



Luca Masera

**IL DIRITTO PENALE "DEI NEMICI" -
LA DISCIPLINA IN MATERIA DI
IMMIGRAZIONE IRREGOLARE**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

LUCA MASERA

Associato di Diritto penale - Università degli Studi di Brescia

IL DIRITTO PENALE “DEI NEMICI” - LA DISCIPLINA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

Abstract

Il lavoro ripercorre la nascita e lo sviluppo del diritto penale dell’immigrazione, individuandone i momenti più significativi e sforzandosi di cogliere i tratti salienti dell’evoluzione normativa degli ultimi vent’anni.

The Criminal Law “of the Enemies” - The Sanctions against Illegal Immigrants.

Abstract

This paper provides an overview of the origin and development of immigration criminal law, identifying its most significant moments and trying to capture the highlights of its evolution in the past twenty years.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Dalla legge Bossi-Fini del 2002 ai Pacchetti sicurezza 2008 e 2009: gli anni della carcerazione di massa dei migranti irregolari. — 3. La sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia UE e la riforma del 2011: la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria e il “diritto penale simbolico”. — 4. La criminalizzazione dei soccorsi in mare e i procedimenti a carico delle ONG. — 5. Conclusioni.

1. *Premessa.* — Lo straniero irregolare è l'ultimo arrivato dei “nemici” verso cui è stata rivolta l'attenzione del sistema punitivo, posto che il massiccio ricorso alla sanzione penale nei suoi confronti è un fenomeno del nuovo millennio. In questo breve lasso temporale “il clandestino”, secondo il linguaggio stigmatizzante spesso usato dai media, è tuttavia diventato il principale bersaglio (almeno da un punto di vista comunicativo) della risposta repressiva, il “nemico numero uno” da additare all'opinione pubblica come fattore decisivo di quella “sensazione di insicurezza”, che ha dominato il dibattito pubblico in materia penale dei primi decenni del nuovo millennio ¹.

Posta una stabile continuità nelle scelte di fondo, nel corso degli anni le modalità concrete della repressione hanno assunto forme diverse, influenzate da decisioni delle Corti supreme (nazionali ed europee), che hanno lasciato un segno importante nel definire i tratti del sistema. Nel mio intervento proverò ad individuare ed analizzare le fasi salienti di tale evoluzione; prima di procedere in questa direzione, è tuttavia opportuna una precisazione. Una caratteristica costante del sistema di contrasto all'immigrazione irregolare è stata quella di affiancare alla sanzione penale in senso stretto nei confronti degli irregolari una serie di altri strumenti coercitivi di natura amministrativa (tra cui un ruolo centrale riveste il trattenimento dei migranti in attesa di rimpatrio nei centri oggi denominati Centri di permanenza per il rimpatrio — CPR), al punto che

¹ La questione dell'approccio securitario alla materia migratoria e della criminalizzazione della condizione di irregolarità del soggiorno è stata oggetto di attenzione, negli ultimi vent'anni, da parte di molti ed autorevoli penalisti: senza pretese di completezza, cfr. in particolare A. CAPUTO, *Immigrazione, politiche del diritto, qualità della democrazia. Diseguali, illegali, criminali*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 1, p. 86 ss.; A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. dir.*, 2013, n. 1, p. 17 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 1, p. 101 ss.; L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 5, p. 9 ss.; G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in questa *Rivista*, 2015, p. 189 ss.; A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 2, p. 446 ss.; V. MILITELLO - A. SPENA, *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, 2015, p. 10 ss.; F. PALAZZO, *Sicurezza urbana ed immigrazione: illusioni e realtà della repressione penale*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 1, p. 24 ss.; M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2007, n. 4, p. 684 ss.; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 9 ss.; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della norma penale?*, in *Dir. pen. proc. - Speciale immigrazione*, 2009, p. 5 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, 2019 (cfr. in particolare la sez. II, dal titolo *Il diritto penale della disuguaglianza*).

è stato coniato un neologismo — la *crimmigration*² — con cui vengono indicate le diverse forme in cui si presenta il volto repressivo della disciplina in materia di immigrazione; l'analisi dei complessi sviluppi della disciplina amministrativa ci porterebbe tuttavia troppo lontani dal tema che specificamente qui ci interessa, e per questo concentreremo la nostra attenzione esclusivamente sul sistema sanzionatorio di natura propriamente penalistica.

La breve storia della criminalizzazione del migrante irregolare si può dividere in tre fasi. La prima, dal 2002 al 2011, è la fase in cui la criminalizzazione assume il suo aspetto più duro, con il ricorso massiccio all'uso della pena detentiva e l'introduzione della circostanza aggravante e del reato cd. di clandestinità; la seconda, dal 2011 al 2017, è aperta da una fondamentale decisione della Corte di giustizia UE del 2011, che ha imposto una totale riarticolazione del sistema repressivo, in cui la pena detentiva ha lasciato il posto, nella grande maggioranza delle ipotesi, alla pena pecuniaria; la terza, dal 2017 ad oggi, è la fase in cui il "clandestino" ha lasciato il posto nelle paure dell'opinione pubblica alla figura del richiedente protezione che sbarca sulle nostre coste in provenienza dalla sponda meridionale del Mediterraneo, e i destinatari della risposta penale non sono più tanto gli stranieri irregolari, quanto piuttosto i membri delle ONG che operano i soccorsi in mare.

807

2. *Dalla legge Bossi-Fini del 2002 ai Pacchetti sicurezza 2008 e 2009: gli anni della carcerazione di massa dei migranti irregolari.* — Sino a che il legislatore non prese contezza, verso la fine degli anni Ottanta, della necessità di predisporre una analitica disciplina del soggiorno dei cittadini stranieri (extracomunitari)³ nel nostro Paese, la regolamentazione di tale fenomeno era affidata a poche e generiche disposizioni del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza di epoca fascista (t.u.l.p.s., R.D. 18.6.1931, n. 773). Per quanto riguarda le condotte penalmente rilevanti,

² Nella dottrina italiana, cfr. in particolare G.L. GATTA, *La pena nell'era della 'crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione - Scritti in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, 987 ss., e A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, n. 2, 495. ss. Il termine è stato coniato (come riferisce G.L. Gatta, cit., 990) da J. STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, 367 ss.

³ Quando nel testo useremo il termine "straniero", esso sarà da intendere nel significato adottato nel Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), per cui ai sensi dell'art. 1 co. 1 esso si riferisce "ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi".

l'art. 142 imponeva allo straniero di presentarsi, entro tre giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato, all'autorità di polizia per "dare contezza di sé e fare la dichiarazione di soggiorno", obbligo la cui inottemperanza, ai sensi dell'art. 17, era punita con la pena alternativa dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda; ulteriore ipotesi di reato (punita con la pena dell'arresto da uno a sei mesi) si configurava, ai sensi dell'art. 152, co. 3, quando lo straniero non si attenesse all'itinerario fissato dall'autorità prefettizia nel foglio di via obbligatorio; infine, era punito all'art. 151 con l'arresto da due a sei mesi lo straniero espulso che facesse illegalmente ritorno nel nostro Paese. Benché, dunque, l'ingresso illegale dello straniero non costituisse di per sé un reato, a determinate condizioni il soggiorno irregolare poteva rivestire rilevanza penale, ma le fattispecie applicabili erano di scarsa gravità (reati contravvenzionali, puniti con modeste pene detentive), e di minima applicazione nella prassi ⁴.

Nel concitato susseguirsi di interventi normativi che, a partire dalla fine degli anni Ottanta, precedono l'emanazione del Testo unico del 1998, l'opzione penale viene dapprima messa da parte (la cd. legge Martelli — d.l. 30.12.1989, n. 416, conv. in l. 28.2.1990, n. 39 — abroga gli artt. 142 e 152 t.u.l.p.s., e non prevede alcuna nuova fattispecie penale in capo allo straniero irregolare che non ottemperi all'ordine di lasciare lo Stato), e poi nuovamente ripresa (con il cd. decreto Conso — d.l. 14.6.1993, n. 187, conv. in l. 12.8.1993, n. 296 — viene sanzionato penalmente lo straniero che "non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente": fattispecie che sarà dichiarata incostituzionale per contrasto con il principio di tassatività, vista l'insanabile genericità della condotta richiesta allo straniero) ⁵.

Il Testo unico sull'immigrazione del 1998 (cd. legge Turco-Napolitano, d.lgs. 286/1998: di seguito TUI) conferma le opzioni di politica-criminale della legge Martelli, limitando l'uso della sanzione penale alla sola ipotesi dello straniero espulso che faccia illegalmente rientro in Italia (art. 13 co. 13 TUI, che sostituisce l'abrogato art. 151 t.u.l.p.s., confermandone la cornice edittale: l'illecito reingresso configura ancora una

⁴ Per un'analisi della normativa antecedente al 1998, cfr. per tutti A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, 2006, p. 171 ss.

⁵ C. cost. 13 febbraio 1995, n. 34: per un commento alla decisione, cfr. C. VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie penale e bilanciamento di interessi*, in *Foro it.*, 1995, II, 2773 ss. e G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 148 s.

contravvenzione punita con l'arresto da due a sei mesi). L'opzione di fondo è quella di non criminalizzare la condizione di irregolarità, affidando a misure di natura amministrativa l'onere di contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare, mediante la predisposizione di un rigoroso sistema di esecuzione dei provvedimenti espulsivi (è importante ricordare come sia proprio il TUI del 1998 ad introdurre per la prima volta nel nostro ordinamento l'istituto della detenzione amministrativa in attesa del rimpatrio). Nell'impianto originario del TUI, il diritto penale è dunque chiamato a ricoprire un ruolo assolutamente marginale nel delineare il complessivo sistema di contrasto all'immigrazione irregolare, non configurandosi fattispecie penali legate alla mera condizione di illegalità del soggiorno, salva l'ipotesi di reingresso irregolare, che peraltro già costituiva reato secondo la normativa previgente.

La vittoria alle elezioni politiche del 2001 della coalizione di centro-destra, che aveva fatto dell'inasprimento del contrasto all'immigrazione irregolare uno dei punti di forza della campagna elettorale, comporta un radicale mutamento di rotta. All'interno di un generale irrigidimento delle procedure amministrative di esecuzione dei provvedimenti espulsivi ⁶, la modifica più significativa in materia penale introdotta con la cd. legge Bossi-Fini (l. 30.7.2002, n. 189) consiste nella previsione di un reato contravvenzionale (punito con l'arresto da sei mesi ad un anno) a carico dello straniero che non ottemperi all'ordine di allontanamento impartitogli dal questore quando non sia possibile procedere immediatamente al rimpatrio o quando non sia possibile trattenere lo straniero in un centro di detenzione amministrativa (art. 14 co. 5 *ter* TUI); in via poi del tutto eccezionale, trattandosi di una mera contravvenzione, il co. 5 *quinquies* dell'art. 14 dispone l'arresto obbligatorio dell'autore del reato ⁷.

Proprio l'evidente irragionevolezza di prevedere come obbligatoria l'applicazione della misura pre-cautelare dell'arresto per un reato in relazione al quale, trattandosi di una semplice contravvenzione, il giudice

⁶ Per un commento a tali modifiche, cfr. A. CASADONTE - P.L. DI BARI, *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la legge Bossi - Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza - Garanzie minime e incertezza delle divergenti vie del controllo giurisdizionale. Conseguenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 3, p. 33 ss.

⁷ Per un commento alle novità penalistiche dell'intervento del 2002, cfr. L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini - Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 3, p. 9 ss. e R. OLIVERI DEL CASTILLO, *L'ambito penale della legge 30 luglio 2002 n. 189: la costruzione della muraglia*, *ibidem*, p. 81 ss.

non aveva poi la possibilità di disporre alcuna misura cautelare (con l'assurdo risultato di udienze di convalida dell'arresto destinate inevitabilmente a concludersi con l'immediata rimessione in libertà dell'arrestato, se non responsabile di altro reato), spinge nel luglio del 2004 la Corte Costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità della previsione dell'arresto obbligatorio per violazione degli artt. 3 e 13 Cost.⁸

La reazione del legislatore alla censura di costituzionalità interviene in tempi rapidissimi. Già nel mese di settembre viene emanato un decreto-legge (d.l. 14.9.2004, n. 241, conv. in l. 12.11.2004, n. 271), che trasforma il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento da contravvenzione in delitto, punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni: un quadro edittale che consente l'applicazione della custodia cautelare in carcere (ai sensi dell'art. 280 co. 2 c.p.p. nella formulazione all'epoca vigente), superando così i rilievi di irragionevolezza formulati dalla Corte costituzionale. Ad inasprire poi ulteriormente la disciplina viene previsto per tale reato l'arresto obbligatorio e l'obbligo di procedere con rito direttissimo⁹.

Nei sette anni in cui è rimasto in vigore con il quadro sanzionatorio introdotto nel 2004, il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 co. 5 *ter*¹⁰ ha rappresentato uno dei titoli di reato in assoluto più ricorrenti davanti ai nostri giudici penali, al punto da interessare in molti distretti di Corte d'appello quasi la metà di tutti i processi che venivano celebrati con il rito direttissimo, e da risultare nelle statistiche nazionali il reato per cui venivano pronunciate annualmente più condanne dopo il furto.

Nello scorso decennio, quindi, la politica di contrasto all'immigrazione irregolare ha fatto della *carcerazione di massa* degli stranieri irregolari uno dei capisaldi dell'apparato repressivo. Tale fenomeno, che per le sue dimensioni ha costituito un *unicum* nel panorama europeo, si

⁸ C. cost 15 luglio 2004, n. 223: per un commento, cfr. E. CALCAGNO, *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 304 ss.

⁹ Per un commento alla riforma del 2004, cfr. G. SAVIO, *Prime riflessioni sulle modifiche penali introdotte dalla legge n.271 del 2004*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 3, p. 71 ss., e A. CAPUTO, *Dubbi di legittimità costituzionale del nuovo delitto di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 4, p. 83 ss.

¹⁰ Nelle ipotesi di inottemperanza reiterata all'ordine di allontanamento, si applicava la fattispecie di cui all'art. 14 co. 5 *quater*, per cui era prevista la pena della reclusione da uno a cinque anni.

è articolato intorno alla fattispecie delittuosa di inottemperanza all'ordine di allontanamento, che ha condotto in carcere migliaia di stranieri.

Sin dalle prime settimane successive alla riforma del 2004, la scelta del legislatore di inasprire in modo così vistoso il trattamento penale del migrante irregolare aveva in verità destato gravi perplessità in molti giudici penali, che in diverse occasioni avevano eccepito l'incostituzionalità del reato ai sensi degli artt. 3 e 27 co. 3 Cost., in ragione proprio dell'asserita irragionevolezza della pena prevista. Il ragionamento dei giudici *a quibus* era che l'art. 14 co. 5 *ter* TUI rappresentasse un'ipotesi speciale rispetto alla figura generale di inosservanza di un ordine dell'autorità tipizzata all'art. 650 c.p.: se tale disposizione configurava una contravvenzione punita con pena alternativa, non pareva ragionevole che la figura speciale arrivasse a integrare gli estremi di un delitto punito con un massimo edittale che consentiva addirittura la custodia cautelare in carcere. La Corte costituzionale, nelle numerose pronunce in cui si è occupata del tema ¹¹, ha tuttavia sempre respinto le eccezioni sollevate, ritenendo che la significativa differenza di pena tra la norma del TUI e la figura codicistica di inosservanza di un ordine dell'autorità trovasse adeguata giustificazione nella finalità della norma speciale di tutelare con particolare rigore il bene giuridico del controllo dei flussi migratori. La Corte, in verità, non ha mancato di criticare anche aspramente il complessivo strumentario repressivo predisposto negli anni dal legislatore, evidenziando una gestione politico-criminale del fenomeno migratorio certo non rispondente a criteri di razionalità ¹²; ma la violazione del canone della ragionevolezza non è stata ritenuta talmente grave da legittimare una declaratoria di incostituzionalità.

La giurisprudenza ordinaria (specie di merito) ha poi provato a restringere in via ermeneutica l'ambito di applicazione del delitto di cui

¹¹ Cfr. *ex multis* C. cost. 5/2004 e soprattutto C. cost. 22/2007 (in *Dir. imm. citt.*, 2007, 1, p. 173, con nota di G. SAVIO), le cui affermazioni vengono testualmente riprese da tutte le decisioni successive; per un'analisi complessiva della giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 14 co. 5 *ter* TUI, sia consentito il rinvio a L. MASERA, *Art. 14 TUI*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI, G. MARINUCCI, G.L. GATTA, IV ed., 2015, p. 2826 ss.

¹² Cfr. in particolare C. Cost. 22/2007, § 7.3 del "considerato in diritto": "Occorre riconoscere che il quadro normativo in materia di sanzioni per l'ingresso illecito o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa".

all'art. 14 co. 5 *ter* TUI, in particolare attraverso un'interpretazione estensiva della clausola del “*senza giustificato motivo*” presente nella struttura della fattispecie, che secondo alcune pronunce doveva ritenersi integrata ogniqualvolta l'imputato svolgesse un'attività lavorativa (ovviamente irregolare) essenziale per il sostentamento suo e della sua famiglia; orientamenti che peraltro non hanno mai trovato riscontro in sede di legittimità, ove un giustificato motivo per la permanenza irregolare veniva riconosciuto solo in situazioni ove fossero emersi elementi (come lo stato di totale impossidenza dello straniero, o la presenza di ostacoli giuridici al rimpatrio) che rendevano concretamente impossibile per lo straniero adempiere all'ordine di lasciare il territorio italiano ¹³.

La “resistenza” opposta da una parte non esigua della magistratura all'applicazione di una norma considerata ingiusta ed irragionevole non ha insomma impedito che centinaia di processi venissero celebrati ogni giorno nei tribunali di tutta la penisola per tale reato, e migliaia di stranieri venissero privati della libertà (in custodia cautelare o in esecuzione di una sentenza definitiva) per la sola ragione che non avevano ottemperato all'ingiunzione di lasciare il territorio dello Stato. Il delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter* TUI, ben più della norma-manifesto introdotta nel 2009 all'art. 10 *bis* TUI (il cd. reato di clandestinità, che andremo ora ad analizzare), ha rappresentato il vero volto del diritto penale dell'immigrazione nel ventennio appena trascorso.

Dopo la svolta del 2002 e del 2004, il sistema sanzionatorio nei confronti dello straniero irregolare viene ulteriormente inasprito alla fine dello scorso decennio.

Nel 2008, all'esito di una campagna elettorale in cui era risultato ancora una volta centrale il tema della sicurezza pubblica e delle strategie di contrasto all'immigrazione irregolare, la coalizione di centro-destra risultata vincitrice emana con decretazione d'urgenza una prima *tranche* di un più ampio intervento in materia di sicurezza pubblica (cd. Pacchetto sicurezza 2008, d.l. 23.5.2008, n. 92, conv. in l. 24.7.2008, n. 125), con importanti modifiche in tema di diritto penale dell'immigrazione ¹⁴.

¹³ Per una ricognizione della giurisprudenza relativa all'interpretazione della clausola del “senza giustificato motivo”, cfr. ancora L. MASERA, *Art. 14 TUI*, cit., p. 2813 ss.

¹⁴ Per un commento al complesso dell'intervento normativo, cfr. tra gli altri AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. MAZZA, F. VIGANÒ, 2008 (con commento alle riforme in materia di immigrazione di L. MASERA, *Immigrazione*, p. 3 ss.), e AA.VV., “Decreto sicurezza”: tutte le novità, 2008 (con commenti alle disposizioni in tema di

La novità più rilevante è costituita dall'introduzione nel codice penale di una inedita circostanza aggravante comune, che comporta per ogni reato compiuto da uno straniero irregolare l'aumento della pena sino ad un terzo per "l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale" (cd. *circostanza aggravante di clandestinità*, art. 61 n. 11 *bis* c.p.).

L'estate successiva viene varata la seconda parte delle riforme in materia di sicurezza pubblica (cd. Pacchetto sicurezza 2009, l. 15.7.2009, n.94), dove ancora una volta grande risalto viene attribuito alla questione dell'immigrazione irregolare¹⁵. La novità più significativa (ed assai enfatizzata sui media) è l'introduzione del cd. *reato di clandestinità*, applicabile allo straniero che faccia ingresso o si trattenga irregolarmente nel territorio dello Stato (art. 10 *bis* TUI, che configura peraltro una fattispecie contravvenzionale, punita con la sola sanzione pecuniaria dell'amenda). Il reato rappresenta nell'intendimento della maggioranza l'ultimo passaggio per portare a compimento il percorso di criminalizzazione dello straniero irregolare, non punendosi più con la sanzione penale, ai sensi dell'art. 14 co. 5 *ter* TUI, soltanto lo straniero espulso che non adempia all'ordine di allontanarsi, ma configurandosi come reato già in prima battuta l'ingresso o la permanenza irregolari.

Entrambe le disposizioni suscitano da subito gravi perplessità nei commentatori¹⁶, e vengono fatte oggetto di numerose eccezioni di incostituzionalità, che verranno risolte con due decisioni assunte nella medesima udienza dalla Corte Costituzionale nel luglio 2010¹⁷.

immigrazione di G.L. GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, p. 27 ss. e S. CORBETTA, *Modifiche alla Bossi-Fini*, p. 193 ss.)

¹⁵ Per un commento, cfr. tra gli altri AA.VV., *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA, F. VIGANÒ, 2009 (con commento alle riforme in materia di immigrazione di L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, p. 27 ss.), e AA.VV., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA, 2009 (con commenti alle diverse novità in materia di immigrazione di G. BARBUTO, A. CAPUTO, L. PISTORELLI).

¹⁶ Per quanto riguarda in particolare la circostanza aggravante, che è stata oggetto delle critiche più aspre da parte della dottrina, cfr. *ex multis* G.D. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634 ss. e G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, *ibidem*, 2009, p. 713 ss.

¹⁷ C. Cost. 5 luglio 2010, n. 249, relativa alla circostanza aggravante: per un commento, cfr. in particolare F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Giust. cost.*, 2010, e L. DEGL'INNOCENTI - S. TOVANI, *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1172 ss.; C. Cost. 5 luglio 2010, n. 250, relativa al reato: per un commento, cfr. *ex multis* A. CAPUTO, *La contravvenzione*

La Corte dichiara *incostituzionale l'aggravante*, per contrasto con il *principio di uguaglianza* (risolvendosi la norma in un'irragionevole discriminazione degli stranieri irregolari fondata su una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità) e con il *principio di offensività* (basandosi l'aumento di pena non su una maggiore gravità oggettiva o soggettiva del fatto di reato, ma sulla qualità di "clandestino" dell'autore); mentre reputa *legittimo il reato* — che secondo i giudici rimettenti sarebbe stato espressivo di una logica propria del "*diritto penale d'autore*" e dunque lesivo del principio di offensività —, in quanto secondo la Corte la norma non punisce lo straniero per il suo *status*, ma, conformemente ai principi di un diritto penale del fatto, per la sua *condotta* di ingresso o di permanenza irregolare nel territorio dello Stato, ed il bene giuridico tutelato è facilmente identificabile nell'interesse dello Stato a regolare in modo ordinato i flussi migratori ¹⁸.

Il primo decennio del secolo si conclude, dunque, con il completamento dell'edificio sanzionatorio iniziato a costruire con la riforma del 2002: non solo lo straniero espulso che non ottemperi all'ordine di allontanamento viene punito con la pena della reclusione ai sensi dell'art. 14 co. 5 *ter* TUI, ma costituisce reato (anche se non è prevista la pena detentiva) già la mera irregolarità del soggiorno, sin dal momento dell'ingresso irregolare nel territorio italiano.

La Corte costituzionale ha mostrato una costante ritrosia ad intervenire con sentenze di accoglimento rispetto alle numerosissime eccezioni di costituzionalità sottopostole con riguardo alle norme in cui si è concretizzata in quegli anni la vera e propria bulimia punitiva nei confronti del migrante irregolare. Di fronte all'evidenza dell'emergere nella legislazione penale di un nuovo "nemico", cui veniva rimproverato di costituire con la sua mera presenza irregolare sul territorio dello Stato

di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1187 ss.; per un commento ad entrambe le decisioni, cfr. L. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1373 ss.

¹⁸ C. Cost. 250/2010, § 6.3. del "considerato in diritto": "Il bene giuridico del reato è agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo, bene giuridico *strumentale*, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni giuridici '*finali*', di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata, (...) quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione".

un fattore di pericolo per la sensazione di sicurezza dei cittadini, i giudici delle leggi hanno ritenuto che tale scelta di incriminazione fosse compatibile con i caratteri essenziali di un diritto penale del fatto e non dell'autore (nella decisione del 2010 sul reato di cui all'art. 10 *bis* TUI), e che anche la previsione di una severa sanzione detentiva in ragione della condizione di irregolarità non eccedesse gli ampi margini di discrezionalità da riconoscere al Parlamento in materia politico-criminale (le numerose decisioni relative all'art. 14 co. 5 *ter* TUI e alla non manifesta irragionevolezza del trattamento sanzionatorio). Alla declaratoria di incostituzionalità la Corte ha fatto ricorso solo nei casi di incongruenze palesi del tessuto normativo (la decisione del 2004 circa l'irragionevolezza della previsione dell'arresto obbligatorio per una contravvenzione) o di forzature evidenti del principio di uguaglianza (la decisione del 2010 che ha dichiarato l'incostituzionalità della circostanza aggravante comune introdotta all'interno del codice penale nel 2008).

La Corte costituzionale insomma non ha voluto “mettersi di traverso” al deciso intento del legislatore di intraprendere la strada del ricorso massiccio alla sanzione penale, anche detentiva, nei confronti del migrante irregolare, limitandosi a censurare le norme palesemente irragionevoli. Le “decisioni gemelle” n. 249 e 250 del 2010, in cui nello stesso giorno viene dichiarata l'incostituzionalità dell'aggravante e la legittimità del reato di clandestinità, incarnano plasticamente l'orientamento compromissorio adottato dai giudici delle leggi. Nel bilanciamento tra l'interesse alla sicurezza pubblica evocato dal legislatore per giustificare il ricorso alla sanzione penale, e il diritto dello straniero irregolare a non essere destinatario di sanzioni sproporzionate rispetto al disvalore della propria condotta, la bilancia nel primo decennio del secolo pende decisamente a favore della pubblica sicurezza.

815

3. *La sentenza El Dridi della Corte di giustizia UE e la riforma del 2011: la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria e il “diritto penale simbolico”.* — In totale distonia con il clima politico dell'epoca, ed in modo del tutto inaspettato, a cambiare radicalmente il quadro interviene nell'aprile 2011 la sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia UE, che sancisce l'inapplicabilità dell'art. 14 co. 5 *ter* TUI, in quanto la pena detentiva ivi prevista risulta in contrasto con il principio dell'effetto utile nell'applicazione della cd. *direttiva rimpatri* (dir. 2008/115/CE). Si tratta di una sentenza storica, che ha ridisegnato anche per gli anni a

venire il volto del diritto penale dell'immigrazione in Italia come negli altri Stati dell'Unione, e per questo, pur a distanza di quasi dieci anni, non ci pare inutile ricordare brevemente il percorso che portò a tale decisione.

La direttiva del 2008 aveva una duplice finalità, chiaramente enucleata nei "considerando" introduttivi alla direttiva stessa: da un lato il legislatore comunitario intendeva contribuire ad implementare "una politica di rimpatrio efficace quale elemento necessario di una politica di immigrazione correttamente gestita" (cons. n. 4); al contempo, la direttiva mirava ad elaborare "norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità" (cons. n. 2). Le norme elaborate in sede comunitaria, e contenenti una analitica disciplina delle procedure amministrative e delle garanzie da riconoscere allo straniero nell'esecuzione dei provvedimenti di rimpatrio, intendevano quindi pervenire ad un bilanciamento tra l'interesse a rendere celeri ed effettivi i rimpatri, e l'interesse a che tale efficacia non venisse perseguita a discapito dei diritti fondamentali degli stranieri irregolarmente soggiornanti.

Nei due anni lasciati dalla direttiva agli Stati per il suo recepimento, il legislatore italiano non aveva provveduto ad adeguare il sistema interno alla prescrizioni comunitarie, sicché, una volta scaduto il termine per l'adeguamento, fissato al 24 dicembre 2010, la giurisprudenza iniziò a dare applicazione alle disposizioni dotate di effetto diretto che risultavano in contrasto con la disciplina interna.

Riprendendo in particolare una tesi sostenuta in dottrina qualche mese prima della scadenza del termine di attuazione¹⁹, molti giudici di merito presero ad assolvere gli imputati del delitto di cui all'art. 14 co. 5 *ter* TUI, sulla base dell'argomento che la direttiva, fissando dei precisi limiti funzionalistici e temporali alla privazione amministrativa di libertà dello straniero in attesa del rimpatrio (il trattenimento secondo la direttiva può avere una durata massima di diciotto mesi), impedisse al legislatore interno di comminare in sede penale allo straniero una pena detentiva sino a quattro anni per la medesima condotta di inottemperanza all'ordine di allontanamento, che la direttiva prevedeva come

¹⁹ Cfr. F. VIGANÒ - L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 560 ss. e F. VIGANÒ - L. MASERA, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri"*: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1710 ss.

presupposto del trattenimento amministrativo. La maggiore difficoltà di tale argomentazione stava nel fatto che la direttiva dettava una disciplina del trattenimento amministrativo, ma non faceva alcun riferimento alla detenzione conseguente ad una condanna penale; tuttavia, secondo i sostenitori di questa tesi, se si fosse consentito al legislatore nazionale di sottrarsi agli obblighi imposti dalla direttiva soltanto perché la privazione della libertà aveva formalmente natura penale e non amministrativa, ciò avrebbe significato accettare una indebita *truffa delle etichette*, che avrebbe avuto come risultato quello di violare il principio dell'*effetto utile* nell'interpretazione della direttiva, posto che si sarebbe consentito allo Stato di privare della libertà lo straniero irregolare per un periodo di tempo superiore al massimo fissato dalla direttiva ²⁰.

Tale soluzione venne anche aspramente criticata, sia in dottrina che in giurisprudenza, contestandosi in radice la possibilità di derivare vincoli al legislatore penale interno da una direttiva che si occupava soltanto di disciplinare le procedure amministrative di esecuzione dei rimpatri ²¹.

Si sviluppò così nel giro di poche settimane un dibattito assai intenso, di grande rilievo nella prassi visto l'ingentissimo numero di procedimenti che quotidianamente venivano celebrati per questi reati: per superare la situazione di incertezza, diversi giudici (di merito e di legittimità) decisero di rimettere con rinvio pregiudiziale la questione alla Corte di giustizia europea ²², chiedendo all'interprete di ultima istanza del diritto comunitario se gli artt. 15 e 16 dir. 115/2008/CE ostassero alla comminazione di una significativa pena detentiva nei confronti dello straniero inottemperante all'ordine di lasciare il territorio dello Stato.

La Corte di giustizia europea (sentenza *El Dridi* ²³) ritenne fondata la tesi dell'incompatibilità, proponendo in motivazione molti dei passaggi argomentativi sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza interne che già erano pervenute al medesimo esito interpretativo ²⁴.

²⁰ Così in estrema sintesi F. VIGANÒ - L. MASERA, cit.

²¹ Per un'approfondita ricostruzione dei diversi orientamenti, sia dottrinali che giurisprudenziali, cfr. per tutti A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE ed i reati previsti dall'art. 14 d.lgs. 286/1998*, in *Dir. pen. cont.*, 27.2.2011, e L. MASERA, *Art. 14 TUI*, cit., p. 2828 ss.

²² Cfr. tra le altre Trib. Milano, 24 gennaio 2011; C. App. Trento, 2 febbraio 2011; Cass. 8 marzo 2011, n. 11050, tutte in *Dir. pen. cont.*

²³ CGUE, 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*.

²⁴ Per un'analisi della sentenza, cfr. *ex multis* F. VIGANÒ - L. MASERA, *Addio art. 14*; M.T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*; A. DI MARTINO - R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, tutti in *Dir. pen. cont.*; C. FAVILLI,

Lo snodo centrale della motivazione riguarda la possibilità di inferire dalla direttiva, che non si occupa esplicitamente della materia penale, il divieto di comminare una pena detentiva a carico dello straniero inadempiente all'ordine di allontanamento. La sentenza, pur affermando che gli Stati membri “restano liberi di adottare misure, anche penali, atte segnatamente a dissuadere i cittadini di Paesi terzi dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati” (§ 52), ritiene tuttavia che la previsione della pena della reclusione privi di “*effetto utile*” le disposizioni della direttiva, in quanto “una tale pena, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare; in particolare (..) una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, § 1 dir.²⁵, e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio” (§ 59).

818

Decisivo risulta, dunque, nell'argomentazione della Corte, il ricorso al canone ermeneutico dell'effetto utile, che tradizionalmente viene utilizzato dalla giurisprudenza europea per estendere il contenuto pre-cettivo di una normativa comunitaria al di là del suo contenuto letterale. Mentre però tale principio era stato invocato nel dibattito interno in riferimento all'obiettivo della direttiva di garantire allo straniero irregolare la tutela dei propri *diritti fondamentali* (nella specie, il diritto a non essere privato della libertà personale per un periodo superiore a quello massimo fissato dalla direttiva), la Corte sembra invece individuare nell'*efficacia* del sistema di rimpatrio la finalità che verrebbe frustrata dalla previsione della pena detentiva, posto che la detenzione ha come inevitabile conseguenza il rinvio dell'esecuzione del rimpatrio. Delle due finalità che, secondo la stessa ricostruzione operata dalla Corte in apertura della motivazione, hanno ispirato l'intervento del legislatore comunitario (l'implementazione di un sistema di rimpatrio efficace, ma anche rispettoso dei diritti fondamentali dello straniero), la sentenza, al mo-

Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 904 ss.

²⁵ Art. 8, § 1: “Gli Stati membri adottano tutte le misure necessarie per eseguire la decisione di rimpatrio qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria a norma dell'art. 7, § 4, o per mancato adempimento dell'obbligo di rimpatrio entro il periodo per la partenza volontaria concesso a orma dell'art. 7”.

mento di portare a conclusione il proprio *iter* argomentativo, valorizza solo quella dell'efficacia, evitando di affermare esplicitamente che la previsione della pena detentiva comporti una violazione dei diritti riconosciuti allo straniero dalla normativa europea.

Le successive decisioni della Corte UE che, facendo applicazione dei principi formulati in *El Dridi*, furono chiamate a valutare la compatibilità con la direttiva del 2008 di altre norme di diritto penale dell'immigrazione, confermarono questa impostazione del problema. I diritti fondamentali sono assenti dall'impianto motivazionale della sentenza *Achughbabian* della Grande Sezione del dicembre 2011, che dichiara l'incompatibilità con la direttiva del reato di soggiorno irregolare di cui all'art. 621-1 del Codice francese dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri (*Ceseda*), in quanto la pena di un anno di reclusione per lo straniero irregolare prevista dalla norma francese può ostacolare la celerità del rimpatrio, a meno che il processo penale intervenga quando la procedura amministrativa di allontanamento sia ormai terminata senza esito ²⁶; né si fa cenno ai diritti fondamentali nella sentenza *Sagor* del dicembre 2012, ove invece la Corte "salva" il nostro reato contravvenzionale di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10 *bis* TUI, essendo comminata la sola pecuniaria che non è d'ostacolo, al contrario della pena detentiva, all'esecuzione più rapida possibile del rimpatrio ²⁷.

Tanto quando accerta l'incompatibilità tra normativa interna e direttiva, tanto quando la nega, la Corte ragiona dunque solo in termini di efficacia delle procedure di rimpatrio; la finalità di tutela dei diritti fondamentali dello straniero, da cui pure aveva preso avvio la riflessione, è ormai del tutto assente dalla *ratio decidendi* delle pronunce successive ad *El Dridi*.

Tornando alla vicenda *El Dridi*, le decisioni della Corte UE, come noto, producono effetti *erga omnes*, e quindi in seguito alla pronuncia dei giudici del Lussemburgo l'art. 14 co. 5 *ter* TUI venne immediatamente disapplicato in tutti i procedimenti in corso: in questo senso si orienta-

²⁶ CGUE, Grande Sezione, 6.12.2011, C-329/11, *Achughbabian*; per un commento alla decisione, cfr. L. D'AMBROSIO, *Se una notte d'inverno un sans papiers: la Corte di Giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare "conforme" e "non conforme" alla direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 26.1.2012, e R. RAFFAELLI, *La direttiva rimpatri ed il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *Dir. imm., citt.*, 2011, n. 4, p. 74 ss.

²⁷ CGUE, I sez., 6.12.2012, C-430/11, *Sagor*, con nota di F. VIGANÒ, *La corte di giustizia UE su art. 10 bis t.u. imm. e direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont.*, 7.12.2012.

rono già le primissime decisioni della Cassazione (rese note addirittura il giorno stesso del deposito della sentenza europea), nelle quali si precisò altresì che la disapplicazione imposta dalla Corte UE equivaleva nei suoi effetti ad una *abolitio criminis*, con conseguente cessazione anche degli effetti delle sentenze definitive di condanna passate in giudicato²⁸. Nelle settimane successive alla sentenza, centinaia di stranieri vennero così scarcerati in diretta applicazione dei principi formulati dai giudici europei: un caso rimasto unico di effetti così dirompenti sul sistema penale di uno Stato membro derivanti da una decisione della Corte UE.

Oltre a dichiarare inapplicabile la fattispecie-chiave dell'intero apparato sanzionatorio in materia di immigrazione irregolare, la sentenza *El Dridi* aveva altresì posto in rilievo come fosse l'intero sistema di esecuzione dei provvedimenti espulsivi vigente in Italia ad essere in contrasto con la disciplina comunitaria²⁹. Un intervento normativo di adeguamento della disciplina interna alla direttiva non era quindi più procrastinabile, pena il rischio che fosse tutto il sistema amministrativo dei rimpatri (e non solo il delitto di cui all'art. 14) a risultare inapplicabile da parte dei giudici interni; il 24 giugno 2011, con sei mesi esatti di ritardo rispetto al termine di attuazione fissato dalla direttiva, il Governo con decreto-legge (dl. 24.6.2011, n. 89, conv. in l. 2.8.2011, n. 129) provide infine a ristrutturare l'intera procedura esecutiva dei provvedimenti espulsivi alla luce delle indicazioni fornite dalla normativa comunitaria³⁰.

Limitando qui la nostra attenzione alle sole modifiche riguardanti il sistema di norme penali applicabili allo straniero irregolare, l'impressione che si ricava è quella di un legislatore che con riluttanza si adegua alle prescrizioni della Corte UE, facendo tuttavia il possibile per non rinunciare a quella bulimia sanzionatoria che ne aveva caratterizzato il recente operato. Di fronte infatti alla inequivoca dichiarazione della

²⁸ Cfr. Cass. 28 aprile 2011, n. 22105, Tourghi, e Cass. 28 aprile 2011, n. 24409, Trajkovic, entrambe in *Dir. pen. cont.*

²⁹ Cfr. in particolare il § 50, dove la Corte constata come "la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana in discussione nel procedimento principale differisce notevolmente da quella stabilita nella direttiva".

³⁰ Per diverse considerazioni critiche nei confronti della riforma, cfr. tra gli altri A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE ed il decreto legge di attuazione - Prime riflessioni a caldo*, in *Dir. pen. cont.*, 24.6.2011; G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, 3, p. 30 ss.; L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, a cura di A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO, 2014, p. 67 ss..

sentenza *El Dridi* circa l'illegittimità dell'uso della pena detentiva nel contesto della procedura di rimpatrio, il legislatore del 2011, invece di cogliere l'occasione della riforma per rivedere *funditus* la scelta pan-penalistica del primo decennio del secolo, ribadisce tale opzione, sostituendo semplicemente alla pena detentiva prevista in precedenza per i delitti di cui all'art. 14 la *sanzione pecuniaria* della multa³¹, ed altresì qualificando in termini di illeciti penali le condotte di inottemperanza ai nuovi obblighi (alternativi al trattenimento) che l'autorità può disporre nelle more del rimpatrio³².

Il TUI successivo alla riforma del 2011 è insomma ancora ricchissimo di fattispecie penali, che però a differenza del passato non comminano più a carico dello straniero irregolare sanzioni detentive, ma soltanto sanzioni pecuniarie; le uniche *eccezioni* sono rappresentate dai *delitti di illecito reingresso* di cui all'art. 13 co. 13 e 13 *bis* TUI, ancora attualmente puniti con la pena della reclusione da uno a quattro anni e da uno a cinque anni nei casi di violazione reiterata di cui al co. 13 *bis*³³, e, dopo il 2018, dai delitti di cui all'art. 10 co. 2 *ter* e *quater* TUI, che puniscono con le medesime pene previste all'art. 13 co. 13 e 13 *bis* le ipotesi di reingresso a seguito di rimpatrio eseguito con provvedimento di respingimento differito³⁴. Certo il passaggio nella generalità delle ipotesi dalla

821

³¹ A seguito della riforma del 2011, nelle ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento l'art. 14 co. 5 *ter* TUI commina la pena della multa da 10.000 a 20.000 euro o da 6.000 a 15.000 euro (a seconda delle modalità con cui è stata disposta l'esecuzione dell'espulsione), mentre nelle ipotesi di inottemperanza reiterata punite dal co. 5 *quater* la pena è della multa da 15.000 e 30.000: il quadro edittale non ha più subito modifiche, ed è quindi quello ancora attualmente vigente.

³² Il riferimento è ai delitti di cui agli artt. 13 co. 5.2 e 14 co. 1 *bis* TUI, che puniscono con la multa da 3.000 a 18.000 euro lo straniero inottemperante ad una delle nuove misure cautelari alternative al trattenimento (consegna del passaporto, obbligo di dimora, obbligo di presentazione alla polizia) introdotte nel 2011 in attuazione della direttiva rimpatri.

³³ Sulla sentenza della Corte di Giustizia del 2015 che ha ritenuto compatibile con la direttiva rimpatri la previsione della pena detentiva prevista per le ipotesi di illecito reingresso (CGUE, IV sez., 1.1.0.2015, *Celaj*, C-290/14), cfr. A. ROMANO, "Circumstances... are clearly distinct": la detenzione dello straniero per il delitto di illecito reingresso nella sentenza *Celaj* della Corte di giustizia, in *Dir. imm. citt.*, 2015, n. 2, p. 109 ss.; per qualche considerazione sulla legittimità costituzionale e comunitaria del delitto di illecito reingresso, sia consentito il rinvio a L. MASERA, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 4/2013, p. 241 ss.

³⁴ Sino al 2018, nelle ipotesi in cui lo straniero fosse stato rimpatriato in esecuzione non già di un provvedimento di espulsione, ma di un provvedimento di cd. *respingimento differito* ex art. 10 co. 2 TUI ("Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui

LUCA MASERA

pena detentiva a quella pecuniaria segna una differenza non di poco conto, ma rimane confermata la decisione (in larga misura velleitaria) di contrastare con lo strumento penale un fenomeno di massa e dalla portata storica come è diventata l'immigrazione nel nostro Paese negli ultimi decenni.

Oltre alla sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria per i delitti di cui all'art. 14 TUI, l'altra rilevante novità in materia penale introdotta con la riforma del 2011 è l'attribuzione al *giudice di pace*, invece che al giudice ordinario, della competenza per tali delitti e per gli altri delitti di inosservanza degli obblighi imposti dall'autorità, oltre che per la contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10 *bis* TUI (di competenza del giudice di pace sin dalla sua introduzione nel 2009). Con la conseguenza, quindi, che a partire dal 2011 (e a tutt'oggi) il diritto penale dell'immigrazione è pressoché interamente nelle mani dei giudici di pace, con l'unica eccezione dei delitti di illecito reingresso, che in quanto puniti con pena detentiva sono rimasti di competenza della magistratura ordinaria.

822

Dopo dunque un decennio in cui la sanzione penale (ed *in primis* la sanzione detentiva) era stata al centro della strategia di contrasto all'immigrazione irregolare, l'intervento nel 2011 della Corte di giustizia UE ha costretto il legislatore a rinunciare alla pena detentiva nei confronti degli stranieri irregolari. La Corte, come abbiamo visto, ha ritenuto la pena detentiva in contrasto con la direttiva non tanto perché lesiva dei diritti fondamentali dello straniero, quanto perché d'ostacolo all'implementazione di un sistema di rimpatri efficace. Evidentemente le ragioni dell'efficienza hanno in questo momento storico più presa di quelle dei diritti, non solo nel dibattito pubblico, ma pure nelle motivazioni delle sentenze delle Corti supreme: anche quando propongono una soluzione

al co. 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso”), il suo eventuale reingresso irregolare Italia configurava solo la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* TUI, posto che il provvedimento questorile di respingimento non prevedeva un divieto di reingresso. Il d.l. n. 113/2018, convertito in l. 132 /2018 (cd. decreto Salvini), ha provveduto ad una riforma complessiva del respingimento differito, in cui all'estensione a tale istituto delle garanzie giurisdizionali previste in generale per le ipotesi di espulsione, si è accompagnata anche la previsione di un divieto di reingresso, la cui violazione integra gli estremi di un delitto punito con le medesime pene detentive previste per le ipotesi di violazione di un divieto di reingresso emanato con un provvedimento di espulsione: per un'analisi della riforma del respingimento differito, con particolare attenzione ai suoi risvolti penalistici, sia consentito il rinvio a L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Leg. pen.*, 24.7.2019, p. 9 ss.

che ha come effetto quello di estendere la tutela dei diritti, i giudici del Lussemburgo preferiscono addurre a sostegno delle loro conclusioni motivi di efficienza, che specie in materia di immigrazione hanno assai più *appeal* comunicativo rispetto alla necessità di rispettare i diritti fondamentali degli stranieri irregolari.

In seguito a tale intervento, ed alle modifiche normative che da esso sono scaturite, il diritto penale dell'immigrazione ha perduto gran parte dell'importanza che ha rivestito nel primo decennio del secolo, quando i delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento hanno portato in carcere migliaia di stranieri. Il diritto penale dell'immigrazione costituisce oggi un esempio paradigmatico di "*diritto penale simbolico*". Non si vuole rinunciare alla penalizzazione del migrante irregolare, per il messaggio simbolico di forte contrasto all'immigrazione irregolare che trasmette all'opinione pubblica il ricorso alla sanzione penale, e non potendosi applicare pene detentive, si comminano pene pecuniarie severissime, che considerate le caratteristiche socio-economiche della platea di destinatari sono peraltro destinate inevitabilmente a risultare ineffettive.

Significativa di questo invincibile richiamo che il ricorso alla sanzione penale per il migrante irregolare esercita sui decisori politici è la vicenda della mancata depenalizzazione dell'art. 10 *bis* TUI. L'ampia legge delega del 2014 in tema di depenalizzazione (l. n. 67 del 28.4.2014) prevedeva esplicitamente la trasformazione in illecito amministrativo delle condotte di ingresso e soggiorno irregolare punite dall'art. 10 *bis* TUI. Al momento di esercitare la delega, il Governo procede a depenalizzare tutte le numerose fattispecie di reato indicate nella legge-delega (tra cui anche reati "classici", come l'ingiuria o il danneggiamento semplice)³⁵, con un'unica eccezione, rappresentata proprio dal reato di cui all'art. 10 *bis* TUI, che non viene fatto oggetto di alcuna modifica.

Le motivazioni pubblicamente addotte dal Governo a sostegno di tale scelta sono disarmanti nel riconoscere la natura meramente simbolica che si attribuisce all'intervento penale in tema di immigrazione. Il Ministro dell'interno, sentito in sede parlamentare³⁶, riconosce infatti

³⁵ Per un commento all'intervento di depenalizzazione, cfr. ex multis G.L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 25.1.2016, e A. GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi: un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in *Leg. pen.*, 29.7.2016.

³⁶ Cfr. i resoconti stenografici delle audizioni rese in vista del parere delle Camere sul disegno di decreto legislativo, disponibili sul sito della Camera e del Senato.

che il reato in esame è privo di capacità deterrente (e dunque inutile), visto che non può avere alcuna credibilità la minaccia di una forte sanzione pecuniaria nei confronti di soggetti privi di risorse economiche come normalmente sono gli stranieri irregolari (ed in effetti sono rarissimi, se non eccezionali, i casi in cui le sanzioni applicate per il soggiorno irregolare dal giudice di pace vengono effettivamente rimosse). Il Ministro riconosce altresì che la configurazione dell'ingresso irregolare come reato può risultare addirittura dannosa rispetto all'obiettivo di un efficace contrasto alle migrazioni irregolari: gli stranieri che giungono sulle imbarcazioni dei trafficanti, e la cui testimonianza è ovviamente decisiva per individuare gli scafisti che hanno gestito il viaggio, in quanto irregolari commettono *ipso facto* il reato di ingresso irregolare *ex art. 10 bis TU*, e devono per questo motivo essere sentiti dall'autorità giudiziaria, nei procedimenti contro gli scafisti per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, con le cautele previste dall'art. 363 c.p.p. per l'interrogatorio di persona imputata di reato commesso, mentre se il reato di cui all'art. 10 *bis* TU venisse depenalizzato potrebbero essere molto più agevolmente sentiti come persone informate dei fatti, senza l'assistenza del difensore. Il reato di clandestinità è dunque, per la stessa ammissione dei rappresentanti del Governo, un reato inutile e controproducente, ma non si procede alla sua abrogazione pur prevista nella legge-delega, perché si teme che all'opinione pubblica giunga il messaggio (quanto mai impopolare) di un allentamento del contrasto all'immigrazione irregolare.

La criminalizzazione del "clandestino" è ormai talmente radicata nel sentire collettivo, che neppure un Governo di centro-sinistra ha avuto il coraggio di depenalizzare la condizione di irregolarità. Il binomio immigrazione-sicurezza — dopo quasi un ventennio dalla legge Bossi-Fini del 2002 che ne è stata l'antesignana — è diventato inscindibile, e la sanzione penale (non importa se in concreto del tutto inefficace) è tra gli strumenti cui la comunicazione politica non è in grado di rinunciare.

Alla mancata depenalizzazione del reato di clandestinità da parte del legislatore si è comunque affiancata, negli anni, una sorta di depenalizzazione di fatto ad opera della magistratura. In molti distretti giudiziari, infatti, i procedimenti per reati in materia di soggiorno irregolare vengono in buona sostanza lasciati da parte dalle Procure, come si può constatare dalla pressoché totale assenza di procedimenti per tali reati in taluni contesti territoriali; o ancora, in altre sedi giudiziarie i giudici di

pace forniscono un'interpretazione molto lata della clausola della particolare tenuità prevista all'art. 34 d.lgs. 274/2000, al punto da escludere la sussistenza del reato ogniqualvolta lo straniero non abbia commesso altri reati diversi da quelli legati alla condizione di irregolarità³⁷. Insomma, la realtà composita che emerge dalla prassi mostra una sorta di “depenalizzazione a macchia di leopardo”; in alcuni distretti i reati in materia di immigrazione irregolare sono praticamente assenti, in altri invece i processi vengono celebrati e vengono inflitte anche pesanti pene pecuniarie: una situazione che non può non destare viva preoccupazione in ordine al rispetto del principio di uguaglianza.

4. *La criminalizzazione dei soccorsi in mare e i procedimenti a carico delle ONG.* — Se dunque negli ultimi dieci anni lo strumento penale ha perso centralità nel definire la strategia di contrasto all'immigrazione irregolare, e lo straniero irregolare è diventato destinatario di una reazione penale in larga misura simbolica ed ineffettiva, a partire dal 2017 si è assistito all'emersione di un *nuovo nemico* da criminalizzare per “combattere” l'immigrazione irregolare: non più il “clandestino”, ma i *membri delle ONG* che soccorrono i migranti in mare, e che si renderebbero in questo modo corresponsabili del reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 12 TUI), in quanto la presenza nelle acque del Mediterraneo centrale di imbarcazioni in grado di prestare soccorso costituirebbe un *pull factor* delle partenze dalla Libia.

Il tema riguarda solo tangenzialmente l'oggetto di questa relazione, dedicata a delineare le linee di sviluppo della politica criminale nei confronti degli stranieri irregolari, e non potrà quindi essere oggetto di una trattazione approfondita, ma ci pare che qualche pur breve cenno sia necessario per dare conto del quadro complessivo della risposta penale al fenomeno dell'immigrazione irregolare³⁸.

³⁷ Per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali relativi all'art. 10 bis TUI, sia consentito rinviare a L. MASERA, *Art. 10 bis TU Imm.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI e G.L. GATTA, cit., p. 2651 ss.

³⁸ Per una più ampia ricognizione critica del fenomeno della criminalizzazione dei soccorsi in mare, cfr. da ultimo F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disuguaglianza sanzionatoria*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 3 e A. SPENA, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in questa *Rivista*, 2019, p. 1859, e, volendo,, i nostri L. MASERA, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. giust. - Riv. trim.*, 2018, n. 2 e ID., *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federalismi.it*, num. spec. 2/2019, cui rinviamo anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici,.

Nell'ottobre 2014 il Governo italiano aveva interrotto l'operazione navale *Mare Nostrum*, iniziata un anno prima a seguito della tragedia del 3 ottobre 2013, quando più di 350 persone erano morte a poche centinaia di metri dalle spiagge di Lampedusa. La gestione dei soccorsi nel Mediterraneo centrale era allora stata assunta dall'Unione europea con l'operazione *Triton*, che tuttavia aveva un mandato ben diverso da *Mare Nostrum* (fine precipuo della missione europea non era, come per quella italiana, il soccorso dei migranti in situazioni di pericolo, bensì il controllo delle frontiere esterne dell'Unione), e disponeva di mezzi assai limitati, che in molte occasioni non consentivano di predisporre un intervento efficace.

Con il passaggio da *Mare Nostrum* a *Triton*, i naufragi aumentano in modo drammatico. Tra gli episodi più terribili, basti ricordare la tragedia del 18 aprile 2015, con l'annegamento nel Canale di Sicilia di un numero di persone stimato tra le 800 e le 900; ed il naufragio che, a macabra celebrazione dell'anniversario, il 18 aprile 2016, vede la morte di oltre 400 persone nel medesimo tratto di mare interessato dalla tragedia dell'anno precedente.

È in questa fase che assumono un ruolo attivo nello scenario dei soccorsi in mare le imbarcazioni delle ONG. Di fronte all'orrore del ripetersi ormai quasi routinario di tragedie di dimensioni immani, e di fronte alla chiara volontà degli Stati costieri e dell'Unione europea di non predisporre un sistema di soccorsi in grado di evitarli, la società civile europea si mobilita (soprattutto nei Paesi nordeuropei) per provare almeno a ridurre i numeri della strage³⁹. Il plauso all'iniziativa è generale, anche da parte della nostra opinione pubblica, e le navi delle ONG vengono stabilmente inserite nel sistema complessivo di gestione dei soccorsi in mare gestito dalle nostre autorità navali (civili e militari), al punto che nella seconda metà del 2016 quasi il 40% delle operazioni di soccorso viene condotto dalle ONG stesse, sotto il coordinamento della Guardia costiera italiana.

Nei primi mesi del 2017, il clima nei confronti dei soccorritori comincia rapidamente a cambiare. Il numero degli stranieri che giungono via mare sulle nostre coste è sempre più elevato, e le reazioni dell'opinione pubblica iniziano a diventare ostili, accentuate dalla difficile con-

³⁹ Per una interessante riflessione sul ruolo della società civile rispetto alla crisi migratoria degli ultimi anni, cfr. in particolare J. ALLSOPP, *Solidarity, smuggling and the European refugee crisis: civil society and its discontents*, in *Dir. imm. citt.*, 2017, n. 3, p. 1 ss.

giuntura economica e dalla pervicace creazione di un sentimento di timore nei confronti dei migranti ad opera di molti media e partiti politici. In un rapporto del mese di febbraio 2017 redatto da *Frontex* (l'agenzia europea che si occupa della gestione delle frontiere esterne dell'Unione) viene per la prima volta veicolato a livello istituzionale il sospetto per cui le attività delle ONG costituiscano un *pull factor* delle partenze dalla Libia, in quanto gli operatori umanitari, pur agendo in buona fede, ottengono in realtà il risultato di agevolare le attività delle bande criminali che gestiscono le partenze dalle coste africane ⁴⁰.

Le perplessità di *Frontex* trovano presto una sponda anche nel nostro sistema istituzionale. Nelle settimane successive, infatti, il Procuratore della Repubblica di Catania Carmelo Zuccaro, con ripetute dichiarazioni ai media, dà notizia di indagini in corso da cui emergerebbero contatti tra le ONG e le organizzazioni criminali che operano in Libia. In un contesto politico e mediatico ove non è raro che venga usato il termine di “invasione” per descrivere il flusso di migranti dalle coste libiche, gli scenari di cointeressenze tra ONG straniere e bande criminali libiche evocati dal Procuratore vengono immediatamente ripresi ed enfatizzati dai leader dei partiti di opposizione (in particolare Lega e M5S), che contestano al Governo Gentiloni l'incapacità di gestire il fenomeno in atto, e non esitano ad indicare nelle ONG i corresponsabili dell'elevato numero di sbarchi.

La pressione sulle autorità di governo per l'adozione di provvedimenti che diminuiscano gli approdi si fa di settimana in settimana più forte. L'impegno a fare il possibile perché si consegua tale risultato diventa una assoluta priorità per la compagine governativa, ed in specie per il Ministro dell'interno Minniti, che in svariate occasioni pubbliche mostra di condividere le preoccupazioni del Procuratore di Catania circa il ruolo ambiguo svolto da alcune delle ONG impegnate nei soccorsi. L'atteggiamento di diffidenza del Governo nei confronti delle ONG trova una veste anche formale con la diffusione, verso la fine del mese di luglio 2017, di un “Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare”, alla cui sottoscrizione viene subordinata la possibilità per le ONG di collaborare con le autorità

⁴⁰ Il riferimento è al *Risk Analysis Report* di *Frontex* del febbraio 2017, disponibile sul sito istituzionale dell'agenzia.

italiane nella gestione dei soccorsi⁴¹. Sul presupposto che “l’attività di salvataggio non può essere disgiunta da un percorso di accoglienza sostenibile e condiviso con gli altri Stati membri”, e richiamandosi alle conclusioni raggiunte nella riunione informale dei Ministri della giustizia e degli interni dell’UE svoltasi a Tallin il 6 luglio, ove era stata accolta con favore la proposta italiana di formulare “una serie di regole chiare” che le ONG impegnate nei soccorsi in mare avrebbero dovuto rispettare, il Governo individua 13 “impegni” che le ONG devono assumere, pena la possibile “adozione di misure da parte delle Autorità italiane nei confronti delle relative navi”. Le ONG si sono ormai trasformate, nella rappresentazione politica e mediatica, “*da eroi a trafficanti*”, per usare l’efficace espressione utilizzata da un articolo apparso in quei mesi⁴².

Nei mesi successivi all’arrivo al governo della nuova maggioranza parlamentare, nella primavera 2018, si assiste ad un ulteriore e significativo deterioramento del rapporto delle ONG con le autorità italiane. Le ONG straniere sono ormai additate in maniera esplicita dal Governo Conte 1 (ed in specie dal Ministro dell’interno Salvini) come un fattore di disturbo della politica adottata in materia di immigrazione. L’obiettivo imprescindibile per il Governo è che dalla Libia arrivi via mare il numero minore possibile di migranti. Visto che dopo la sentenza *Hirsi* della Corte EDU del 2012 non è più possibile intercettare le navi dei migranti e riportarli in Libia, devono essere i libici ad impedire il loro arrivo sulle coste italiane. Era del resto l’approccio già inaugurato con gli accordi firmati dal Governo Gentiloni con le autorità libiche nel febbraio 2017: l’Italia fornisce denaro e mezzi alla Guardia costiera libica, perché sia in grado innanzitutto di impedire le partenze, e comunque di gestire i soccorsi in mare dei migranti che riescano a partire, in modo da riportarli da dove sono venuti. Il fatto che i campi di detenzione libici, ove in larga misura vengono rinviiati i migranti soccorsi in mare dalle autorità libiche, siano dei luoghi atroci, veri e propri gironi infernali per coloro che vi si trovano rinchiusi⁴³, non è un elemento capace di mettere in discussione

⁴¹ Per un’analisi di tale documento, cfr. F. FERRI, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Dir. um. dir. int.*, 2018, n. 1, p. 189 ss.

⁴² P. BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Quest. giust.*, 4.7.2017.

⁴³ Per un’analisi della sentenza della Corte d’assise di Milano del 2017 che ha condannato all’ergastolo un cittadino somalo ritenuto responsabile delle torture perpetrate nel campo

le politiche governative di “respingimenti per procura” operate mediante il nostro sostegno alle autorità libiche.

Posto dunque l’obiettivo di impedire l’arrivo dei migranti, facendo in modo che i soccorsi siano gestiti dai libici, l’attività delle ONG risulta senza dubbio un fattore di intralcio. Le navi delle ONG si rifiutano infatti di riportare sulle coste libiche i migranti che soccorrono in mare, dal momento che la normativa internazionale impone ai soccorritori di condurre i naufraghi nel “luogo sicuro” più vicino (*place of safety*, indicato solitamente con l’acronimo POS), e tale non può essere considerata la Libia per i migranti, che devono sbarcare in Italia (o a Malta, qualora le autorità concedano l’autorizzazione allo sbarco, evenienza in verità assai rara) per vedere riconosciuto l’esercizio dei propri diritti fondamentali. L’azione delle ONG risulta dunque distonica rispetto al progetto politico del Governo, che per questa ragione individua nelle ONG degli avversari da contrastare senza infingimenti. La parola d’ordine del Ministro dell’interno è quella dei “porti chiusi”: le ONG straniere che soccorrono in mare i migranti in fuga dalla Libia non sono più ammesse a sbarcare in Italia ⁴⁴.

Da un punto di vista giudiziario, in realtà, le diverse indagini aperte ai sensi dell’art. 12 TUI nei confronti delle ONG si sono concluse in larga misura con richieste di archiviazione da parte delle stesse Procure, e comunque a quanto ci consta solo in un caso (ancora pendente in fase preliminare) la Procura (di Ragusa) ha chiesto il rinvio a giudizio dei responsabili delle ONG. Il fatto che le ONG prestino soccorso a soggetti in difficoltà in mare, e si risolvano a venire in Italia perché il nostro Paese costituisce il “porto sicuro” più vicino ove secondo il diritto internazionale devono essere sbarcati i naufraghi, fa sì che (salvo evidenze di una

di detenzione libico di Bani Walid, cfr. *L'attualità del male - La Libia dei Lager è verità processuale*, 2018, a cura di M. VEGLIO.

⁴⁴ La prassi amministrativa di negare l’accesso ai porti alle navi delle ONG è stata fornita di supporto normativo con il d.l. 14.6.2019, n. 53 (cd. decreto sicurezza-bis), conv. in l. 8.8.2019, n. 77, che ha introdotto il co. 1 ter all’art. 11 d.lgs. 286/98, per cui “il Ministro dell’interno (...) nel rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia, può limitare o vietare l’ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale (...) per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all’art. 19 co. 2 lett. g, limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata dalla legge 2 dicembre 1994 n. 689”: per un commento a tale disposizione, oltre al lavoro di F. FORZATI, già citato sopra, cfr. anche S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.*, 18.6.2019, e G. CATALDI, *L'impossibile “interpretazione conforme” del decreto “sicurezza bis” alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Quest. giust.*, 26.2.2020.

interlocuzione diretta tra ONG e trafficanti, sinora mai emerse in sede processuale) non vi sia spazio per una responsabilità penale delle ONG per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, visto che risultano pacificamente applicabili le scriminanti dell'adempimento di un dovere e dello stato di necessità ⁴⁵.

Si tratta, quindi, di una criminalizzazione in sostanza soltanto mediatica, che non ha trovato riscontro nelle aule di giustizia. La costruzione del nemico è passata attraverso l'argomento penalistico della complicità con i trafficanti, ma è diventata ben presto autonoma dalle concrete vicende giudiziarie, e il fatto che in realtà le accuse a questi nuovi nemici vengano normalmente archiviate in sede giudiziaria interessa poco al dibattito mediatico; anzi, con il cd. decreto-sicurezza *bis* (d.l. 14.6.2019, n. 53, conv. in l. 8.8.2019, n. 77), la scelta è stata proprio quella di evitare la strada della giustizia penale, prevedendo a carico delle ONG che non rispettano i divieti di ingresso in acque nazionali sanzioni pecuniarie severissime, ma di natura amministrativa e non penale ⁴⁶, così da poter essere disposte direttamente dal potere esecutivo.

Al contrario, le più recenti vicende processuali relative alle attività di contrasto da parte delle autorità di governo all'operato delle ONG mostrano piuttosto come l'interesse della magistratura penale si stia indirizzando non tanto verso i soccorritori (che con decisioni controverse sono stati prosciolti anche quando hanno tenuto condotte di resistenza ai pubblici ufficiali che cercavano di impedire l'approdo e lo sbarco dei migranti ⁴⁷), quanto piuttosto verso le autorità che ne hanno contrastato

⁴⁵ Per un'analisi dei diversi procedimenti avviati nei confronti delle ONG, cfr., oltre ai lavori già citati sopra, anche le accurate ricostruzioni di C. RUGGIERO, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare - Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, n. 1, e S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, n. 1, p. 134 ss.

⁴⁶ Ai sensi del nuovo co. 6 *bis* dell'art. 12 TUI, "in caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, si applica al comandante della nave la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 150.000 a euro 1.000.000".

⁴⁷ Il caso più noto è quello di Carola Rackete, capitana di una nave umanitaria battente bandiera olandese, cui la Procura di Agrigento aveva contestato il delitto di resistenza a pubblico ufficiale per avere attraccato nel porto di Lampedusa superando l'opposizione esercitata da un natante dalla Guardia di finanza, mentre il GIP (la cui decisione è stata poi confermata dalla Corte di Cassazione) aveva ritenuto il reato giustificato dalla scriminante dell'adempimento del dovere, sul presupposto che secondo il diritto internazionale del mare era illegittimo il rifiuto delle autorità italiane di concedere l'autorizzazione all'attracco: cfr. Trib. Agrigento, 2.7.2019 (con note di L. MASERA, *Il caso della capitana Rackete e l'illegittimità*

l'attività. Prima vi è stato il caso Diciotti, in cui il Tribunale dei ministri di Catania aveva chiesto l'autorizzazione a procedere per il reato di sequestro di persona a carico del Ministro Salvini in ordine alla sua decisione di rifiutare per diversi giorni l'autorizzazione allo sbarco dei migranti soccorsi in acque internazionali⁴⁸, ma la richiesta era stata respinta nel marzo 2019 dal Senato, che aveva ritenuto che il Ministro avesse agito nel "perseguimento di un preminente interesse pubblico" (secondo la formula prevista dall'art. 9 co. 3 l. cost. n. 1 /1989 sulla responsabilità penale dei ministri). A distanza di un anno, ancora il Tribunale dei ministri di Catania ha inoltrato una nuova richiesta di autorizzazione a procedere per una vicenda molto simile (il caso della nave Gregoretti, sempre relativa al rifiuto opposto dal Ministro dell'interno di consentire lo sbarco dei migranti soccorsi): mutati gli equilibri parlamentari, nel febbraio 2020 la richiesta viene accolta, e a settembre 2020 prenderà avvio un procedimento per sequestro di persona nei confronti dell'ex Ministro Salvini. Nelle medesime settimane in cui veniva discusso il caso Gregoretti, è poi giunta all'attenzione del Senato una nuova richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti dell'ex Ministro Salvini, questa volta da parte del Tribunale dei ministri di Palermo; i reati ipotizzati sono quelli di sequestro di persona e di rifiuto di atti di ufficio, in relazione al divieto di sbarco opposto nei primi giorni di agosto del 2019 alla nave Open Arms di una ONG spagnola che aveva soccorso in acque internazionali più di 100 naufraghi: nel maggio 2020 la Giunta per le immunità del Senato ha dato parere negativo all'accoglimento della richiesta, ma il 30 luglio l'aula del Senato ha disatteso il parere della Giunta, concedendo l'autorizzazione a procedere.

831

della politica governativa dei porti chiusi per le ONG, in *Giust. ins.*, 6.7.2019, e V. VALENTINI, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3*, in *Criminalia*, 5.8.2019) e Cass., 16.1.2020 (con note di L. MASERA, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Quest. giust.*, 26.2.2020, e S. ZIRULIA, *La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete*, in *Sist. pen.*, 24.2.2020) per un commento molto critico nei confronti di entrambe le decisioni, cfr. M. RONCO, *L'esercizio dei poteri costituzionali in materia di libertà, sicurezza e giustizia e l'obbligo di lealtà nel rapporto tra gli organi dello Stato*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1.

⁴⁸ Trib. Catania, sez. reati ministeriali, 7.12.2018, in *Dir. pen. cont.*, 28.1.2019, con scheda di S. ZIRULIA e F. CANCELLARO, *Caso Diciotti: il Tribunale dei ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*, e in *Quest. giust.*, 29.1.2019, con commento di L. MASERA, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti - Chi fissa e quali sono i limiti all'azione politica del Governo in uno Stato democratico?*

I prossimi mesi saranno dunque decisivi per valutare gli sviluppi tanto dei procedimenti a carico delle ONG, quanto di quelli nei confronti dell'ex Ministro Salvini: in entrambi i casi, decisiva risulterà la valutazione se fosse o meno conforme al diritto internazionale del mare la strategia dei “porti chiusi” implementata dal Governo Conte 1, e contrastata dalle ONG⁴⁹. Se i procedimenti aperti nei confronti dell'ex Ministro si concludessero con pronunce di condanna, ci troveremmo di fronte all'esito davvero singolare di un tentativo di individuazione politica e normativa di un nuovo “nemico” (le ONG), che si risolve nella responsabilità penale delle autorità che tale tentativo di criminalizzazione hanno portato avanti. Il migrante irregolare, da nemico da combattere con gli strumenti del diritto penale, diventerebbe una vittima che dal diritto penale riceve tutela: un cambio di prospettiva davvero radicale, che tuttavia appare quanto mai difficile in sede giudiziaria e quanto mai lontano dai sentimenti della maggioranza della pubblica opinione.

832

5. *Conclusioni.* — Il volto della reazione penale nei confronti dello straniero irregolare ha subito negli ultimi vent'anni un'evoluzione profonda, indirizzata in modo significativo dall'intervento della Corte di giustizia UE.

Il primo decennio dello scorso secolo ha segnato il periodo di massima espansione della criminalizzazione del migrante irregolare, attraverso l'ampio ricorso alla pena detentiva derivante dall'applicazione del delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 TUI.

L'edificio punitivo nei confronti del migrante irregolare viene travolto dalla sentenza *El Dridi* della Corte di giustizia UE, che afferma il contrasto con la direttiva rimpatri della previsione di una pena detentiva per lo straniero inottemperante all'ordine di allontanamento. Dopo il 2011, la pena detentiva rimane applicabile solo alle ipotesi di reingresso

⁴⁹ Per un'analisi della compatibilità con il diritto internazionale (consuetudinario e pattizio) delle diverse forme di contrasto alle attività delle ONG, cfr. *ex multis* nella dottrina internazionalistica F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Dir. um. dir. int.*, 2018, n. 2, p. 443 ss.; I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. imm. citt.*, 2017, n. 3; A. SACCUCCI, *La giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera sulle imbarcazioni impegnate in operazioni di soccorso umanitario in alto mare: il caso della Iuventa*, in *Riv. dir. int.*, 2018, p. 223 ss.; M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il “diritto di obbedire al diritto” (internazionale) del comandante della nave privata*, in *Dir. um. dir. int.*, 2019, n. 1, p. 5 ss.

irregolare (nella prassi non così frequenti), mentre per le fattispecie di più comune applicazione (in particolare il reato di cui all'art. 10 *bis* TUI) è prevista la sola pena pecuniaria, che sconta un'irrimediabile carenza di effettività, tale da renderla più uno strumento simbolico di stigmatizzazione che una sanzione realmente afflittiva.

Se negli anni Duemila l'ingresso nel sistema penale, con l'applicazione della pena detentiva, rappresentava nella vita dei migranti irregolari un reale rischio esistenziale, dopo il 2011 sono altri gli strumenti coercitivi che incidono concretamente sulla loro condizione. Pensiamo in primo luogo al trattenimento amministrativo in attesa del rimpatrio: proprio con la riforma del 2011, che segna la rinuncia alla pena detentiva per le ipotesi di inottemperanza all'ordine di allontanamento, il termine massimo del trattenimento viene aumentato sino a diciotto mesi (termine che sarà più volte modificato, sino all'attuale durata di sei mesi). Il contrasto al "nemico", dopo il 2011, non passa più dal circuito penale, ma dal sistema della detenzione amministrativa.

La sanzione penale per la condizione di irregolarità riveste ancora un importante ruolo stigmatizzante, cui la politica ha mostrato di non voler rinunciare, e produce effetti non trascurabili di marginalizzazione indiretta dello straniero, legati alla rilevanza penale del soggiorno irregolare. Eppure, non si può che constatare come la risposta penale, privata della possibilità di un ricorso massiccio alla pena detentiva, abbia perso centralità nel dibattito pubblico sul tema del contrasto all'immigrazione irregolare. Anche negli ultimi interventi legislativi, che spingono all'estremo l'approccio repressivo e securitario al fenomeno migratorio (pensiamo ai decreti-sicurezza "salviniani" del 2018 e del 2019), le norme-manifesto non sono più, come per i pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, le norme penali, ma disposizioni che incidono sulla condizione dei richiedenti protezione, come l'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari o la sostanziale abolizione del sistema di accoglienza per i richiedenti asilo.

Il nemico della sicurezza oggi non è più tanto il migrante irregolare, da mettere in carcere perché pericoloso per la collettività, quanto il richiedente protezione, guardato con sospetto e tacciato di voler approfittare delle misure di protezione senza avere i requisiti per accedervi, o le ONG che operano i soccorsi in mare, destinatarie negli ultimi anni di una intensa campagna mediatica di criminalizzazione, rimasta peraltro priva di significativi riscontri in sede giudiziaria.

Il nostro augurio è quello di vedere confermata nei prossimi anni la rinuncia alla pena detentiva nei confronti dello straniero irregolare (almeno, come oggi, per le fattispecie di più frequente applicazione). Bisogna però ricordare che il divieto di ricorrere alla pena detentiva nelle ipotesi di soggiorno irregolare (salvo i casi di illecito reingresso) trova fondamento in una giurisprudenza europea non ispirata tanto da finalità di tutela dei diritti fondamentali, quanto dal perseguimento di maggiore efficienza nell'esecuzione dei rimpatri. Non può quindi escludersi che, qualora il legislatore calibrasse la pena detentiva in modo da non intralciare l'esecuzione del rimpatrio, la valutazione dei giudici europei potrebbe essere diversa dal 2011. Insomma, se all'indomani della sentenza *El Dridi* avevamo intitolato *Addio art. 14* un lavoro, scritto insieme a Francesco Viganò⁵⁰, nel quale salutavamo con sollievo il venir meno della pena detentiva allora così massicciamente applicata agli stranieri irregolari, oggi bisogna sperare che quell'addio rimanga tale, e che non dovremo in futuro tornare a confrontarci con meccanismi repressivi che pensavamo di avere lasciato definitivamente alle spalle.

⁵⁰ F. VIGANÒ - L. MASERA, *Addio art. 14 - Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 4.5.2011.