

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

12/2024

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

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

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

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

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

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

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

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

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

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

POPULISMO E DIRITTO PENALE DEL NEMICO NELLA LEGISLAZIONE DEL MIGRANTE

di Eliana Reccia

Populismo, esclusione del diverso e diritto penale dell'immigrazione oggi appaiono procedere parallelamente. La paura dei consociati indirizza e orienta, in tale materia, le scelte del legislatore. È, infatti, proprio sulla paura che viene costruita la compulsiva tutela della sicurezza nella legislazione penale del migrante, tendente a una stigmatizzazione identitaria. Questo il focus del presente lavoro, volto, peraltro, a individuare dei possibili "indici sintomatici" del diritto penale del nemico nella legislazione del migrante, come la detenzione amministrativa, che sintetizza la normativa quantomeno speciale vigente nei confronti del Feind migrante.

SOMMARIO: 1. Presupposti politici del populismo penale. – 2. Populismo penale, populismo politico e diritto penale del nemico immigrato. – 3. Gli "indici sintomatici" della legislazione penale del nemico. – 4. La legislazione emergenziale in materia di immigrazione: il *Feind* migrante. – 5. Gli "indici sintomatici" nella legislazione penale del *Feind* migrante. – 6. Conclusioni: alcune riflessioni propositive.

1. Presupposti politici del populismo penale.

Il populismo – dall'inglese *populism*, traduzione del russo *narodničestvo* – è stato un movimento culturale e politico sviluppatosi in Russia, tra l'ultimo quarto del secolo XIX e gli inizi del secolo XX, che si proponeva di raggiungere, con diretta azione rivoluzionaria¹ e con il proselitismo svolto in contesti popolari, un miglioramento delle condizioni di vita delle classi diseredate, unitamente alla realizzazione di una forma di socialismo rurale.

Per populismo si intende, però, anche un atteggiamento *ideologico* che, sulla base di principi e programmi genericamente ispirati al socialismo, esalta in modo demagogico il popolo, come depositario di valori totalmente positivi – esempio emblematico l'Argentina ai tempi di Perón –.

Il termine populismo, poi, in ambito *artistico* e *letterario*, allude alla rappresentazione idealizzata del popolo, considerato come modello etico e sociale.

Un lemma, tre macro significati. Si può comprendere come la parola populismo sia suscettibile di molteplici interpretazioni, a seconda del contesto in cui venga utilizzata. Etimologicamente deriva dal termine "popolo", oggi inteso da taluni come

¹ Culminata nel 1881 con l'uccisione dello zar Alessandro II.

eticamente impeccabile², differentemente dalla “corrotta élite”. Un dato, questo, totalmente presunto che può, pertanto, degenerare in irrazionalismi, soprattutto nell’attuale momento storico-politico.

Tipico connotato dell’approccio populista³ è poter prescindere, almeno in questioni scientificamente e culturalmente aperte, dal confronto con *l’élite*; in modo che ogni dibattito appare non veramente dialettico, ma epidittico, *applause oriented*⁴. Caratteristica del fenomeno in esame è il ruolo fondamentale che assume il consenso popolare nelle dinamiche sociali, in particolare nei momenti deliberativi e legislativi; un consenso che viene strumentalizzato ed elevato a “paladino” della libera comunità – nonostante di fatto ne determini la relativa crisi –.

L’analisi della letteratura in tema permette di individuare una classificazione delle diverse tipologie in cui si articola il populismo; è possibile, infatti, interpretarlo alla stregua di un fenomeno ideologico, di uno stile politico, su un piano religioso, psicologico, culturale ed economico.

Sul piano *religioso*, riprendendo il concetto di creato, il popolo diviene uno e indivisibile, dunque riflesso compiuto della volontà di Dio.

Nella lettura *psicologica*, il popolo è costituito da un gruppo di “fratelli” che amano il leader “padre” e gli obbediscono. Un sentimento, questo, ad esempio, percepibile nel discorso di un leader argentino che citava Mazzini: «ascoltatemi con amore, ché anch’io vi parlerò ispirato dallo stesso sentimento»⁵.

² In tema di limiti morali con specifico riferimento al danno agli altri J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 1, *Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1984, 12 e ss.

³ G. AMARELLI, [Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per scambio elettorale politico-mafioso](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, p. 1; ss.; E. AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; ID., *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *disCrimen*, 3 giugno 2019; E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, cap. I, par. 2 e 3; R. E. BARKOW, *Prisoners of Politics*, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 2019; si veda, poi, L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, n. 1/2019, 79 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019, 2 e ss.; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, in *disCrimen*, 6 giugno 2019; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2019, pp. 86 - 100; E.J. PRATS, *Los peligros del populismo penal*, Santo Domingo, *Ius Novum*, 2011, 2 e ss.; D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, *Pluriel*, 2010; ID., *Il populismo penale*, in *Quest. giust.*, n. 2/2006, 389; J. SIMON., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, ed. it. a cura di A. De Giorgi, Milano, 2008; J. PRATT, *Penal Populism*, London and New York, Routledge, 2007; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 123 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 197 ss.; nonché S. ANASTASIA, M. ANDELMI, D. FALCINELLI, (a cura di), *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Milano, 2020; L. MANCONI, C. TORRENTE *Populismo penale e panico morale: il caso del provvedimento di indulto*, in *Democrazia e diritto*, 2014, 3, 49 ss. In tema si veda inoltre. AA.VV., [La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista, dibattito promosso nell’ambito della AIPDP](#), i cui atti sono pubblicati in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, 2 e ss.

⁴ M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in questa [Rivista](#), 7 settembre 2020, 2 e ss.

⁵ A.M. SALINAS, *Stato di diritto, gioco democratico e populismo*, in *Quest. giust.*, n. 1/2019, 50 e ss.

Il populismo *culturale*, in particolare in Europa, fonda la sua ragion d'essere su un concetto etnografico di appartenenza che vede i comuni nemici nell'immigrato e nella globalizzazione, esaltando consuetudini nazionali e popolari⁶.

Come *stile*, come modo di fare politica, il populismo può essere inteso quale: a) mobilitazione politica tesa a raggiungere diversi scopi sociali, politici ed economici; b) forma estensiva di inclusione cittadina in società che presentano, al loro interno, grandi disuguaglianze; c) modalità di rappresentanza politica concentrata su un *leader*, che può (peraltro, non necessariamente) ignorare le procedure, i meccanismi e gli equilibri di potere, le garanzie del giusto processo; d) stile "rappresentativo" in cui il leader populista è l'attore principale, il popolo è il pubblico e la politica è la messa in scena che assiste l'azione del leader e la risposta popolare; e) discorso carismatico che ignora le strutture e contribuisce a conferire un "carattere redentivo" alla politica⁷.

Gli *economisti*⁸, interpretano il populismo come strumento di tutela del lavoro e di inclusione dei soci, ma anche in termini propagandistici: «il populismo economico scaturito dalla Grande recessione del 2008 è un populismo di tipo nuovo, con il quale il ceto politico, a destra ma anche a sinistra, ricerca il consenso elettorale attraverso l'uso spregiudicato del debito pubblico; non per potenziare le garanzie dello Stato sociale, ma per ridurle secondo una visione propria dell'ideologia liberista che si è convertita alla dottrina della spesa in *deficit*»⁹.

⁶ Per un approfondimento del tema si veda G. HERMERT, *Storia della Spagna nel novecento*, trad. da A. De Ritis, Bologna, 1999, 50.

⁷ Si veda rispettivamente: R. S. JANSEN, *Populist Mobilization: A New Theoretical Approach to Populism*, in *Sociological Theory*, 2011, 29, Issue 4, 10; E. AVRAMI, C. RANDALL MASON, M. DE LA TORRE, *Values and Heritage Conservation: Research Report*. Los Angeles, CA: Getty Conservation Institute, in http://hdl.handle.net/10020/gci_pubs/values_heritage_research_report, 2000, 5; B. ARDITI, *Politics on the Edges of Liberalism: Difference, Populism, Revolution, Agitation*, *Edinburgh University Press*, 2007, 103-105, 112, 123, 128, 131-132; B. Moffitt *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation*, Stanford University Press, 2017, 133-134, 150-152; M. Canovan, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, 47(1), <https://doi.org/10.1111/1467-9248.00184>, 1999, 8, 14, 16. Con riferimento al pensiero di Canovan, si veda di recente, F. MAROLLA, *The tension between democracy and populism: an empirical test of Canovan's claims of the two faces of democracy*, Cambridge University Press, 2024, 2 e ss.

⁸ R. DORNBUSCH, S. EDWARDS, *The Macroeconomics of Populism in Latin America*, University of Chicago Press, 1990, 20 e ss. Tali autori risultano però critici rispetto al cosiddetto "populismo macroeconomico" e segnalano i rischi di inflazione e di deficit finanziari associati a quell'agenda, così come le restrizioni esterne e la reazione negativa degli agenti economici in simili contesti. Hanno coniato l'espressione "populismo di rendita", intendendo lo sfruttamento non sostenibile delle risorse naturali per finanziare l'agenda populista.

⁹ M. POMINI, *Anatomia del populismo economico. La melonieconomics: un anno di politiche economiche conservatrici*, Verona, 2024, 14.

Esiste anche un populismo *penale*, del quale è possibile, peraltro, individuare una nozione¹⁰, «escogitata»¹¹, tra gli altri, da Denis Salas¹², che «vuol esprimere l'idea di un diritto penale finalizzato al (o comunque condizionato dal) perseguimento di obiettivi politici a carattere populistico»¹³, «una strategia politica in cui il richiamo diretto al popolo è operato da un leader che pretende di essere il suo unico legittimo rappresentante, creando una forte connessione sentimentale al punto da fondere la propria immagine con quella del popolo, e che si propone di rigenerare la società rifiutando le mediazioni politiche e le intermediazioni istituzionali o organizzate. Perché un uomo politico possa efficacemente fare appello al popolo occorre che la sua strategia sia accompagnata da una cultura diffusa che ritenga salvifica la presenza di quella leadership carismatica e, dunque, da una narrazione tale da renderla necessaria»¹⁴.

Il populismo penale, pertanto, se utilizzato impropriamente può divenire strumento di manipolazione del consenso popolare.

In realtà, l'uso populistico del diritto penale è rinvenibile negli Stati Uniti già alla fine degli anni Sessanta – a partire dalla crisi del modello del New Deal¹⁵ –, fondato sull'idea di «governo attraverso la criminalità: «un nuovo paradigma di *governance* incentrato sull'individuazione, sulla prevenzione e sulla neutralizzazione del rischio criminale come elementi costitutivi dell'azione di governo, a ogni livello e in ogni contesto»¹⁶. Paura dei consociati¹⁷, inefficacia della prevenzione criminale, sistema diseguale e lesivo dei diritti fondamentali, decretazione d'urgenza, quale principale strumento legislativo, esasperato aggravamento di pene e scelte antigarantiste in sede processuale, mascherate dalla necessità di fronteggiare l'«emergenza per la sicurezza della collettività», costituiscono «elementi tipici» del populismo penale.

Oggi, infatti, esso viene utilizzato per veicolare le scelte e il consenso elettorale, non solo in Italia, ma, in gran parte dell'Europa; la dura repressione penale soddisfa e

¹⁰ Esiste anche un populismo giudiziario: «questo fenomeno ricorre tutte le volte in cui il magistrato pretende di assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (o della cosiddetta gente), al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale. Questa sorta di magistrato-tribuno, oltre a pretendere di entrare in rapporto diretto con i cittadini o con alcuni gruppi sociali particolari (e, comunque, di rappresentarne e tutelarne al meglio i corrispondenti interessi o valori), finisce inevitabilmente col far derivare (piuttosto che dal vincolo alla legge) dallo stesso consenso popolare la principale fonte di legittimazione del proprio operato», così G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 1.

¹¹ G. FIANDACA, cit., in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 2.

¹² D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005. Per un approfondimento del populismo penale quale forma di degenerazione politico-criminale che contraddice tutti i principi classici del garantismo si veda L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in Aa.Vv., *La democrazia in nove lezioni*, Roma, 2010, 115 ss. Sulle «politiche della paura» si vedano le considerazioni socio-criminologiche di A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013.

¹³ G. FIANDACA, cit., in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 4.

¹⁴ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11.

¹⁵ P. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Milano, 2008, 20 e ss.

¹⁶ A. DE GIORGI, *Introduzione a Simon, Il governo della paura*, cit., XXIII.

¹⁷ M. AMBROSINI, *Stato d'assedio. Come la paura dei rifugiati ci sta rendendo peggiori*, Milano, 2023, 12 e ss.

rappresenta quella ormai considerevole parte dell'opinione pubblica che si immedesima nello slogan "tolleranza zero" nei confronti del nemico criminale – l'immigrato *in primis* –. «Il popolo inteso come corpo sociale, che soffre per il danno generato dall'attacco della criminalità al vivere civile, rivendica una piena supremazia nella tutela delle vittime del reato, effettive o potenziali, restringendo e persino eliminando l'operatività dei poteri pubblici. È la sovranità punitiva del popolo nella gestione della sicurezza collettiva a costituire il pilastro del populismo penale»¹⁸.

Alleato del propagandismo politico, ma nemico delle garanzie costituzionali, il populismo accentra l'attenzione su temi marginali per distrarre la collettività, già manipolata dai media, da quelli che sono i reali problemi del Paese. Perché, d'altronde, allertare la popolazione, sulla progressiva carenza del lavoro, sul repentino innalzamento dell'inflazione, sul calo demografico, sul riscaldamento globale, sul razzismo dilagante, sull'analfabetismo funzionale, su recessione e povertà che hanno raggiunto livelli storici, quando si può, per esempio, focalizzare l'attenzione sul nemico migrante, additato come produttore di danni alla tranquillità sociale?

Nel populismo penale il diritto penale è strumentalizzato dalla propaganda politica basata sulla necessità di prevenire i rischi per la sicurezza pubblica – bene opportunamente definito "onnivoro"¹⁹, superiore e prevalente in qualsiasi giudizio di bilanciamento²⁰–, «in particolare, il presunto rischio proveniente dal "diverso", identificato preferenzialmente in quegli immigrati irregolari che il populismo di centro-destra, fomentatore di rinnovato odio razziale, tende a dipingere come i nuovi 'nemici' della società da controllare, punire e bandire»²¹.

Populismo punitivo e punitivismo vendicativo nascono e si affermano grazie a una politica criminale in cui le scelte di incriminazioni, da parte dello Stato, sono univocamente veicolate dalla paura della collettività per la minaccia dell'universo criminale. Il manifesto politico del populismo punitivo è costituito dalla "certezza della pena"; indice e criterio finalistico cui ispirare ogni tipo di riforma emergenziale, da intendersi come "certezza della vendetta" nei confronti del nemico criminale, secondo regole *contra Constitutionem*, «in quanto esclude delle persone, le separa dalla normalità sociale e quindi le combatte, trattandole in qualche misura come nemici, perché invece di dialogare con il colpevole, lotta contro di esso»²². I consociati si sentono appagati dalla

¹⁸ E. AMODIO, *Il populismo penale nell'era dell'Italia antipolitica*, cit., p. 5.

¹⁹ Così G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in AA.VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, (a cura di) L. Risicato, E. La Rosa, Torino, 2009, 20 ss.

²⁰ G. FORNASARI, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 21048. Non ritengono possa elevarsi a ben giuridico, nella dottrina italiana: A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?* in W. Hassemer, E. Kempf, S. Moccia (Eds.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Beck's Verlag, München, 2009, 111 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 1 ss. e 73 ss. Per quanto concerne si veda W. Hassemer, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in Donini, Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, 2011, 59 ss.

²¹ G. FIANDACA, cit., in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 4.

²² M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 790. L'autore al riguardo ha precisato: «Il diritto penale sostanziale istilla surrettiziamente l'idea che il meccanismo punitivo si interessi solo dei fatti, ma è una menzogna. È solo il processo che – attraverso meccanismi non "controllati" dal diritto

“spettacolarizzazione dell’irrigidimento sanzionatorio”: uno slogan ormai consolidato negli ultimi anni, a cui si appella la politica per poter ottenere un consenso facile, strappato sul pericoloso parametro della paura, dando vita a “giuropinionisti” che, nei processi mediatici svolti nelle “opportune” sedi televisive, si contendono il primato sul proporre pene sempre più severe, esemplari e lontane dal criterio proporzionale.

E’ stato detto che «il diritto penale è diventato parte integrante della politica e, in linea con le declinazioni tipiche del populismo penale, risponde ad un nuovo paradigma che si caratterizza per l’utilizzo della penalità protesa a soddisfare pretese punitive opportunisticamente fomentate e drammatizzate ed a legittimare i nuovi assetti del potere politico. Si tratta di un diritto penale sempre più disarticolato dalle proprie premesse fondative liberali, teso al congedo dalla tipicità legale del reato, dal principio di proporzione tra reato e pena e dalla presunzione di innocenza»²³.

La giustizia di stampo populista si fonda così sulla sottrazione dei fondamentali contenuti della politica criminale di stampo liberale su cui è costruito l’impianto costituzionale del nostro sistema penale. Un esempio facilmente riconoscibile è quello della criminalizzazione in materia di immigrazione.

2. Populismo penale, populismo politico e diritto penale del nemico immigrato.

Populismo penale e populismo politico sono legati dal medesimo presupposto: utilizzano tecniche manipolative²⁴ utili a carpire il consenso dei cittadini. «Tutti i tradizionali aspetti del populismo penale si sono fortemente accentuati perché si sono rivelati perfettamente funzionali al populismo politico oggi al governo del Paese...per tre ragioni»²⁵. Queste possono individuarsi nel consenso di massa ottenuto dalle politiche securitarie, nel colpevolismo diffuso nell’opinione pubblica, nella tendenza a legittimarsi attraverso l’identificazione di nemici e, non in ultimo, nel paradigma tipico del diritto penale del nemico.

Il populismo penale è funzionale al populismo politico; «tutti i populismi hanno bisogno di legittimarsi attraverso un nemico o meglio attraverso più nemici; nemici interni che complottano e nemici esterni come la Francia, l’Unione europea o l’Onu; nemici in alto, rappresentati dalle élites e nemici in basso rappresentati dai migranti e dai soggetti devianti; nemici identificati con i precedenti Governi e nemici consistenti nelle opposizioni...razzismo, paura per i crimini di strada, intolleranza del dissenso, fastidio per il pluralismo sia politico che istituzionale, vittimismo permanente, sono – poi – gli

sostanziale – decide se la sanzione concreta sarà o meno di perdita della libertà, o sarà di natura ed estensione tali da compromettere l’inclusione sociale del responsabile: e lo decide tenendo conto dell’autore, non meno che del fatto».

²³ V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, 2 e ss.

²⁴ Si veda G. FIANDACA, cit., in *Discrimen*, 2 settembre 2018.

²⁵ L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, 5 e ss. Si veda anche M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2, 2009, 119 ss.

ingredienti di questa logica del nemico»²⁶. Indagati e imputati divengono così nemici ideali.

In questa dimensione la giustizia penale viene concepita come una guerra contro il male e l'insicurezza un'emergenza quotidiana da drammatizzare e spettacolarizzare. È in tal modo che il populismo penale alimenta ed interpreta il desiderio di vendetta su capri espiatori, che, in quanto tali, sono pericolosi e fanno paura.

L'immigrato è proprio uno di questi, nonché perfetto strumento simbolico della lotta per la sicurezza: annientare l'immigrato, quale intrinseco pericolo per la sicurezza pubblica²⁷, rasserena i cittadini dalla paura dovuta alla necessità di tutelare i propri confini, che non sono da intendersi solo alla stregua di confini propriamente territoriali, ma anche delle proprie abitazioni, della propria persona. Se, infatti, fenomeni quali populismo penale, populismo politico e diritto penale del nemico hanno potuto proliferare in diversi paesi, oltre al nostro, soprattutto in materia di immigrazione, è perché tra i valori che sono venuti a mancare vi è la solidarietà: "ho paura e devo averne perché non sono tutelato; devo proteggermi dall'immigrato perché è pericoloso in quanto diverso da me".

Questa l'ideologia sottostante all'individuazione del migrante, quale *Feind*, nemico.

Per poter comprendere l'odierna affermazione del diritto penale d'autore, anche in materia di immigrazione, è necessario, tuttavia, fare un passo indietro e capire come sia avvenuto il passaggio dal "tipo criminale" al "tipo criminale nemico".

Certo, già nell'*Antigone* di Sofocle è possibile individuare la dinamica dell'affermazione autoritaria del *nómos* verso colui che è dichiarato nemico della patria, tanto da essere così condannato a restare privo di una degna sepoltura; *Antigone* viene giudicata folle (*á-nous*, priva di senso) in quanto disobbediente.

Nel tempo si è assistito al passaggio dalla figura del bandito a quella di criminale e successivamente nemico, secondo linee distintive talmente labili da annullarsi.

Nella società medievale vi erano diverse "strategie" di costruzione del nemico, a seconda del pluralismo ordinamentale che le connotava e delle diverse misure adottate verso coloro che minacciavano, con la propria condotta, la tenuta dell'ordinamento. Tali istanze venivano sintetizzate nell'istituto del "bando" che, nel tentativo di rafforzare la coesione sociale interna, tendeva a individuare il nemico e ad espellerlo: «ciò che accomuna le diverse tipologie di banditi è l'attacco all'unità e all'integrità dell'ordinamento. Alla messa in questione del *bonum commune* occorre reagire con l'estromissione. Il *bannum* si presenta come il rovescio necessario della *communitas* cittadina. La figura del *civis* ha come propria controparte negativa la figura del *bannitus*. Il *bannum* non è una punizione qualsiasi: è la trasformazione di un soggetto da cittadino

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Sul punto si consiglia L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* Torino, 2019, in cui vengono analizzate le ricadute nell'ambito penalistico del "totem sicurezza" ed E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, che affronta le torsioni del sistema penale e le attuali forme di giustizia sommaria in nome della sicurezza collettiva.

a nemico»²⁸. Vi è, però, un momento in cui l'immedesimazione del bandito con il nemico della città, viene "consacrata", in particolare ad opera di Bartolomeo da Sassoferrato, che, nella sua opera, sancì la possibilità di uccidere il bandito, in quanto soggetto che aveva dichiarato guerra al proprio Comune²⁹.

'Criminale' è, invece, un termine emerso nel diritto internazionale dopo la Prima guerra mondiale, trovando consacrazione nello Statuto del Tribunale di Norimberga, che attribuì alla guerra di aggressione la qualificazione di crimine internazionale.

Per Michel Foucault³⁰, il crimine era un una sorta di infrazione che metteva in conflitto l'individuo con l'intera società; nelle forme più intense rendeva il criminale "un anormale di alto livello", un deviante contro il quale i meccanismi istituzionali dello Stato devono agire per assicurare l'effettiva punizione e la reintegrazione sociale. Il sistema punitivo foucaultiano consentiva così ai detenuti di doversi vincolare ai legami intersoggettivi fondanti la società; in caso contrario, il carcere risultava autosufficiente, poiché il criminale diveniva protagonista di un sistema punitivo unicamente destinato a emarginare ed escludere i "devianti" dalla collettività. Probabilmente è proprio questa concezione che determina l'identificazione del criminale nel nemico dello Stato.

L'utilizzo del termine *hostis* si rinviene già nelle XII tavole, riferito, in particolare, allo straniero legato al cittadino da un particolare vincolo di parità e dall'obbligo di compensare una prestazione di cui è stato il beneficiario³¹.

Con Cicerone (De Off. 12 I) è stata delineata una prima differenza semantica tra nemico e cittadino rivale: nel caso di una *quaestio* fra cittadini, in cui ci si disputava l'onore e il titolo, si fronteggiava allora un rivale; allorquando fossero, invece, in gioco la vita o la supremazia, la "battaglia" era contro un nemico, sia che fosse interno o esterno³².

Con Hobbes viene, invece, dato rilievo al legame tra natura umana e conflittualità.

Se lo "stato di natura" equivale a uno stato di guerra di tutti contro tutti, lo "stato civile" ne costituisce l'opposto, richiedendo un atto esplicito di negazione e, pertanto, l'attribuzione al sovrano del potere di disporre di tutta la forza necessaria a reprimere la propensione naturale al conflitto³³. In questa prospettiva, i cittadini che non obbediscono

²⁸ P. COSTA, *Figure del nemico: strategie di disconoscimento nella cultura politico-giuridica medievale*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 2007, 18, 146.

²⁹ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus bannitorum*, in Id., *Consilia, Quaestiones et Tractatus, Venetiis*, Apud Iuntas, MDLXX, foll. 132rB-133rA, n. 8. In particolare, "in banno comunis Utini eiusque districtus" prevedeva l'allontanamento fisico, in quanto divieto di violare i confini territoriali della giurisdizione, e l'esclusione politica lato sensu: l'espulsione dall'ordinamento giuridico cittadino comportava la possibilità di essere ucciso impunemente da chiunque.

³⁰ M. FOUCAULT, *La société punitive*, Ehes Gallimard Seuil, 1973, 20.

³¹ F. MECOGLIANO, *Hostes Novi Cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli, 2017, 24 ss.

³² E. BENVENISTE *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, 1976, p. 64 ss.; M. BETTINI, A. BORGHINI, *La guerra e lo scambio: hostis, perduellis, inimicus*, in Gruppo di Lecce, *Linguistica e antropologia. «Atti del XIV Congresso Internazionale di Studi. Lecce 23-25 maggio 1980»*, Bulzoni, Roma, 1983, p. 303 ss.; A. CALORE, *Hostis e il primato del diritto*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, Milano, 2012, 107 ss.

³³ T. HOBBS, *De Cive*, Paris, 1642, in *Elementi filosofici sul cittadino*, (a cura di) T. Magri, Roma, 2005, 69; secondo Hobbes tale passaggio si perfeziona con la «sottomissione delle volontà di tutti loro alla volontà di

al sovrano compiono un torto nei suoi confronti, in quanto ne ledono il diritto all'obbedienza. «Tutto ciò che è comandato dal potere sovrano è...giustificato dal comando stesso», perché sovrani legittimi rendono giuste le cose che comandano con il comandarle, e ingiuste quelle che vietano con il vietarle»³⁴. Nella concezione hobbesiana, dunque, chiunque disconosca l'autorità del sovrano, violandone i comandi, si pone nella posizione del nemico³⁵.

Il concetto di nemico è stato, tuttavia, coniato dal diritto di guerra³⁶; in tale dimensione, questi, materializzando e impersonificando tutto quello contro cui si combatte, è qualcuno su cui imporre la propria volontà e a cui fare obbedire gli ordini³⁷. In precedenza, per Rousseau nemico è colui che ha l'obbiettivo di distruggere "il cuore" dello Stato, ovvero il patto sociale, per trasformarlo in uno stato di guerra³⁸; «chi vuole il fine vuole anche i mezzi... ogni malfattore che lede il diritto sociale diviene coi suoi misfatti un ribelle e un traditore della patria, cessa di esserne membro violando le sue leggi, e addirittura le fa la guerra»³⁹.

Schmitt, invece, focalizzando l'attenzione sul nemico, quale soggetto da neutralizzare⁴⁰, per ragioni legate alla cosa pubblica, ha elaborato il concetto di "stato

un solo uomo o di un solo consiglio, [che] ha luogo quando ciascuno con un patto si obbliga verso ciascun altro a non resistere alla volontà di quell'uomo o di quel consiglio, cui si è sottomesso; cioè a non rifiutargli l'uso delle proprie forze e ricchezze, contro chiunque altro (perché si intende che egli conserva il diritto di difendersi contro la violenza)».

³⁴ T. HOBBS, *Leviatano*, Roma-Bari, 1989, 191.

³⁵ Con particolare riferimento all'utilizzo di distorsioni del diritto penale ordinario nei confronti dei nemici si veda L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di Stato e Stato di diritto*, in Aa.Vv., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, 52, che sosteneva: «Questa penetrazione nella giurisdizione della logica politica dell'amico/nemico è avvenuta, come ci mostrano tanti casi che abbiamo sotto gli occhi, in tutte le fasi del processo; all'atto della formulazione delle accuse, quando il nemico è identificato, con l'ausilio di figure di reato indeterminate come sono i delitti associativi, non già in base a fatti ma direttamente con riguardo alla sua personalità sovversiva, secondo il modello autoritario del tipo d'autore che contraddice il principio liberale che si delinque in quanto si opera e non in quanto si è; nel corso del processo, quando "amici" e "nemici" si definiscono in forza del loro schierarsi dalla parte dell'accusa anziché dalla parte della difesa, che pure è la parte che l'imputato avrebbe normalmente il diritto di impersonare; nel momento della condanna, quando pene e ricompense vengono distribuite non già in base alle responsabilità accertate ma al contributo arrecato alla verità accusatoria».

³⁶ C. CLAUSEWITZ, *On War* (orig. 1832), Harmondsworth, 1968, 118-119. Guerra intesa dall'Autore come «nothing but a duel on an extensive scale», avendo come scopo finale «to compel our opponent to fulfill our will».

³⁷ C. SCHMITT, *Le categorie del politico* (orig. 1927), Bologna, 1972, 109, che sosteneva: «Non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico e forse può anche apparire vantaggioso concludere affari con lui. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero (der Fremde) e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero, per modo che, nel caso estremo, siano possibili con lui conflitti che non possano venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite né mediante l'intervento di un terzo 'disimpegnato' e perciò 'imparziale».

³⁸ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, 1994, 23.

³⁹ J.J. ROUSSEAU, *Scritti politici*, Bari, 1971, II, 109-110.

⁴⁰ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, Berlin, 1950, 2012, 30 e ss., dedicata al diritto internazionale moderno e alla guerra nel passaggio dal diritto medievale (guerra giusta, guerra di religione) a quello moderno fino

d'eccezione": la sospensione temporanea dell'ordinamento e delle relative garanzie nelle ipotesi in cui insorgano delle realtà difficilmente regolabili con i normali standard previsti dall'ordinamento⁴¹. In un simile stato di pericolo per la società, la sospensione delle garanzie costituzionali è giustificata dall'esigenza di conservazione dello Stato, nonostante esso non possa più così determinarsi come democratico. «Il caso d'eccezione rende palese in modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non avere bisogno di diritto per creare diritto»⁴². A decidere sullo stato d'eccezione, così come sulla legge, condividendo l'interpretazione hobbesiana⁴³, è il sovrano.

Nella visione di Schmitt il nemico non è da eliminare per qualsiasi motivo, né è da annientare per il suo scarso valore, «il nemico si trova sul mio stesso piano... per questa ragione mi devo scontrare con lui, per acquisire la mia misura, il mio limite»⁴⁴. Una concezione che si fonda sull'idea che la creazione di una identità implichi sempre la contestuale creazione di una differenza tra un "noi – obbedienti cittadini – e un voi – nemici disobbedienti"⁴⁵. La neutralizzazione di matrice identitaria ingenera, così, amicizia nel corpo politico, in quanto va a definire la lotta per l'esistenza e la sopravvivenza di un popolo, qualificandolo come gruppo essenzialmente politico a cui corrisponde, per contrasto, il processo di identificazione del nemico.

alla fine dell'Ottocento. In particolare, l'autore a pagina 430 evidenziava: «Nella misura in cui oggi la guerra viene trasformata in azione di polizia contro turbatori della pace, criminali ed elementi nocivi, deve anche essere potenziata la giustificazione dei metodi di questo police bombing. Si è così costretti a spingere la discriminazione dell'avversario in dimensioni abissali».

⁴¹ Per un maggiore approfondimento si veda A. APOLLONIO, [Il "nemico" e il "partigiano". Le politiche penali odierne osservate attraverso le categorie concettuali di Carl Schmitt](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 febbraio 2014, 3.

⁴² C. SCHMITT, *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, 1972, (ed. 2013), 33.

⁴³ C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (1938), tr. it., *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, (a cura di) C. Galli, Milano, 1986, 94 e ss.

⁴⁴ C. SCHMITT, *Teoria del Partigiano. Integrazione al concetto del politico* (orig. 1963), Milano, 2005, 119.

⁴⁵ *Ibidem*

È, però, Günther Jakobs, nel 1985, a elaborare una complessa teoria del «diritto penale del nemico»⁴⁶ (*Feindstrafrecht*), di matrice Luhmanniana⁴⁷, riprendendo il pensiero di Hobbes e Kant, secondo cui la rottura del patto sociale attuata con il delitto fa perdere i diritti di cittadino nel caso di alto tradimento (Hobbes) o di minaccia costante alla sicurezza (Kant). Il presupposto è che, a fronte di una tendenza deviante, «lo Stato può procedere secondo due diverse modalità contro i delinquenti: può configurarli alla stregua di persone che delinquono, che come tali hanno commesso un errore; ovvero come individui ai quali si deve impedire, mediante il ricorso alla coazione, di distruggere l'ordinamento giuridico»⁴⁸. Viene in tal modo a crearsi la dicotomia tra il cittadino, che opera normalmente secondo diritto, ed è pertanto incluso nella società, e il nemico⁴⁹, soggetto privo di entrambe le connotazioni, dunque escluso dalla società. Il primo degno di tutela, il secondo degno di neutralizzazione: «chiunque sia in grado di promettere, almeno in qualche misura, fedeltà all'ordinamento, è titolare di una legittima pretesa a essere trattato come persona in diritto. Chi non offre simili garanzie in modo credibile, tendenzialmente viene trattato da non cittadino»⁵⁰. Al delinquente "normale", pertanto, vanno riservati tutti i diritti (lo *status*) del cittadino, consentendogli la reintegrazione nel patto sociale: egli, infatti, rimane un valido destinatario della norma, perché la contraddice e non la nega radicalmente. La pena, nei suoi confronti, mantiene la sua vigenza e va applicata per contraddire la violazione del precetto, secondo un processo che rimane dialogico. Al delinquente per convinzione, invece, che si collochi al di fuori dell'ordine sociale perché intende minacciarlo costantemente, diventando «per principio» un avversario dell'ordinamento giuridico, non si può applicare un diritto

⁴⁶ G. JAKOBS, Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, in Jakobs-Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003, 26 e ss.; ID., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS)*, 2004, 88 e ss.; JAKOBS G., Terroristen al Personen im Recht?, in *ZStW*, 2005, 839 ss. ID., Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in Eser-Hassemer-Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, München, 2000, 47 e ss. Si veda poi M. CANCIO MELIÁ, Feind «strafrecht»? in *ZStW*, Bd. 117, 2005, 267 ss.; L. GRACIA MARTÍN, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «derecho penal del enemigo», in *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2005, 1 ss. e 42 ss.; E. MATTEVI, *L'eccezione nel diritto penale. Una riflessione a partire dal lessico della sicurezza*, in AA.VV., *L'eccezione nel diritto*, (a cura di) Bonini, Busatta, Marchi, Trento, 2015, 407; F. MUÑOZ CONDE, El nuevo derecho penal autoritario. Consideraciones sobre el llamado «derecho penal del enemigo», in *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, coord. Ontiveros Alonso-Peláez Ferrusca, p. I, Instituto nacional de ciencias penales, Mexico, 2003, p. 117 ss.; ID., Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 122 ss.; C. PRITTWITZ, «Feindstrafrecht», in Pilgram-Prittowitz (Hrsg.) *Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung. Jahrbuch f. Rechtsund Kriminalsoziologie 2004*, Nomos, Baden-Baden, 2005, 215 ss.

⁴⁷ Secondo cui vi sarebbe una selezione delle alternative comportamentali, generando aspettative attraverso un meccanismo di generalizzazione, che fa leva sul codice binario di inclusione ed esclusione, in N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 1977, 50.

⁴⁸ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 21 ss.

⁴⁹ Una distinzione, questa, che richiama figure affini come *inimicus* e *hostis*, già esistenti durante l'Impero romano. Al riguardo si veda R. ZAFFERONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, 2006, 104.

⁵⁰ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, cit., 118.

dialogico: «egli va trattato come un soggetto pericoloso, e quindi la pena... svolge il mero compito di eliminazione di un pericolo»⁵¹.

Mentre il cittadino rispetta i legami intersoggettivi nel contratto sociale, il nemico è, invece, individuo «*peligroso, contra cual se procede – en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena – de modo físicamente efectivo: una lucha contra un peligro en lugar de comunicación (...)*»⁵², che si pone in una consapevole situazione di conflitto con lo Stato di diritto, di incompatibilità con la legge, “meritando” sanzioni più severe e minori garanzie processuali.

Oggi, alla luce della crisi in cui versa lo Stato di diritto, quello che Schmitt⁵³ individuava come “stato d’eccezione”⁵⁴ – che Ferrajoli intende come una «situazione giuridicamente illegittima»⁵⁵, tollerabile solo durante lo stato di guerra, in cui la sanzione rappresenta «un atto di ostilità»⁵⁶ – è divenuto un “perenne stato d’emergenza”, in cui il criminale diventa il nemico da annientare, al solo fine di appagare le coscienze dei cittadini.

Schmitt però non identificava, come oggi si è inclini a fare, il criminale con il nemico, le due figure risultavano ben distinte: il nemico, infatti, diversamente dal criminale, non poteva essere giuridicamente neutralizzato.

L’attuale identificazione, infatti, la si deve a Jakobs, che, ritenendo possibile esercitare nei confronti del nemico una coercizione, tale da determinarne la successiva spersonalizzazione, lo escludeva dal circuito legale, neutralizzandolo.

Per Donini⁵⁷ il tema del diritto penale del nemico, nonostante presenti diversi punti in comune, non può essere ricondotto alle categorie di Schmitt, sul presupposto che le garanzie di controllo tipiche di uno Stato di diritto, come il nostro, impedirebbero simili degenerazioni del sistema.

Ferrajoli, sul presupposto che criminale e nemico non possano valutarsi alla stregua di due figure coincidenti, valuta il diritto penale del nemico come un sottosistema d’eccezione, estraneo alla fisionomia tradizionale del diritto penale. In tale visione, «il diritto penale d’eccezione designa simultaneamente due cose: la legislazione d’eccezione rispetto alla Costituzione e quindi il mutamento legale delle regole del gioco; la giurisdizione d’eccezione, a sua volta degradata rispetto alla stessa legalità alterata. Le due cose sono ovviamente connesse, segnalando, a diversi livelli, una medesima crisi della legalità del diritto penale, quale risulta dal crescente divario tra il suo dover essere normativo e il suo effettivo»⁵⁸.

L’attuale ordinamento, però, contiene frammenti orientati verso l’identificazione del criminale con il nemico, configurando momenti che ricordano lo “stato

⁵¹ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., 774.

⁵² G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., 24.

⁵³ Sia chiaro, il nemico per Schmitt non è l’*hostis*, ma è colui che si combatte per preservare la *res publica*.

⁵⁴ In tema L.FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 858 ss.

⁵⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 850.

⁵⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 868.

⁵⁷ M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, in Gamberini, Orlandi (a cura di), *Diritto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 172.

⁵⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 845.

d'eccezione"⁵⁹, soprattutto nella legislazione del migrante. L'Italia, infatti, diversamente dalla Francia⁶⁰ e dalla Germania⁶¹, non prevede nel proprio assetto costituzionale "lo stato d'eccezione", silenziosamente sostituito da uno smodato impiego della decretazione d'urgenza⁶² quale principale strumento di legislazione per le scelte di incriminazione. «La situazione eccezionale, nelle vicende dello Stato, – però – rischia di venire comunque sottratta alle ragioni del diritto per lasciarla a quelle della politica»⁶³.

I tempi odierni, è stato rilevato più volte, si connotano per un frequente uso "simbolico" del diritto penale, al punto che, proprio in materia di diritto penale eccezionale ed emergenziale⁶⁴, si è proposto⁶⁵ di formulare una regola legislativa delle "eccezioni" possibili: disciplinare, cioè, i limiti anche temporali di regole derogatorie.

In effetti, in tema di affermazione del diritto penale del nemico, oggi può individuarsi un *elemento comune*: l'importanza conferita alla paura⁶⁶ – soprattutto nei confronti del diverso –. Emozione ritenuta collettiva che frequentemente ispira il legislatore nelle scelte incriminatrici, attraverso una manipolazione del concetto di sicurezza pubblica e privata.

La paura, quale diffusa emozione primaria, è terreno fertile per la creazione di un capro espiatorio, di un nemico su cui riconoscere la causa (minaccia di un male) di tale emozione, così da allentare la tensione emotiva e la frustrazione dell'impotenza che l'accompagna: «in questo schema sociodinamico è il diritto penale che costruisce il nemico, anziché trovarlo esistente nella realtà empirico-sociale»⁶⁷.

L'aspetto più preoccupante è che il legislatore, sull'onda della (amplificata) paura dei consociati, indirizza le proprie scelte al sol fine di placarla, soprattutto mediaticamente: «così grandi aree del nostro diritto penale vengono meno al principio di buona legiferazione, secondo il quale va assicurata l'aderenza della legge alla realtà criminologica – piegandosi, invece, – ad esigenze che, a buon diritto, possono dirsi propagandistiche, che creano un'illusione ottica in ordine sia alla reale consistenza dei fenomeni criminosi sia alle capacità reali del diritto penale»⁶⁸. Proprio come accade nella

⁵⁹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*. Homo sacer, II, 1, Torino, 2003, 9 ss.; ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Milano, 1995, 19 ss. e 189 ss.

⁶⁰ Cfr. art. 16 Costituzione Francese in cui è previsto che il Presidente della Repubblica acquisisce pieni poteri e prende ogni misura necessaria quando "le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali sono minacciati in modo grave e immediato e il funzionamento regolare dei pubblici poteri costituzionali è interrotto".

⁶¹ Cfr. Artt. 18 e 19 della Costituzione della Repubblica federale tedesca.

⁶² In tema sin dagli anni Ottanta si veda G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982, 52.

⁶³ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., 794.

⁶⁴ Per una ricostruzione si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 25 e ss.

⁶⁵ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., 784.

⁶⁶ Si veda al riguardo R. CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia*, 2018; ID., *La paura nel campo penale: una storia del presente*, in *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, Macerata, 2019.

⁶⁷ F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale. Relazione introduttiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 2, 698.

⁶⁸ F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 690.

legislazione penale del migrante, asservita alla spasmodica tutela della sicurezza pubblica, volta a reprimere la paura per il diverso.

Viene da pensare che il diritto penale del nemico sia ormai intraneo al diritto penale ordinario⁶⁹, con un'inversione concettuale e ordinamentale: a essere divenuto eccezionale è il diritto penale di matrice costituzionale. Un diritto penale così inteso, «non della colpevolezza, né della retribuzione, ma della pericolosità, della prevenzione e dello "stigma"»⁷⁰ che apre la strada alla tipizzazione per "tipi d'autore"⁷¹.

Gli esempi sono molteplici, dal nemico immigrato al nemico LGTBQ. E non è un caso: entrambe le legislazioni riguardano un soggetto ritenuto «diverso».

La nostra devozione verso un diritto penale di matrice illuministica, in cui «l'uomo illuminista è un soggetto complesso...è prodotto dai costumi e si costruisce tanto sull'esperienza quanto sulla ragione... in grado di governare razionalmente sia il dolore sia il piacere»⁷², lascia di frequente il posto ad «altre categorie di individui, spesso con una responsabilità attenuata e incapaci di controllare fino in fondo le proprie azioni»⁷³.

Non è più, d'altronde, possibile negare l'affermazione di una legislazione simbolica, «che vede nemici ogni dove»⁷⁴. Se, infatti, il reo è un nemico e la pena uno strumento di guerra necessario a neutralizzarlo, l'ordinamento si assoggetta alla logica strumentale che il fine giustifica i mezzi, legittimando violazioni dei principi costituzionali: «utilizzare il diritto come un'arma contro un fenomeno significa che la regola diviene strumento di politica criminale, così il giudice da garante della legalità, diviene esecutore di programmi di politica del diritto che strumentalizzano la libertà e i diritti dei singoli a obiettivi collettivi»⁷⁵.

Per validare una simile prospettiva è utile individuare degli "indici sintomatici" della legislazione penale del nemico, campanelli d'allarme, atti non solo a dimostrare e fotografare quanto l'influenza del nemico criminale orienti le attuali scelte d'incriminazione, specialmente in materia di immigrazione, ma anche in un'ottica preventiva.

⁶⁹ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 286 ss.; ID., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., p. 776.

⁷⁰ «Un diritto penale non della colpevolezza, né della retribuzione, ma della pericolosità, della prevenzione e dello "stigma"», così M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., 780.

⁷¹ Sul tema dei tipi d'autore e della responsabilità per "condotte di vita", si veda E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019, 220 ss.

⁷² D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Clarendon Press, 1990; trad. it., *Pena e società moderna*, Milano, 1999, 312.

⁷³ D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, cit., 313.

⁷⁴ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustiziana*, 2006, 2, 679.

⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016, 26 ss.; ID., *Cos'è il garantismo*, in *"Criminalia"*, 2014, 129 ss.

3. Gli “indici sintomatici” della legislazione penale del nemico.

Gli indici sintomatici rappresentano una categoria utilizzata soprattutto nel diritto penale fallimentare⁷⁶ – ex art. 3, comma 4, C.C.I.I. –, in cui giova selezionare elementi idonei a prevedere la probabilità del verificarsi di un evento, come per esempio lo stato di crisi, sì da tentare di evitare conseguenze degenerative quali il fallimento. I segnali o campanelli d’allarme rappresentano, in sintesi, circostanze o dati di valore indiziante che per loro natura avvertono di un pericolo imminente e, se effettivamente percepiti nella loro attitudine evocativa, dovrebbero attivare una reazione impeditiva del soggetto garante destinatario dell’informazione. Tali indici, dunque, risultano particolarmente efficaci anche in un’ottica preventiva.

Proviamo ad individuarli nella legislazione penale del nemico e nella legislazione in materia di immigrazione – al paragrafo n. 5, previa analisi della relativa disciplina nel paragrafo n. 4 –.

Un primo indice sintomatico, d’immediato rilievo, è rinvenibile nell’incriminazione – e relativa stigmatizzazione – di un soggetto per le proprie caratteristiche personali o per quello che potenzialmente potrebbe commettere, ma non per la condotta concretamente realizzata.

Un secondo segnale d’allarme è l’irrigidimento sanzionatorio, che, nonostante la dimostrata inadeguatezza a espletare una funzione general-preventiva, continua a costituire un elemento tipico del diritto penale simbolico. In realtà, tale indice crea sfiducia nella giustizia e nelle istituzioni, ma, soprattutto, afferma l’idealtipo nemico. «La dismisura delle pene minacciate è disfunzionale a tutte le possibili finalità della pena e si rivela dunque per quello che è: una sorta di simbolica marchiatura con cui il legislatore segnala la particolare odiosità di quella specie criminale, suggerendone così nel contempo la relazione nemicale con cui essa si pone rispetto alla società»⁷⁷.

In prima battuta, al momento dell’introduzione, appaga il cittadino da quella menzionata sensazione d’impotenza dettata dalla paura; quando poi il consociato si rende conto che pene così severe sono difficilmente applicabili in concreto per la loro intera durata, si sviluppano frustrazione e rabbia nei confronti della giustizia e delle istituzioni. Il cittadino è appagato dall’irrigidimento sanzionatorio, che diviene anche un criterio orientativo delle scelte elettorali. Egli non tiene nella benché minima considerazione che, con un simile approccio, «la criminalità diventi un’*abnormità* che si ritiene possibile estirpare così come si ritiene possibile coltivare un violento manicheismo che separi gli uomini buoni da quelli malvagi, ipostatizzando in tal modo una relazione quasi antropologicamente nemicale»⁷⁸.

⁷⁶ In giurisprudenza, *ex multis*, di recente, cfr. Cass. pen., sez. V, n. 33582, 13.06.2022, in Riv. dott. comm., 2022, 4, 667; Cass. pen., sez. V, n. 11230, 13.01.2023, in *Ius societario*, 30 maggio 2023; Cass. pen., Sez. V, n. 2514, 4.12.2023, in *Dejure*; nello stesso senso anche Cass. pen., sez. V, n. 36091, 26.09.2024, in *Dejure*. La Cassazione ha peraltro utilizzato simili indici anche in materia di traffico di influenze illecite. Cfr. Cass. pen., sez. VI, n. 1182, 14.10.2021, in *Dejure*.

⁷⁷ F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 692.

⁷⁸ F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 698.

Connesso indice sintomatico è la “spettacolarizzazione” dell’irrigidimento sanzionatorio. Mostrare pubblicamente di aver attuato l’ennesimo aggravamento delle pene è divenuto, ormai, un frammento di propaganda politica; ne costituisce esempio emblematico la legislazione in materia di immigrazione (v. *infra*). Tale spettacolarizzazione cospira a potenziare la crescita del diritto penale d’autore; si pensi per un momento alla legislazione penale del migrante a fronte di quella dei colletti bianchi e valga sul punto focalizzare l’attenzione sulla recente depenalizzazione dell’abuso d’ufficio. Esempio significativo di una stigmatizzazione puramente identitaria dei migranti, a fronte, invero, della massima estensione garantista nei confronti dei colletti bianchi, con una conseguente diseguaglianza di severità applicativa delle sanzioni e delle garanzie.

Il vittimismo, quale fenomeno di «degenerazione dell’ideologia vittimaria»⁷⁹, rappresenta un ulteriore indice sintomatico. Esso distorce la valorizzazione della vittima⁸⁰, che in tal modo diventa depositaria del vero senso della giustizia penale e accresce anche l’odio verso il nemico criminale. Non solo; conduce alla degradazione del rapporto vittima-criminale nonché a un sistema vittimocentrico⁸¹.

Il vittimismo alimenta l’idealtipo d’autore. Se, infatti, la legislazione si concentra prevalentemente su alcune tipologie di reato e relativi autori, anche le vittime di queste fattispecie diventano “ideal-vittime”, così rafforzando il modello del nemico. Significativa la recentissima proposta di introdurre la tutela della vittima nella Costituzione, attualmente all’esame della Commissione Affari Costituzionali del Senato (d.d.l. nn. 427, 731, 888 e 891), che prevede l’inserimento, all’interno dell’art. 111 Costituzione, dopo il quinto comma, del seguente testo: «la Repubblica tutela le vittime di reato e le persone danneggiate»⁸². A preoccupare non è la progettata presenza nella Costituzione della vittima, la cui tutela trova fondamento in termini generali negli artt. 2 e 3 Cost., quanto l’impatto processuale che la scelta di inserirla all’interno dell’art. 111 Cost. potrebbe determinare⁸³. L’esaltazione del ruolo della vittima e addirittura del danneggiato – peraltro già garantiti dal principio del giusto processo – rischia di sbilanciare il sistema processuale, spostando l’attenzione dall’oggetto principale e prevalente del processo, quello dell’accertamento della responsabilità dell’imputato, rispetto al quale un rafforzato ruolo della vittima rischia di tradursi in un’erosione delle garanzie.

⁷⁹ F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 701.

⁸⁰ V. MANES, *La vittima, l’eroe contemporaneo*, in www.dirittodidifesa.eu

⁸¹ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall’oblio al protagonismo?* Napoli 2015, 152 ss.; ID., *La vulnerabilità della vittima quale categoria “a geometria variabile” del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 2, 554 ss. V. MASARONE, *L’attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale per “tipo di vittima”?* in *Arch. pen.*, 2017, 3, 3 ss.

⁸² Per un approfondimento si veda E. AMATI, *La vittima in Costituzione? Una riforma che può alterare gli equilibri del sistema*, in *DisCrimen*, 11 ottobre 2024, 2 e ss.

⁸³ Si veda al riguardo E. AMATI, *La vittima in Costituzione*, cit. 4, che evidenzia come «rischia di legittimare il passaggio da un modello processuale ‘binario’, che vede contrapporsi l’imputato e la parte pubblica, ad un modello ‘triadico’, nel quale si veicola l’idea che l’esito del processo debba soddisfare le attese della parte lesa: da processo a garanzia dell’accusato a processo per la vittima»

Un altro campanello d'allarme è costituito dall'utilizzo della decretazione d'urgenza quale prediletto strumento legislativo. La deroga al monopolio legislativo del Parlamento, da parte del potere esecutivo, infatti, dovrebbe essere utilizzata nei soli casi di "straordinaria necessità e urgenza" – nell'ambito del diritto penale del migrante, questa modalità è sostanzialmente divenuta ordinaria –.

L'uso di un linguaggio volutamente complesso in seno alle fattispecie incriminatrici, così come nei pacchetti sicurezza, non agevolmente comprensibile nemmeno agli esperti, appare parimenti un indice sintomatico della legislazione del nemico; tecnica, questa, frutto della precisa volontà di indurre i consociati ad arrendersi all'esasperato tecnicismo e ad affidarsi alle interpretazioni del politico – o dell'ospite di turno in un programma televisivo –. È in tal modo che la conoscenza diventa appannaggio di pochi e la spettacolarizzazione della giustizia prende il sopravvento⁸⁴. Sembra, d'altronde, evidente quanto il voluto utilizzo di una terminologia difficile nei testi legislativi finisce per accentuare la lontananza e l'assenza di comunicazione tra cittadini e Stato. Un testo legislativo poco chiaro fa sì che i cittadini desistano dal comprenderlo e si affidino alle soggettive interpretazioni di leader politici o, peggio ancora, di influencer. La mancanza di comunicazione tra lo Stato e i cittadini, d'altronde, rappresentava già all'epoca di Jakobs uno dei connotati più significativi del diritto penale del nemico, e lo è tutt'ora, al punto da risultarne un ulteriore indice sintomatico.

4. La legislazione emergenziale in materia di immigrazione: il *Feind* migrante.

Populismo, esclusione⁸⁵ del diverso e diritto penale dell'immigrazione oggi appaiono procedere parallelamente. La paura dei consociati indirizza e orienta, in tale materia, le scelte del legislatore. È, infatti, proprio sulla paura⁸⁶ che viene costruita la compulsiva tutela della sicurezza nella legislazione penale del migrante⁸⁷. Il termine sicurezza, come anticipato, non è sinonimo di paura. Non di rado, invece, si assiste a una forzata coincidenza dei due termini, funzionale a generare e accrescere l'ansia dei cittadini: «al contrario, è ormai dimostrata, anche empiricamente, l'esistenza di uno scarto qualitativo e quantitativo tra paura, più legata alla sfera personale delle esperienze e preoccupazione, più connessa alle opinioni diffuse e ai giudizi di valore sui

⁸⁴ In tema si veda, M. DONINI, *Codificazione*, in questa *Rivista*, 4 aprile 2023, 3.: «La democrazia penale è appannaggio di un tecnicismo esasperato, di trappole legislative disseminate fuori dai codici, e anche le sentenze della Corte costituzionale, invece di restituirci distillati di ragione pubblica, sono ormai incomprensibili senza una legenda delle molteplici fonti giurisprudenziali e normative di riferimento»

⁸⁵ In tema si veda M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2011, 239-286; ID., *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2007, 4, 684.

⁸⁶ Si veda al riguardo R. CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia*, 2018, 2 e ss.; ID., *La paura nel campo penale: una storia del presente*, in *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, Macerata, 2019.

⁸⁷ M. AMBROSINI, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Bari-Roma, 202, 20 e ss.

fenomeni»⁸⁸. Quest'ansia di tutelare i consociati dalla paura è divenuta una vera e propria ossessione propagandista che, per citare il genio di Goya, "genera mostri" «L'ossessione per la sicurezza finisce – così – per generare, paradossalmente proprio il contrario di ciò che esige: massima insicurezza»⁸⁹.

Il populismo, del resto, non conosce cittadini, ma solo amici e nemici.

L'attuale legislazione penale si connota di interventi ispirati per lo più a esigenze di appagamento mediatico delle coscienze dei cittadini e la legislazione in materia di immigrazione ne costituisce prova tangibile. In questo ambito si assiste, infatti, allo sbilanciamento verso una legislazione simbolica, la quale trova terreno fertile «nell'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»⁹⁰. «Lo Stato – d'altronde – può procedere secondo due diverse modalità contro i delinquenti: può configurarli alla stregua di persone che delincono, che come tali hanno commesso un errore; ovvero come individui ai quali si deve impedire, mediante il ricorso alla coazione, di distruggere l'ordinamento giuridico»⁹¹.

La legislazione penale del migrante sembra ispirarsi proprio a tale modello per non dire che ne rappresenta una piena concretizzazione: si parla al riguardo di *crimmigration*⁹².

Siffatta disciplina, infatti, muove verso una «decescente comprensione nei confronti di alcune categorie di delinquenti e quindi di persone»⁹³ e l'emergente, sempre più pressante domanda di sicurezza, a cui si è tentato di far fronte con l'azione combinata di incriminazione penale ed azione poliziesco-amministrativa»⁹⁴.

In tale ambito, l'automatismo sembra essere il criterio orientativo delle scelte di incriminazione del legislatore; i flussi migratori determinano il pericolo per la sicurezza

⁸⁸ F. FUSTENBERG, 1971, "Public Reaction to Crime in the Street", *American Scholar*, 40, 601-61; J. Garofalo, "The Fear of Crime: Causes and Consequences", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1981, 839-857; Lagrange H., 1992, "Appréhension et préoccupation sécuritaire", *Déviance et Société*, 16, 1-29

⁸⁹ J. CURBERT, *Insicurezza*, Roma, 2008, 34.

⁹⁰ G. BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, in "Critica del diritto", 2012, 3/4, p. 435 ss.

⁹¹ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 21 ss.

⁹² Termine nato dalla crasi tra le parole anglosassoni crime e migration, cfr. *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on Cimmigration*, a cura di G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA, Oxford, 2021; M.J. GUIA, M. VAN DER WOUDE, J. VAN DER LEUN, *Social control and justice: crimmigration in the age of fear*, Den Haag, 2013, 34 e ss.. Il neologismo abbraccia una serie di soluzioni normative e di prassi amministrative, unite dall'intersezione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione. Sul tema v. G.L. GATTA, *La pena nell'era della "Crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, 987 ss.; sul diritto "penal-amministrativo" speciale dello straniero, si veda, *ex multis*, A. CAPUTO, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, 175 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, Torino, 2019, 25 ss.

⁹³ T. HORNLE, in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. Donini, M. Papa, cit., 9, 117

⁹⁴ F. RESTA, *Nemici o criminali? Paura o libertà dopo l'11 settembre*, in *Quaderni fiorentini*, cit., 12, 1766.

pubblica, generando, pertanto, la necessità di adottare misure d’urgenza, a mezzo di pacchetti sicurezza, sotto forma di decretazione d’urgenza⁹⁵.

Arrivo di migranti, aumento della criminalità, aumento della pericolosità sociale, «un’equazione irresponsabilmente governata da una cattiva politica ansiosa di incamerare facili rendite demoscopiche o elettorali del senso di insicurezza diffuso»⁹⁶.

D’altronde, il fondamento di una simile equazione non è dato rinvenirsi.

In effetti, il numero dei decreti d’urgenza, adottati in materia, conferma tale dato. Solo per citarne i più rilevanti: d.l. n. 416 del 30 dicembre 1989, convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39, c.d. Legge Martelli, d.l. n. 286 del 25 luglio 1998 – poi modificato dalla Legge Bossi-Fini n. 189 del 30 luglio 2002; d.l. n. 11 del 23 febbraio 2009 convertito nelle leggi del 23 aprile 2009, n. 38 e del 15 luglio 2009, n. 94; d.l. n. 80 del 23 giugno 2011, convertito con modifiche nella l. 2 agosto 2011, n. 129; d.l. n. 14 del 2017⁹⁷, convertito con modificazioni dalla l. 18 aprile 2017, n. 48; d.l. n. 113 del 2018, c.d. decreto Salvini⁹⁸ – d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modifiche nella l. 8 agosto 2019, n. 77; d.l. n. 130 del 2020, convertito con modifiche dalla l. n. 173/2020; d.l. n. 20 del 10 marzo 2023 –, c.d. decreto Cutro⁹⁹; d.l. n. 39 del 29 marzo 2024; d.l. n. 131 del 16 settembre 2024; d.l. n. 145 dell’11 ottobre 2024.

L’attuale legislazione del migrante costituisce, infatti, «un *corpus* normativo autonomo, in cui la restrizione della libertà personale da parte dell’autorità amministrativa (la cd. detenzione amministrativa) da eccezione si è fatta regola, le forme di tutela del diritto di difesa si sono ridotte, così come si sono affievoliti anche altri diritti, mentre si sono moltiplicate le fattispecie di reato connesse semplicemente alla specifica condizione in cui versano tali soggetti»¹⁰⁰.

Le politiche sui migranti stanno mettendo in crisi tutti i principi della nostra democrazia¹⁰¹, ex artt. 2, 10, comma 2, 13, 25, comma 2, 27, commi 1 e 3, Cost., unitamente ai principi di offensività e proporzionalità; «il diritto penal-amministrativo speciale dell’immigrazione rivela, già nei suoi tratti essenziali (e nelle evoluzioni della

⁹⁵ Peculiarmente interessante è il grafico dell’andamento numerico delle modifiche al Testo unico sull’immigrazione nel periodo 1998 - 2017 – con un picco nel 2002 – riportato da R. BIANCHETTI, *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo volto della pena*, Bologna, 2016, 563.

⁹⁶ A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1494.

⁹⁷ Che contiene elementi di novità in relazione alla gestione della sicurezza nelle città (il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, in base all’art. 4 del D.L. n. 14/2017).

⁹⁸ Che ha sostanzialmente abolito il permesso di soggiorno per motivi umanitari previsto dal Testo Unico sull’immigrazione, fornendo forme di tutela complementare non equivalenti per durata (un anno – non rinnovabile – invece di due, durante il quale il migrante non avrà alcuna possibilità di lavoro e integrazione) e tipologia (art. 1, comma 1): oltre alle ipotesi tradizionali, allo straniero è accordata protezione tramite permessi per cure mediche, per condizioni di salute di particolare gravità, per violenza domestica o grave sfruttamento lavorativo, per casi di calamità naturale nel Paese di origine o a scopo premiale per atti di particolare valore civile. Per un approfondimento si veda (A. AIMI, *Il “decreto sicurezza” 2018: i profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 139 ss.

⁹⁹ *Ex multis*, U. NAZZARO, *Smuggling of migrants e Trafficking in persons alla luce della l. 5 maggio 2023, n. 50: spunti di riflessione sui soggetti “altamente vulnerabili”*, in *Cass. pen.*, 2024, 5, 1673.

¹⁰⁰ R. NIRO, *Spunti sul diritto speciale dei migranti e l’eclissi dei diritti*, in *Giur. it.*, 2021, 1, 195.

¹⁰¹ L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 1, 2019, 80.

legislazione), gli aspetti più preoccupanti di quelle torsioni e la loro idoneità a precludere un corretto bilanciamento tra le istanze sottese al governo dei flussi migratori, da una parte, e, dall'altra, la salvaguardia delle garanzie fondamentali della persona e dei principi del sistema penale»¹⁰².

Emblematica al riguardo è la **detenzione amministrativa** prevista dall'art. 14 T.u.i. La restrizione della libertà personale svincolata dalla commissione di un reato – prevista nella legge Turco-Napolitano, poi confluita nel d.l. 286/1998 e oggi estesa sino a centottanta giorni – comprime *de facto* la libertà personale a fronte di un inefficace controllo da parte dell'Autorità giudiziaria.

La disciplina originaria della legge del 1998 prevedeva una durata massima del trattenimento pari a trenta giorni; successivamente tale termine è stato prima raddoppiato dalla legge Bossi - Fini, n. 189 del 2002, poi prolungato a centottanta giorni dalla l. n. 94 del 2009, quindi, ulteriormente dilatato fino a diciotto mesi dal d.l. n. 89 del 2011 – convertito, con modifiche, dalla l. n. 129 del 2011 –. La legge n. 161 del 2014 ne ha, invece, ridotto la durata massima a novanta giorni: un termine comunque pari al triplo di quello previsto dalla legge Turco - Napolitano e maggiore anche di quello della legge Bossi - Fini. Il legislatore ha introdotto, da ultimo, una nuova dilatazione, con d.l. n. 118 del 2018, convertito con modifiche dalla l. n. 132 del 2018, riportandone la durata a centottanta giorni¹⁰³. Termine confermato all'art. 14, comma 5, T.u.i., anche a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 145 dell'11 ottobre 2024.

Il provvedimento restrittivo è adottato dal Questore, che entro quarantotto ore deve trasmettere gli atti al Giudice di pace, territorialmente competente, per la convalida – se si tratta di un migrante da rimpatriare – o al Tribunale competente, con sezione specializzata in diritto dell'immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea – se il trattenuto è un richiedente protezione internazionale –.

Il trattenimento degli stranieri irregolari, in attesa di espulsione, in appositi "Centri di permanenza per il rimpatrio"¹⁰⁴, espressamente inteso dalla Corte costituzionale come misura restrittiva della libertà personale¹⁰⁵, costituisce una deroga all'art. 13 Cost.¹⁰⁶, data l'assenza di una puntuale disciplina legislativa che ne definisca

¹⁰² A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori*, cit., 1495.

¹⁰³ Per un approfondimento si veda F. CANCELLARO, *La libertà personale dello straniero: l'estensione della durata massima del trattenimento amministrativo nei C.P.R. e disposizioni per la realizzazione dei centri*, in F. Curi, *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pisa, 2019, 60.

¹⁰⁴ Si tratta dei centri inizialmente qualificati come "di permanenza temporanea e di assistenza" (CPTA), poi, ad opera della l. n. 92 del 2008, divenuti "di identificazione e di espulsione" (CIE), ora tramutati in "Centri di permanenza per il rimpatrio". La denominazione ha subito una modifica a partire dai C.P.T. è stata poi modificata in C.I.E., centri per l'identificazione e l'espulsione, infine, più di recente, in C.P.R., centri di permanenza per i rimpatri.

¹⁰⁵ *Ex multis*, cfr. Corte cost., sent. n. 105, del 10 aprile 2001, in *Dejure*; Corte cost., sent. n. 222, del 15 luglio 2004, in *Dejure*.

¹⁰⁶ In tema si veda *ex multis*, E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino 2018, 2 e ss.; R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Napoli 2018, 10 e ss., il quale ritiene che l'adozione dell'attributo "amministrativa" sia un «eufemismo inaccettabile, perché la privazione di libertà personale è sempre sanzione penale o misura cautelare penale e dovrebbe

tempi e modalità. Peculiare, infatti, è che venga catalogato alla stregua di una misura di natura amministrativa e utilizzato non già «in casi eccezionali di necessità e urgenza», ma in via ordinaria, con l'attribuzione di un margine di discrezionalità assai più ampio di quello conferito per le misure “autenticamente” cautelari. I dubbi in tema di violazione dell'art. 13 Cost.¹⁰⁷ e del principio di proporzionalità¹⁰⁸, sono talmente evidenti da non richiedere ulteriori commenti.

La detenzione amministrativa sintetizza la normativa quantomeno speciale, vigente nei confronti del *Feind* migrante: questi viene privato della propria libertà personale senza alcuna delle garanzie sostanziali e processuali prevista dalla Costituzione, in un'ottica neutralizzante, per il solo fatto di essere un migrante irregolare.

Gli specifici centri di detenzione amministrativa previsti dalla legge italiana sono gli *Hotspots*, i CPR e altre “strutture idonee”.

Destinatari di tali centri non sono solo gli stranieri da rimpatriare coattivamente, ma anche i richiedenti asilo, nonché, a seguito del “decreto Minniti-Orlando”, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, quei migranti che si rifiutano reiteratamente di sottoporsi al rilievo dattiloscopico. L'art. 4 del “decreto Salvini” ha, poi, previsto che in attesa dell'udienza di convalida del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, prodromico al trattenimento in un CPR del rimpatriando, laddove non vi sia posto in tali centri, il Giudice di Pace possa autorizzare, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, il trattenimento del migrante in “strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza”. La generalità di tale formulazione appare ben lontana dalla necessaria tipizzazione legislativa.

L'*Hotspot*, e relativo *hotspot approach*, è stato introdotto nel nostro Paese dalla legge n. 563 del 1995¹⁰⁹: definito dalla Commissione europea alla stregua di «un'area alla

essere presidiata dalle relative garanzie»; Si veda anche A. CAVALIERE, *Diritto penale massimo e diversione discrezionale? Un'ipotesi su neoliberalismo e politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 439. Sulla natura sostanzialmente penale della detenzione amministrativa, L. BERNARDINI, *Administrative Immigration Detention as a Punitive Measure: Is it Time for a New Standpoint?*, in A. Di Stasi, R. Palladino, A. Festa (a cura di), *Migrations, Rule of Law and European Values*, Napoli 2023, 231-257.

¹⁰⁷ Il comma 2 dell'art. 13 Cost., dopo aver sancito il principio della riserva di legge sui casi di privazione della libertà personale e la riserva di giurisdizione, aggiunge che la libertà può essere compressa solo nei modi previsti dalla legge, intendendo stabilire che la legge debba indicare anche le “modalità” del trattamento.

¹⁰⁸ Si veda, di recente, in tema R. ORLANDI, *Postulati del processo penale contemporaneo tra principi “neutrali” e concezioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024,2, 465, che evidenzia come: «la violazione del diritto inviolabile si ha non solo quando questo viene intaccato nel suo nucleo intangibile, ma anche quando viene arbitrariamente leso nel suo strato comprimibile».

¹⁰⁹ La c.d. “Legge Puglia” n. 563/1995, non dice nulla in ordine alla natura di tali Centri, limitandosi a prevederne l'installazione per far fronte all'afflusso di migranti dall'Albania a metà degli anni '90. Tale legge creò, sotto forma di legge emergenziale, il primo embrione degli attuali Centri di accoglienza, decretando l'apertura, per gli anni 1995, 1996, 1997, di strutture ricettive lungo la frontiera marittima pugliese per far fronte alle esigenze di prima accoglienza e soccorso degli stranieri sbarcati sulle coste italiane. La legge, riferendosi anche alle esigenze di contrasto dell'“immigrazione clandestina”, sembrava implicare la creazione di strutture chiuse, dalle quali lo straniero accolto non sarebbe potuto uscire a piacimento.

frontiera esterna dell'Unione europea che si confronta con una sproporzionata pressione migratoria», Hotspot letteralmente significa “punto di crisi”.

In Italia vengono indirizzati in questi centri «gli stranieri rintracciati in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunti nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare», per effettuare le «operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico», in ottemperanza agli artt. 9 e 14 del regolamento UE 603/2013 (Eurodac)¹¹⁰. Deve evidenziarsi che tale previsione, pur essendo stata emanata in condizioni di straordinaria necessità ed urgenza, «non è mai stata effettivamente normata, dando dunque vita ad un sistema privo di garanzie da un punto di vista sostanziale prima che procedimentale e processuale»¹¹¹.

L'uso recente del trattenimento negli *Hotspot* è avvenuto con sempre maggiore frequenza a partire dalla fase di accoglienza, fino alla pre-espulsione nei Centri di permanenza per il rimpatrio. È chiara la difficoltà di rendere tali previsioni compatibili con i principi costituzionali e convenzionali: si tratta, infatti, di misure inizialmente introdotte per gestire situazioni di crisi che in quanto tali avrebbero dovuto avere una valenza temporanea, oggi trasformatesi, invece, in misure ordinarie.

L'utilizzo degli *Hotspot* ha determinato diverse situazioni di tensione con i principi costituzionali. Si pensi ad esempio allo sgombero dell'*Hotspot* di Pozzallo, ordinato per garantire «la salute pubblica di tutti i cittadini siciliani», a discapito, però, degli ospiti dello stesso Hotspot, ai quali non è stata assegnata una sede diversa. E la logica del ‘nemico’, applicata all'esercizio del potere pubblico, conduce proprio all'introduzione di forme di discriminazione che snaturano le misure, piegandole al perseguimento di fini particolari. In materia è intervenuta anche la Corte di Strasburgo¹¹² e, nonostante la relativa condanna nei confronti dell'Italia, il Governo non sembra aver preso particolari iniziative di modifica al riguardo. “Formalmente” è intervenuto con il d.l. n. 13 del 2017, introducendo una norma (l'art. 10-ter del T.u.i.), che rinvia ad altre norme (la legge n. 563 del 1995 e l'art. 9 del d.lgs. n. 142 del 2015), le quali non forniscono

¹¹⁰ Detti *hotspot* erano inizialmente regolamentati da una semplice circolare dello stesso Ministero del 6 ottobre 2015 - Per una puntuale ricostruzione delle origini degli *hotspot* si veda M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2018, 2, 14 e ss. Del tema se ne è occupata la Corte di Strasburgo che, con la sentenza *Khlaifia - Corte EDU*, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 5 della Convenzione, sottolineando come tali centri costituissero in realtà luoghi di detenzione, nei quali gli stranieri erano privati della libertà senza alcuna base legale e senza la possibilità di fare ricorso all'autorità giudiziaria, in violazione anche degli artt. 10, secondo comma, e 13, secondo e terzo comma, Cost. Si veda di recente E. VALENTINI, *La coercizione clandestina: la libertà personale dello straniero in arrivo*, in *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, 2023, 15-41, <https://doi.org/10.37417/rivitsproc/1476>.

¹¹¹ L. TRUCCO, intervento nella lezione “La politica europea sulle migrazioni, il ruolo dell'Italia nell'agenda europea per la migrazione” 24 maggio 2017, in “Dritti e Rovesci” corso di formazione centro Astalli - JRS, Roma.; si veda in tema anche G. PALOMBARINI, *Il CSM sul decreto Dini in tema di immigrazione extracomunitaria (parere 7 febbraio 1996 del CSM)*, in *Quest. giust.* 1/1996, 203; si veda anche L. SCOMPARIN, *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedimentali: Governo e Parlamento alla ricerca dell'efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *La legislazione penale*, 17 luglio 2017, 1-12.

¹¹² Cfr. Sentenza *Khlaifia - Corte EDU*, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, in *Quest. giust.*, 1/2017, 27 e ss.

alcuna indicazione sulle condizioni e sulla durata del trattenimento presso questi luoghi: «con l'inquietante conseguenza che la libertà personale dello straniero, nelle prime fasi dopo gli sbarchi, rimarrà affidata, domani come ieri, alla libera discrezionalità delle forze di polizia»¹¹³.

La casista è particolarmente nutrita. Si pensi per esempio al caso dell'*Hotspot* di Taranto, in cui sono stati trattenuti per un lasso di tempo considerevole un gruppo di minori stranieri, non accompagnati, arrivati via mare sulle coste italiane, nel maggio del 2017. Una parte di essi ha proposto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per lamentare la violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4, Cedu, in considerazione dell'impossibilità per i minori, ospitati nel centro, di lasciare la struttura. La Corte di Strasburgo ha condannato¹¹⁴. l'Italia ritenendo che la permanenza all'interno dell'*Hotspot* finisce per risolversi, a tutti gli effetti, in una «privazione della libertà personale», in assenza di una base legale, chiara e accessibile, che ne giustifichi il trattenimento (art. 5, § 1) e di un'attività informativa nei confronti dei ricorrenti circa le motivazioni a fondamento della misura (art. 5, § 2). La condanna, si è dunque imperniata sull'assenza di uno strumento idoneo a contestare, innanzi all'Autorità giudiziaria, la legittimità di uno stato di «detenzione *de facto*»¹¹⁵ (art. 5, § 4), carenze valutate quali violazioni delle norme convenzionali sulla libertà personale.

Questa pronuncia è di particolare rilievo perché appalesa, in linea con un orientamento interpretativo già seguito dalla Corte in altre pronunce¹¹⁶ di condanna nei confronti dell'Italia, che il trattenimento costituisce a tutti gli effetti una forma di detenzione e che solo nei confronti dei migranti non sia disciplinato da una precisa normativa che ne definisca tempi e modalità. In particolare, stigmatizzando come illegittima la disciplina in esame, la Corte ha argomentato che la privazione della libertà personale, unicamente nei confronti del migrante, comporti l'attenuazione e la violazione delle garanzie costituzionali: elementi che si è visto essere tipici del diritto penale del nemico.

Da ultimo, il Governo ha proposto e realizzato, di concerto con il Governo albanese, la costruzione di un *Hotspot* in Albania, a Gjader, i cui destinatari saranno richiedenti asilo e migranti in attesa del decreto di espulsione. Peculiare è che le finestre di queste strutture siano munite di inferriate e siano costruite come prigioni, nonostante sia incluso all'interno dell'*Hotspot* anche un penitenziario.

Si segnala la recentissima statuizione del Tribunale di Roma, n. 42251 del 18 ottobre u.s., che ha reso una pronuncia con la quale non ha convalidato il trattenimento

¹¹³ L. MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in *Quest. giust.*, 5/2022, 56 e ss.; si veda anche C. CORSI, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri*, in *Oss. fonti*, 2/2018, 17, utilizza il termine «libertà diverse» proprio per denunciare la violazione delle più elementari garanzie costituzionali e convenzionali.

¹¹⁴ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 2023, A.T. e altri c. Italia, ric. 47287/17, con nota di C. PASINI, *Hotspot e minori stranieri non accompagnati: la Corte EDU condanna l'Italia per il loro illegittimo trattenimento*, in questa *Rivista*, 2024, 1, 2 e ss.

¹¹⁵ Corte eur. dir. uomo, A.T. e altri c. Italia, n. 47287/17, 23 novembre 2023, § 27.

¹¹⁶ *Ex multis* cfr. Corte eur. dir. uomo, *Khlaifia e altri c. Italia*, n. 16483/12, 15 dicembre 2016.

di 12 dei 16 migranti tradotti in Albania il 16 ottobre u.s. richiedenti asilo, in quanto provenienti da Paesi ritenuti come «non sicuri»¹¹⁷. Nelle osservazioni finali, in particolare, il Tribunale ha sottolineato che: «l'insussistenza, come esposto, del presupposto necessario per la procedura di frontiera e per il trattenimento determina l'assenza di un titolo di permanenza del richiedente protezione nelle strutture di cui all'art. 4, comma 1, del protocollo e all'art. 3, comma 4, della legge di ratifica. Il giudizio di convalida dei trattenimenti è uno strumento di garanzia, necessario per il principio costituzionale dello *status libertatis*, che deve quindi essere riacquisito in caso di non-convalida».

Il Tribunale ha, così, dato piena esecuzione alla decisione della Grande sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, avente natura vincolante, che si è espressa il 4 ottobre u.s. in materia¹¹⁸.

Il Governo non ha accettato tale decisione, tanto da aver annunciato di voler introdurre un provvedimento sui "Paesi sicuri", che dovrebbe elevare al rango di norme primarie le regole che individuano i paesi per i quali è possibile il rimpatrio. Tale decreto è stato approvato dal Consiglio dei Ministri nella serata del 21 ottobre u.s.

La legislazione in materia di immigrazione offre ulteriori esempi dell'approccio tipico di un diritto penale d'autore. Si pensi al d.l. n. 113 del 2018, c.d. decreto Salvini, la cui impostazione si fonda sulla considerazione del migrante come un problema di

¹¹⁷ Secondo la direttiva Ue 2013/32, un Paese può essere considerato "sicuro" se «sulla base dello status giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni, tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale».

¹¹⁸ Cfr. Grande sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (causa C-406/22), in *Questione giust.*, 10/2024, 2 e ss. che ha affermato alcuni principi fondamentali del diritto dell'Unione in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale per richiedenti asilo provenienti da Paesi di origine designati come sicuri. La CGUE si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale effettuato da un giudice del Tribunale regionale di Brno (Repubblica Ceca) su tre questioni che riguardano la nozione stessa di paese di origine sicuro, la legittimità di tale designazione, in particolare nel caso fosse stata effettuata con esclusione di parti di territorio, e la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la legittimità di tale designazione. Questi i passaggi più significativi: «la designazione di un paese come paese di origine sicuro dipende, come ricordato al punto 52 della presente sentenza, dalla possibilità di dimostrare che, in modo generale e uniforme, non si ricorre mai alla persecuzione quale definita all'articolo 9 della direttiva 2011/95, tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti e che non vi sia alcuna minaccia dovuta alla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato internazionale o interno». (punto 68). «Le condizioni stabilite in tale allegato devono essere rispettate in tutto il territorio del paese terzo interessato affinché quest'ultimo sia designato come paese di origine sicuro» (punto 69). «interpretare l'articolo 37 della direttiva 2013/32 nel senso che esso consente ai paesi terzi di essere designati come paesi di origine sicuri, ad eccezione di talune parti del loro territorio, avrebbe l'effetto di estendere l'ambito di applicazione di tale particolare regime di esame. Poiché una siffatta interpretazione non trova alcun sostegno nel tenore letterale di tale articolo 37 o, più in generale, in tale direttiva, il riconoscimento di una siffatta facoltà violerebbe l'interpretazione restrittiva cui devono essere subordinate le disposizioni derogatorie (v., in tal senso, sentenze del 5 marzo 2015, Commissione/Lussemburgo, C-502/13, EU:C:2015:143, punto 61, e dell'8 febbraio 2024, Bundesrepublik Deutschland (Ricevibilità di un ricorso reiterato), C-216/22, EU:C:2024:122, punto 35 e giurisprudenza ivi citata)» (punto 71).

sicurezza pubblica¹¹⁹, tant'è che in esso è stata prevista l'ennesima situazione di contrasto con l'art. 13 Cost.

È stata, infatti, allungata da novanta a centottanta giorni la durata massima del trattenimento dello straniero nei Centri di permanenza per il rimpatrio, in attesa dell'espulsione, ed è stato normato l'intervento dell'Autorità di polizia in luogo dell'Autorità giudiziaria. In tale regolamentazione si è così previsto il trattenimento dei richiedenti asilo¹²⁰ non solo «per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni», ma «sino a centottanta giorni nei CPR». E cioè negli stessi centri in cui sono trattenuti, in attesa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione, i migranti irregolari, attribuendo all'Autorità di pubblica sicurezza un potere discrezionale tanto ampio da indurre a ravvisare «un uso generalizzato del trattenimento contrastante con i principi di necessità e proporzionalità»¹²¹.

Il legislatore del 2018, inoltre, ispirato da sempre maggiore rigore, ha ampliato il novero dei reati la cui commissione può determinare il diniego o la revoca dello *status* di rifugiato, nonché i presupposti che consentono il trattenimento amministrativo del richiedente, al punto da determinarne la coincidenza con quelli necessari per il trattenimento dello straniero irregolare¹²². «Si aggrava così il *vulnus* già, di per sé, recato dalla detenzione amministrativa, posto che l'inasprimento sancito dal decreto sicurezza del 2018 investe comunque un soggetto non già "irregolare", bensì portatore di un'istanza di protezione tutelata dalla Costituzione e da molteplici fonti internazionali»¹²³.

Anche il legislatore del 2019, con d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica) – convertito, con modifiche dalla l. 8 agosto 2019, n. 77 –, aveva condiviso un simile approccio. Tale decreto aveva attribuito al Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della difesa e delle infrastrutture, il potere di adottare provvedimenti di limitazione o di divieto dell'ingresso, del transito o della sosta di navi nel mare territoriale per "motivi di ordine e sicurezza pubblica" (art. 11, comma 1-ter, T.u.i.). Risultavano parzialmente modificati i presupposti che legittimavano l'adozione del provvedimento interministeriale, rappresentati dai soli "motivi di ordine e sicurezza pubblica"; la vaghezza di tale formulazione offriva, particolare, la possibilità di fornire una base legale anche ai provvedimenti volti ad

¹¹⁹ Sul punto si veda A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto-legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, 173 ss.

¹²⁰ Sul punto si veda L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Leg. pen.* 2019, 22, secondo cui risulta «palesamente irragionevole che una procedura coattiva come il trattenimento a fini identificativi possa essere esercitata nei confronti di chi è destinato a rimanere comunque per un certo periodo nel nostro Paese, in quanto richiedente protezione, rispetto a chi dall'Italia dovrebbe essere allontanato il più celermente possibile».

¹²¹ Cfr. Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, Roma 15 ottobre 2018, 8.

¹²² E. VALENTINI, L. GENNARI, *Le ulteriori novità concernenti la libertà personale dello straniero: il trattenimento del richiedente protezione internazionale e le nuove disposizioni sulle modalità di esecuzione dell'espulsione*, in F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini*, cit., 70.

¹²³ A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori*, cit., 1501.

impedire l'ingresso di stranieri irregolari soccorsi in acque internazionali. Tale normativa è stata abrogata dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130.

Il legislatore del 2020, tuttavia, in quest'ultimo decreto, non ha nemmeno menzionato le limitazioni della libertà personale intrinseche al trattenimento¹²⁴. Ha aggiunto i commi 7-*bis* e 7-*ter* all'art. 14 T.u.i., introducendo il binomio arresto in "flagranza differita" (comma 7-*bis*¹²⁵) e giudizio direttissimo "atipico" (comma 7-*ter*¹²⁶) per un ampio ventaglio di fattispecie delittuose ("delitti commessi con violenza alle persone o alle cose... per i quali è obbligatorio o facoltativo l'arresto") realizzate «in occasione o a causa del trattenimento» nei CPR ovvero negli *Hotspots* di cui all'art. 10-*ter* T.u.i. Normativa, questa, che si conferma eccezionale e *ad personam* rispetto al migrante poiché presupposto necessario è che le fattispecie di reato previste siano perpetrate all'interno dei centri di trattenimento, per cui solo tali stranieri potranno esserne gli autori. Permane la vaghezza della formulazione con riferimento alla possibilità di procedere all'arresto in flagranza differita «per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica», dunque in assenza di una precisa tipizzazione delle relative ipotesi.

Il 16 novembre 2023, inoltre, il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge, d.d.l. 1660/C, recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario". Tale decreto è stato approvato dalla Camera in data 19 settembre ed è oggi al vaglio del Senato. Si segnala l'art. 27 di questo nuovo pacchetto sicurezza – d.d.l. n. S 1236 – che contiene la proposta di introdurre una nuova fattispecie delittuosa nell'art. 14 del T.u.i.: il reato di rivolta nei luoghi di accoglienza e trattenimento dei migranti¹²⁷. Norma che,

¹²⁴ In dottrina si è notato come tale intervento correttivo, pur essendo stato apprezzato, non consente di superare le obiezioni inerenti al mancato rispetto delle garanzie poste a tutela della libertà personale, atteso che il Garante non ha natura giurisdizionale. Sul punto, G. MENTASTI, *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in questa *Rivista*, 21 ottobre 2020, 2 e ss.

¹²⁵ «quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera in stato di flagranza ai sensi dell'articolo 382 del codice di procedura penale colui il quale, anche sulla base di documentazione video o fotografica, risulta essere autore del fatto e l'arresto è consentito entro quarantotto ore dal fatto».

¹²⁶ «Per i delitti indicati nel comma 7-*bis* si procede sempre con giudizio direttissimo, salvo che siano necessarie speciali indagini».

¹²⁷ «Chiunque, durante il trattenimento in uno dei centri di cui al presente articolo o durante la permanenza in una delle strutture di cui all'articolo 10-*ter* o in uno dei centri di cui agli articoli 9 e 11 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, ovvero in una delle strutture di cui all'articolo 1-*sexies* del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, mediante atti di violenza o minaccia o mediante atti di resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti, posti in essere da tre o più persone riunite, promuove, organizza o dirige una rivolta è punito con la reclusione da uno a sei anni. Per il solo fatto di partecipare a

lla rivolta, la pena è della reclusione da uno a quattro anni. Se il fatto è commesso con l'uso di armi, la pena è della reclusione da due a otto anni. Se nella rivolta taluno rimane ucciso o riporta lesioni personali gravi o gravissime, la pena è della reclusione da dieci a venti anni. Le pene di cui al quarto periodo si applicano anche se la lesione personale o la morte avvengono immediatamente dopo la rivolta e in conseguenza di essa». Per un approfondimento si veda C. PASINI, *Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti*, in questa *Rivista*, 29 maggio 2024, 5, 1 ss.

in sostanza, riproduce la proposta (art. 26) di inserire un nuovo art. 415-*bis* c.p., che incrimini la rivolta, anche passiva, negli istituti penitenziari¹²⁸.

La fattispecie elenca tutte le strutture in cui possono permanere i migranti che si trovino ad “attraversare”, durante il loro percorso, l’Italia: dal momento dell’identificazione nei punti di crisi, appena dopo l’arrivo sul territorio nazionale, alla permanenza nelle diverse strutture che li accolgono a vario titolo, inclusa la fase del trattenimento pre-espulsivo presso i CPR.

Ci troviamo di fronte a un intervento indirizzato alla generalità, non dei consociati, bensì della popolazione migrante.

Astrattamente, il reato in questione è un reato comune; in sostanza, però, solo lo straniero si troverà nella posizione di poter esserne l’autore, in quanto il requisito è che la fattispecie si consumi durante il “trattenimento” o la “permanenza” in uno dei luoghi destinati esclusivamente ai migranti.

L’intenzione del legislatore sembra, infatti, quella di punire più che una condotta un “tipo” di autore, in questo caso il migrante, non rilevando che egli sia irregolare, richiedente asilo, minore straniero non accompagnato o rifugiato. Un simile approccio, però, è quantomai pericoloso in quanto tende ad associare e identificare il migrante al detenuto. Questa scelta di criminalizzazione, nonostante non rientri tecnicamente nella *crimmigration* – legata alla “criminalizzazione diretta in senso stretto del migrante” – è sicuramente foriera di una stigmatizzazione¹²⁹ identitaria che fa divenire «il migrante.. reato»¹³⁰, in quanto stigmatizzato quale «soggetto pericoloso...potenziale e tendenziale delinquente...portatore di un’aggravante legata alla sua identità»¹³¹.

Nella legislazione penale in materia di immigrazione, dunque, la tendenza è verso una responsabilità penale legata alla mera condizione di clandestinità; «tipo d’autore e disobbedienza fondano l’illecito, nella presunzione assoluta della messa in pericolo in cui l’attenzione al tipo d’autore prevale sul significato offensivo del fatto»¹³².

¹²⁸ Il pacchetto sicurezza n. 1236, ora al vaglio del Senato, all’art.34 reca modifiche all’ordinamento penitenziario volte a ricomprendere l’aggravante del reato di istigazione a disobbedire alle leggi e il delitto di rivolta all’interno di un istituto penitenziario, nonché all’inclusione negli stessi nel catalogo dei reati per i quali la concessione di benefici penitenziari è subordinata alla mancanza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Si deve peraltro evidenziare che il reato previsto dall’art. 415 c.p. verrebbe poi inserito dall’art. 32 del medesimo Disegno di legge, nell’elenco di cui all’art 4 -*bis* dell’Ordinamento penitenziario, vale a dire fra i reati ostativi alla concessione delle misure alternative alla detenzione, al pari di reati gravissimi quali l’omicidio e la prostituzione minorile.

¹²⁹ Per un approfondimento si veda L. MASERA, *Il “caso Lampedusa”: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritti internazionali*, 1/2014, 83 ss.; ID., [I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti](#), in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, pp. 278 ss.; si vedano altresì: F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?*, in questa [Rivista](#), 28 settembre 2020; G. FELICI - M. GANCITANO, *La detenzione dei migranti negli hotspot italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in questa [Rivista](#), 10 gennaio 2022, 2 ss.

¹³⁰ L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.* n. 4/2009, 15.

¹³¹ L. FERRAJOLI, *L’illusione della sicurezza, Intervento al Festival del diritto*, Piacenza, 25-28 settembre 2008, 6 del paper.

¹³² A. CAPUTO, cit., 1497.

Ne è ulteriore emblematico esempio l'art. 10-*bis* T.u.i.¹³³ che prevede la fattispecie di ingresso e trattenimento irregolare: è un reato proprio, in quanto soggetto attivo è esclusivamente lo straniero che versa in uno stato di irregolarità, conseguente al mancato rispetto delle normative che regolano l'ingresso in Italia. Se l'immigrato non provvede al pagamento dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, *ex art. 10-bis*, comma 1, T.u.i., sarà oggetto di un provvedimento di espulsione, la cui titolarità è assegnata al Prefetto, non ad un organo giurisdizionale. Balza agli occhi l'assurdità, sul piano delle scelte di politica criminale, di prevedere una sanzione pecuniaria così elevata comminata a soggetti normalmente nullatenenti. A meno che la previsione della contravvenzione non schermi il passaggio automatico al provvedimento dell'autorità amministrativa.

Questa fattispecie sintetizza una pericolosa sovrapposizione tra disciplina amministrativa e disvalore penale, così da favorire l'accostamento tra migrante e criminale: «il *continuum* instaurato dalla norma incriminatrice tra *status* di irregolarità amministrativa e perfezionamento della contravvenzione mette in luce come violazione della disciplina amministrativa, relativa a ingresso e soggiorno, e disvalore della fattispecie penale vengano a sovrapporsi»¹³⁴. Tale disposizione è, infatti, costruita sull'idealtipo nemico migrante in quanto opera una distinzione fra categorie soggettive, individuali dei singoli e non in virtù di elementi oggettivi del reato, come un diritto penale del fatto imporrebbe.

Se ne deve segnalare la totale inidoneità in termini deflattivi. Il numero di stranieri in condizione di irregolarità giuridica è intorno al mezzo milione di persone, con un leggero calo nel 2023, da 506mila unità del 2022, a 458mila del 2023¹³⁵. Un calo presumibilmente dovuto alla politica di assunzione delle imprese che, proprio nel 2023, ha raggiunto importanti risultati, riguardando 1.057.620 di migranti¹³⁶.

La seppure breve analisi degli interventi legislativi in tema di immigrazione e delle più rilevanti fattispecie in materia consente di fotografarne alcuni elementi distintivi: automatismo, anticipazione della soglia di punibilità, impronta soggettivistica, assenza di garanzie costituzionali. I destinatari di tali norme, infatti, vengono puniti per ciò che essi sono e che potrebbero fare, non per quello che hanno concretamente commesso. Elementi, questi, tipici di un diritto penale del nemico, non di un diritto penale del fatto. Si assiste a una bipartizione tra cittadino-amico e straniero-nemico¹³⁷, così che solo gli amici sono meritevoli del diritto penale ordinario¹³⁸ (*Bürgerstrafrecht*) e delle relative garanzie, con il conseguente progressivo

¹³³ *Ex multis*, G. GATTA, Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1323 e ss.; F. VIGANO', [La Corte di Giustizia UE sull'art. 10-bis T.U. Immigrazione e Direttiva rimpatri](#), in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2012, 2 e ss.

¹³⁴ A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust.*, 3/1999, 1495.

¹³⁵ Per un approfondimento si veda Fondazione ISMU ETS, XXIX RAPPORTO ISMU SULLE MIGRAZIONI 2023, in <https://www.ismu.org/xxix-rapporto-sulle-migrazioni-2023-comunicato-stampa-13-2-2024/>

¹³⁶ Fonte Unioncamere – ANPAL, in <https://www.unioncamere.gov.it/>

¹³⁷ Una distinzione, questa, che richiama la distinzione tra amico e nemico e ancor prima tra *inimicus* e *hostis*, già esistenti durante l'Impero romano. Al riguardo si veda ZAFFERONI R., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, 2006, p. 104.

¹³⁸ ¹³⁸ Al riguardo e in particolare con riferimento all'utilizzo di distorsioni del diritto penale ordinario nei

orientamento del sistema sanzionatorio verso una logica di tipo identitario, in una prospettiva che tende all'esclusione del deviante dalla comunità. La questione sicurezza è declinata nella direzione di una risposta sanzionatoria «finalisticamente rivolta non tanto alla repressione di fatti oggettivamente offensivi quanto alla neutralizzazione di soggetti che, in ragione delle loro qualità personali di appartenenza a certe comunità o categorie, sono per ciò solo ritenuti pericolosi»¹³⁹.

Innegabile, pertanto, che la criminalizzazione in questa materia sia una «criminalizzazione della clandestinità come male in sé»¹⁴⁰, che genera diseguaglianza e conflitti sociali futuri.

5. Gli "indici sintomatici" nella legislazione penale del *Feind* migrante.

L'esame, pur cursorio, della normativa in materia di immigrazione consente, come anticipato, di delineare alcuni elementi qualificanti che si avvicinano agli indici sintomatici della legislazione penale del nemico.

La detenzione amministrativa ne costituisce un esempio emblematico. Si tratta, infatti, di una forma di detenzione, a tutti gli effetti restrittiva della libertà personale, svincolata dalle garanzie sostanziali e processuali, che sono, invece, costituzionalmente previste per le altre forme di detenzione in senso stretto. Così elevandosi a disciplina eccezionale modulata sul normotipo del *Feind* migrante.

Connesso a tale indice è possibile individuarne un altro: la previsione legislativa dell'intervento da parte dell'Autorità di pubblica sicurezza, nelle ipotesi di trattenimento, in luogo dell'Autorità giudiziaria. Una disciplina speciale e *ad personam* elaborata *ad hoc* sullo straniero migrante; così come il trattenimento dei richiedenti asilo all'interno degli stessi centri di detenzione in cui vengono a trovarsi anche gli stranieri irregolari in attesa del decreto di espulsione. Tale scelta costituisce un segnale ulteriore di allarme circa l'approccio neutralizzante voluto nei confronti di queste persone, secondo un modello di stigmatizzazione identitaria, del pari coincidente con altro indice sintomatico della legislazione del nemico. E, di conseguenza, anche la classificazione dei richiedenti asilo tra i soggetti ritenuti pericolosi socialmente, in quanto non vi è, come

confronti dei nemici si veda L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di Stato e Stato di diritto*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, 52, che sosteneva: «Questa penetrazione nella giurisdizione della logica politica dell'amico/nemico è avvenuta, come ci mostrano tanti casi che abbiamo sotto gli occhi, in tutte le fasi del processo; all'atto della formulazione delle accuse, quando il nemico è identificato, con l'ausilio di figure di reato indeterminate come sono i delitti associativi, non già in base a fatti ma direttamente con riguardo alla sua personalità sovversiva, secondo il modello autoritario del tipo d'autore che contraddice il principio liberale che si delinque in quanto si opera e non in quanto si è; nel corso del processo, quando "amici" e "nemici" si definiscono in forza del loro schierarsi dalla parte dell'accusa anziché dalla parte della difesa, che pure è la parte che l'imputato avrebbe normalmente il diritto di impersonare; nel momento della condanna, quando pene e ricompense vengono distribuite non già in base alle responsabilità accertate ma al contributo arrecato alla verità accusatoria».

¹³⁹F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Dem. dir.*, 1/2006, 53 ss.

¹⁴⁰L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* Torino, 2019, 23.

nelle ipotesi standard, alcun giudizio prognostico elaborato dall'Autorità giudiziaria che possa definirli tali, ma solo una classificazione identitaria.

L'utilizzo ordinario, e non solo in condizione di stretta necessità e urgenza, di centri per la detenzione amministrativa costituisce parimenti un indice significativo dell'approccio d'autore: si tratta a tutti gli effetti di luoghi privativi della libertà personale, in cui ai migranti non vengono estese le medesime garanzie previste per i detenuti negli istituti penitenziari. Con la differenza che solo nel secondo caso sussiste la legittimazione dello Stato a privarli della propria libertà. Questi centri, come quello in Albania, sono strutture munite di grate di sicurezza, da cui il migrante non può allontanarsi.

Centri privativi della libertà personale che, date le condizioni, possono essere classificati alla stregua dei veri e propri campi di prigionia.

L'utilizzo del giudizio direttissimo, *ex art. 14, comma 7-ter. T.u.i.*, applicabile sempre, nelle ipotesi di particolari categorie di reati purché l'autore-migrante si trovi nei centri di permanenza, costituisce altro indice sintomatico della legislazione *ad personam* costruita sul migrante. Questa norma risulta derogatoria perché esula dalla puntuale disciplina dei casi in cui è possibile applicarlo, tipizzati dal codice di rito. Si deve rimarcare che la *ratio* del giudizio direttissimo risiede nella evidenza della prova, valutata tale anche dall'Autorità giudiziaria. Una valutazione assente nelle ipotesi in esame.

Ulteriore segnale d'allarme è costituito dalla costruzione di incriminazioni non rivolte alla generalità dei consociati bensì solo nei confronti dei migranti. Si tratta di reati comuni che, però, in concreto divengono propri: basti pensare alla nuova fattispecie proposta di rivolta nei centri di permanenza, già accennata, in cui l'autore può essere solo lo straniero in quanto tale, unico soggetto a potersi trovare nei luoghi tipizzati, cioè i centri costruiti *ad hoc* per i migranti. Nel Codice penale, infatti, la classificazione delle fattispecie di reato si basa sulla diversa tipologia dei beni messi in pericolo o lesi, non di certo sull'idealtipo ladro, rapinatore, omicida, etc.

La punibilità del migrante, per la sua condizione, o addirittura per ciò che potrebbe commettere, e non per le condotte realizzate, è evidentemente ulteriore indice sintomatico della volontà legislativa di introdurre una stigmatizzazione neutralizzante del *Feind* migrante.

L'incriminazione della clandestinità, così come prevista all'art. 10-*bis* T.u.i., basata su criteri soggettivi, ha pienamente diritto di rientrare nella presente catalogazione. Tale fattispecie concretizza la violazione dei principi che riguardano il diritto penale del fatto entrando nel territorio del diritto penale d'autore.

Da ultimo, la vera e propria deportazione dei migranti negli *Hotspot* in Albania può essere elevata a indice sintomatico di una stigmatizzazione neutralizzante. Siffatto *modus operandi*, infatti, sembra richiamare l'istituto medievale del bando, che lo si ricorda, fu istituito per rafforzare la coesione sociale a fronte della necessità di espellere il bandito, inteso quale nemico della società, al solo scopo di neutralizzarlo. Anche in questo caso, però, deve segnalarsi come il bandito, differentemente dal migrante, quantomeno, si era "macchiato" di un crimine.

6. Conclusioni: alcune riflessioni propositive.

Il fenomeno migratorio va regolato, anche perché fisiologicamente in crescita, non si può pensare di lasciarlo all'appannaggio del panpenalismo.

Emigrare è un diritto, e come ogni diritto va tutelato. La nostra Carta costituzionale, all'art. 35, comma 2, Cost. riconosce la libertà di emigrare¹⁴¹, così come egualmente la riconoscono il diritto internazionale, rispettivamente agli artt. 13, comma 2, e 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani, nonché all'art. 12, comma 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

Una libertà che costituisce il «più antico dei diritti fondamentali, essendo stato formulato fin dal secolo XVI da Francisco De Vitoria a sostegno della conquista del “nuovo mondo”, quando erano gli europei a “emigrare” per colonizzare e depredare il resto del pianeta»¹⁴². «Sostenere e mostrare che il diritto di emigrare è un diritto vigente, che in quanto tale richiede di essere garantito, significa nient'altro che prendere il diritto positivo sul serio, rilevarne la normatività e criticare come un'indebita lacuna la mancata produzione delle sue garanzie e delle connesse funzioni e istituzioni di garanzia. Se la politica non è capace di dire tutto questo, se non ha il coraggio, perché vittima della demagogia, di riconoscere che il diritto di emigrare è stato ed è tuttora un diritto di tutti, allora è la cultura giuridica che deve dirlo, sul piano scientifico ancor prima che su quello politico»¹⁴³.

L'arrivo di migranti è ormai costante, non più eccezionale e occorre una normativa equilibrata e razionale che si svincoli dall'eccezionalità. Le difficoltà derivanti dall'arrivo di migranti non possano esonerare lo Stato dal proprio, preciso, obbligo di garantire il rispetto del diritto di emigrare e che ogni persona a cui venga limitata la libertà personale possa godere di condizioni compatibili con il rispetto della propria dignità. La condizione giuridica dello straniero è parimenti tutelata costituzionalmente all'articolo 10, comma 2, in conformità con le norme e i trattati internazionali.

Il diritto penale è *extrema ratio*, non strumento di disciplina dei fenomeni sociali, men che meno di fenomeni migratori.

I principi costituzionali confliggono con l'orientamento «in favore di “un'offensività che tende ad assumere una dimensione ideale”, nella “logica di neutralizzazione”»¹⁴⁴, tipica del diritto penale del nemico. Una neutralizzazione giustificata dall'ossessione compulsiva, e solo propagandisticamente appagante, di tutela di beni giuridici quali “sicurezza pubblica” o “controllo dei flussi migratori”.

¹⁴¹ Art. 35 Cost.: «La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro. Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero».

¹⁴² L. FERRAJOLI, cit., in *Diritto e giustizia*, 2019, 1, 8.

¹⁴³ *Ibidem*

¹⁴⁴ A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in *Trattato teorico e pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo - C. E. Paliero, vol. IX, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo - G. Fidelbo, Torino, 2012, 33 s

Il Giudice delle leggi a proposito dell'afferrabilità del bene giuridico, proprio con riferimento ai flussi migratori, ha avuto modo di precisare che quello «protetto dalla norma incriminatrice è in realtà agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo; interesse – questo – la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale e arbitraria – risultando – offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero»¹⁴⁵. Scelta condivisa da alcuna dottrina sul presupposto che il controllo di tali flussi sia un bene afferrabile¹⁴⁶; non invece da chi sottolinea che «la Corte abbia offerto legittimazione alla tecnica di seriazione dei beni giuridici»¹⁴⁷, una tecnica dalle potenzialità involutive al punto da riconoscere al legislatore «piena discrezionalità nel definire il profilo qualitativo (e/o il tasso di artificialità) degli interessi ritenuti meritevoli di tutela, così spostando dalla offensività alla sussidiarietà il fuoco della questione sulla giustiziabilità dell'*extrema ratio*»¹⁴⁸. D'altronde, il controllo dei flussi migratori non può essere elevato a bene giuridico, perché «come strumento di controllo sociale, vale assai poco: è il più rozzo, il più doloroso, il più costoso e il meno efficace degli strumenti che una comunità civile può mettere in campo per orientare le condotte»¹⁴⁹.

Occorrerebbe un duplice intervento riformatore, volto da un lato a strutturare una politica di ingressi, con incentivi alla regolarizzazione; dall'altro, a una riforma sistematica della legislazione che *in primis* bandisca la concezione neutralizzante del nemico migrante e che, laddove sia assolutamente necessario ricorrere a forme di restrizione della libertà personale, appartengano, di nome e di fatto, al novero delle misure di natura penalistica e non amministrativa, con tutto il corredo di garanzie costituzionali previste e rimesse alle valutazioni dell'Autorità giudiziaria¹⁵⁰.

¹⁴⁵ «In relazione alla q.l.c. dell'art. 10 - bis d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), l. 15 luglio 2009 n. 94, censurato, in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., in quanto configura come reato la fattispecie di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, è infondata l'eccezione di inammissibilità della stessa perché priva di attinenza con il processo "a quo". L'eventuale rimozione della norma impugnata, conseguente all'accoglimento della questione, inciderebbe sull'esito del giudizio principale, destinato altrimenti a concludersi – secondo quanto si afferma nell'ordinanza di rimessione – con una declaratoria di responsabilità dell'imputato per la contravvenzione "de qua"» Corte Cost. n. 250, 8 luglio 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, 1187, con nota di A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*. Nello stesso senso cfr. Corte cost., sent. n. 32, del 27 gennaio 2011, in *Dejure*.

¹⁴⁶ D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 127.

¹⁴⁷ Sul punto si veda A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il sistema punitivo*, in questa *Rivista*, n. 4/2022, 43.

¹⁴⁸ V. MANES, [I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2011, 101 e ss.

¹⁴⁹ A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il sistema punitivo*, cit., 43.

¹⁵⁰ Bricola ha dedicato un approfondimento già nel 1975 alle norme sull'immigrazione contenute nel 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. Si veda al riguardo, F. BRICOLA, *Forme di tutela "ANTE-DELICTUM" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione, atti del convegno di studi "Enrico De Nicola"*, Milano, 1975, ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 96 ss.

Quanto alla politica di ingressi, si potrebbe pensare di introdurre, come nel modello francese, un permesso di soggiorno per “lavori *in deficit* di manodopera”, destinato agli immigrati irregolari già presenti sul territorio, che troverebbero più agevolmente impiego nei settori di carenza del personale. In tal modo se ne incentiverebbe la regolarizzazione; si sottrarrebbero i migranti alla criminalità organizzata e a datori di lavoro privi di scrupoli. Si riuscirebbe, peraltro, a smussare quella costruzione mentale, che la politica ha rafforzato in questi anni, sull’ideal-tipo nemico migrante in grado di sottrarre posti di lavoro ai cittadini italiani.

Sul modello spagnolo, poi, si potrebbero prevedere estensioni dei permessi di soggiorno speciali per chi venga licenziato o perda in ogni caso il lavoro (chiusure di aziende o fallimenti), che possano essere rilasciati in presenza della comprovata partecipazione a colloqui lavorativi, cioè di una prova tangibile dell’attivarsi nella ricerca di un nuovo impiego. In tal modo gli immigrati, divenuti improvvisamente disoccupati, non cadrebbero nell’irregolarità.

L’esperienza dei fittizi contratti stipulati da datori di lavoro senza scrupoli dovrebbe insegnarci che, forse, sarebbe bene evitare di prevedere degli incentivi generici per chi assume stranieri.

È difficile incentivare il processo di regolarizzazione, anche e soprattutto attraverso una inclusione dei migranti nel nostro ordinamento, *in primis* come lavoratori, se abbiamo un sistema di *welfare* totalmente inefficiente, che non garantisce nemmeno i minimi standard previsti dalla legge. Riorganizzare l’impianto giuslavoristico significa anche preparare i giovani al mondo del lavoro, attraverso delle specializzazioni che possano consentire una diversificazione delle attività e maggiore facilità di impiego. Per i migranti, per esempio, si potrebbe pensare di prevedere dei corsi base di italiano in modo da agevolarli anche nell’approccio lavorativo; così come dei corsi di formazione, affinché ognuno possa scegliere anche in relazione alle proprie attitudini e competenze. Il presupposto indefettibile è, però, una seria politica sociale. L’esperienza recente mostra quanto sia importante il contributo degli immigrati all’economia italiana; secondo il Rapporto 2024 della Fondazione Leone Moressa,¹⁵¹ presentato al Viminale e alla Camera dei deputati, i lavoratori immigrati contribuiscono in modo significativo al PIL nazionale, rappresentando l’8,8% del totale, con picchi del 16,4% in agricoltura e del 15,1% nelle costruzioni.

Si rende parimenti necessario ripensare ai tempi e alle modalità di concessione della cittadinanza, *in primis* introducendola *de plano* per i minori arrivati in Italia, i quali potrebbero comunque mantenere la cittadinanza di origine.

Con riferimento alla riforma sistematica della legislazione del migrante, occorrerebbe nominare una Commissione, composta, però, da diversi esperti non solo di diritto penale dell’immigrazione e di diritto dell’immigrazione, ma anche di costituzionalisti, magistrati con comprovata esperienza in tema, esperti di diritto amministrativo e conoscitori della politica estera. Nel nostro Paese vengono nominate commissioni di riforma ogni qualvolta si rende necessaria la rivisitazione di una materia:

¹⁵¹ <https://www.secondowelfare.it/immigrazione-e-accoglienza/rapporto-fondazione-moressa-economia-migrazione/>

è arrivato anche il momento della legislazione sull'immigrazione. Non si può più procrastinare un critico sguardo d'insieme che possa raccordare la frammentaria normativa in tema, anche e soprattutto con quella europea, conferendole un volto unitario, sistematico, garantista, ricettivo delle reali esigenze esistenti.

Una rivisitazione che magari potrebbe utilizzare degli indici sintomatici, come per esempio quelli enucleati, così da avere una base di partenza utile a elidere tutta l'attuale connotazione d'autore che contraddistingue la materia.

Solo come possibile spunto di riflessione, la prima scelta in ambito penalistico potrebbe essere quella di abolire il reato di clandestinità¹⁵². Non viene applicato e non ha nemmeno una funzione deflattiva, dunque costituisce una norma superflua. Occorrerebbe pensare a una definizione dello *status* di irregolarità, così da tipizzare le relative ipotesi. L'immediata conseguenza positiva potrebbe essere quella di un utilizzo degli *Hotspot* alla stregua di centri di prima accoglienza, per il tempo strettamente necessario ai primi soccorsi, alle identificazioni, al rilascio di documenti temporanei, con esclusione di qualsiasi misura privativa della libertà dei migranti ospitati.

Parimenti da abolire sarebbe l'istituto della detenzione amministrativa, dato che rivederne la natura è totalmente inutile. Si tratta, infatti, di una misura cautelare atipica. Potranno essere applicate, se necessario, quelle espressamente previste dal codice di rito anche ai migranti, in presenza dei requisiti *ex lege* previsti – gravità del delitto contestato; punibilità in concreto del delitto, presenza di gravi indizi di colpevolezza –. L'attuale e pericoloso ibrido che la detenzione amministrativa costituisce assolve ormai alla mera funzione di violare i diritti fondamentali dei migranti.

Modifica che potrebbe avere, peraltro, effetti positivi anche con riferimento alla attuale propensione dell'odierno legislatore di associare lo *status* del migrante a quello del detenuto. Quest'ultimo, oggi, è sicuramente più tutelato del migrante. Si pensi banalmente alla possibilità di essere sottoposto alle regole di un giusto processo, così come alla tutela della libertà personale. Il migrante oggi viene a trovarsi in una sorta di limbo in cui è privo finanche delle garanzie di tutela del detenuto. Con riferimento alla libertà personale, infatti, la Corte Costituzionale ha più volte sancito la necessità che questa non venga del tutto soppressa, quand'anche il soggetto si trovi in stato di detenzione, o sia stato condannato all'ergastolo. Secondo la Consulta, infatti, il detenuto ha diritto a un «residuo di libertà»¹⁵³, a tutela della dignità umana, che non è però oggi

¹⁵² L'abolizione del reato di clandestinità è stata approvata dal Parlamento nel 2014 (l. n. 67) all'interno di una legge delega dai contenuti assai più ampi, che il Governo ha intenzionalmente lasciato sul punto inattuata. La scadenza del termine di attuazione della delega è coincisa con il clamore mediatico legato ad alcuni episodi di cronaca nera attribuiti a stranieri irregolari che hanno influenzato la scelta politica di non abolire più tale fattispecie di reato.

¹⁵³ Il Giudice di legittimità ha fondato proprio sul concetto di "residuo di libertà" a tutela della dignità del detenuto diverse declaratorie di illegittimità in materia di esecuzione della pena. *Ex multis*, cfr. Corte cost., sent. n. 349, del 28 luglio 1993, in *Cass. pen.* 1994, 2, 2855; Corte cost., sent. n. 410, del 23 novembre 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2855; Corte Cost., sent. n. 359 del 22 ottobre 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 3146; Corte cost., sent. n. 376 del 5 dicembre 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 229; Corte cost., sent. n. 340 del 12 luglio 2002, in *Giur. cost.* 2002, 2954; Corte cost., sent. n. 189, del 24 giugno 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 2789; Corte cost., sent. n. 417, del 23 dicembre 2004, in *Cass. pen.*, 2005, 5, 1558; Corte cost., sent. n. 20, del 24 gennaio 2017, in *Cass. pen.*, 2017,

concessa al migrante, nonostante egli si trovi in uno stato di detenzione senza aver commesso alcuna fattispecie di reato. Se vi saranno i presupposti per potergli applicare una misura cautelare, allora sarà correttamente associato al detenuto, ma con tutte le garanzie costituzionali previste.

Qualora una simile prospettazione dovesse risultare impraticabile, si potrebbe pensare di inserire tale forma di trattenimento quantomeno tra le misure precautelari.

Con riguardo, inoltre, ai beni giuridici in gioco, uscendo dalla logica che è fin qui criticata, si dovrebbero rafforzare le tutele di quelli di cui sono titolari i migranti, magari introducendo delle aggravanti in caso di lesione della libertà personale e della dignità dello straniero, che versi in peculiari condizioni nel nostro Paese. Tanto qualora sia in attesa di regolarizzare la propria posizione, o nel caso di richiesta d'asilo, egli comunque costituisce una categoria debole che necessita di una tutela rafforzata, al pari degli anziani o delle donne vittime di violenza.

Mi sia consentito condividere, in conclusione, una riflessione maturata durante una recente esperienza personale in cui mi sono recata a New York e ho avuto modo di visitare Ellis Island: un isolotto artificiale il cui porto ha accolto oltre dodici milioni di immigrati provenienti da tutto il mondo, dal 1892 al 1954.

Prima della sua apertura, avvenuta nel gennaio del 1892, già oltre otto milioni di persone erano transitate per il *Castle Garden Immigration Depot* di Manhattan. Ellis Island è stato uno dei primi centri di accoglienza di immigrati, e ho potuto costatare anche la quantità di italiani passati di lì.

Gli immigrati venivano sottoposti a delle selettive visite mediche, e nel momento in cui venivano riscontrati problemi fisici, rimpatriati; le persone ritenute sane erano accompagnate verso le stanze dei Registri, nelle quali indicavano i loro dati anagrafici, la disponibilità di denaro, la professione, i precedenti penali e le possibili referenze o conoscenze presenti sul suolo statunitense. Al termine della registrazione, venivano accompagnati al molo e fatte imbarcare sul traghetto per Manhattan. Gli immigrati che non avevano ottenuto l'idoneità e presentavano difficoltà fisiche erano isolati e sottoposti a controlli più specifici. Coloro i quali presentassero infermità che li rendevano inabili al lavoro, o che necessitassero di cure dal costo elevato, venivano immediatamente espulsi. Nel 1907 si registrò la percentuale più alta di flussi migratori con un numero complessivo di 1.004.756 persone approdate. Dal 1917 ci fu un nuovo tentativo di ridurre e limitare i flussi in entrata. A tal proposito, furono introdotti test di alfabetismo che obbligavano gli immigranti in arrivo a saper scrivere e leggere e, dal 1924, quote d'ingresso da pagare. Alcuni migranti venivano tenuti in stato di detenzione, in particolare coloro che erano scappati dai propri paesi per sfuggire a condanne, ma esisteva un Tribunale *ad hoc* che li giudicava, così da formulare un giudizio autonomo rispetto a quello del Paese di provenienza.

Ho potuto conoscere storie di persone che partivano dal nulla e grazie all'opportunità concessa da un approccio quantomeno umano – perché almeno li

5, 1871; Corte cost., sent. n. 122, del 26 maggio 2017, in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3598; Corte cost., sent. n. 18, del 24 gennaio 2022, in *Cass. pen.*, 2022, 4, 142; Corte cost., sent. n. 10, del 26 gennaio 2024, in *Cass. pen.*, 2024, 4, 1148.

salvavano e curavano e non li lasciavano morire in mare –, alcuni sono divenuti cittadini statunitensi, altri hanno trovato fortuna in Paesi diversi.

Il diritto americano non è certo baluardo di garanzie, penso tra le tante alla pena di morte o alle recenti proposte condivise in campagna elettorale, relative alla costruzione di centri di detenzione sul confine messicano, così come alle *fake news* sui gusti alimentari dei migranti. Quello che, però, mi ha colpita è stata la percezione che a queste persone disperate quantomeno fosse concessa un'occasione. Mi piacerebbe che anche noi ne concedessimo una sostanziale ai migranti.

Il migrante non è aprioristicamente un criminale, né è pericoloso in quanto tale: non è un *Staatsfeind*; lo può diventare, come tutti, nella misura in cui, abbandonato a sé stesso, sia cooptato dalla criminalità organizzata o lasciato solo nella necessità di tutelare la propria esistenza e soddisfare le esigenze fondamentali della vita, in un Paese che non gli riconosce né identità né dignità né lavoro.

Destruire l'idealtipo del nemico migrante, dunque, non è più un'opzione, ma un dovere che spetta a uno Stato di diritto degno di tal nome.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**