e 2009).

<sup>2</sup> Così, FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in *La democrazia in nove lezioni*, a cura di Bovero, Pazè, Roma-Bari, 2010, 115 e ss. “*Con tale espressione, di venatura irrimediabilmente negativa, si intende qua-*

di strisciante razzismo<sup>3</sup>.

I tratti imponenti<sup>4</sup> del fenomeno migratorio hanno causato, infatti, un'ondata emotiva di smarrimento - sociale quanto politico - così forte da confutare le tradizionali garanzie del diritto penale in favore di un controllo sociale<sup>5</sup> modulato sullo stigma dello straniero che, nemico "immaginario" della società, è capace di personificare il conflitto sociale, la paura e l'insicurezza collettiva. L'epilogo, decisamente infelice, si deve a quel processo di speculazione politica e sociale avviato circa un ventennio fa<sup>6</sup> che, attraverso politiche manipolate per accreditare consensi più che diritti, ha permesso l'affermazione di una

*lunque strategia in tema di sicurezza diretta a ottenere demagogicamente il consenso popolare rispondendo alla paura generata dalla criminalità di strada, con uso congiunturale del delitto penale tanto duramente repressivo e antigarantista quanto inefficace rispetto alle dichiarate finalità di prevenzione".*

Per un approfondimento sull'evoluzione del concetto di populismo penale, si veda, tra molti, ANASTASIA, ANSELMI, FALCINELLI, *Populismo Penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015. Per un dibattito sul tema si veda anche FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 e ss.; PULTANÒ, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, 123 e ss.

<sup>3</sup> Così BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, in *Crit. del diritto*, 3/4, 2012, 435 e ss.; si veda anche, dello stesso A., *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG E REMS*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2015, ove si censura l'emersione di un diritto penale securitario "in cui, tramite la canalizzazione mediatica delle paure collettive verso soggetti deboli, percepiti come diversi dal corpo sociale, si sono compiute operazioni di *marketing* politico del tutto indifferenti alle coordinate garantiste del diritto penale del fatto. Il risultato è stato l'uso frequente della norma penale come strumento pressoché impazzito di neutralizzazione simbolica dei problemi sociali, l'ombra lunga e inquietante di un diritto penale antico, che dietro il suo apparente, inutile, rigore, nasconde l'assoluta incapacità - e probabilmente l'intima assenza di volontà- di affrontare davvero i problemi sociali".

<sup>4</sup> Invero, PALAZZO descrive l'immigrazione come un fenomeno "dai tratti biblici", in *Immigrazione e criminalità. Una lettura di dati statistici*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>5</sup> Il controllo sociale è una categoria concettuale dai contorni incerti: è normalmente definita come ogni struttura, processo, relazione o atto che contribuisce a creare "ordine sociale". È anche vero però che i due concetti sono semanticamente affini. La distinzione tra questi consente, tuttavia, di differenziare i processi *interni* da quelli *esterni*. Con i primi s'intendono quei processi in cui le persone aderiscono alle norme sociali, poiché credono in esse, sentendosi corrette e orgogliose quando le seguono. Questo processo è definito "socializzazione". Il controllo esterno, invece, riguarda quel processo in cui le persone si conformano alle regole sociali poiché sono ricompensate da uno *status*, dal prestigio, dal denaro e/o dalla libertà. Questo processo è talvolta definito coercitivo o semplicemente "controllo sociale". Così CERETTI, *La cultura del controllo. Un saggio sul pensiero di D. Garland*, in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di D. Garland*, Milano, 2005, 35; si veda anche MAROTTA, *Straniero e devianza, Saggio di sociologia criminale*, Padova, 2003; CALVANESE, *La reazione sociale alla devianza. Adolescenza tra droga e sessualità, immigrazione e giustizialismo*, Milano, 2005.

<sup>6</sup> La speculazione maggiore si è avuta negli anni Novanta quando la società italiana visse in diretta - in un continuo rimando tra esperienza personale, discorso pubblico e rappresentazione mass-mediatica - il crollo di un sistema politico, individuandone le cause nell'avidità e nella corruzione dei suoi esponenti, la crisi economica percepita come esito di un'incapacità politica di gestire l'economia, la forza brutale delle mafie con le stragi del 1992 e 1993, la loro infiltrazione nel sistema politico, e, ad ultimo, nelle prime "invasioni" di migranti, provenienti soprattutto dall'est- Europa. Con queste premesse, era facile che rabbia, indignazione, preoccupazione e frustrazione trovassero una modalità di espressione nella "domanda di sicurezza".

“tautologia della paura” nei confronti dello straniero, nemico sociale da colpire ad ogni costo<sup>7</sup>.

Paura e insicurezza<sup>8</sup>, pertanto, costituiscono ad oggi i principali veicolatori emozionali di consenso<sup>9</sup> utilizzati dal legislatore<sup>10</sup> per fomentare una criminologia dell'altro e legittimare una (sgradevole) “cultura del controllo”<sup>11</sup>, ove l'ordine coincide con l'esclusione, il controllo con la polizia, la paura con lo straniero e la criminalità con la clandestinità<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> È questa la riflessione svolta dal sociologo italiano DAL LAGO, *Non- persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999, 74-76. L'A. descrive analiticamente i processi che hanno portato alla costruzione dell'emergenza - immigrazione, rilevando in particolare i ruoli ricoperti da *mass-media*, politici e imprenditori morali. Si assiste, dunque, a un processo di “costruzione tautologica della paura” che, attraverso un ragionamento deduttivo che nasce dalla convinzione che gli stranieri siano una minaccia per i cittadini, conduce a conclusioni esasperate. Sul punto, peraltro, si veda anche COTESTA, *Conflitti etnici, violenza sociale e identità collettiva*, in *Dei delitti e delle pene*, 1, 1993, 37 - 51. Secondo l'A., si è optato per una strategia di “rifiuto ed espulsione” che tende a espellere dal proprio ambiente sociale e dal proprio spazio geografico l'altro, il diverso, lo “straniero”. È stata esclusa, così, sia una strategia di “inclusione subordinata”, tesa all'utilizzo dello straniero come lavoratore seguendo una logica di opportunità economica (se non nel lavoro “nero”), e sia un'opzione di “cooperazione e cittadinanza”, in cui lo straniero è visto come fattore di crescita culturale e umana.

<sup>8</sup> Sulla centralità della paura e della sicurezza nelle esperienze quotidiane e nei discorsi pubblici, specialmente a cavallo dei due secoli, si veda per un approfondimento CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, Milano, 2008.

<sup>9</sup> Ancora BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, cit., 435 ss.

<sup>10</sup> Invero, nell'attuale scenario sociale anche i *mass-media* hanno svolto un ruolo fondamentale nell'amplificazione della “paura”. Anzi, com'è stato giustamente osservato, è già nella scelta delle notizie, improntato al sensazionalismo, che i *media* svolgono un ruolo decisivo per cui i “loro consumatori”, overosia chi si informa attraverso essi, è indotto a ritenere che la giustizia sia, in misura preponderante, giustizia penale, e quest'ultima si occupi principalmente di reati contro la persona; ovviamente così non è. Esaltando il ruolo della vittima, a discapito del fatto di reato, e quindi concentrandosi sulla reazione punitiva dell'ordinamento, di fatto i *media* concorrono a creare un sentimento di insicurezza diffusa, e quindi una domanda di sicurezza. Così, HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà?*, in *Ars interpretandi*, 2004, 147 e ss.; ancora, ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il “discorso di paura”*, (a cura di) FORTI - BERTOLINO, in *La televisione del crimine*, Milano, 2005, 287-305; DINO, *I media ed i nemici della democrazia*, in *Quest. giust.*, 4, 6, 836.

<sup>11</sup> Una cultura decisamente inefficiente. Il riferimento è tratto dal libro di GARLAND, *The culture of control, Crime and social order in contemporary society*, Oxford univ. pr., 2003, nel quale l'A. affronta l'analisi di gran parte delle trasformazioni culturali e criminologiche recentemente verificatesi negli Stati Uniti e in Gran Bretagna. Secondo Garland, l'investimento sulla prevenzione in nome della sicurezza civile invece di rassicurare alimenta l'attenzione e la sensibilità nei confronti del problema, l'allarme sociale. Dall'altro, sembra che l'allarme sociale, così alimentato, a sua volta faccia penetrare la logica preventiva nei contesti sociali, nella vita quotidiana, diffondendo il riferimento alla soglia dentro/fuori e l'attenzione alla identificazione dei non recuperabili perché non meritevoli, moltiplicando nelle relazioni interpersonali l'allarme per l'alterità, e l'identificazione di ciò che è estraneo con ciò che è minaccioso. Cfr. DE LEONARDIS, *Modernità nel pensiero di D. Garland*, in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di D. Garland*, cit., 85.

<sup>12</sup> I concetti indicati, peraltro, sono così nebulosi e incerti da impedire una esatta conoscenza del loro contenuto, cioè se c'è ordine quando c'è coesione, se c'è coesione quando c'è ordine, o se ci sono istituzioni perché si esercita controllo o viceversa. Così RESTA, *Nemici e criminali*, in *Pena, controllo so-*

Il rischio di un ritorno ad un caos primordiale, ove *homo homini lupus*, è pertanto verosimile: d'altronde, la speculazione di una emergenza sicurezza<sup>13</sup> attribuita al fenomeno migratorio ha (già) permesso l'affermazione di una politica di *zero tolerance*<sup>14</sup> permeata su una responsabilità da *status* - si pensi al reato di clandestinità *ex art. 10-bis* Testo Unico sull'immigrazione<sup>15</sup> - pressoché fallimentare e controproducente: il pan-penalismo, infatti, non è l'effetto della criminalità straniera ma la causa<sup>16</sup>.

## 2. Il diritto penale dell'immigrazione tra ordine pubblico e sicurezza.

L'affermazione dell'attuale politica criminale, severa e intrinsecamente iniqua, si deve principalmente alla "domanda drogata" di sicurezza<sup>17</sup> di una collettività disposta a sacrificare le proprie libertà<sup>18</sup>.

La tradizionale origine pattizia, risalente già ai tempi della concezione contrat-

*ziale e modernità nel pensiero di D. Garland*, cit., 92 e ss.

<sup>13</sup> In tal senso, si esprime anche CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il cd. pacchetto sicurezza*, Padova, 2009, 96 e ss.

<sup>14</sup> Le ondate di panico morale costituiscono un efficace teatro per la rappresentazione del legame che unisce politici, agenti del controllo sociale, media e popolo. In particolare, i politici vengono legittimati come rappresentanti e protettori; i media come portavoce. D'altronde, l'individuazione di un capro espiatorio che permetta di deviare l'attenzione del pubblico da problemi in realtà più scottanti, costituisce la strategia adottata dalle classi dirigenti per consolidare il consenso o riaffermare la propria supremazia. In questi termini, MANERI, *Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, XLII, 1/2001, 14.

<sup>15</sup> La fattispecie ivi richiamata, disciplinata dal Testo Unico sull'Immigrazione (d'ora in poi, Tui), è stata introdotta con il "pacchetto sicurezza" del 2009 (art. 1, co.16, L. 94/09) ed è rubricata "*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*". La disposizione sanziona "...lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente Tui nonché di quelle di cui all'art. 1 della l. 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.". Per un approfondimento, si veda, *ex pluris*, ancora CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il cd. pacchetto sicurezza*, cit; PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. Dir.*, a. XLII, 2/2011, 253;

<sup>16</sup> È questo il pensiero di LEMERT, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, tr. It., Milano, 1981, 2. L'A., ponendosi in antinomia con la sociologia tradizionale che tende a basarsi fermamente sull'idea che la devianza porti al controllo sociale, ritiene che la politica della paura si giustifica agli occhi della cittadinanza per la sua capacità di proteggere, ma nei fatti genera effetti controproducenti non solo perché operativamente non sempre raggiunge gli effetti desiderati, ma anche perché, di per sé, incrementa il senso di crisi e di sfiducia, contribuendo a cementarlo come tratto culturale condiviso.

<sup>17</sup> Si esprime così FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 372.

<sup>18</sup> La sicurezza, oggi, è divenuta una costante della politica criminale: non si parla solo di sicurezza pubblica o dello Stato, ma anche di sicurezza del lavoro, del prodotto, dei mercati, dell'ambiente, di sicurezza urbana, informatica, alimentare. Per comprendere la centralità, giuridica ma anche psicologica, che ormai la sicurezza ha assunto nella società, sia sufficiente guardare alla dizione che si è attribuito ai recenti provvedimenti normativi volti ad arginare i fenomeni emergenziali degli ultimi anni: "pacchetti sicurezza". Questi sono ormai divenuti ciclici, espressione di un'impotenza crescente a generare soluzioni organiche, globali e armoniche, deviando verso interventi frammentari a scapito della coerenza.

tualistica dello Stato in cui Hobbes sosteneva che “l’individuo cede diritti naturali in cambio della sicurezza”, pregiudica la qualificazione della sicurezza in termini di diritto tra i diritti<sup>19</sup>. L’ambiguità della sua natura, infatti, a metà tra i beni originari dell’individuo e quelli strumentali della politica, impedisce un equo bilanciamento con diritti imprescindibili come quello alla vita o alla libertà, con il rischio - alto - di renderlo totalizzante rispetto ad essi<sup>20</sup>.

Il disagio teorico ha assunto rilievo pratico nella lotta all’immigrazione clandestina, ove è stato lo stesso giudice di legittimità che, riconoscendo la conformità costituzionale del c.d. “reato di clandestinità”, avrebbe ricompreso la sicurezza tra quei beni pubblici “finali” di sicuro rilievo costituzionale altrimenti compromessi dai fenomeni d’immigrazione incontrollata<sup>21</sup>.

Prima della pronuncia della Corte, invero, si riteneva che dinanzi al costante intreccio tra prevenzione e repressione proprio del Tui, lo Schutzaspekt del diritto penale dell’immigrazione fosse l’ordine pubblico<sup>22</sup>, la cui natura pressoché evanescente<sup>23</sup> lo rendeva ideale per mistificare le finalità preventive di

<sup>19</sup> Il riconoscimento della sicurezza come diritto dell’individuo non è ancora chiaro, sebbene già nella Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, all’art. 2, si rinveniva il “diritto alla sicurezza” tra i diritti naturali e inalienabili dell’uomo, accanto alla libertà, alla proprietà alla resistenza e all’oppressione. Peraltro, è importante rilevare come il diritto alla sicurezza sia oggi presente in quasi tutte le Costituzioni latinoamericane e in numerose Carte costituzionali europee (tra cui Finlandia, Portogallo, Spagna, Svizzera), fermo restando che il diritto alla sicurezza è sempre associato alle libertà in quanto l’uno è costituzionalmente ritenuto lo sviluppo dell’altro.

<sup>20</sup> In questi termini, si veda, tra gli altri, DONINI, *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini, Pavarini, Bologna, 2011, 14 e ss.

<sup>21</sup> In questi termini, la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 250/2010, ha ritenuto legittima la fattispecie di cui all’art. 10-bis Tui (cd. reato di clandestinità). Ad avviso della Consulta, infatti, “non si può ritenere che l’art. 10-bis t. u., introducendo nell’ordinamento la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, penalizzi una mera condizione personale e sociale, quella, cioè, di straniero “clandestino” (o, più propriamente irregolare), della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale. La condizione di cd. clandestinità non è un dato preesistente ed estraneo al fatto ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita”. La lettura del dettato normativo è ampiamente discutibile quanto meno nella misura in cui riconosce la *ratio puniendi* nella violazione della disciplina amministrativa sul soggiorno. Fra tanti, cfr. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1384; MATTEVI, *Sulla legittimità costituzionale del reato di immigrazione clandestina*, in *Giur. it.*, 2011, 902.

<sup>22</sup> Si veda CAPUTO, *Prime note sulle modifiche alle norme penali del testo unico sull’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2005, cit., 252.

<sup>23</sup> Il concetto di ordine pubblico si è sempre rivelato quanto mai fluido e inafferrabile. Al riguardo, basti richiamare l’osservazione di Zerboglio a proposito del codice Zanardelli che aveva sostituito la nuova categoria a quella di “pubblica tranquillità”: “l’ordine pubblico sembra qualcosa di molto indeterminato che non sia colpito piuttosto da questo o da quel reato, ma da ogni attività criminosa. Non è l’ordine pubblico giuridicamente preso quel complesso di istituti e di norme che vigono in un dato paese e contro la cui violazione sono state sancite delle penalità?”, ZERBOGLIO, *Delitti contro l’ordine pubblico*, in *Trattato di diritto penale*, VI, Milano, 1910, 2 e ss. È altrettanto ricorrente la lapidaria spiegazione che

una politica criminale verosimilmente malata<sup>24</sup>. La scelta interpretativa, infatti, consentiva l'eccesso di tutela di un bene pressoché "fittizio" e naturalmente incapace di assolvere un ruolo concretamente selettivo.

La debolezza ontologica dell'ordine pubblico ha spinto, pertanto, verso una nuova opzione interpretativa con l'illusione che si potesse arginare una "faziiosa" spinta criminogena, ristabilendo un equilibrio giuridico ormai smarrito.

Così non sembra. Anzi. Associata al controllo delle frontiere e alla gestione dei flussi migratori, definito dalla Corte come bene strumentale (dalla titolarità chiaramente diffusa) alla tutela di beni finali di sicuro rilievo costituzionale<sup>25</sup>, la sicurezza sembra favorire la criminalizzazione di condotte disobbedienti<sup>26</sup>, dunque senza offesa o di "scopo"<sup>27</sup>, esaltando parimenti una funzione di disciplina e organizzazione del sistema sociale<sup>28</sup> che mal si concilia con il volto

Zerboglio usò per descrivere le difficoltà che s'incontrano nella definizione dell'oggetto della tutela nei reati contro l'ordine pubblico: "Non si sa definire l'ordine pubblico perché non c'è, e quello che c'è, è una creazione del legislatore". Cfr. ZERBOGLIO, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Scritti teorici - pratici sulla nuova legislazione penale*, II, Bologna, 1933, 93.

<sup>24</sup> La storica debolezza concettuale della nozione di ordine pubblico le ha consentito di essere strutturalmente predisposta a mistificare finalità eminentemente preventive. Per un approfondimento di tale ordine di considerazioni, cfr. PAGLIARO, *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione dell'emergenza*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984, 1033.

<sup>25</sup> Secondo Cavaliere, "la regolazione o, che è lo stesso, il controllo e la gestione dei flussi non costituiscono un bene giuridico, neppure strumentale: piuttosto, i flussi vengono regolati in vista della tutela di beni giuridici dei cittadini, quali singoli e come collettività. I flussi sono il fenomeno considerato pericoloso, e controllarli, gestirli, è la ratio dell'intera disciplina, ma non l'oggetto della tutela, né amministrativa e neppure penale". Così, CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, (a cura di) ROSI-ROCCHI, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, cit., 224. In polemica con chi afferma che i beni "strumentali" siano la prova della crisi del concetto di bene giuridico, cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Corso di diritto penale, I, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III, Milano, 2001, 540-541, che invece difende il diritto penale "moderno" perché affermano l'inclusione nell'ambito dei beni giuridici tutelabili penalmente di quelli cd. funzionali. In questo caso, infatti, i beni "finali" restano "sullo sfondo", nel senso che la loro lesione o messa in pericolo è irrilevante: ciò che richiede la norma incriminatrice è soltanto la lesione o messa in pericolo del bene strumentale.

<sup>26</sup> Paradigmatica la fattispecie dell'art. 6, co. 3, t.u., che nella versione risultante dalla modifica apportata con il pacchetto 2009, sanziona a titolo di contravvenzione lo straniero il quale "a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione..."; sul punto, cfr. DI MARTINO, *L'intervento penale in materia d'immigrazione e i suoi limiti*, cit., 4 e ss.

<sup>27</sup> Nei reati di scopo (o senza offesa), si incrimina non l'offesa a un bene giuridico, ma la realizzazione di certe situazioni che lo Stato ha interesse a che non si realizzino. Ancora una volta, si ripropone il parallelismo con la normativa ambientale (si pensi alla incriminazione di scarico inquinante non già come tale, ma in difetto di autorizzazione della p.a.). Cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, III, Torino, 2008, 73 e ss.; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, VII, Padova, 207 e ss.

<sup>28</sup> Così DONINI, *Il diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 107 e ss. In un confronto tra le due "epoche" giuridiche segante dal passaggio da uno Stato liberale a uno sociale, l'Autore

tradizionale del diritto penale.

La sicurezza, infatti, per quanto “in parte autonomo, come diritto ad un’esistenza protetta, indispensabile al godimento di altri diritti di cui il soggetto è titolare, e in parte indiretto, nel senso che è complementare agli altri diritti, ovvero come istanza radicata nella nozione di benessere e di qualità della vita, collettiva e individuale...indispensabile per il godimento degli altri diritti”<sup>29</sup>, ripropone i medesimi problemi concettuali ( e definatori) dell’oramai obsoleto ordine pubblico<sup>30</sup>.

Nonostante gli sforzi della sociologia quanto quelli della criminologia<sup>31</sup>, ciò che principalmente ancora sfugge è la sua “forma”: è oggetto di cui è impossibile afferrare una sostanza unitaria; che esprima decifrabili giustificazioni alle più svariate scelte penalistiche; che consenta una valutazione della loro legittimità e proporzionalità<sup>32</sup>.

Al riguardo, appare interessante l’analisi del concetto svolta da Bauman, che definisce la sicurezza come il “calderone dell’*Unsicherheit*”, ossia un generalizzato sentimento di disagio esistenziale che condensa in un unicum emozionali dall’identità soggettiva quanto oggettiva, ossia *insecurity, uncertainly e unsafety* (insicurezza esistenziale, incertezza e insicurezza personale)<sup>33</sup>; la sicurezza oscilla, pertanto, tra la paura individuale di subire un reato, indipendentemente dalla probabilità che questo accada, e l’oggettiva preoccupazione per la criminalità ponderata sulla percezione della sua diffusione<sup>34</sup>. Il suo bilancia-

---

sottolinea la funzione servente del diritto penale a uno scopo di organizzazione e prevenzione dei rischi non consentiti.

<sup>29</sup> In tal senso FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in *Forumcostituzionale.it*.

<sup>30</sup> Invero, da un punto di vista squisitamente semantico, il *sentimento* sicurezza rinvia ad un’accezione vicina a quella di “pubblica tranquillità” propria dell’ordine pubblico inteso in senso *empirico*. Il bisogno di pace sociale, la pacifica convivenza in cui i singoli ripongono la loro fiducia, dunque, potrebbe costituire il punto di collegamento, seppur minimale, tra le due nozioni. Peraltro, concettualmente, l’ordine pubblico potrebbe anche essere considerato strumentale alla tutela della sicurezza pubblica. Evidentemente, se così fosse, i due termini “stanno e cadono insieme”: se non c’è l’ordine pubblico, manca anche la sicurezza, e viceversa. È anche vero, però, che dal punto di vista giuridico, l’equivalenza appare forzata e priva di copertura.

<sup>31</sup> Sull’elasticità concettuale della sicurezza, Nuzzo esemplifica alcune forme: da quella puramente filosofica a quella culturale, ma anche morale, sociale o politica. In questo senso, NUZZO-MELANDRI, *Criminologia per la sicurezza*, cit., 6.

<sup>32</sup> Testualmente INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Ind. pen.*, 1, 2010, 27. In argomento, si vedano anche gli scritti di PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/09, 547 e ss. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 e ss.

<sup>33</sup> Così BAUMAN, *In search of Politics*, Cambridge, Polity Press, 1999, trad. it. *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000. L’Autore spiega il significato e l’attuale declino delle diverse forme di sicurezza attraverso tre ossimori: *insecure security, uncertain certainty, undafe safety*.

<sup>34</sup> Invero, anche questo risulta un dato fortemente fuorviato dal ruolo massmediale. La sensazione di insicurezza che filtra attraverso la rappresentazione mediatica prevale e condiziona l’insicurezza oggettiva.

mento, tuttavia, è inquinato da numerosi e ulteriori fattori, fra cui una “*formless fear*” (paura senza forma) che si esprime in un’inquietudine quotidiana determinata non tanto (e solo) dalla criminalità quanto dai valori e giudizi personali diversi a seconda delle esperienze vissute<sup>35</sup>.

Lo scontro tra una dimensione individuale e una collettiva, pertanto, appare inevitabile<sup>36</sup>. Cornelli sostiene, infatti, che “mentre per gli altri diritti, come ad esempio la salute, è concepibile una rivendicazione individuale, anche estrema, senza che in tal modo vengano compressi i diritti degli altri - e, anzi, l’estensione a tutti del diritto individuale alla salute consente di costruire il concetto di salute come bene pubblico - la rivendicazione del diritto individuale alla sicurezza, al contrario, porta inevitabilmente a una perdita della concezione della sicurezza come bene comune: essendo connesso alla richiesta di protezione preventiva dal rischio di subire un danno provocato da un’altra persona, la tutela assoluta del diritto alla sicurezza di ciascuno di scontra necessariamente con la tutela di alcuni diritti fondamentali di tutti gli altri, quali la libertà. Paradossalmente, cioè, se portato agli estremi, il riconoscimento della sicurezza come diritto soggettivo comporta un regresso dallo stato civile allo stato di barbarie in cui il diritto assoluto di ciascuno determina la guerra di tutti contro tutti”<sup>37</sup>.

Il sacrificio delle libertà, pertanto, se da un lato esclude categoricamente che la sicurezza possa assumere un volto soggettivo dalla legittimità costituzionale<sup>38</sup>, dall’altro ne impone una qualificazione in termini puramente oggettivi:

---

va creando di fatto uno scollamento tra criminalità effettiva e criminalità percepita.

<sup>35</sup> Così, ancora CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, cit., 76. La differenza tra la paura e l’ansia è notevole: la paura, infatti, è generata da un concreto segnale di pericolo, anche se la minaccia si dimostra non reale o non effettiva, ed è limitata nel tempo; l’ansia, invece, è definita come un’inquietudine continua, sostenuta dal presentimento, non basato su segnali concreti esterni, che qualcosa di spiacevole o pericolo stia per accadere.

<sup>36</sup> La sicurezza non può che essere un concetto dinamico visto che essa, come una regina in una partita di scacchi, è un valore personale e sociale interattivo e integrato con altri valori e interessi. Tra l’altro, la sicurezza “soggettiva” politicamente pesa più di quella oggettiva. Non importa se la criminalità è più forte, se i reati sono aumentati, a parità di condizioni, se la città è davvero meno sicura: ancora più importante è che sia avvertita come tale. Si è detto che “*in tutti i Paesi occidentali, vi è una domanda drogata di sicurezza*”. Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris*, II, *Teoria della democrazia*, cit., 372.

<sup>37</sup> In questi termini si esprime ancora CORNELLI, *Paura e ordine nella modernità*, cit., 280. A riguardo, peraltro, Prittwitz sostiene che sicurezza e libertà si pongano in un rapporto di concorrenza diseguale: la libertà, cioè, quando entra in competizione con la sicurezza, ha già perso in partenza. Così PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, cit., 107.

<sup>38</sup> In questo senso, si esprime anche DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, (a cura di) COCCO, in *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, 6. Chiaramente, escludere che il diritto alla sicurezza possa qualificarsi come bisogno primario non significa negare la possibilità che possano venire in rilievo come legittimi limiti per i diritti fondamentali alcune espressioni della sicurezza, intesa come interesse della collettività nonché le situazioni emergenziali che richiedano risposte eccezionali. In questi termini,



una sicurezza dei diritti, ovvero il “classico” diritto umano ai diritti civili (o di diritto ai diritti)<sup>39</sup>.

La scelta interpretativa chiaramente non soddisfa gli speculatori politici che, invece, sostenendo il passaggio da un diritto penale delle libertà ad uno della sicurezza<sup>40</sup>, spingono verso l’affermazione di una dimensione puramente soggettiva del diritto, premessa per la legittimazione di un anacronistico *labelling approach*<sup>41</sup>. I recenti sviluppi politici<sup>42</sup>, d’altronde, confermano la preoccupazione verso un’(in-)voluzione normativa che abusa della sofferenza di un bene giuridico falsamente tutelato per ampliare un intervento penale di per sé inadeguato: l’immigrazione clandestina è un fenomeno, e il diritto penale non punisce fenomeni<sup>43</sup>.

---

RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 23 e ss.

<sup>39</sup> Così si esprime BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, (a cura di) PALMA-ANASTASIA, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforme*, Milano, 2001, 21. Si pensi all’art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, il quale sancisce che “ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona”. La sicurezza, qui, si profila come sicurezza della propria persona, ed è collegato al diritto alla vita e alla libertà: sicurezza della vita e integrità fisica, sicurezza delle libertà. Valga anche il rinvio alla nostra Carta costituzionale, ed esattamente all’art 41, ove nel garantire la libertà di iniziativa economica prevede che questa “non può svolgersi (...) da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”; qui la sicurezza è accostata ai diritti fondamentali, come oggetto di una tutela giuridica che limita l’esercizio di altri diritti.

<sup>40</sup> Il legame tra il fenomeno migratorio e quello criminoso è sempre stato oggetto di argomentazione della letteratura socio-criminologica, laddove si è rilevato che la provenienza da sistemi socio-culturali più arretrati o, in ogni caso, lo sradicamento dei modelli culturali di provenienza sia un fattore potenzialmente associabile alla condotta antisociale. In tempi più recenti, tuttavia, ricerche metodologiche più rigorose hanno dimostrato che non esiste alcuna sicura relazione tra migrazione e delitto e che una corretta analisi non può prescindere dall’accoglienza del contesto socio-economico nel quale si inserisce lo straniero. Per un approfondimento sullo studio socio-criminologico del rapporto “criminalità- stranieri”, si veda, benché datato, MAROTTA, *Immigrati: devianza e controllo sociale*, Padova, 1995.

<sup>41</sup> Cfr. PAVARINI, *Bisogni di sicurezza e questione criminale*, in *Rassegna di Criminologia*, 4/1994, 435-462.

<sup>42</sup> A distanza di pochi mesi dalla sua formazione, la nuova compagine governativa ha mostrato estrema severità nella gestione del fenomeno mediante la chiusura dei porti italiani alle Ong (si veda il caso della nave Aquarius o Diciotti) e una nuova “stretta” sull’attuale normativa, approvando all’unanimità un nuovo (ed ennesimo) decreto legge recante “Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’agenzia nazionale per l’amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata” (d.l. n.113/18).

<sup>43</sup> L’argomento seriale o cumulativo è improponibile in diritto penale, perché contiene una responsabilità sproporzionata rispetto al fatto commesso, in sé inoffensivo – dunque, contrastante con i principi di proporzione e offensività – e una altrettanto strumentalizzazione del singolo per finalità di prevenzione generale, contraria agli artt. 2 e 27, co. 1 e 3 Cost. Attraverso l’idea cumulativa si potrebbe sanzionare penalmente chi parcheggia in doppia fila – se lo facessero tutti, si paralizzerebbe la circolazione – o chi lascia una busta di plastica in un’area di verde pubblico, e così via. Cfr. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di Rocchi, Rosi, Napoli, 2013, 232 e ss.

Lo scenario prospettato riproduce, però, l'impronta tipica della legislazione emergenziale che cede all'emotività e all'irrazionalità dell'opinione pubblica per elevarsi a principio normativo di legittimazione dell'intervento punitivo, non più giuridico ma immediatamente politico: non più subordinato alla legge quale sistema di vincoli e garanzie, ma ad essa sopraordinata<sup>44</sup>.

### 3. La criminalizzazione dello straniero attraverso la teoria del "*labelling approach*"

L'affermazione di un diritto penale della sicurezza muta pericolosamente la funzione classica del bene giuridico, che da "arbitro" scema in spettatore delle scelte legislative<sup>45</sup>. L'intreccio di questa inquietante trama si rinviene nella declinazione "soggettiva" del diritto alla sicurezza, che prescindendo da un dato sistema normativo si ancora a una superata feudalizzazione dei rapporti sociali anti-statalistici<sup>46</sup> con un'inevitabile sacrificio delle tradizionali libertà costituzionali.

La difficoltà ontologica di affermare la sicurezza come diritto "puro" in grado di giustificare la criminalizzazione dell'immigrazione clandestina conduce verso forzature logiche difficilmente accettabili. Tra queste vi è quella di recuperare la matrice democratica della sicurezza attraverso l'attribuzione di una supposta percepibilità oggettiva<sup>47</sup>, che darebbe alla sicurezza un *quid plus* ad oggi mancante.

Per quanto dotato di maggiore vincolatività politica, anche questa ulteriore declinazione, tuttavia, si mostra incapace di placare gli impulsi emergenziali; il principale limite alla sua affermazione è rappresentato, ancora una volta, dalla

---

<sup>44</sup> È stato sostenuto che la legislazione penale dell'emergenza "*equivale a un principio normativo di legittimazione dell'intervento punitivo, non più giuridico ma immediatamente politico; non più subordinato alla legge quale sistema di vincoli e garanzie, ma ad essa sopraordinata*". Così, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma -Bari, 1990, 844.

<sup>45</sup> Cfr., sul punto, HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, (a cura di) DONINI - PAVARINI, in *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 64 e ss.

<sup>46</sup> La domanda sociale di sicurezza attribuisce al sistema penale una pericolosa autoreferenzialità che ne legittima una dimensione prevalentemente simbolica. Cfr. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, cit., 48 e ss.

<sup>47</sup> L'argomentazione trae spunto da un progetto di riforma risalente agli anni '90 con il quale si proponeva un radicale mutamento del titolo V del Libro II del c.p. riservato ai delitti contro l'ordine pubblico. Per l'esattezza, il riferimento è allo *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale* (pubblicato in *Ind. pen.*, 1992, 579) nella cui relazione si affermava il carattere non meramente formale del mutamento: "La nuova intitolazione vuol meglio caratterizzare il bene giuridico offeso dai reati del titolo che non è più la generica, e sotto molti profili, indecifrabile, entità ordine pubblico, ma, appunto, la sicurezza collettiva, maggiormente concreta ed in sintonia con la struttura democratica dello Stato". Si veda, per approfondimenti, *La riforma del codice penale*, in *Documenti giustizia*, 3/1992, 385.

sua venatura emotiva, che non consente di porsi da freno all'accelerazione della domanda di sicurezza, ormai autonomizzata verso una spinta di un sistema penale "selettivo e verticale" verso il basso<sup>48</sup>. Anzi, l'affermazione di "un" diritto alla sicurezza, senza forma né contenuto, ha consentito lo sviluppo di una politica di zero *tolerance*<sup>49</sup> che ha solo prodotto più diritto penale<sup>50</sup>, sostituendosi al diritto amministrativo<sup>51</sup>.

La conclusione appare inevitabile: la criminalizzazione dello straniero irregolare, ad oggi, è sprovvista di una reale legittimazione.

L'accanimento punitivo verso il fenomeno migratorio è, infatti, retto principalmente da una impropria e strumentale applicazione del *labelling approach*<sup>52</sup> secondo cui il "deviante"<sup>53</sup>, ossia "colui che si oppone all'ordine so-

<sup>48</sup> Cfr. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, cit., 43. L'Autore sottolinea che "una delle derive più insidiose verso cui spingono il senso comune pan-penalistico e le tolleranze zero invocate ormai insistentemente da più parti, al di qua e al di là dell'Atlantico, è (...) la tendenza all'*autonomizzarsi* del senso di sicurezza collettiva, per effetto della quale ciò che conta è l'affermazione della tutela penale in sé, prima ancora di una netta definizione dei suoi oggetti".

<sup>49</sup> Lo slogan della *Zero tolerance* è espressione di un falso mito: l'eliminazione dei delitti è impossibile senza un'involuzione totalitaria del sistema politico. Già Carrara, infatti, osservava come "*La pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra conduce nella scienza penale alla idolatria del terrore*". Così CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, (Parte speciale), 1859, Firenze, 1907, X, I 22, su questo v. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 655; o ancora, si v. PALAZZO, *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Dem. Dir.*, 1, 2006, 53 e ss.

<sup>50</sup> "Non sappiamo se il diritto penale produca più sicurezza, ma sappiamo che la sicurezza, produce sicuramente più diritto penale"; e ancora, "*la sicurezza è come un'araba fenice, più la società la cerca, e più non la trova*". Così, NUZZO-MARINELLI, *Criminologia per la sicurezza*, cit., 11, che dedica un intero volume all'analisi della sociologia della sicurezza tra approfondimenti statistici e novità legislative.

<sup>51</sup> Invero, l'inversione del rapporto tra diritto penale e diritto amministrativo non si è avuta solo con il fenomeno dell'immigrazione ma anche in materia di stupefacenti. A riguardo, infatti, i punti di convergenza sono molti, e non solo per il ruolo subalterno rispetto alla disciplina amministrativa ma anche per l'evidente rottura con il principio di offensività che in diverse fattispecie sembra mancare. A proposito della riforma della normativa sugli stupefacenti, si veda GAMBERINI, INSOLERA, *Premessa al Commento al D.l. 20.12.2005, n. 272, conv., con modif., in L. 21.2.2006 n. 49*, in *Leg. pen.*, 2/2007.

<sup>52</sup> La c.d. *Teoria dell'Etichettamento* (o *labelling approach*) nasce negli Stati Uniti tra la fine degli anni '50 e gli anni '60 in un quadro storico-sociale segnato da numerose proteste e rivendicazioni per i diritti civili, e vide tra i suoi maggiori esponenti Lemert e Becker. Questa corrente di pensiero si basa su un importante presupposto: la definizione di un comportamento criminale è del tutto relativa in quanto dipende dalla definizione normativa che, in quella data società e in quel dato tempo, viene attribuita a quel determinato comportamento; esso sarà considerato come reato o meno a seconda della definizione normativa che gli è stata data. Secondo la teoria dell'etichettamento, pertanto, il criminale altro non è colui che viene "etichettato" come tale dalla società e dagli organi deputati al controllo (polizia, giudici, istituzioni penitenziarie). L'interesse è, quindi, spostato dal delinquente e dalle condizioni sociali (povertà, sottocultura, ecc.) che producono la delinquenza alla reazione sociale e alla definizione della devianza: cioè ai processi e meccanismi selettivi di criminalizzazione visti nel loro ruolo di controllo sociale, e agli effetti della stigmatizzazione ai fini dell'acquisizione della qualifica di criminale o deviante. A questi fini non è decisivo il comportamento deviante in sé, piuttosto l'interazione tra l'individuo che mette in atto questo dato comportamento e i membri della società che ne vengono a conoscenza, in particolare

ziale”, che “non è conforme alle aspettative della società riguardo al ruolo che dovrebbe essere svolto dall’individuo”, che “rifiuta di riconoscere mete culturali”, ovvero “ciò che non è conforme alle norme sociali”<sup>54</sup> – coinciderebbe, in questo caso, con lo straniero, deviante di una *societas* che, dinanzi alla differenza, reagisce con disapprovazione e stigma<sup>55</sup>.

Ovviamente, l’interpretazione non convince se non nella misura in cui è vero l’inverso, e cioè che l’identità deviante dello straniero è effetto – e non causa – della stigmatizzazione sociale che associa devianza a criminalità<sup>56</sup>. La coincidenza dei due concetti, tuttavia, per quanto falsa,<sup>57</sup> rappresenta la naturale applicazione del modello dell’etichettamento che, attraverso un’amministrativizzazione dei diritti fondamentali, identifica lo straniero come un’ospite in prova perpetua<sup>58</sup>.

---

gli organi di controllo sociale. Lo *status* sociale di delinquente, pertanto, presuppone necessariamente l’effetto stigmatizzante che ha una funzione costitutiva della criminalità stessa. Spesso è proprio la stigmatizzazione del primo comportamento criminale che genera, attraverso il mutamento dello *status* sociale dell’individuo stigmatizzato, una tendenza a permanere nel ruolo sociale delinquenziale in cui la stigmatizzazione lo ha introdotto. Per un approfondimento, si veda LEMERT, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Milano, 1981; DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico*, Edizione di Comunità, Milano, 1969; ancora, per una critica al concetto della devianza, BECKER, *Outsiders*, Ega, Torino 2006.

<sup>53</sup> In *Durkheim*, padre della sociologia scientifica, possono essere individuate tre differenti tipi di devianze: il biologico, il funzionale e il disadattato. Per ognuno di essi, può essere evidenziata e collegata la figura dello straniero che, però, assume significato particolare nell’ambito del deviante disadattato, inadeguatamente socializzato in una società malata e che rappresenta un’ulteriore manifestazione della figura tanto cara all’Autore, dell’*homo duplex*: da un lato costituito da un fattore impersonale e rappresentante lo spirito di gruppo e dall’altro prodotto di una funzione individuale. In questi termini, MAROTTA, *Straniero e devianza*, cit., 69.

<sup>54</sup> Sono queste le parole tratte da BOFFI - GIANANTI - MAGGIONI - PISAPIA, *Immagini di devianza. Giovani tra tolleranza e sanzioni*, Feltrinelli, Milano, 1981, 14. Più in generale, per un approfondimento del concetto di devianza, si veda, tra i tanti, PISAPIA, *La dimensione normativa in criminologia*, Cedam, Padova, 1992; MELOSSI, *Stato, controllo sociale e devianza*, Milano, 2005.

<sup>55</sup> La tematica dell’immigrazione è oggi sempre più seguita dalla sociologia della devianza per essere un fenomeno sociale criminalizzato e correlato, per le condizioni in cui si trovano a vivere gli stranieri, a comportamenti anomali rispetto alle norme sociali. Si contesta, tuttavia, la legittimità della categoria “devianza” nella convinzione dei forti limiti che ne fuorviano il contenuto.

<sup>56</sup> Si tratta di quella che Lemert definisce la “devianza secondaria”, che ha appunto origine nella stigmatizzazione e nella sanzione legale, entrambe effetto della risposta dei consociati nei confronti di determinati comportamenti differenziali. Questa differisce dalla “devianza primaria” che invece non provoca reazioni sociali e non modifica l’idea che il soggetto agente ha di sé; non percependosi come deviante, conserverebbe la possibilità di rientrare nella conformità. Così LEMERT, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Milano, 1981.

<sup>57</sup> Invero, in passato i due concetti erano ritenuti concentrici: la devianza, cioè, era considerata quale categoria più ampia della criminalità. Si esprimeva in tal senso, TOMEO, *Dalla devianza al conflitto. Verso una dissoluzione del concetto di devianza?*, in *Sociologia del Diritto*, 1/1979, 35-53.

<sup>58</sup> Così è definito lo straniero da PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto (note a margine della legge n. 40/1998)*, cit., 14.

Il labelling approach costituisce, dunque, l'ultimo - o forse il primo - tratto distintivo di una politica criminale<sup>59</sup> che tende verso l'affermazione di un "nuovo" diritto penale della sicurezza che, deviato da una connotazione evidentemente proibizionistica e preventiva<sup>60</sup>, "divora tutti i principi dello Stato di diritto"<sup>61</sup>. L'inaccettabilità di un simile epilogo impone inevitabilmente la necessità di individuare un "freno d'emergenza" che limiti l'(in)voluzione del volto tradizionale del diritto penale. L'obiettivo difatti si rende possibile solo attraverso una maggiore esaltazione dei principi classici<sup>62</sup> che bilancino il rapporto tra libertà e sicurezza<sup>63</sup> a discapito di istanze penalpopuliste<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> L'utilizzo del termine "politica criminale", anziché penale, non è dettato dal caso. Il ruolo servente, nonché simbolico, che il diritto penale svolge nella disciplina amministrativa qualifica la politica attuata più come criminale che propriamente penale: a dispetto degli identici fini perseguiti, quelli cioè di diminuire la criminalità, una politica penale si snoda attraverso i canali istituzionali e si avvale esclusivamente dei mezzi del diritto penale, laddove la politica criminale può prescindere dai mezzi di carattere penale ed è un aspetto della politica sociale. Invero: per la politica penale, il diritto penale è l'unico mezzo utilizzabile; per la politica criminale, viceversa, il diritto penale svolge soltanto un ruolo di *extrema ratio* rispetto alla politica sociale. Sulla differenza tra politica criminale e politica penale, e sulla tendenza a ridurre la prima a favore della seconda, si veda ancora BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, cit., 101 e ss.

<sup>60</sup> Sono queste, in realtà, delle considerazioni che Bricola già muoveva nel famoso saggio sulle forme di tutela *ante delictum*, in cui dedicava una lunga nota alle norme sull'immigrazione contenute nell'allora testo unico delle leggi di polizia, chiedendosi come mai le misure contemplate da tali norme - applicabili al di fuori di ogni intervento dell'autorità giudiziaria - non fossero state oggetto di eccezioni di illegittimità costituzionale. Le risposte erano di varia natura: la "collocazione di queste in una zona franca, al confine tra rami diversi del diritto"; "l'immediata esecutività de provvedimenti che spesso rendeva di fatto impossibile l'accesso al giudice in sede di impugnativa"; "il segreto convincimento circa la politicità della materia e circa il necessario affidamento di questi provvedimenti a quel potere (esecutivo) che più direttamente interpreta la volontà politica dello stato". Per un approfondimento, BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione, Atti del Convegno di Alghero*, Milano, 1975.

<sup>61</sup> Così, NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, in *Sicurezza e immigrazione*, cit., 86 e ss.

<sup>62</sup> È anche vero, tuttavia, che in questo caso potrebbe corrersi il rischio di un affievolimento e conseguente relativizzazione dei principi stessi. Il divieto di analogia perde prestigio; la precisione delle leggi penali scema; il principio di proporzione svolge di nuovo il suo antico ruolo nel rafforzare la lotta al crimine; si legittimano forme di controllo che prescindono persino dal sospetto e alla punizione di comportamenti in campi ampliamenti anticipati rispetto al fatto; sono solo alcune delle conseguenze che Naucke richiama all'attenzione nel caso in cui si accettasse un modello di "compromesso" con il diritto di sicurezza. Cfr. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza*, cit., 87.

<sup>63</sup> Si esprime in questi termini, perché fortemente critico circa la prevaricazione della sicurezza sulle libertà, Prittwitz che ha più volte ribadito come lo Stato di diritto e la libertà siano, in se stessi e nella loro più sostenibile e duratura utilità, principi fondamentali per la inclusione, la lealtà e la trasparenza della società, altrimenti divisa in amici e nemici. Cfr. PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale tra sicurezza e libertà*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 105 e ss.

<sup>64</sup> Negli ultimi anni si è diffusa sempre di più negli studi criminologici e giuridici, l'espressione *populismo penale*, indicando con questa formula una serie di distorsioni del funzionamento delle istituzioni giuridiche a causa di dinamiche politiche basate sulla logica del consenso. Dal punto di vista scientifico-

Le difficoltà applicative nonché l'incertezza dell'esito rinviano, tuttavia, a un'alternativa più valida che offra maggiore certezza in termini di garanzie individuali ed efficienza del controllo, ovvero una radicale depenalizzazione dello statuto penale della (in-)sicurezza straniera<sup>65</sup>.

#### 4. L'epilogo della parabola dell'etichettamento: la "colpevolizzazione" dello straniero irregolare nel diritto penale della sicurezza

Il *labelling approach* plasma la società in una scacchiera in due colori: il bianco, l'italiano, "la persona" e il nero, lo straniero, la "non - persona". È questo, d'altronde, il risultato della deviazione concettuale del multiculturalismo concepito non quale articolazione di una condizione umana comune e ugualitaria quanto di un differenzialismo che ha ipostatizzato la separatezza culturale, mitologizzando le radici culturali e nazionali<sup>66</sup>. "I migranti - così - sono diventati nemici pubblici ideali per ogni tipo di rivendicazione di "identità" nazionale, locale o settoriale; per il patriottismo urbano o di quartiere, criminali che minacciano la sicurezza della vita quotidiana; per quello regionale, alieni che intorbidano la purezza etnica; per quello nazionale, stranieri che minano la compattezza della società; per quello di classe, "parassiti" o "abusivi" che sottraggono alla classe operaia le sue conquiste"<sup>67</sup>.

---

analitico il populismo penale implica una duplice prospettiva di approfondimento: da un lato, si ripropone la questione della limitazione del potere politico a tutela dei diritti della persona, caratterizzata dalla prevenzione dei soprusi a discapito del cittadino nel suo rapporto con lo Stato; dall'altro, solleva il tema di come le logiche di consenso politico alterino il normale funzionamento del sistema giustizia, secondo un vero e proprio meccanismo di distorsione non-democratica, dovuto al perseguimento di finalità di consenso da parte di un singolo o di un gruppo dominante. Per una riflessione sul tema nel contesto italiano, si veda ANASTASIA-ANSELMI-FALCINELLI, *Populismo Penale*, cit.

<sup>65</sup> Invero, il processo di depenalizzazione era stato avviato dalla Legge di delega n. 67/14 coinvolgendo, *in primis*, il reato di clandestinità *ex art. 10-bis Tui* - poi non avutosi per scelte politiche ampiamente discutibili. Oltre a favorire lo spazio riservato al diritto amministrativo, una sua manipolazione giuridica avrebbe (avuto) il privilegio di "stravolgere" in meglio lo statuto, anche esistenziale, dello straniero che, non più "nemico" dello Stato, tornerebbe ad essere una "persona" (e non una "non- persona") con diritti e doveri.

<sup>66</sup> È questo un riferimento alla condizione umana proposta da ARENDT, *La vita della mente*, Il Mulino, Bologna, 1987, oltretutto *Vita Activa*, che Alessandro DAL LAGO cita nel suo saggio *Non Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999.

<sup>67</sup> L'analisi giuridica del fenomeno migratorio non può prescindere da valutazioni criminologiche. Sarebbe altrimenti carente di un dato che costituisce la premessa culturale di una legislazione da anni arrogante e incostituzionale. In questa prospettiva, è ancora di grande aiuto il saggio del sociologo Dal Lago, individuato in questo lavoro come punto di riferimento per un veloce ma allo stesso tempo intenso percorso argomentativo, proteso a descrivere gli umori di una società ormai paranoica. L'Autore, infatti, analizza la relazione che si è stabilita tra chi è "dentro" una società e chi, venendo da "fuori", pretende di entrarci; un'indagine, dunque, sui meccanismi sociali, politici e cognitivi che fanno dell'immigrato il nemico pubblico nella società contemporanea. Cfr. ancora, DAL LAGO, *Non persone*, cit.

Le considerazioni – evidentemente critiche – si oppongono a quel sentimento di repulsione da tempo erroneamente vivido anche da una parte della sociologia<sup>68</sup> che, mediante statistiche affrettate, ha trasformato un grande fatto sociale come l’immigrazione in un fenomeno delinquenziale<sup>69</sup>. Com’è stato correttamente osservato, le modalità di calcolo sono spesso fuorviate dall’incapacità di elaborare il denominatore comune - la popolazione straniera di riferimento - attraverso una contabilizzazione precisa delle percentuali afferenti alle diverse categorie di stranieri tra cui i residenti, coloro in attesa di registrazione all’anagrafe, gli stranieri di passaggio e gli irregolari. In questa diversa combinazione, le stime non solo sarebbero diverse ma addirittura mostrerebbero come l’immigrazione non sia affatto sinonimo di delinquenza<sup>70</sup>; una ricerca di tipo qualitativo più che quantitativo, infatti, limiterebbe la partecipazione criminale a contesti sociali e istituzionali ostili e arbitrari: esasperati dai continui controlli messi in atto nei loro confronti dalle forze dell’ordine, gli immigrati sarebbero indotti a trasgredire le norme non riponendo alcuna fiducia in uno Stato percepito “come assolutamente ingiusto e indegno di meritare la loro lealtà”<sup>71</sup>.

Il rapporto indotto tra immigrazione e criminalità, per quanto socialmente discutibile e culturalmente indifendibile<sup>72</sup>, rivela tuttavia il “senso comune di

---

<sup>68</sup> Il riferimento non è casuale. Marzio Barbagli, infatti, è stato tra i primi studiosi ad analizzare sotto il profilo statistico il coinvolgimento di stranieri in eventi di natura criminale con il volume *“Immigrazione e criminalità in Italia”*, aggiornato fino al 2008. Lo stesso si pronuncia, attirando le critiche di molti colleghi, in tal senso: “I dati di cui disponiamo non lasciano dubbi sul fatto che gli stranieri presenti nel nostro paese commettano una quantità di reati sproporzionata al loro numero” e che, in un confronto con gli stranieri regolari, “gli irregolari superano di mille volte, per tassi di criminalità, i primi”. Per una lettura analitica, si v. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2008. Radicalmente contrario alla tesi testé esposta, Dal Lago, che critica fortemente l’analisi compiuta dal collega, ritenendo che gli elementi considerati (statistiche ufficiali e testimonianze di attori, criminalità perpetrata ma non anche subita) siano fuorviati da gravi pregiudizi. Si veda ancora DAL LAGO, *Non persone*, cit., nota 29, 58.

<sup>69</sup> Si ripete: “la clandestinità è una condizione che favorisce la commissione di delitti, ma non è essa stessa indice di pericolosità criminale”. Così ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su giustizia e sicurezza*, cit., 1728.

<sup>70</sup> Sono queste le parole di Franco Pittau (coordinatore, fra l’altro, del Dossier Statistico Immigrazione Caritas-Migrantes del 2008) che, in un confronto oramai risalente nel tempo, avendo come dato statistico le denunce a carico degli “immigrati”, ha riscontrato forti differenze rispetto a risultati precedenti, osservando un coinvolgimento degli stranieri nella criminalità minore se valutato per fasce d’età e di regolarità. Si veda per un approfondimento sull’analisi PITTAU, *Immigrazione e criminalità: cosa dicono i dati*, in *Etnografia e Ricerca qualitativa*, Bologna, 1, 2010, 119-125.

<sup>71</sup> In questi termini PALIDDA, *Polizia e immigrati: un’analisi etnografica*, in *Rassegna italiana di sociologia*, 1, 1999, cit., 86.

<sup>72</sup> Secondo la lettura di Beccucci, infatti, le problematiche e le controversie relative al dibattito statistico sulla questione “immigrazione e criminalità” mostrano come la ricerca sociale non potrebbe essere considerata neanche una pseudoscienza, come invece a suo tempo sosteneva Benedetto Croce. Per

ostilità” che la società prova nei confronti degli stranieri<sup>73</sup>. Purtroppo, però, “se gli uomini definiscono le situazioni come reali, esse sono reali nelle loro conseguenze”<sup>74</sup>. L’apodittica affermazione secondo cui “anche nel caso in cui l’attore sociale definisse la situazione in modo errato rispetto alla realtà, egli seguirà un comportamento coerente con la definizione adottata, creando le condizioni affinché le conseguenze originate da quell’interpretazione abbiano effettivamente luogo”, costituisce il traguardo della teoria dell’etichettamento secondo cui l’attribuzione della qualifica di criminale sarebbe da ricondurre, nel caso di specie, alla irregolarità del soggiorno dello straniero, che diventa così un potenziale criminale perché irregolare<sup>75</sup> oppure un criminale già solo in quanto irregolare<sup>76</sup>. L’irregolarità dell’ingresso o del soggiorno si pone, cioè, come rivelazione della personalità del suo autore protesa alla delinquenza<sup>77</sup>: “ti punisco non per quello che fai, ma per quello che sei”<sup>78</sup>. La colpevolezza

---

un’attenta analisi sul rapporto in esame, in particolare su un confronto tra le diverse stime statistiche, si veda BECCUCCI, *Immigrazione e criminalità in Italia*, in *Immigrazione illegale e diritto penale*, cit., 298 e ss.

<sup>73</sup> Da un punto di vista sociologico, il “senso comune” costituisce un argomento molto pericoloso: per quanto, infatti, un dato possa essere scientificamente falso, socialmente acquista valore perché efficace e capace di cristallizzarsi in dogmi sociali. Il senso comune, cioè, coincidendo con “ciò che tutti pensano”, acquista un valore tautologico di verità per il solo fatto di essere “pensato da tutti”.

<sup>74</sup> È questo il celebre teorema di Thomas, sociologo americano della scuola di Chicago, cui si ispirò Merton nel 1948 per introdurre il concetto di “profezia che si autoavvera”, indicando con tale espressione quei casi in cui una supposizione per il solo fatto di essere creduta vera alla fine si realizza confermando la propria veridicità, seppur inizialmente infondata. Egli riprese, quindi, l’importanza della definizione della situazione (ossia l’interpretazione del contesto da parte degli attori sulla base delle loro conoscenze e informazioni) nel determinare la condotta sociale, sottolineando come l’azione non sia determinata solo dai mezzi e dai fini, ma anche dalle risorse cognitive e culturali dell’attore. Cfr. MERTON, *Teoria e struttura sociale*, Bologna, 1959.

<sup>75</sup> Questo ragionamento è alimentato da una logica “perversa”: lo straniero irregolare non è assorbito dall’economia legale, pertanto è forte il “rischio” che diventi un delinquente e, perciò, è necessario escluderlo e respingerlo. Si tratta di un’arbitraria generalizzazione xenofoba, che ignora le enormi dimensioni dell’economia “sommersa”, ma non perciò criminale, e l’inefficacia della disciplina restrittiva, che per definizione crea l’irregolare e lo indirizza verso l’illegale. Era questo l’orientamento alla base della presunzione di pericolosità contenuta nell’aggravante di cui all’art. 61 co. 11 *bis* c.p., poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza 249/2010. In proposito, si veda MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l’aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Dir. immig. e citt.*, 3/2010, 37 ss.; RICCARDI, *La doppia “percezione” della clandestinità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: l’aggravante “illegittima” e il “reato ragionevole” nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, in *Crit. dir.*, 2010, 81 ss.

<sup>76</sup> Per un approccio fortemente critico, si v. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale*, cit., 231.

<sup>77</sup> La definizione è tratta da RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, cit., 1933, 92 e ss. L’Autore sostiene che non è pensabile l’esistenza di un’azione che possa rivelare la costituzione psichica di un soggetto senza che sia rivelazione del suo carattere bio-psichico; questo perché il carattere è abitudine costante della sua volontà, che non è solo potere d’impulso e d’elezione, ma anche potere di resistenza, tra cui vi rientrano tutti quegli atti che sono compiuti malgrado vi fosse la possibilità di astenersene.



za “per il fatto” degenera così in un’evanescente una colpevolezza “di personalità”<sup>79</sup> priva di *aidos* (o senso soggettivo di colpevolezza) ma densa di *nèmesis* (la reazione del gruppo), che si realizza nella pena quale materializzazione della colpevolezza<sup>80</sup>.

L’epilogo della parabola dell’etichettamento, in questi termini, appare decisamente infelice, prospettando anzi una pericolosa frattura del sistema, stratificato nel diritto e nei diritti, ove lo straniero finisce per assumere i caratteri di una non – persona, ossia un “essere umano che intuitivamente è persona come noi (...) cui però è revocata – di fatto e di diritto - la qualifica di persona e le relative attribuzioni”<sup>81</sup>; un sistema nel sistema, dunque, in cui, celebrando la discriminazione e calpestando l’uguaglianza<sup>82</sup>, ripropone la figura di un anacronistico nemico immaginario difficilmente compatibile con le tradizionali garanzie del diritto penale<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> La dottrina maggioritaria, d’altronde, considera totalmente illegittima, o quasi, la disciplina delineata dal Tui. Cfr. MANNA, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, in *Cass. pen.*, 02, 2011, 454 e ss.; DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 101 e ss.; *amplius*: DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.* 2006, 735 e ss.

<sup>79</sup> Lo straniero, pertanto da colpevole è colpevolizzato. La sollecitazione è tratta dalla monografia di DEL RE, *Colpevolezza e colpevolizzazione*, nel quale l’A. si chiede se colpevolezza e colpevolizzazione siano inscindibili, partendo dalla constatazione che nel nostro sistema legale la colpevolezza lascia il posto alla “responsabilizzazione” che prescinde del tutto dal rimprovero. Una colpa d’autore, dunque, che negli anni ha sempre destato perplessità circa la sua precisa connotazione: nel Mezger, infatti, la colpa d’autore è colpa per l’orientamento di vita; nel Bockelmann, si configura come colpa per la scelta di vita. Il Ranieri, invece, distinguendo la colpevolezza dalla punibilità, riferisce la prima all’intera personalità che si rispecchia nel fatto commesso. Cfr. DEL RE, *Colpevolezza e colpevolizzazione*, cit., 93-94.

<sup>80</sup> Sul punto, cfr. ancora DEL RE, *Colpevolezza e colpevolizzazione*, cit., 11. L’A., infatti, ritiene che vi sia un doppio momento nella colpevolezza e, consapevole della discrasia che a volte potrebbe sorgere tra colpevolezza soggettiva e colpevolezza come reazione nel gruppo, ritiene necessario individuare un limite sostanziale all’arbitrio della colpevolizzazione.

<sup>81</sup> Premettendo che *persona* è quell’insieme di attributi – sociali e giuridici - necessari a fare di un essere umano un uomo tra gli altri uomini, Dal Lago sostiene che gli stranieri giuridicamente e socialmente illegittimi (migranti regolari, irregolari o clandestini, nomadi, profughi) siano le categorie più suscettibili ad essere trattati come *non - persone*; la considerazione, afferma l’Autore, muove già sul piano dell’immagine che la stampa e mass-media hanno dello straniero, che viene definito sempre per ciò che *non* è rispetto alle categorie proprie del linguaggio comune (nativo, cittadino, europeo). Un’opacità linguistica, dunque, che corrisponde alla totale invisibilità sociale e che costituisce poi la premessa logica per quella giuridica. Per un interessante approfondimento sulla genealogia del termine non –persone, si veda ancora DAL LAGO, *Non persone*, cit., 213 e ss.

<sup>82</sup> In questi termini si esprime GATTA, *Aggravante della “clandestinità”: uguaglianza calpestate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 09, 713 -749.

<sup>83</sup> La sollecitazione intellettuale rinvia a una pericolosa riproposizione in tempi recenti del concetto di *Feindstrafrecht*. Opposto a un *Bürgerstrafrecht*, ossia il tradizionale diritto penale del cittadino, richiama una tradizione filosofica moderna (da Hobbes e Rousseau a Kant e Fichte) che tendenzialmente riconosceva quali nemici della cosa pubblica gli autori di illeciti penali in quanto tali, che perdevano così lo *status* di cittadini e, con esso, anche i loro diritti. Per un approfondimento del concetto si veda, tra

Si esprime, così, la preoccupazione per la deriva di una politica criminale che, nonostante si sia dimostrata fallimentare<sup>84</sup> e pressoché controproducente<sup>85</sup>, persevera, ancora oggi, una pericolosa esaltazione totalizzante della sicurezza. Il recente Decreto Sicurezza<sup>86</sup>, infatti, prevedendo il raddoppio dei tempi di trattenimento nei Centri di permanenza per il rimpatrio, che da 90 giorni salgono a 180<sup>87</sup>, nonché l'abrogazione dei permessi di soggiorno

---

tutti, JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in JAKOBS - MELIÀ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas Madrid, 2003, cit., 7. Del lavoro esiste anche una versione tedesca, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* (HRRS), März, 2004, 88 e ss. In particolare, l'Autore ritiene che i due concetti si pongano come due poli di un unico sistema, ovvero come due tendenze legittime, ma opposte all'interno di un contesto giuridico-penale unitario. Diversamente, Sanchez ritiene che si trattino di due binari paralleli di un fenomeno a più velocità innegabile nei fatti. Cfr. SANCHEZ, *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, 163 e ss. Per un approfondimento del concetto di diritto penale del nemico nella letteratura italiana, oltre che FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 858 e ss. e ID., *L'imputato come nemico, un topos della giustizia dell'emergenza*, in *Critica al diritto*, 1983, 17; ancora ID., *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 4/2006, 797-812; anche, e in particolare, DONINI - PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; GAMBERINI - ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007; DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cassazione penale*, 2/06, 735-777. Di aiuto per una comprensione del concetto accademico, si veda PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, in *Giustizia Criminale*, 2014.

<sup>84</sup> Sull'inefficacia di una legislazione restrittiva in materia di immigrazione, cfr. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Dir. immig. e citt.*, 2/2000, 19; CAPUTO, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, 389; SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1474-1475; cautamente critico anche PALAZZO, *Sicurezza urbana ed immigrazione: illusioni e realtà della repressione penale*, in *Dir. immig. e citt.*, 1/2004, 35-36.

<sup>85</sup> Com'è stato rilevato, infatti, "la risposta protezionistica è inefficiente per almeno tre motivi: primo, la chiusura dei cancelli implica una rinuncia agli effetti positivi dell'immigrazione che generalmente sono di valore di gran lunga superiore a quelli negativi; secondo, rendere più difficile l'ingresso attraverso politiche restrittive non sembra essere efficace alla luce del forte incremento dell'immigrazione irregolare che ne consegue; infine, le politiche restrittive generano costi elevati di cui si deve tenere conto per i migranti, per i Paesi di origine e per quelli di destinazione". Così CHIURI, CONIGLIO, FERRI, *L'esercito degli invisibili. Aspetti economici dell'immigrazione clandestina*, Bologna, 2007, 30.

<sup>86</sup> Il recente decreto sicurezza - d.l. n.113/18 ( recante " *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata* ") - ha sollevato, peraltro, particolare perplessità già all'atto della sua emanazione (datato 04 ottobre 2018) in cui il Presidente della Repubblica ha dichiarato testualmente "... che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia".

<sup>87</sup> La detenzione nei Centri di permanenza per il rimpatrio costituisce l'epilogo di una lunga serie di interventi che negli anni si sono avvicendati: prima dell'intervento del 2008 (art. 9, d.l. 23 maggio 2008, n. 92), questi erano denominati Centri di permanenza temporanea (C.P.T.), per essere poi trasformati

per motivi umanitari o l'ampliamento dei reati che provocano la revoca del permesso di rifugiato, allontana ogni rilettura del sistema in termini di accoglienza in favore di una "amministrativizzazione dei diritti fondamentali"<sup>88</sup> che conferma una (in-)sofferenza del sistema al cambiamento culturale, prima ancora che sociale, verso qualsiasi prospettiva d'integrazione.

---

in Centri di identificazione ed espulsione (C.I.E.). Per un approfondimento sul tema, si rinvia, *ex pluris*, GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); MASERA, *Ridotto da 18 mesi a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti non è più una bagatella?*, *ivi*; PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, *ivi*.

<sup>88</sup> Così CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/09, 10.