



HAL
open science

Security and populism : migrants at the criminal law's borders

Veronica Romano

► **To cite this version:**

Veronica Romano. Security and populism : migrants at the criminal law's borders. Law. Université de Nanterre - Paris X; Università degli studi (Palerme, Italie), 2023. Italian. NNT : 2023PA100052 . tel-04267969

HAL Id: tel-04267969

<https://theses.hal.science/tel-04267969>

Submitted on 2 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Membre de l'université Paris Lumières
École doctorale 141 : Droit et science politique
Centre de Droit pénal et de Criminologie**

Veronica ROMANO

SÉCURITÉ ET POPULISME. LES MIGRANTS À LA FRONTIÈRE DU DROIT PÉNAL

Thèse présentée et soutenue publiquement le 30/06/2023
en vue de l'obtention du doctorat de **Droit privé et sciences criminelles** de l'Université Paris
Nanterre
sous la direction de Mme Raphaële PARIZOT (Université Paris
Nanterre) et de M. Alessandro TESAURO (codirecteur)

Jury :

Rapporteur :	M. Pascal BEAUVAIS	Professeur Université Paris I Panthéon Sorbonne
Rapporteur :	M. Luca MASERA	Professeur Université de Brescia (Italie)
Membre du jury :	Mme Julie ALIX	Professeur-e Université Paris Nanterre
Membre et Président-e du jury:	Mme Rosaria SICURELLA	Professeur-e Université de Catania (Italie)



**Università
degli Studi
di Palermo**

**Université
Paris Nanterre**

Dottorato di ricerca in «Diritti umani:
evoluzione, tutela e limiti»

Doctorat en «Droit privé et sciences criminelles»

**SICUREZZA E POPULISMO.
I MIGRANTI ALLA FRONTIERA DEL DIRITTO PENALE.**

***SÉCURITÉ ET POPULISME.
LES MIGRANTS À LA FRONTIÈRE DU DROIT PÉNAL.***

**LA DOTTORANDA / LA DOCTORANTE
Madame Veronica Romano**

**IL TUTOR / LE DIRECTEUR DE THÈSE
Monsieur Alessandro Tesauo**

**IL COTUTOR / LE CODIRECTEUR DE THÈSE
Monsieur Marco Brigaglia**

**LA TUTOR / LA DIRECTRICE DE THÈSE
Madame Raphaële Parizot**

**IL COORDINATORE DEL DOTTORATO DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO /
LE DIRECTEUR DE L'ÉCOLE DOCTORALE DE L'UNIVERSITÉ DE PALERME
Monsieur Aldo Schiavello**

**IL COORDINATORE DEL DOTTORATO DELL'UNIVERSITÀ PARIS NANTERRE /
LE DIRECTEUR DE L'ÉCOLE DOCTORALE DE L'UNIVERSITÉ PARIS NANTERRE
Monsieur Marc Pichard**

I MEMBRI DELLA COMMISSIONE / LES MEMBRES DU JURY

**Monsieur Pascal Beauvais (Rapporteur)
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne**

**Monsieur Luca Masera (Rapporteur)
Professeur à l'Université de Brescia (Italie)**

**Madame Julie Alix
Professeure à l'Université Paris Nanterre**

**Madame Rosaria Sicurella
Professeure à l'Université de Catania (Italie)**

L'université de Paris Ouest – Nanterre – La Défense n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

RINGRAZIAMENTI / REMERCIEMENTS

Desidero innanzitutto ringraziare i miei direttori di tesi per aver accettato di seguire il presente lavoro di ricerca, supportandomi in questi lunghi e faticosi anni di dottorato.

In particolare, senza che l'ordine di citazione rifletti l'ordine d'importanza, desidero ringraziare il Professore Tesauro per la fiducia incondizionata che ha riposto (e rinnovato) nel mio lavoro, la Professoressa Parizot per essere stata la *bussola* che mi ha guidata, con infinita pazienza, lungo l'affascinante, appassionante e, talvolta, burrascosa rotta della metodologia giuridica francese (di cui questa tesi riesce – *almeno spero!* – soltanto in minima parte a riflettere la straordinaria bellezza e maestosità), nonché il Prof. Brigaglia, per essere stato un eccellente codirettore, ma anche un inaspettato (quanto apprezzato e prezioso) amico nei momenti di sconforto.

Un ringraziamento speciale va anche alla codirettrice del centro di ricerca, la Prof.ssa Juliette Tricot, per aver reso possibile, insieme alla Professoressa Parizot, la mia partecipazione a straordinari momenti di arricchimento culturale e umano, come quelli vissuti a Goutelas.

La mia sincera gratitudine va anche a tutto il personale della scuola di dottorato dell'Università Paris Nanterre (dal direttore Marc Pichard alla instancabile responsabile amministrativa Mme Thiant e ai colleghi) per avermi fatta sentire a casa (*chi può dimenticare, ad esempio, lo champagne alla fine delle riunioni del CDPC?*), nonché ai membri della Commissione (Professor Pascal Beauvais, Prof.ssa Julie Alix, Prof. Luca Masera e Prof.ssa Rosaria Sicurella) per aver accettato di farne parte.

Sono particolarmente grata alla Prof.ssa Julie Alix anche per aver condiviso con me il testo della sentenza della *Cour d'assises spéciale de Paris* sul *procés VI3*: senza il suo prezioso contributo, non avrei potuto continuare ad approfondire le ricerche in materia di terrorismo, che a partire dalla mia tesi di laurea non ho mai abbandonato.

Grazie anche a Ludivine Richefeu e ad Ariane Amado: la prima per gli importanti spunti di riflessione che ho tratto durante il nostro incontro nei pressi del Panthéon; la seconda per le preziose indicazioni metodologiche che una giurista, ancorché *militante*, non può astenersi dal rispettare se vuole che la propria tesi di dottorato non perda il rigore giuridico che deve essere proprio di una tesi in diritto.

Da ultimo, ma non per importanza, ringrazio i Professori Francesco Parisi e Andrea Merlo con cui ho avuto l'onore di collaborare per la rivista giuridica "Il Foro Italiano".

Un pensiero affettuoso va a Joëlle, Claude e Antonia per avermi teso la mano nel momento in cui ne avevo più bisogno e ad Elena, il cui destino si è più volte intrecciato con il mio e con cui ho condiviso a Bruxelles, Palermo e Messina momenti che custodirò sempre nel cuore.

Queste pagine sono dedicate a mio padre, che mi ha dato la forza di perseverare in questo tortuoso cammino, anche nei momenti di grande sconforto, perché "coloro che amiamo e che abbiamo perduto non sono più dove erano ma sono ovunque noi siamo".

Je remercie, tout d'abord, mes directeurs de thèse pour avoir accepté de diriger cette thèse, ainsi que pour leur soutien tout au long de ces années de doctorat. Notamment, sans que l'ordre de citation reflète l'ordre d'importance, je remercie le Professeur Tesauro pour la confiance placée (et maintes fois renouvelée) dans mon travail, la Professeure Parizot en tant que *boussole* qui m'a guidé, avec une patience infinie, sur la route fascinante, passionnante et parfois houleuse de la méthodologie juridique française (dont cette thèse ne parvient qu'à refléter – *je l'espère!* – partiellement l'extraordinaire beauté et majesté), ainsi que le Professeur Brigaglia, pour avoir été un excellent codirecteur, mais aussi un ami tant inattendu qu'apprécié et précieux dans les moments de découragement.

Un remerciement spécial va à la Professeure Juliette Tricot, co-directrice du CDPC de Nanterre, pour avoir rendu possible, en collaboration avec Mme Parizot, ma participation à des moments extraordinaires d'enrichissement culturel et humain, tels que ceux vécus à Goutelas.

Ma gratitude la plus sincère va également à l'ensemble de l'École doctorale de l'Université Paris Nanterre (du directeur Marc Pichard à l'infatigable responsable administrative Mme Thiant et aux collègues) pour m'avoir permis d'en faire mon foyer (*qui peut oublier, par exemple, le champagne à la suite des réunions du CDPC?*), ainsi qu'aux membres du Jury (Professeur Pascal Beauvais, Professeure Julie Alix, Professeur

Luca Maserà et Professeure Rosaria Sicurella) pour avoir accepté d'en faire partie. Je suis particulièrement reconnaissante à la Professeure Julie Alix d'avoir aussi partagé l'arrêt de la *Cour d'assises spéciale de Paris* sur le *procès V13*: sans cette précieuse contribution, je n'aurais jamais pu continuer mener mes recherches en matière de terrorisme, que je n'ai jamais abandonnées depuis ma thèse de Master 2 en droit en Italie.

Merci également à Mme Ludivine Richefeu et à Mme Ariane Amado: la première pour les pistes de réflexion que m'a données lors de notre rendez-vous aux alentours du Panthéon; la deuxième pour les précieuses indications méthodologiques qu'une juriste, bien que *militante*, ne peut s'abstenir de respecter si elle ne veut pas que sa thèse de doctorat perde la rigueur juridique qui doit être propre à une thèse en droit.

Dernier, mais non le moindre, je tiens à remercier les Professeurs Francesco Parisi et Andrea Merlo avec qui j'ai eu l'honneur de travailler pour la revue juridique "Il Foro Italiano".

Mes pensées affectueuses vont également à Joëlle, Claude et Antonia pour avoir tendu la main au moment où j'en avais besoin et à Elena, dont le destin s'est entrecroisé plusieurs fois avec le mien et avec qui j'ai partagé des moments de bonheur à Bruxelles, Palerme et Messine que je garderai toujours dans mon cœur.

Ces pages sont consacrées à mon père, qui m'a donné la force de poursuivre dans ce chemin tortueux, même dans les moments de grand désespoir, parce que "ceux que nous aimons et que nous avons perdus ne sont plus là où ils étaient mais sont là où nous sommes".

*«ed ordinata in pria
l'umana compagnia
tutti fra sé confederati estima
gli uomini, e tutti abbraccia
con vero amor, porgendo
valida e pronta ed aspettando aita
negli alterni perigli e nelle angosce
della guerra comune».*

- *Giacomo Leopardi, La Ginestra (o il Fiore del Deserto).*

RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS

Résumé

Cette thèse porte sur la criminalisation des migrations à l'époque de ce qu'on l'appelle le *populisme*¹, et notamment le *populisme pénal*².

En effet, si comme l'a écrit le juriste français Denis Salas³, on a assisté de plus en plus à une montée en puissance du droit pénal sous la pression d'un besoin collectif de sécurité⁴, c'est surtout à l'encontre des migrants qu'on a dirigé ce «surinvestissement pénal»⁵, tout en dévoilant la *déshumanisation du droit pénal*, dans la double signification que cette expression avait sous la plume de la *jurispoète* Mireille Delmas-Marty: «celle d'un droit pénal qui se déshumanise, donc déshumanisé, en ce qu'il consomme une rupture avec les idées et principes issus de l'humanisme juridique; et celle d'un droit pénal qui déshumanise, donc déshumanisant, en ce qu'il réduit certains êtres humains à leur seul potentiel de nocivité sociale, les assimile à des animaux dangereux, les rabaisse au rang d'instruments ou moyens au service d'une fin»⁶.

Comme le démontre le **Chapitre I** (intitulé «**Rhétorique sécuritaire et usage populiste du droit pénal dans l'époque des passions tristes**»⁷) les migrants sont, en

¹ F. DUBET, *Le temps des passions tristes: inégalités et populisme*, Editions du Seuil, 2019; E. FASSIN, *Populisme: le grand ressentiment*, La Découverte, 2017.

² D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Fayard, 2012; ID., «Gare au populisme pénal», *Libération*, 24 juin 2005.

³ D. SALAS, «Gare au populisme pénal», *Libération*, 24 juin 2005.

⁴ Dans le même sens, selon L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, dans M. Bovero – V. Pazè (sous la direction de), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, 2010, 115 ss., le populisme pénal n'est rien d'autre qu'«une stratégie sécuritaire visant à obtenir de manière démagogique un consensus populaire en répondant à la peur de la criminalité par un usage conjoncturel du droit pénal, aussi répressif et anti-garantiste qu'inefficace au regard des objectifs déclarés de prévention».

⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit IV. Vers une communauté de valeurs?*, Seuil, 2011, p. 149.

⁶ P.-J. DELAGE, «Mireille Delmas-Marty, ou la résistance à la déshumanisation du droit pénal. À propos de Libertés et sûreté dans un monde dangereux», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3/2022, p. 542.

⁷ Bien que l'expression «passions tristes» soit largement diffusée dans la littérature contemporaine, ses origines sont bien plus anciennes. M. BENASAYAG – G. SCHMIT, dans l'ouvrage *Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, La Découverte, 2007, p. 24, en attribuent, par exemple, à Spinoza, tout

effet, les cibles d'un refrain politique et médiatique visant à les stigmatiser en tant que potentiels criminels⁸ et – surtout dans la foulée des attentats terroristes du 11 Septembre 2001⁹ – en tant que potentiels terroristes¹⁰: «au nom d'une sécurité universelle prétendument atteignable, le gouvernement crée un *effet loupe*, et assume de perpétrer amalgames et clivages: quand un jeune pakistanais attaque les anciens locaux de Charlie Hebdo, on accuse l'ensemble des mineur-e-s étranger-e-s d'être responsables et l'on réfute toute légitimité à leur prise en charge; quand Abdoullakh Anzorov attaque Samuel Paty, on accuse l'ensemble de la communauté tchétchène de l'avoir favorisé et soutenu, et l'on souhaite conditionner le droit d'asile»¹¹.

C'est à la lumière de cette prétendue (bien qu'empiriquement infondée)¹² liaison entre flux migratoires et risques criminels (voire, terroristes)¹³, qu'il faut interpréter, entre autres, les déclarations du Conseil européen de Laeken, convoqué après les attentats terroristes du 11 septembre 2001, selon lequel un renforcement du contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne aurait contribué à la lutte contre le terrorisme¹⁴, ainsi

en précisant que chez le philosophe cet expression «ne se référerait pas à la tristesse des pleurs, mais à l'impuissance et à la décomposition. En effet, nous constatons le progrès des sciences et, en même temps, nous sommes confrontés à la perte de confiance et à la déception à l'égard de ces mêmes sciences qui ne semblent plus forcément contribuer au bonheur des hommes».

⁸ D. FASSIN, «Clandestins ou exclus? Quand les mots font les politiques», *Revue des sciences sociales du politique*, 34/1996, p. 77.

⁹ En ce sens que le terrorisme a permis, après les grandes phases historico-politiques de la guerre froide et de la chute du mur de Berlin, une *remagnétisation* du pôle sécuritaire par l'activation, au niveau mondial, d'un dispositif répressif, voir M. DELMAS-MARTY, «Violences et massacres: entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2009, p. 59, nonché EAD., *Les forces imaginantes du droit III, cit.*, p. 95.

¹⁰ E. GUILD, *Les étrangers en Europe, victimes collatérales de la guerre contre le terrorisme*, dans D. Bigo – L. Bonelli – T. Deltombe (sous la direction de), *Au nom du 11 septembre. Les démocraties à l'épreuve du terrorisme*, La Découverte, Paris, 2008, pp. 139-150.

¹¹ LA CIMADE, *Lutter contre les amalgames et la désinformation visant les personnes étrangères*, Janvier 2021, p. 7. Tous les reports de *La Cimade* sont publiés au lien suivant: www.lacimade.org.

¹² D'ailleurs, comme l'écrit J. PRATT, *Penal populism*, Routledge, New York, 2007, pp. 134-145, la manipulation statistique est l'une des principales caractéristiques du populisme pénal, avec l'amplification de la peur et de la criminalité.

¹³ J.-B. MEYER, «Le lien entre migration et terrorisme. Un tabou à deconstruire», *Revue française de référence sur les dynamiques migratoires*, 1 juillet 2016, pp. 49-57 (URL: <https://journals.openedition.org/hommesmigrations/3715>, consulté le 2 avril 2023).

¹⁴ CONSEIL EUROPÉEN DE LAEKEN, *Déclaration sur l'avenir de l'Union européenne*, 14-15 décembre 2001 (URL: <https://www.consilium.europa.eu/media/20946/68779.pdf>, consulté le 2 avril 2023).

que la phrase prononcée par Jean-Marie Le Pen lors de la *Fête des Bleu-blanc-rouge*, selon lequel «nul ne peut ignorer que l'immigration est la principale cause de l'insécurité»¹⁵.

D'ailleurs, comme le relève une enquête de l'*Institut Convergences Migrations*¹⁶, l'immigration, suivie du pouvoir d'achat, a été l'un des sujets les plus évoqués dans la campagne politique lors des élections présidentielles françaises de 2022, reflétant ainsi les peurs qui frappent la population française, composées à 47 % de la peur d'une baisse du pouvoir d'achat, à 30 % de celle de la sécurité et à 27 % de celle de l'immigration¹⁷.

Comme on l'expliquera dans la **Section I du Chapitre I** (intitulée «**peur, (in)sécurité et politique criminelle: un bref aperçu des origines du populisme pénal**»), cet état émotionnel n'est pas exclusif à la population française, la peur étant l'émotion dominante dans la société contemporaine: elle «nous entoure et crée une toile de fond pour nos expériences et nos interprétations du monde»¹⁸.

En témoignent également, d'une part, la mise en garde, par l'*Expert Indépendant des Nations unies sur les droits de l'homme et la solidarité internationale*, contre «une culture de la peur grandissante»¹⁹, de l'autre, l'analyse des rapports statistiques les plus fiables: les rapports du CENSIS (Centre italien d'étude sur les investissements sociaux), par exemple, nous donnent l'image d'une société italienne «anxieuse, marquée par la méfiance»²⁰, désireuse d'un «homme fort au pouvoir»²¹ (voire d'un chef charismatique, selon le modèle du populisme²², ainsi que des totalitarismes²³) et affectée par une «souveraineté psychique [...] qui prend parfois des allures paranoïaques de chasse au bouc émissaire»²⁴.

¹⁵ C. BESCHE – J.-L. RICHARD, «Analyse de textes autour du concept de “race”. Une analyse de discours de Jean-Marie Le Pen», *Psychologie française*, XLIV, n° 2, 1999, p. 156.

¹⁶ INSTITUT CONVERGENCES MIGRATIONS, «Les migrations dans l'œil des médias: infox, influence et opinion», *De facto migrations*, Revue dirigée par Barbara Joannon, Audrey Lenoël, Hélène Thiollet et Perin Emel Yavuz, Janvier 2022, p. 7.

¹⁷ *Ivi*, p. 11.

¹⁸ L. SVENDSEN, *Filosofia della paura. Come, quando e perché la sicurezza è diventata nemica della libertà*, Castelvecchi, 2010, pp. 54-55.

¹⁹ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale*, Obiora Chinedu Okafor, 26 juillet 2020, A/75/180, p. 5.

²⁰ SINTESI DEL 53° RAPPORTO CENSIS SULLA SITUAZIONE SOCIALE DEL PAESE AL 2019. Tous les rapports du CENSIS sont consultables au lien suivant: <https://www.censis.it/>.

²¹ *Ibidem*.

²² M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Themis Droit, 1992, p. 87, l'avait déjà mis en évidence comme l'un des traits essentiels du populisme.

Il en va de même pour la population française: il suffit de consulter les enquêtes du CEVIPOF (Centre de recherches politiques de SciencesPo) pour constater à quel point la société française est affectée par l'anxiété, la colère, le ressentiment et la peur, ainsi que par le même désir d'être guidée par un homme fort au pouvoir²⁵.

À bien y regarder, cette prise d'otage par la peur ainsi que cette soif d'être gouvernés par un *homme fort* plongent ses racines dans le désespoir et l'angoisse face à l'avenir, engendrées par les inégalités économiques et sociales qui frappent la population au niveau mondial: selon l'Organisation de la coopération et du développement économique il faut cinq générations afin qu'un enfant né dans une famille à faible revenu atteigne le revenu moyen national²⁶.

D'ailleurs, comme le relève l'*Enquête sociale européenne* (European Social Survey, ESS), les électeurs européens des mouvements populistes (tant d'extrême gauche que d'extrême droite)²⁷ sont issus le plus souvent de classes économiquement défavorisées²⁸.

²³ Les affinités entre populismes et totalitarismes ont été, d'ailleurs, mises en évidence, entre autres, par l'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant, cit.*, 26 juillet 2020, p. 7: «si l'Histoire décrit Hitler et Staline comme des dirigeants totalitaires – et non pas tant comme des populistes – un lien troublant semble exister entre le populisme et le totalitarisme. Certains auteurs vont même jusqu'à souligner le lien « flagrant » entre les deux idéologies – elles sont toutes deux imprégnées de discours racistes et reposent sur des objectifs profondément odieux tels que les ordres de tirer sur les réfugiés, l'endigement du judaïsme mondial et la stigmatisation des musulmans». Le même rapport renvoie à l'ouvrage de H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism* (New York, Meridian Books, 1958), pp. 241-242. La philosophe, en effet, paraît avoir retracé pour la première fois cette liaison dangereuse entre totalitarisme et populismes, bien qu'elle n'ait jamais mobilisé le mot *populisme*. Parmi les auteurs cités tout au long de cette thèse, l'historien argentin Federico Finchelstein voit une forte «connexion [...]» entre les dirigeants populistes et les fascistes du passé», car «lorsque Trump parle de l'infection causée par les immigrés [...] ou lorsque Salvini envisage la mise en œuvre d'une opération massive de nettoyage [...] ils invoquent en réalité la défense d'une homogénéité ethnique et culturelle imaginaire». Pour l'historien argentin, le populisme serait donc «une reformulation du fascisme dans la perspective d'une ère démocratique». Voir, F. FINCHELSTEIN, *Dai fascismi ai populismi. Storia, politica e demagogia nel mondo attuale*, Donzelli Editore, 2019.

²⁴ SINTESI DEL 52° RAPPORTO CENSIS SULLA SITUAZIONE SOCIALE DEL PAESE AL 2018.

²⁵ CEVIPOF, *Enquête électorale française*, 1^{er} juin 2017, p. 37; CEVIPOF, *Enquête électorale française*, mars 2020, p. 21. Toutes les enquêtes du CEVIPOF sont accessibles au lien suivant: <https://www.sciencespo.fr/cevipof/en.html>.

²⁶ P. G. ARDENI, *Le radici del populismo. Disuguaglianze e consenso elettorale in Italia*, Laterza, 2020, pp. 14-15.

²⁷ Comme le relève, entre autres, l'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, dans le *Rapport de l'Expert indépendant, cit.*, p. 9, «Il existe en réalité de nombreuses nuances de populisme. [...] les partis populistes peuvent se trouver à n'importe quel endroit de l'échiquier politique, et certains d'entre eux sont à gauche [...] Ainsi, conformément à la définition de Paul Taggart, il est souvent affirmé que le populisme est un caméléon, qui s'adapte toujours aux couleurs de son environnement. Le populisme en soi semble par conséquent dénué de valeurs fondamentales et reposer sur une idéologie très mince». Or, si la xénophobie est le trait distinctif des populismes de droite, si l'on veut saisir toutes les nuances de ce phénomène caméléonesque, il faut –

Les populismes constituent, donc, le résultat d'une convergence entre facteurs économiques, politiques et sociaux: politiques publiques défaillantes, inégalités globales et absence de perspectives d'avenir sont à l'origine de ce que Robert Castel a qualifié de «frustration sécuritaire»²⁹, voire d'un sentiment d'angoisse que les *acteurs de la sécurité* (politiques, médiatiques et parfois même juridiques)³⁰ n'hésitent pas à manipuler et à canaliser vers les étrangers en tant que *boucs émissaires*³¹, n'étant pas capables (ou ne voulant pas) gérer ces sentiments rationnellement³².

Comme l'écrit, entre autres, le juriste italien Francesco Forzati, «c'est dans cet *humus* qui naît et se développe la sécurité de la peur et de l'intolérance envers l'Autre»³³, la tolérance progressant à la régression des problèmes de subsistance économique³⁴. Comme dans une sorte de «dégoût projectif»³⁵, on canalise, dès lors, cet angoisse sur la figure-symbole de la précarité, de l'instabilité, de l'imprévisibilité et de la *liquidité* propres

comme le soulignent O. DARD – C. BOUTIN – F. ROUVILLOIS, *Le dictionnaire des populismes*, Les Éditions du Cerf, 2019, p. 8 – que l'on mobilise le mot *populisme* au pluriel.

²⁸ Cette enquête est tirée de l'ouvrage P. GRAZIANO, *Neopopulismi. Perché sono destinati a durare*, Il Mulino, 2018, pp. 129-130.

²⁹ Expression tirée de R. CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Éditions du Seuil, Paris, 2023, p. 4.

³⁰ Comme l'écrit X. CHIARAMONTE, «Il diritto penale è intrinsecamente populista?», *Azimuth: philosophical coordinates in modern and contemporary age*, 1/2021, p. 202, il serait réducteur de penser que l'usage populiste du droit pénal est une prérogative exclusive du pouvoir politique, puisque «il y a, au contraire, dans le langage et les techniques du droit en général, et notamment pénal, un ensemble de ressources qui défient la temporalité linéaire et qui, par là même, offrent une boîte à outils et une grammaire du pouvoir disponible à de multiples usages et ordres discursifs [...] Voilà que, même du côté des acteurs du populisme, on peut élargir le regard, jusqu'à y voir non seulement le pouvoir législatif ou exécutif, mais aussi les professionnels du droit, la magistrature d'abord, c'est-à-dire le pouvoir judiciaire».

³¹ Comme l'écrit R. CASANOVA, dans «Bouc émissaire. Chronique d'une violence ordinaire», *Les cahiers dynamiques*, 2/2014, p. 38, «le bouc émissaire est celui qui, au prix de son exclusion, est l'instrument de la réconciliation des membres du groupe. Selon l'expression de René Girard, il permet le passage d'une *violence du contre tous*, destructrice du groupe, en une *violence du tous contre un*, reconstructive du groupe». L'Auteur se réfère, notamment, à l'ouvrage R. GIRARD, *Le bouc émissaire*, Grasset, Paris, 1982.

³² Selon F. OLIVERI, «Governare attraverso la paura: le politiche migratorie emergenziali e securitarie come paradigma», *Jura Gentium*, XVIII 1/2021, p. 300, la gestion émotionnelle et sécuritaire du phénomène migratoire est un choix visant à produire des ennemis et à les exploiter, de temps à autre, pour fournir une force de travail hyper-vulnérable au système économique ou pour accroître le consensus électoral de ceux qui rassurent la population effrayée.

³³ F. FORZATI, *La sicurezza tra diritto penale e potere punitivo*, Edizioni scientifiche italiane, 2020, p. 388.

³⁴ Y. ALGAN – E. BEASLEY – D. COEHN – M. FOUCAULT, *Les origines du populisme. Enquête sur un schisme politique et social*, Seuil, 2019, p. 30.

³⁵ M. NUSSBAUM, *La monarchia della paura*, Il Mulino, 2018, p. 104 (éd. or.: *The Monarchy of Fear. A Philosopher Look at Our Political Crisis*, Simon & Schuster, 2018, traduit par M. Giglioli).

aux temps modernes³⁶: l'*étranger*, voire celui qui, avec sa portée d'*inquiétante étrangeté*³⁷, incarne cette mobilité perçue dans un sens négatif comme risque de «déterritorialisation»³⁸.

L'*étranger*, surtout si pauvre et non qualifié³⁹, est en effet porteur d'un nouvel univers culturel et social perçu comme une menace à notre aspiration à l'ordre et à la stabilité⁴⁰. Comme l'écrit Abdelmalek Sayad, «la présence au sein de la nation de *non-nationaux* [...] trouble la séparation ou la ligne de frontière entre ce qui est national et ce qui ne l'est pas, perturbe et trouble l'ordre fondé sur cette séparation, porte atteinte à l'intégrité de cet ordre, à la pureté ou à la perfection mythiques de cet ordre»⁴¹.

Comme un miroir, la politique migratoire et la politique criminelle nous donnent cet image d'une société plongée dans la peur⁴²: la première parce que c'est «l'État qui se pense lui-même en pensant l'immigration»⁴³, la deuxième «parce que toute incrimination [...]

³⁶ X. DE LA VEGA, *Vivre dans la modernité liquide. Rencontres avec Zygmunt Bauman*, dans V. Bedin (sous la direction de) *Philosophies et pensées de notre temps*, Éditions Sciences Humaines, 2011, pp. 141-148.

³⁷ F. YVAN, «L'inquiétante étrangeté de l'étranger», *Savoir et clinique*, 1/2018, pp. 141-149.

³⁸ L. DORNEL, «Bohémiens, Tsiganes et nomades: la construction d'une figure particulière de l'étranger au XIXe siècle», *Études Tsiganes*, 2011/3 (n° 47), p. 17.

³⁹ Les étrangers hautement qualifiés bénéficient d'un statut privilégié par rapport aux étrangers pauvres et non qualifiés, pouvant aspirer à la *Carte bleue de l'Union européenne*, ce qui – comme l'a relève Mireille Delmas-Marty (dans *Le durcissement du contrôle des migrations – Sens et non sens de l'humanisme juridique*, Cours au Collège de France, 19 janvier 2011, <https://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/course-2011-01-19-14h00.htm>; URL consulté le 4 septembre 2022) – sert de facteur potentiel d'inégalités au niveau mondial, provoquant aussi une fuite des cerveaux des pays pauvres d'origine. Il en va de même pour la *carte de séjour pluriannuelle talent* récemment ultérieurement valorisée par la *loi programmation et orientation n° 2023-22 du 24 janvier 2023 du Ministère de l'intérieur*. Comme le relève S. KHOSRAVI, *Io sono confine*, Elèuthera, 2019, p. 8, ce système ne peut qu'aggraver les inégalités entre le Nord et le Sud du Monde et, à tout bien considérer, ne fait que préserver l'ordre socio-économique dominante, toute frontière entre États, étant, selon l'Auteur, une «frontière de classe». Dans le même sens, voir M. AMBROSINI – M. D'AMICO – E. PERASSI, *Migrazioni, confini, diritti umani*, Milano University Press, 2022, p. 10, selon lesquels «la défense des frontières est en réalité sélective: aux fermetures vis-à-vis d'une partie des candidats à l'entrée s'opposent les ouvertures, et même l'accueil généreux, vis-à-vis d'autres, privilégiés par nationalité, cens, compétences professionnelles. Les frontières ne fonctionnent pas comme des murs au sens absolu, mais plutôt comme des filtres, dans le cadre de régimes de mobilité néolibéraux».

⁴⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique, cit.*, p. 180.

⁴¹ A. SAYAD, *La double absence: des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Éditions du Seuil, Paris, 2016. VLeBooks, pp. 149-150.

⁴² La métaphore du miroir en référence à la politique criminelle a été évoquée, entre autres, par M.-D. CHILSTEIN lors de la visio-conférence «Droit pénal et émotion» organisée par l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne et transmise via Zoom le 16 avril 2021 (vidéo accessible au lien suivant: <https://mediatheque.univ-paris1.fr/video/2790-droit-et-emotion-seance-n9/>; URL consulté le 18 mars 2023).

⁴³ A. SAYAD, «Immigration et pensée d'État», *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 129, septembre 1999, *Délits d'immigration*, p. 6.

repose sur un choix de valeurs ou d'intérêts dont le respect est jugé indispensable au maintien de l'ordre social»⁴⁴.

Concernant, notamment, la politique criminelle, il faut souligner que cet expression sera mobilisée tout au long de cette thèse dans le sens qu'elle avait sous la plume de Mireille Delmas-Marty, en se référant à l'ensemble des théories et pratiques de contrôle social⁴⁵. Il s'agit, en d'autres termes, d'un «dispositif intégré»⁴⁶: un «ensemble absolument hétérogène de propositions, énoncés, discours, décisions, institutions, lois»⁴⁷ dont la sphère privilégiée est certes le droit pénal, mais qui se nourrit également d'autres formes de criminalisation, issues du droit administratif-punitif, ainsi que d'un ensemble de dispositifs rhétoriques et constructions cognitives, fondées sur des préjugés et perceptions.

D'ailleurs, comme l'a écrit Émile Durkheim, «il ne faut pas dire qu'un acte froisse la conscience commune parce qu'il est criminel, mais qu'il est criminel parce qu'il froisse la conscience commune»⁴⁸.

C'est en raison de tout cela que l'analyse et la déconstruction de la rhétorique sécuritaire s'imposent comme nécessaires en tant que point de départ d'un travail de recherche en droit qui, comme celui qui fait l'objet de la présente thèse, vise à dévoiler la nature populiste des choix de criminalisation qui font de l'étranger un ennemi à déshumaniser, à marginaliser et, par conséquent, à exposer à un risque de déviance et paradoxalement d'insécurité pour tous et toutes⁴⁹.

Comme on le démontrera lors de la **Section II du Chapitre I** (intitulée «**le droit pénal face aux néopopulismes sécuritaires: un droit pénal de l'ennemi**»), la rhétorique visant à faire de l'étranger un ennemi de la sécurité est, en effet, inconciliable avec les données et les enquêtes statistiques les plus fiables, dévoilant que la surpopulation étrangère dans les prisons sont largement le résultat de ce que Michel Foucault qualifiait de

⁴⁴ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 2022, p. 3.

⁴⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes*, cit., p. 13.

⁴⁶ A. SBRACCIA, *Il processo di criminalizzazione dei migranti*, dans F. Curi – F. Martelloni – A. Sbraccia – E. Valentini (sous la direction de), *I migranti sui sentieri del diritto*, Giappichelli, 2020, p. 26.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ É. DURKHEIM, «Définitions du crime et fonction du châtement», in D. Szabo (a cura di), *Déviante et criminalité*, 1970, p. 7.

⁴⁹ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, dans Anastasia Stefano – Palma Mauro (sous la direction de), *La bilancia e la misura*, FrancoAngeli, 2001.

*racisme d'État*⁵⁰, phénomène qui se concrétise, par exemple, dans une concentration des contrôles policiers sur la population étrangère⁵¹, ainsi que sur la marginalisation sociale de cette partie de la population, qui rencontrent plus de difficultés dans l'accès aux mesures alternatives à la détention⁵² tant en France qu'en Italie⁵³.

Et pourtant, au nom d'une prétendue menace à la sécurité, on constate une extension incontrôlée du *pouvoir de punir* (manifestation suprême de la souveraineté d'un État⁵⁴) surtout à l'encontre des étrangers *indésirables*⁵⁵, de plus en plus cibles d'une politique

⁵⁰ Il s'agit d'un racisme réalisé par «un État qui monopolise le bio-pouvoir (combinant savoir et contrôle administratif) et ainsi gère la vie et les vies». Dans ce sens, T.-C. HOLT, *Pouvoir, savoir et race. À propos du cours de Michel Foucault «Il faut défendre la société»*, dans Jean-Claude Zancarini (sous la direction de), *Lectures de Michel Foucault*, ENS éditions, 2014.

⁵¹ Voir, par exemple, DÉFENSEUR DES DROITS, «Enquête sur l'accès aux droits», volume 1: «Relations police/population: les cas des contrôles d'identité», 2017 (URL: <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/enquete-relations-police-population-final2-11012017.pdf>; consulté le 2 avril 2023), qui a démontré qu'un jeune homme noir ou arabe a vingt fois plus de risques qu'un homme blanc d'être interpellé par la police pour un contrôle d'identité. Une autre enquête réalisée par une équipe de chercheurs français a confirmé que les contrôles policiers sont influencés par les paramètres suivants: le genre (les hommes sont plus souvent contrôlés par la police), l'âge (les jeunes sont plus souvent arrêtés), la tenue vestimentaire (la préférence est donnée à ceux qui observent un style hip hop ou sombre), mais surtout, la peau foncée expose à un risque plus élevé. Ces pratiques ont été également encouragées par des directives ministérielles: en 1999, une circulaire du ministère français de l'intérieur ordonnait aux préfets de "procéder à des contrôles systématiques dans des lieux [...] où se concentrent les étrangers en situation irrégulière"; en 2007, le Ministère de l'Immigration, Intégration et Identité nationale imposait aux policiers l'obligation d'identifier un *minimum* d'étrangers en situation irrégulière. Enfin, il a été démontré que, face à une même infraction pénale, il y a une tendance à recourir plus systématiquement à la garde à vue lorsque l'auteur est un ressortissant étranger. Ces pratiques ont d'ailleurs été censurées par les juridictions françaises. Ainsi, le 25 mars 2015, la Cour d'appel de Paris a reconnu le caractère discriminatoire des contrôles d'identité, grâce aux témoignages de personnes ayant assisté à certains contrôles menés par la police à l'entrée d'un centre commercial près de *La Défense* exclusivement à l'encontre des personnes à la peau foncée. Cfr. K. PARROT, *Carte blanche. L'État contre les étrangers*, La Fabrique Éditions, Paris, 2019, p. 310; L. MUCCHIELLI, «Immigration et délinquance: réalités, amalgames et racismes», *Migrations et mutations de la société française*, 2014.

⁵² LA CIMADE, *Interventions en prison. Synthèse nationale des actions menées*, 2021, pp. 107 ss.; S. BISIAUX, *En finir avec les idées fausses sur les migrations*, États Généraux des Migrations, 2021, pp. 99-100. Pour cette thèse, voir aussi E. BRANCHARD, «Étrangers incarcérés, étrangers délinquants?», *Plein Droit*, n° 50, juillet 2001.

⁵³ Voir, entre autres, F. PALAZZO, «Immigrazione e criminalità. Una lettura di dati statistici», *Diritto penale contemporaneo*, 24 octobre 2016, p. 2.

⁵⁴ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit III. La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007, p. 62: «la souveraineté nationale [...] inclut le pouvoir de punir»; dans le même sens, v. P. PONCELA, «Droit de punir et pouvoir de punir: une problématique de l'État», *Archives de philosophie du droit*, vol. 28, «Philosophie pénale», 1983, pp. 123-135.

⁵⁵ M. AGIER, *Gérer les indésirables. Des camps de réfugiés au gouvernement humanitaire*, Flammarion, 2008.

criminelle «d'exclusion fondée sur des postulats d'incurabilité et d'appartenance à des catégories à risques»⁵⁶, selon la logique de la *tolérance zéro*.

La sécurité devient ainsi le «sésame ouvre-toi du populisme»⁵⁷. La raison en est expliquée par les politologues Cass Mudde et Rovira Kaltwasser à la lumière de la même nature du populisme, qui, en tant qu'«idéologie très mince»⁵⁸ (*thin-centered*), nécessite à la fois de la construction d'un ennemi et de la mobilisation d'un *élément discursif*, voire d'une *catégorie conceptuelle* autour de laquelle fabriquer et maintenir le consensus électoral⁵⁹.

Ce n'est pas par hasard si le populisme a été défini comme une *logique toute particulière de construction du discours politique*, voire une *forme de rhétorique* ou un *style discursif*⁶⁰, la sécurité étant le mot-clé mobilisé par les populistes afin de définir le *peuple par exclusion*⁶¹, en identifiant des ennemis par lesquels *il faut défendre la société*⁶².

Comme dans tous les *discours performatifs*, l'usage populiste du concept de sécurité exerce ce que Pierre Bourdieu qualifiait de *violence symbolique*⁶³, c'est-à-dire une «forme particulière de pouvoir [...] sur les corps, directement et comme par magie, en dehors de toute contrainte physique»⁶⁴. Comme l'écrit également le philosophe Jean-Pierre Dupuy, «en disant les choses, le prophète les fait venir à l'existence»⁶⁵.

Au nom de la sécurité, un semblant de légitimité est en effet conféré à certaines mesures politiques qui ne correspondent pas nécessairement à la finalité que les acteurs populistes prétendent poursuivre, mais au contraire finissent le plus souvent par produire plus d'insécurité. En d'autres termes, une question publique (en l'espèce, celle migratoire) devient une question de sécurité parce qu'elle est représentée et perçue en tant que telle

⁵⁶ D. SALAS, *La volonté de punir*, cit., pp. 118-119.

⁵⁷ F. FORZATI, *La sicurezza tra diritto penale e potere punitivo*, Edizioni scientifiche italiane, 2020, p. 166.

⁵⁸ C. MUDDE – C. R. KALTWASSER, *Populism. A very short introduction*, Oxford University Press, 2017 (trad. it.: *Populismo. Una breve introduzione*, Mimesis, 2020), pp. 27-28.

⁵⁹ C'est la raison pour laquelle certains politologues considèrent le populisme davantage comme un *syndrome* que comme une idéologie. P. WILES, *A syndrome, not a doctrine. Some elementary theses on Populism*, dans E. Gellner (sous la direction de), *Populism: its meaning and national characteristics*, Nicolson, 1969, p. 166.

⁶⁰ E. LACLAU, *Populism: What's in a name?*, dans F. Panizza (sous la direction de), *Populism and the Mirror of Democracy*, Verso Books, 2005, pp. 22-49.

⁶¹ N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Il Mulino, 2020, p. 19 (éd. or. *Me, The People. How populism transforms democracy*, Harvard University Press, 2019, trad. it. par C. Bertolotti).

⁶² M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au collège de France (1975-1976)*, Seuil, Paris, 1997.

⁶³ P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, Seuil, Paris, 1987 (éd. or. *Meditazioni pascaliane*, trad. it. par A. Serra, Feltrinelli, 1988, p. 177).

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ J.-P. DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé*, Paris, Seuil, 2002, p. 216.

pour cause d'une *pratique discursive et déformante* fonctionnelle au maintien (et à l'expansion) du système politique, social et économique dominant⁶⁶.

Le philosophe italien Luigi Ferrajoli⁶⁷ denonce, à ce propos, l'alliance perverse entre libéralisme et populisme, puisque la *précarisation des nos vies*⁶⁸ (causée par le libéralisme) a été suivie de la manipulation d'une masse d'individus rendue de plus en plus solitaires (au lieu de solidaire) et compétitifs, dans une sorte de *bellum omnium contra omnes* qui a transformé la *lutte contre les inégalités* dans une *lutte contre les différences*, et notamment contre les personnes migrantes, qui incarnent la différence et qui sont les plus *vulnérables* (d'un point de vue à la fois ontologique et positionnel)⁶⁹ ainsi que les plus défavorisées par le système anarcho-capitaliste⁷⁰.

En raison de tout cela, en tirant les expressions qui suivent du lexique foucauldien, on peut parvenir à définir le discours politique autour de la sécurité comme une *stratégie (ou dispositif) de pouvoir*⁷¹, visant à faire de la sécurité un outil plié aux «géométries variables du pouvoir»⁷², ainsi qu'à détourner des phénomènes complexes (qui nécessiteraient d'une gestion rationnelle du pouvoir politique) derrière des solutions simples⁷³ et parfois contre-productives, «le populisme pénal n'about[issant] en fait qu'à produire de la peur et de

⁶⁶ Dans ce sens, voir également B. BUZAN – O. WAEVER – J. DE WILDE, *Security. A new framework for analysis*, Lynne Rienner Publishers, 1997, p. 26.

⁶⁷ L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, 2022, p. 36.

⁶⁸ L'expression est tirée de J. BUTLER, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Verso, 2006.

⁶⁹ Comme l'explique B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, dans T. Casadei – G. Zanetti (a cura di) – Collana di Studi e Ricerche del CRID UniMore, Giappichelli, 2021, p. 5, la vulnérabilité positionnelle est une condition de *fragilité hétéro-déterminée* par des facteurs socio-politiques (produits par les États) qui plongent les personnes migrantes dans une situation de vulnérabilité.

⁷⁰ Dans le même sens, voir, entre autres, P. DENEEN, *Why liberalism failed*, Yale University Press, 2019, p. 16 ss., selon le quel le libéralisme, qui avait promis plus d'autonomie pour tous, a plongé l'humanité dans un abîme de peur et de solitude, la transformant en une «masse atomisée» d'individus ne voulant plus «faire l'expérience d'autres cultures (et d'autres normes), finissant par ne plus connaître qu'une seule et unique culture».

⁷¹ L. OLIVIER, *La question du pouvoir chez Foucault: espace, stratégie et dispositif*, Cambridge University Press, 2009.

⁷² F. FORZATI, *op. cit.*, p. 390.

⁷³ Selon J. V. ROBERTS – L. J. STALANS – D. INDERMAUR – M. HOUGH, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, Oxford University Press, 2003, p. vii, le populistes ont tendance à fournir des solutions simples à des problèmes complexes. Dans le même sens, M. DELMAS-MARTY, *Une boussole des possibles*, *cit.* D'ailleurs, comme l'avait écrit P. LEVI dans son ouvrage *I sommersi e i salvati*, Einaudi, 1986, pp. 24-25, cette tendance à la simplification s'explique par le fait qu'«il est si fort en nous, peut-être pour des raisons qui remontent à nos origines d'animaux sociaux, le besoin de diviser le champ entre *Nous* et *Eux*, que ce schéma, la bipartition ami-ennemi, l'emporte sur tous les autres». Toutefois, comme continue de l'expliquer l'Auteur, «ce désir de simplification est justifié, la simplification n'est pas toujours. C'est une hypothèse de travail, utile dans la mesure où elle est reconnue comme telle et non confondue avec la réalité».

l'insécurité, à briser les liens sociaux, à alimenter les tensions et les clivages entre les individus, à durcir le fanatisme et la xénophobie⁷⁴ et, finalement, à faire de la peur (et, notamment, de la *peur-exclusion*⁷⁵) une «prophétie auto-réalisatrice»⁷⁶.

Le **Chapitre II** (intitulé «**Sécurité via exclusion. Le droit pénal en tant qu'arme de marginalisation et déshumanisation**») portera précisément sur l'analyse critique de ce *droit pénal de la peur-exclusion*⁷⁷, contaminé par la logique du *droit pénal de l'auteur*⁷⁸ (ainsi que de l'ennemi⁷⁹) et mis en place dans la conviction qu'il faille *défendre la société*, tout en mobilisant l'outil punitif (pénal *stricto sensu*, ainsi qu'administratif

⁷⁴ R. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffrè, 2018, p. 534.

⁷⁵ M DELMAS-MARTY, «Sécurité, je lis ton nom... De la peur-exclusion à la peur-solidarité», dans *Politique(s) Criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, pp. 163 ss.

⁷⁶ R. CORNELLI, *Politiche della paura*, dans R. Cornelli – A. Ceretti, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, paura e politica* (a cura di), Feltrinelli, Milano, 2013, p. 44.

⁷⁷ L'expression est tirée et réadaptée (selon le lexique de Mireille Delmas-Marty) de la pénaliste italienne L. SIRACUSA, «Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 4/2013, pp. 765-786.

⁷⁸ En Italie en témoin, entre autres, l'article 6 alinéa 3 du Code de l'entrée et du séjour (T.U.I.) punissant «tout étranger qui, requis par les agents de sécurité publique, ne se conforme pas, sans raison justifiée, à l'ordre de production du passeport ou de tout autre document d'identification et du titre de séjour ou autre document attestant la présence régulière sur le territoire de l'État». Comme on l'expliquera, en effet, cet infraction n'est rien d'autre qu'un doublon par rapport au délit qui était déjà prévu à l'art. 651 c.p., punissant tout refus d'indications sur son identité personnelle par tout individu, quelle que soit sa qualification personnelle ou juridique. La vérité est que cet infraction spécialement construite sur la figure de l'étranger est punie plus sévèrement que l'infraction dirigée contre tout autre individu, dans le premier cas la sanction pécuniaire et la peine privative de liberté étant conjointes, alors que l'art. 651 c.p. les qualifie des sanctions alternatives.

⁷⁹ La doctrine majoritaire fait remonter les origines de cet expression à G. JAKOBS, «Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2009, selon lequel ceux qui violent les règles s'excluent eux-mêmes du système juridique et, par conséquent, acceptent d'être traités en tant que non-citoyens ou, mieux, non-personnes. Les origines du modèle du droit pénal de l'ennemi seraient plus anciennes selon G. FIANDACA, *Nulla di nuovo sotto il sole (o buio) penalistico: Manzini precursore di Jakobs nella teorizzazione di un "diritto penale del nemico"*, dans C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (sous la direction de), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, p. 35 ss. En tous cas, l'idée – comme l'écrit M. FOUCAULT dans son ouvrage *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, trad. it. par A. TALCHETTI, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2014, p. 98 – est toujours la même: «le criminel apparaît alors comme un être juridiquement paradoxal: il a rompu le pacte, il est donc l'ennemi de la société tout entière, et pourtant il participe à la punition qu'il subit. [...] En effet, l'infraction oppose un individu à l'ensemble du corps social. Lutte inégale: d'un seul côté, toutes les forces, toute la puissance, tous les droits. Et il est nécessaire qu'il en soit ainsi, il en va de la sécurité de chacun».

punitif)⁸⁰ en fonction de la marginalisation et de la déshumanisation des étrangers qualifiés d'*indésirables*.

En effet, en citant à nouveau Mireille Delmas-Marty, on a assisté à un «renforcement des politiques d'exclusion, au nom de l'autodéfense préventive»⁸¹ et au détriment des droits fondamentaux et des garanties individuelles qu'un *État de droit* devrait accorder à tout être humain, y compris étranger.

D'ailleurs, l'étymologie du mot *crime* confirme la dimension ontologiquement et potentiellement excluante des choix de politique criminelle: la racine grecque du mot (*crima*, en latin *crimen*) est issue du verbe *crinein*, qui signifie *séparer; sélectionner; choisir; distinguer* (et, en dernier ressort, *accuser, soumettre à un jugement*)⁸².

Criminaliser signifie, donc, *séparer* ce qui (est jugé en tant que) *bon* de ce qui (est jugé en tant que) *mauvais*, en intervenant dans des territoires hautement symboliques⁸³, en les façonnant et en les transformant en même temps. En ce sens, le droit pénal sert de

⁸⁰ Tant en France qu'en Italie, on a admis l'existence de sanctions administratives «ayant le caractère d'une punition», tout en précisant qu'elle devraient respecter les principes constitutionnels en matière pénale (tels que le principe de non-rétroactivité et le principe d'individualisation des peines). En France, voir, *ex multis*, CONSEIL D'ÉTAT, 12 avril 2022, n° 449684, selon lequel le principe de nécessité des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique «qu'une sanction administrative ayant le caractère d'une punition ne puisse être appliquée que si l'autorité compétente la prononce expressément en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce» et CONSEIL D'ÉTAT, 21 octobre 2013, n° 367107. Pour d'autres décisions similaires sur ce sujet, voir M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes*, cit., pp. 344-348. Dans la jurisprudence européenne, voir, *ex multis*, CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres contre Italie*, nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10; CEDH, 23 novembre 2006, *Jussila contro Finlandia*, n. 73053/01; Cedh, 9 février 1995, *Welch c. Royaume-Uni*, n. 17440/90; CEDH, 21 février 1986, *Öztürk c. Allemagne*, n. 8544/79. Le *leading-case* est représenté par CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autre c. Pays-Bas*, n. 5100/71, §§ 81 e 82. Dans la jurisprudence italienne, cette thèse a été adoptée, entre autres, par COUR CONSTITUTIONNELLE, 4 juin 2010, n. 196, qui, se référant explicitement aux arrêts de la Cour de Strasbourg et à son interprétation des articles 6 et 7 de la CEDH, a jugé que «le principe selon lequel toutes les mesures de nature punitive-afflictive doivent être soumises à la même discipline que les sanctions pénales au sens strict [...] peut être déduit de l'article 25, deuxième alinéa, de la Constitution, qui – compte tenu de l'ampleur de son libellé ("Nul ne peut être puni...") – peut être interprété comme signifiant que toute intervention qui n'a pas pour fonction première la prévention criminelle (et qui n'est donc pas imputable – au sens strict du terme – à des mesures de sécurité effectives), n'est applicable que si la loi qui la prévoit est déjà en vigueur au moment de la commission de l'infraction sanctionnée». Pour d'autres décisions des juges italiens communs dans le même sens, voir P. CHIRULLI, «L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza», dans *Rivista AIC*, juillet 2014, consultable au lien suivant www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it.

⁸¹ EAD., *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Seuil, Paris, 2010, p. 239.

⁸² EAD., *Les forces imaginantes du droit IV*, cit., p. 28.

⁸³ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019, p. 3, parle, à ce propos, de *droit pénal expressif*, «parce que toute incrimination [...] repose sur un choix de valeurs ou d'intérêts dont le respect est jugé indispensable au maintien de l'ordre social».

*frontière*⁸⁴, incarnant la souveraineté et le relativisme des valeurs nationales⁸⁵. Il est, en d'autres termes, un dispositif de surveillance et de contrôle des migrations⁸⁶.

En plus d'évoquer la dimension excluante des choix de politique criminelle à l'encontre des étrangers, le mot *frontière* évoquera également, tout au long du deuxième chapitre, la *zone frontalière* dans laquelle s'opère la criminalisation des *indésirables* (ainsi que de ceux qui leur prêtent secours): il s'agit, en effet, d'une *zone grise*, dans laquelle le droit pénal et le droit administratif punitif se chevauchent, le deuxième étant de plus en plus mobilisé, sans que, toutefois, le législateur ait renoncé à la force stigmatisante et déshumanisante du droit pénal.

Comme on verra dans la **Section I du Chapitre II** (consacrée à l'analyse des «**formes de criminalisation-exclusion directe**»), la législation française en témoigne, par exemple, avec le maintien du délit d'entrée irrégulière, bien que la Cour de justice de l'Union européenne ait, maintes fois⁸⁷, déclaré la peine de la réclusion prévue pour ce délit incompatible avec l'effet utile de la directive retour (2008/115/CE)⁸⁸, voire l'éloignement le plus rapide possible de l'*étranger indésirable*.

Concernant notamment, la législation française, la Cour de Luxembourg a jugé de l'incompatibilité du délit de séjour irrégulier avec la directive retour dans l'affaire *Achughbadian*⁸⁹. Notamment, dans sa décision rendue le 6 décembre 2011, la Cour de

⁸⁴ La frontière, en effet, désigne «ce qui sépare [...] ce qui se présente par-devers de soi» (L. RICHEFEU, *Le droit pénal face à la migration transfrontière*, Mare Martin, 2021, p. 5).

⁸⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit IV*, cit., p. 29: «traditionnellement, le droit pénal symbolise à la fois la souveraineté nationale et la culture de chaque peuple, constituant ainsi le domaine privilégié – faut-il dire le refuge? – du relativisme des valeurs».

⁸⁶ L. RICHEFEU, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁷ Voir, entre autres, CJUE, 28 avril 2011, affaire *El Dridi*, C 61/11, § 63. Bien que le principe formulé en l'espèce concerne l'infraction italienne de méconnaissance de l'ordre de quitter le territoire italien (article 14, paragraphe 5-*bis* du code italien de l'entrée, du séjour et de l'asile), qui à l'époque des faits était punie de la peine de l'emprisonnement (jugée incompatible avec l'effet utile de la directive retour), il est valable aussi pour toute autre infraction (y compris celles prévues par une législation différente de celle examinée par la Cour). En outre, bien que le principe posé par la Cour de Luxembourg concerne une législation de l'un des Pays membres de l'Union européenne et bien qu'il soit contraignant en l'espèce pour le juge de renvoi, les autres juridictions nationales doivent s'y conformer tant que la Cour ne donne pas une interprétation différente. Cfr. R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2020, p. 352.

⁸⁸ Directive du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

⁸⁹ CJUE, 6 décembre 2011, affaire *Achughbadian*, C-329/11. En l'espèce, un ressortissant arménien, soupçonné d'avoir commis et de continuer à commettre ce délit, avait été placé en garde à vue. Un examen plus approfondi de la situation de M. Achughbadian a alors fait apparaître que l'intéressé était entré en

Luxembourg a jugé que la directive retour s'oppose à ce qu'un État membre punisse la violation d'une décision de retour ou le séjour irrégulier par une peine d'emprisonnement si l'étranger n'a pas été préalablement soumis aux mesures coercitives et graduelles prévues par l'article 8 de la directive jusqu'à l'expiration de la durée maximale de la rétention⁹⁰. Par contre, elle ne s'oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour⁹¹.

Preuve cependant que même le législateur français n'a pas su résister à la tentation sécuritaire, la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012⁹² n'a fait qu'abroger le délit de séjour irrégulier, tout en gardant le délit d'entrée irrégulière (et, par conséquent, tous les délits qui lui sont accessoires). Elle a aussi introduit un nouveau délit, consistant à se maintenir sur le territoire français en violation de la mesure d'éloignement ou de la mesure de rétention dans un centre de rétention administrative ou de la mesure de l'assignation à résidence⁹³ (article L 624-1 de l'ancien CESEDA; article L 824-3 de la version actuelle⁹⁴, résultant des

France le 9 avril 2008 et y avait sollicité l'octroi d'un titre de séjour et que cette demande avait été rejetée le 28 novembre 2008, ce rejet ayant été confirmé le 27 janvier 2009 par le préfet du Val-d'Oise et assorti par ce dernier d'un arrêté, notifié à M. Achughbabian le 14 février 2009, portant obligation de quitter le territoire français dans le délai d'un mois. Le 25 juin 2011, un arrêté de reconduite à la frontière et un arrêté de placement en rétention administrative ont été adoptés par le préfet du Val-de-Marne et notifiés à M. Achughbabian. Deux jours après, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Créteil, saisi en vertu de l'article L. 552-1 CESEDA aux fins de la prolongation de la rétention au-delà de 48 heures, avait ordonné cette prolongation en rejetant les exceptions de nullité soulevées par M. Achughbabian à l'encontre, notamment, de la garde à vue dont il venait de faire l'objet. Selon M. Achughbabian, il découlait de l'arrêt *El Dridi* que la peine d'emprisonnement prévue pour le délit de séjour irrégulier était incompatible avec la directive retour. Eu égard à cette incompatibilité ainsi qu'à la règle selon laquelle une garde à vue ne peut avoir lieu qu'en cas de soupçon d'un délit passible d'une peine d'emprisonnement, la procédure suivie en l'espèce aurait été irrégulière.

⁹⁰ CJUE, 6 décembre 2011, affaire *Achughbabian*, C-329/11, § 46.

⁹¹ *Ivi*, § 48.

⁹² Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

⁹³ Article 9 de la loi mentionnée ci-dessus: "avant le premier alinéa de l'article L. 624-1 du même code [le CESEDA], il est ajouté un alinéa ainsi rédigé: tout étranger qui, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière, d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une interdiction judiciaire du territoire, se sera maintenu irrégulièrement sur le territoire français sans motif légitime, après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement, sera puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende".

⁹⁴ "Est puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende le fait, pour un étranger, de se maintenir irrégulièrement sur le territoire français sans motif légitime, après avoir fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son

modifications apportées par l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020, ratifiée par la loi n° 2022-217 du 21 février 2022).

Selon certains parlementaires ayant saisi le Conseil constitutionnel, ce délit aurait constitué une erreur manifeste de transposition de la directive 2008/115/CE. Dans leur saisine, ils indiquaient que la CJUE avait déjà jugé que cette directive s'oppose à une réglementation qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié. Toutefois, le Conseil constitutionnel a indiqué que ces dispositions n'avaient pas pour objet de transposer ladite directive⁹⁵. D'ailleurs, à bien y réfléchir, le grief tiré était le résultat d'une interprétation superficielle de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne: comme on l'a dit, en effet, selon les juges de Luxembourg, la directive retour, d'un côté, «s'oppose à une réglementation d'un État membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales, pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit État membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement, n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention»⁹⁶; de l'autre côté; la même jurisprudence «ne s'oppose pas à une telle réglementation pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers auquel la procédure de retour établie par ladite directive a été appliquée et qui séjourne irrégulièrement sur ledit territoire sans motif justifié de non-retour»⁹⁷. Tel est le cas prévu et puni à l'article L 624-1 de l'ancien CESEDA (aujourd'hui L 824-3), aux termes duquel la peine de l'emprisonnement ne s'applique qu'à l'étranger (se maintenant irrégulièrement sur le territoire) ayant déjà fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention ou d'assignation à résidence.

éloignement en exécution d'une interdiction administrative du territoire français, d'une obligation de quitter le territoire français, d'une décision de mise en œuvre une décision prise par un autre État, d'une décision d'expulsion ou d'une peine d'interdiction du territoire français. L'étranger condamné en application du présent article encourt la peine complémentaire de trois ans d'interdiction du territoire français”.

⁹⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, § 62.

⁹⁶ CJUE, 6 décembre 2011, précitée, § 46.

⁹⁷ *Ivi*, § 48.

La *ratio* de la directive retour est toujours la même, bien qu'elle satisfasse à la logique excluante du populisme, critiquée dans cette thèse: les États membres de l'Union européenne ne doivent pas entraver, par la peine de l'emprisonnement, le but d'éloignement de l'étranger irrégulier, mais lorsque ce but est entravé par l'étranger (se maintenant irrégulièrement sur le territoire après avoir fait l'objet de la procédure d'éloignement), l'État est autorisé à appliquer la peine de l'emprisonnement.

On comprend, dès lors, un autre principe posé par la Cour de Luxembourg dans l'*affaire Celaj c. Italie*: selon ce principe, la directive retour «doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas, en principe, à une réglementation d'un État membre qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en situation de séjour irrégulier qui, après être retourné dans son pays d'origine dans le cadre d'une procédure de retour antérieure, entre de nouveau irrégulièrement sur le territoire dudit État en violation d'une interdiction d'entrée»⁹⁸. On en déduit la légitimité, à la lumière du droit de l'Union européenne, d'un autre délit: le délit de retour non autorisé sur le territoire français en méconnaissance d'une décision d'éloignement, prévu à l'article L 824-11 CESEDA (version actuelle), qui punit «de trois ans d'emprisonnement le fait, pour un étranger faisant l'objet d'une interdiction administrative du territoire, d'une interdiction de retour sur le territoire français, d'une décision d'expulsion ou d'une peine d'interdiction du territoire français, de pénétrer de nouveau sans autorisation en France. L'étranger condamné en application du présent article encourt la peine complémentaire de dix ans d'interdiction du territoire français». Ce délit trouve son pendant en Italie dans l'article 10 alinéa 2-ter du T.U.I. (code italien de l'entrée et du séjour de l'étranger), qui distingue toutefois l'infraction isolée de celle répétée: en effet, aux termes de cet article, l'étranger ayant fait l'objet d'une interdiction du territoire italien ne peut rentrer sur le territoire de l'État sans une autorisation spéciale du Ministre de l'Intérieur. En cas de réingres non autorisé, l'étranger est puni d'une peine d'emprisonnement allant d'un an à quatre ans; en cas de nouvelle violation, l'emprisonnement peut aller jusqu'à cinq ans.

Concernant l'infraction italienne d'entrée irrégulière, le Gouvernement – en faisant preuve de résistance sécuritaire – a renoncé à dépénaliser le délit d'entrée irrégulière

⁹⁸ CJUE, 1^{er} octobre 2015, *Celaj c. Italia*, C-290/14, § 34.

(comme le Parlement l'avait pourtant requis)⁹⁹ qui constitue, aujourd'hui, une *contravvenzione*¹⁰⁰ punie de l'amende de 5.000 à 10.000 euro.

Comme on l'expliquera lors de la partie de la thèse qui est consacrée à l'infraction (*délit* en France, *contravvenzione* en Italie) d'entrée irrégulière, la peine encourue est tout d'abord incohérente par rapport au but déclaré de répression de la traite des êtres humains, étant donné que – comme l'ont dénoncé certains magistrats¹⁰¹ – d'un point de vue procédural, le migrant irrégulier, s'il est entendu en tant que prévenu, peut se prévaloir du droit au silence, alors que s'il est entendu en tant que personne informée des faits, il est obligé de parler et de dire la vérité.

En plus d'être inconciliable avec le but déclaré, l'infraction d'entrée irrégulière est aussi ineffective par rapport à sa concrète exécution, étant donné la condition de pauvreté dans laquelle les migrants irréguliers vivent. En effet, une enquête menée par une équipe

⁹⁹ Par l'article 2, co. 3, lett. b) de la loi n° 67 du 28 avril 2014, le Parlement italien avait délégué au Gouvernement la tâche d'abroger, en le transformant en infraction administrative, entre autres, la *contravvenzione* d'entrée et séjour illégal. Le Gouvernement a préféré ne pas exercer la délégation à l'égard de cette contravention en raison de la nature particulièrement sensible des intérêts impliqués, manquant ainsi la précieuse occasion d'éliminer du système pénal italien une règle inefficace et absolument incompatible avec le cadre axiologique constitutionnel. Il a, par contre, exercé la délégation à l'égard d'autres infractions (par exemple, l'omission du paiement des retenues de sécurité sociale pour des montants inférieurs à 10 000 euros, conformément à l'article 2, paragraphe 1-bis, du décret-loi no 463/1983). Cfr. C. RUGGIERO, «La depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina: un'occasione mancata per il sistema italiano», *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017, pp. 135-145.

¹⁰⁰ Les infractions pénales italiennes sont classées en *delitti* et *contravvenzioni*, selon le type de peine appliquée par la loi pénale: aux termes de l'article 17 du code pénal italien, les *delitti* sont punis de la peine de la réclusion à perpétuité, de l'emprisonnement et de la *multa*, alors que les *contravvenzioni* sont punis de la peine de l'enfermement et de l'amende. Tant l'amende (*ammenda*, en italien) que la *multa* sont des sanctions pécuniaires; toutefois, aux termes de l'article 24 du code pénal italien, la *multa* ne peut être inférieure à 50 euro et ne peut pas dépasser le montant de 50.000 euro, alors que selon l'article 26 du code pénal italien l'amende (*ammenda*) ne peut pas être inférieure à 20 euro ni dépasser le montant de 10.000 euro. Si le code pénal italien fait une bipartition des infractions entre *delitti* et *contravvenzioni*, en France, aux termes de l'art. 111-1 du code pénal, «les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en *crimes*, *délits* et *contraventions*». Il faut souligner que cette classification seulement *grosso modo* reflète la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, en s'expliquant historiquement surtout à la lumière de la nomenclature des peines, elle-même adaptée à la gravité des faits. Toutefois, comme l'écrit X. PIN, *op. cit.*, pp. 45, «progressivement, la différence de nature entre les crimes et délits, d'une part, et les contraventions d'autre part, s'est estompée. En témoignent les nombreux délits d'omission, qui participent de la nature des incriminations de police et les contraventions de cinquième classe qui, à l'inverse, ressemblent à des délits. [...] Donc désormais, la différence entre ces trois classes d'infractions est plus une différence de degrés». Tout en ayant conscience de cela et du fait que sur le fond il n'y a pas de différence substantielle entre les contraventions françaises et les *contravvenzioni* italiennes, on préfère ici garder le mot italien *contravvenzioni* pour remarquer la particularité française de cette tripartition.

¹⁰¹ L. MILELLA, «Roberti: il reato di immigrazione clandestina? Legge che ha solo ostacolato le indagini sui trafficanti», *La Repubblica*, 8 gennaio 2016.

des chercheurs, auprès des bureaux du Juge de Paix de Milan, a montré qu'au cours des années 2009-2012, environ 800 condamnations à une amende ont été prononcées pour l'infraction en question. Cependant, dans la majeure partie des cas, le juge de paix a constaté l'impossibilité des étrangers de s'acquitter de l'amende encourue.

En outre, seulement dans trois cas, le juge de paix a pu remplacer l'amende par l'expulsion, cette mesure étant elle-même difficile à exécuter à cause, notamment, de l'inexistence d'accords de rapatriement entre l'Italie et l'État concerné. Par conséquent, le résultat a été celui-ci de mettre à la rue les migrants qui avaient été jugés coupables de cette infraction, avec tout ce que cela signifie d'un point de vue de la sécurité collective¹⁰².

Si le populisme punitif peut être qualifié de «populisme excluant»¹⁰³, à la fois dans le sens qu'il vise à «protéger la société, la culture et le mode de vie d'un peuple contre toute intrusion et contamination»¹⁰⁴ et dans le sens qu'il a pour effet d'exclure de la communauté sociale ceux qui sont perçus comme une menace par la société, en les marginalisant et déshumanisant, la criminalisation de l'entrée irrégulière est – dès lors, comme l'indique le titre de la partie de la thèse qui lui est consacrée¹⁰⁵ – le «drapeau du populisme pénal excluant»¹⁰⁶. En effet, faute du paiement de l'amende, de sa conversion en d'autres mesures alternatives¹⁰⁷ ainsi que de l'exécution de l'expulsion du territoire national, le seul résultat auquel cela aboutit est de mettre à la rue les migrants condamnés pour la *contravvenzione* en question, en les exposant ainsi à l'exploitation par le travail ou à la criminalité organisée.

¹⁰² Cette enquête est mentionnée par L. MASERA – F. VIGANÒ, «Abolire la legge Bossi-Fini?», *Diritto penale contemporaneo*, 14 ottobre 2013, p. 7.

¹⁰³ H.-G. Betz, «Exclusionary populism in Austria, Italy and Switzerland», *International journal*, 2001, pp. 303 ss.

¹⁰⁴ *Ivi*, 393-394.

¹⁰⁵ Chapitre II, Section I, Paragraphe 2.

¹⁰⁶ La métaphore du drapeau est empruntée (en la réadaptant au sujet de la thèse) à E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa giallo-verde*, Donzelli editore, 2019, qui l'utilise, toutefois, par référence à la réforme italienne la plus récente en matière de légitime défense en domicile, une réforme qualifiée elle-aussi de populiste, en donnant aux citoyens l'illusion – à travers le récit “la défense est toujours légitime” – qu'ils puissent se défendre tout en méprisant la proportionnalité entre défense et atteinte. Le sujet dépassant les périmètres de cette thèse, pour tout approfondissement on renvoie, *ex multis*, à F. CONSULICH, «La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.», *Giurisprudenza penale*, 5/2019, en se limitant ici à constater que, à bien y réfléchir, elle constitue une déclaration tacite par l'État de l'incapacité de garantir par d'autres moyens la sécurité de ses citoyens, ce qui aboutit à déléguer (au moins, théoriquement) aux individus le droit de se défendre à tout prix.

¹⁰⁷ Théoriquement, aux termes de l'article 55 du décret législatif italien 28 août 2000 n. 274, l'amende pourrait être convertie en *assignation à résidence*, mais très souvent il se passe que cette mesure ne soit pas applicable faute de domicile fixe.

Mais, à bien y regarder, tant le *délit* français d'entrée irrégulière que la *contravvenzione* en Italie, sont excluants dans la mesure où – comme l'a souligné une attentive doctrine¹⁰⁸ – cette infraction exige un comportement actif (franchissement illégal de la frontière) ou omissif (maintien sur le territoire sans des titres justifiant d'un séjour légal) qui soit imputable au moins à la culpabilité de l'agent. Toutefois, on peut douter qu'une telle exigence puisse être satisfaite par des personnes qui, en fuyant des conditions de détresse économique, sociale et parfois culturelle, difficilement ont accès aux textes législatifs d'un État étranger et difficilement peuvent avoir une pleine conscience de la portée juridique de ces textes. Par conséquent, méconnaître la non punissabilité de ces personnes à cause d'une ignorance inévitable de la loi pénale¹⁰⁹ – comme c'est très souvent le cas – est une «insulte à la civilisation, avant d'être une insulte à l'interprétation juridique correcte»¹¹⁰ et contribue à la dimension excluante du droit pénal des étrangers.

Concernant la mobilisation de l'arsenal administratif-punitif, en France elle est mise en évidence, entre autres, par l'*assignation à résidence à durée illimitée*¹¹¹, que la doctrine n'a pas hésité à qualifier de «peine perpétuelle échappant pourtant au contrôle du *juge*

¹⁰⁸ G. FERRERO, *Contro il reato di immigrazione clandestina. Un'inutile, immorale, impraticabile minaccia*, Ediesse, 2009.

¹⁰⁹ Cfr. COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE, dans sa décision du 24 mars 1988, n. 364, selon laquelle «dès lors que l'obligation de respecter les lois pénales entre dans le jeu [...] puisqu'il s'agit de l'application d'une peine, quelle que soit la théorie dont on entend partir (à l'exception de celle de la prévention générale du point de vue de la pure dissuasion, qui, toutefois, comme on l'a déjà souligné, ne peut être légitimement utilisée pour attribuer une responsabilité pénale) et puisque la violation de l'obligation susmentionnée doit être reprochable, l'impossibilité de connaissance de la loi pénale (et, par conséquent, de l'illicéité d'un fait) non imputable à la volonté de l'intéressé doit nécessairement exclure la punissabilité de la personne».

¹¹⁰ G. FERRERO, *op. cit.*, p. 27.

¹¹¹ Aux termes de l'article L. 732-2 CESEDA (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), l'étranger qui fait l'objet d'un arrêté d'expulsion, d'une interdiction judiciaire du territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire peut, quel que soit le lieu où il se trouve, faire l'objet d'une assignation à résidence dans n'importe quelle partie du territoire français. L'assignation à résidence consiste à enfermer l'étranger, destinataire d'une mesure d'éloignement, dans un lieu (généralement le domicile) situé sur le territoire français, avec l'obligation de se rendre périodiquement – et même plusieurs fois au cours d'une même journée – à la préfecture de police pour la signature. En principe, la durée de l'enfermement ne peut excéder 45 jours, renouvelable une fois pour la même durée, ou six mois dans les cas visés à l'article L 731-3 al. 1, 2, 3, 4 et 5 (par exemple si la mesure d'éloignement a été prise en exécution d'une mesure d'un autre Etat). Toutefois, conformément à l'art. 732-5 CESEDA, la limite maximale de six mois ne s'applique pas dans les cas prévus aux alinéas 6, 7 et 8 de l'art. 731-3 CESEDA (c'est-à-dire si la mesure fait suite à un arrêté d'expulsion ou à une condamnation – à la suite d'une condamnation pénale – à une peine d'interdiction du territoire français prononcée en application de l'art. 131-30 du Code pénal ou en cas d'interdiction administrative du territoire français), ainsi que dans les cas prévus par les articles 731-4 et 731-5, c'est-à-dire lorsque l'étranger, en raison de son état de santé, nécessite des soins qui ne pourraient être dispensés dans le pays de renvoi ou, encore, pour des raisons de sécurité publique (art. 631-2 CESEDA).

judiciaire»¹¹² et qui, toutefois, a été sauvegardée par le *Conseil Constitutionnel* au motif qu'elle ne constituerait pas une mesure privative de la liberté personnelle, mais une mesure restrictive de la liberté de circulation¹¹³, raison pour laquelle afin qu'elle soit légitime il suffirait une décision spécialement motivée par l'administration, faisant état des circonstances particulières justifiant cette prolongation au-delà d'une durée de cinq ans.

Tout en reportant l'analyse critique de cet outil de droit administratif punitif à la partie de la thèse qui lui est consacrée, on ne peut pas s'abstenir ici d'anticiper l'inconciliabilité – remarquée par la doctrine¹¹⁴ – de cette discipline avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle «entre privation et restriction de liberté, il n'y a (...) qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence»¹¹⁵ et que, par conséquent, «pour déterminer si un individu se trouve privé de liberté au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée»¹¹⁶.

L'analyse de la nature hybride de l'*assignation à résidence à durée illimitée* servira de point de passage vers la **Section II du Chapitre II** consacrée aux «**formes de criminalisation-exclusion indirecte et de répression para-pénale de la solidarité**».

En effet, on verra que tout au long du *chemin de la répression*¹¹⁷ on rencontre de plus en plus des formes de criminalisation indirecte, dans le double sens qu'elles ne s'opèrent pas nécessairement par voie directement pénale (mais par voie para-pénale, voire administrative) et qu'elles ne se dirigent pas nécessairement à l'encontre des étrangers, les *acteurs de la solidarité* en étant les cibles directes.

Concernant, notamment, la **criminalisation indirecte** dans la première dimension ci-dessus évoquée, en témoigne, entre autres, l'expansion progressive, tant en France qu'en Italie, du mécanisme de la déchéance de nationalité que, bien que ne relevant pas du droit

¹¹² P. HENRIOT – K. PARROT, «Un espace-temps sécuritaire: l'assignation à résidence à durée illimitée», *Archives de politique criminelle*, 1/2021, p. 107.

¹¹³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017.

¹¹⁴ P. HENRIOT – K. PARROT, *Un espace-temps sécuritaire*, cit., p. 111.

¹¹⁵ CEDH, 6 nov. 1980, aff. *Guzzardi c/Italie*, n° 7367/76, § 93.

¹¹⁶ CEDH, *Engel et autres*, préc., §§ 58-59.

¹¹⁷ Formule tirée de l'ouvrage M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, Presses Universitaires de France, 1980.

pénal à proprement parler, est comparable, d'un point de vue matériel, à une véritable peine de «mort civile»¹¹⁸, la citoyenneté étant qualifiable – comme le disait Hannah Arendt – de *droit d'avoir des droits*¹¹⁹.

Il s'agit, dès lors, d'une lapalissade du *droit punitif-administratif de l'ennemi*, qui vise à priver cette catégorie indésirée de la mobilité humaine du seul élément qu'aux termes de la Convention européenne des droits de l'homme les rendrait non expulsables par l'État: la citoyenneté¹²⁰.

On verra, toutefois, qu'en France ce mécanisme est entouré par un système de garanties bien plus solides que celui dont le mécanisme italien est entouré: il suffit d'observer que, différemment de la législation italienne, l'article 25 du code civil français subordonne l'application de cette mesure à l'avis favorable du Conseil d'État, en prévoyant expressément une interdiction de la prononcer en cas de risque d'apatridie (c'est-à-dire, à l'encontre de tout individu ne bénéficiant pas d'une double citoyenneté).

En France, on prévoit également des limites temporelles à l'activation de cette mesure: en effet, aux termes de l'article 25-1 du code civil, «la déchéance n'est encourue que si les faits reprochés à l'intéressé et visés à l'article 25 se sont produits antérieurement à l'acquisition de la nationalité française ou dans le délai de dix ans à compter de la date de cette acquisition. Elle ne peut être prononcée que dans le délai de dix ans à compter de la perpétration desdits faits. Si les faits reprochés à l'intéressé sont visés au 1° de l'article 25, les délais mentionnés aux deux alinéas précédents sont portés à quinze ans».

On remarquera toutefois que la déchéance de nationalité française, bien qu'entourée des garanties mentionnées ci-dessus, demeure une *sanction excluante*¹²¹, dans la mesure où elle nie à l'étranger naturalisé français¹²² toute réinsertion sociale.

Comme la mesure italienne, la déchéance de la nationalité française, contribue, dès lors, à désigner la frontière entre les citoyens *iure sanguinis* et les étrangers ayant acquis la

¹¹⁸ R. PARIZOT, «Contre l'indignité nationale», *Recueil Dalloz*, 2015, p. 879.

¹¹⁹ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Schocken Books, 1951, p. 296.

¹²⁰ En effet, aux termes de l'article 3 du Protocole n° 4 de la Convention européenne des droits de l'homme, «Nul ne peut être expulsé, par suite d'une mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant».

¹²¹ R. PARIZOT, «Contre l'indignité nationale», *Recueil Dalloz*, 2015, p. 880.

¹²² Cette mesure ne s'applique pas, en effet, au citoyens *iure sanguinis*.

citoyenneté par naturalisation¹²³. Et tout cela avec l'aval des *Sages*, ceux-ci ayant déclaré la *déchéance de nationalité* compatible avec le principe d'égalité¹²⁴.

Rien de nouveau sous le soleil: c'est la confirmation de la logique du «populisme excluant»¹²⁵, selon laquelle seulement les citoyens pur-sang sont membres à part entière de la communauté politique et humaine¹²⁶.

C'est également le témoignage que les outils ne relevant pas à proprement parler du droit pénal peuvent déployer des effets punitifs parfois bien plus lourds que les effets punitifs découlant des sanctions pénales. En effet, si l'on veut respecter le modèle de l'État de droit, à l'instar des sanctions pénales, la déchéance de nationalité devrait elle-aussi être gouvernée par le principe de non-rétroactivité.

Concernant la deuxième dimension de la criminalisation indirecte (notamment, celui qui se dirige contre les acteurs de la solidarité), à l'instar des formes de la criminalisation des étrangers, elle peut se déployer – comme on l'a indiqué ci-dessus – à la fois par voie para-pénale et par voie pénale.

On verra premièrement à quel point le processus d'expansion de la notion d'ennemi jusqu'à englober les acteurs humanitaires a été fondé sur une «narration déshumanisante de l'humain»¹²⁷ fondée sur le stéréotype des navires humanitaires en tant que facteurs d'attraction.

¹²³ E. CAVASINO, «Ridisegnare il confine tra “noi” e “loro”. Interrogativi sulla revoca della cittadinanza», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2019.

¹²⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, § 10: «le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général».

¹²⁵ H.-G. BETZ, «Exclusionary populism in Austria, Italy and Switzerland», *International journal*, 2001, pp. 393-394: «the aim of exclusionary populism is to protect the 'own society', culture and way of life against alien intrusion and contamination».

¹²⁶ Dans le même sens, voir J.-W. MÜLLER, *La peur ou la liberté. Quelle politique face au populisme?*, Premier Parallèle, 2020, p. 211 (éd. or.: *Liberalism and the Moral Life*, Harvard University Press, 1989, trad. a cura di Frédéric Joly), pp. 138-139, selon lequel les populistes qualifie cette catégorie de citoyens de seconde classe. En ce sens, le populisme contredirait l'idée fondamentale de la démocratie comme « projet humain, mené par des êtres humains qui se reconnaissent mutuellement comme libres et égaux». Un État de droit, en effet, poursuit l'Auteur, «ne conduit jamais une *Kulturkampf*, c'est-à-dire une guerre ethnique».

¹²⁷ Expression tirée du titre du troisième paragraphe de la deuxième section du deuxième chapitre, ainsi que par V. ROMANO, *Dagli indesiderabili ai loro soccorritori: vecchi e nuovi nemici pubblici nella politica dei porti chiusi*, in *La Questione Mediterraneo: tradizione, cambiamenti, prospettive*, Messina University Press, 2023, p. 255, qui constitue une publication partielle d'une précédente et provisoire version de la présente thèse.

En effet, bien qu'elle soit aussi empiriquement infondée¹²⁸, la théorie du *pull-factor* a été récemment (et à nouveau) invoquée en Italie lors des débats parlementaires qui ont abouti à l'approbation du décret "Piantedosi"¹²⁹: un décret qui, à tout bien considérer, constitue seulement la dernière étape d'un long processus de criminalisation des navires humanitaires, qui plonge ses racines dans l'année 2017, quand, sous le Gouvernement dirigé par Gentiloni, ont été adoptés des *codes de conduite* à l'encontre des Organisations Non Gouvernementales (ONG) actives en mer Méditerranée.

Bien que ces codes ne fussent pas juridiquement contraignants, leur violation a été, maintes fois, interprétée par la jurisprudence comme indice du dol du délit d'aide à l'entrée irrégulière¹³⁰.

Or, le décret Piantedosi a sanctionné le caractère juridiquement contraignant des règles édictées à l'époque du Gouvernement Gentiloni et a connecté à leur violation des sanctions administratives punitives, s'inspirant à leur tour de la politique des blocages administratifs et confiscations des navires humanitaires, inaugurée par le précédent décret Lamorgese.

Tout en reportant l'analyse détaillée de la criminalisation de la solidarité en Italie à la partie de la thèse que lui est consacrée, on ne peut pas s'abstenir de souligner à quel point le dispositif punitif mobilisé par le décret Piantedosi confirme, encore une fois, un recours de plus en plus fréquent au droit administratif punitif dans sa fonction de dissuasion (des amendes très lourdes étant prévues, en plus du blocage administratif du navire) et, surtout, d'*éviction de la juridiction*¹³¹, l'autorité préfectorale étant le *dominus* de la procédure.

¹²⁸ E. CUSUMANO – M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?*, European University Institute, November 2019, ont relève qu'entre 2014 et 2019 le nombre moyen de départs a été de 125 par jour lorsque les ONG (Organisations Non-Gouvernementales) étaient présentes dans la Méditerranée et de 135 lorsqu'elles n'étaient pas présentes. La théorie du *pull-factor* est déconstruite aussi par M. VILLA, *Fact-checking : migrations 2021*, ISPI, 13 juillet 2021, pp. 8-9, qui démontre à quel point, tant dans la période de la *gestion Salvini* que dans la période de la *gestion Lamorgese*, «le rôle des ONG a été très marginal, inférieur à 15% du total des débarquements. Ce qui signifie que presque 9 migrants sur 10 rejoignent les côtes italiennes sans l'aide des bateaux des ONG».

¹²⁹ C'est le nom de l'actuel Ministre de l'Intérieur.

¹³⁰ Voir, entre autres, TRIBUNAL DE CATANE, décision 27 marzo 2018, aff. *Open Arms*, p. 13.

¹³¹ Dans ces termes, L. MASERA, «Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione», *Sistema penale*, 15 febbraio 2023.

Il faut toutefois souligner, une fois de plus, que la mobilisation de l'arsenal administratif ne saurait être interprétée comme une renonciation radicale à la force stigmatisante et déshumanisante du droit pénal, y compris envers les acteurs de la solidarité.

En effet, comme l'on verra lors de la **Section III du Chapitre II**, il résistent encore tant en France qu'en Italie des «**formes pénales de répression de la solidarité**».

D'un point de vue historique, la manière suspicieuse dont on a toujours traité ces activités est mise en évidence en France par un projet de loi daté du 1996 visant à qualifier de terroriste "l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger, lorsque celle-ci est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur"¹³².

Cette disposition a été censurée par le *Conseil Constitutionnel* au motif qu'elle visait à incriminer «non pas des actes matériels directement attentatoires à la sécurité des biens ou des personnes mais un simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière; que ce comportement n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste; qu'au demeurant lorsque cette relation apparaît, ce comportement peut entrer dans le champ de la répression de la complicité des actes de terrorisme, du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs prévue par ailleurs; qu'en outre la qualification d'acte de terrorisme a pour conséquence non seulement une aggravation des peines mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires au droit commun»¹³³.

Comme l'a remarqué la doctrine française, il s'agit d'un des rares cas où les *Sages*, habituellement réticents à substituer leur propre appréciation à celle du législateur¹³⁴, ont

¹³² Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996, tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

¹³³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. n° 8.

¹³⁴ Dans ce sens, voir, par exemple, CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n. 93-334 QPC du 20 janvier 1994, concernant la *peine incompressible* (articles 132-23 e 221-4 du code pénal français et articles 720-4 e 730-2-1 du code de procédure pénale): «il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur». D'ailleurs, comme le relève R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à*

constaté une violation du principe de nécessité prévu à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹³⁵.

De nos jours, le fait que les pratiques de solidarité continuent d'être entourées d'un nuage de suspicion est mis en évidence en France avec le *projet de loi Darmanin*¹³⁶, qui vise, entre autres, à durcir les peines prévues pour le délit d'aide à l'entrée irrégulière, lorsqu'il est commis en bande organisée¹³⁷.

Comme on le verra dans la partie qui lui est consacrée, le *délit de solidarité*¹³⁸ a fait l'objet – dans le contexte de l'*affaire Cédric Herrou* – d'une décision très importante du *Conseil Constitutionnel*, qui d'un côté a consacré la valeur constitutionnelle du principe de fraternité, mais de l'autre a précisé que seulement les comportements d'aide à la circulation et au séjour peuvent tomber sous le coup de l'immunité humanitaire, le comportement d'aide, directe ou indirecte, à l'entrée irrégulière ne pouvant pas en bénéficier¹³⁹.

l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie, Paris, LGDJ, 2010, n° 395, p. 156, la jurisprudence ne reconnaît une violation de ce principe que lorsque le choix de l'incrimination par le législateur soit manifestement disproportionné.

¹³⁵ «La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société».

¹³⁶ *Projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, n° 304, 1^{er} février 2023 (publié au lien suivant: <https://www.senat.fr/leg/pjl22-304.pdf>; URL consulté le 3 avril 2023).

¹³⁷ Comme l'explique ce projet de loi (*ivi*, pp. 26-27), aujourd'hui, le fait, pour toute personne, de faciliter ou de tenter de faciliter, par aide directe ou indirecte, l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France constitue un délit, que l'article L. 823-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) punit de cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. En application de l'article L. 823-3 du même code, ces peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende en cas de circonstances aggravantes. En outre, l'article L. 823-6 du même code prévoit une peine d'interdiction du territoire français pour une durée maximale de dix ans ou à titre définitif en cas de circonstances aggravantes. Le présent projet de loi propose, à l'instar de l'infraction de traite des êtres humains, de criminaliser ces faits lorsqu'ils sont commis en bande organisée dans les circonstances suivantes:

- une peine de quinze ans de réclusion criminelle et une amende de 1 000 000 € seront encourues lorsque les étrangers auront été exposés à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente;

- les dirigeants et les organisateurs de ces groupements seront quant à eux passibles, quelles que soient les circonstances, de vingt ans de réclusion criminelle et d'une amende de 1 500 000 €. Ces peines sont sans préjudice des peines d'interdiction du territoire français applicables aux étrangers ayant commis ces faits

¹³⁸ Bien que ne soit pas juridique, cet expression a été très souvent mobilisée par les acteurs humanitaires, ainsi que par les juristes et les philosophes. Voir, *ex multis*, E. BENAZETH, «Délit de solidarité – immunité humanitaire: où sont les frontières de la notion?», *Juris Associations*, 2020, n° 616; C. CHASSANG, «La fin du délit de solidarité à la française?», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2019; C. LAZERGES, «Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2018. Le philosophe Jacques Derrida parlait, pour sa part, de *délit d'hospitalité*. Cfr. J. DERRIDA, «Quand j'ai entendu l'expression 'délit d'hospitalité'», *Plein Droit*, 34/1997.

¹³⁹ Il reste, toutefois, applicable, dans ce cas-là, l'article 122-7 du code pénal, aux termes duquel, «n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui

Le législateur français est allé plus loin encore dans la délimitation du champ de l'immunité humanitaire, en ajoutant l'adverbe "exclusivement", ce qui a attiré les critiques d'une partie de la doctrine qui a, en outre, suggéré de conditionner la punissabilité à la démonstration d'un but lucratif¹⁴⁰.

D'ailleurs, le fait que le droit pénal n'a pas été mis à l'écart dans le processus de criminalisation de la solidarité est démontré également en Italie tant par certaines formes inédites de mobilisation du droit pénal (par exemple, en punissant au titre de l'article 650 du code pénal italien¹⁴¹ la violation des ordonnances syndicales interdisant la distribution de nourriture aux migrants à la frontière franco-italienne)¹⁴² que par le récent «décret de Cutro»¹⁴³, actuellement objet de débats parlementaires¹⁴⁴, qui vise à durcir les peines

ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace". Cfr. C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité*, cit, p. 180.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 185.

¹⁴¹ "Quiconque ne se conforme pas à une mesure prise légalement par les autorités pour des raisons de justice ou de sécurité publique, d'ordre public ou d'hygiène, est puni, si l'acte ne constitue pas une infraction plus grave, d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois mois ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 206 euros".

¹⁴² Cfr. L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera. Lotte neorurali e solidarietà ai migranti sul confine franco-italiano*, Ombre Corte, 2020, pp. 183-201.

¹⁴³ C'est la dénomination du lieu où 90 migrants environ ont trouvé la mort lors d'un naufrage. Cfr., *ex multis*, LE MONDE AFP, «En Italie, le nouveau bilan d'un naufrage de migrants au large des côtes grimpe à 86 morts», Le Monde, 15 mars 2023.

¹⁴⁴ Il s'agit, en effet, d'un décret-loi: un acte du Gouvernement italien qui doit être converti en loi par le Parlement italien dans 60 jours. La règle est, en effet, que le pouvoir législatif relève de la compétence du Parlement italien, mais dans des cas exceptionnels, le Gouvernement peut adopter des actes ayant force de loi, à savoir les décrets législatifs (par délégation du Parlement) et les décrets-loi. Concernant, notamment, les décrets-loi, la disposition législative de référence est l'article 77 de la Constitution italienne, aux termes duquel, "lorsque, dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, le Gouvernement adopte, sous sa responsabilité, des mesures provisoires ayant force de loi, il les présente le même jour pour la conversion aux Chambres du Parlement qui, même dissoutes, sont convoquées spécialement, et se réunissent dans un délai de cinq jours. Les décrets perdent d'emblée leur efficacité s'ils ne sont pas convertis en loi dans un délai de soixante jours à compter de leur publication. Les Chambres peuvent toutefois régler par la loi les rapports juridiques nés sur la base des décrets non convertis". Au moment où on écrit cette thèse, le décret de Cutro vient d'être approuvé par le Sénat italien. Une fois passé à l'examen de la Chambre des députés, il devra être converti en loi dans le 9 mai 2023. Bien que les décrets-loi devraient être une exception, la règle étant que le pouvoir législatif soit exercé par le Parlement, au fil des années on a assisté à un recours massif à cet outil de la part du Gouvernement à tel point que le juriste italien Sabino Cassese parle de «Gouvernement législateur». Cfr. S. CASSESE, «Il Governo legislatore», *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2021, pp. 557-558.

prévues pour le délit d'aide à l'entrée irrégulière, ainsi qu'à introduire un nouveau délit: le délit de mort ou blessures en tant que conséquences du délit d'aide à l'entrée irrégulière¹⁴⁵.

Comme on l'expliquera lors du **troisième chapitre** (intitulé «**Repenser la sécurité dans l'époque des populismes. Pour une éthique de la solidarité comme nouvelle frontière du droit pénal**»), l'introduction de ce délit ne fait que confirmer la *vague populiste* qui est en train de nous frapper.

À tout bien considérer, il s'agit d'un *délit spécial* par rapport au délit déjà prévu à l'article 586 c.p.¹⁴⁶ qui punit le meurtre ou les blessures quand elles sont le résultat non intentionnel d'un délit commis intentionnellement¹⁴⁷.

Si la *ratio* de cette réforme serait celle de rendre ces conduites punissables jusqu'à 30 ans de réclusion, on démontrera que la jurisprudence italienne¹⁴⁸ était déjà parvenue à ce résultat en rétenant le concours d'infractions entre le délit d'aide à l'immigration

¹⁴⁵ Notamment, le paragraphe 1, lettre b) du décret précité introduit dans le T.U.I. (code de l'entrée et du séjour italien) l'article 12-bis, visant à punir toute personne qui - en violation des dispositions de la loi sur l'immigration - adopte l'un des comportements décrits au paragraphe 1 du nouvel article, à savoir: promouvoir, diriger, organiser, financer ou transporter des étrangers sur le territoire de l'État, ou accomplir d'autres actes visant à faciliter l'entrée illégale sur le territoire de l'État, ou d'un autre État dont la personne n'est pas citoyenne ou n'a pas le droit de résider de façon permanente. Pour que l'infraction soit constituée, il faut également que le transport ou l'entrée soit effectué de manière à exposer les personnes à un danger pour leur vie ou leur sécurité ou à les soumettre à un traitement inhumain ou dégradant. Concernant les sanctions, elles sont prévues comme suit:

- réclusion de 20 à 30 ans, si l'acte entraîne la mort de plus d'une personne ou la mort d'une ou plusieurs personnes et des blessures graves ou très graves à une ou plusieurs personnes comme conséquence involontaire (paragraphe 1, article 12-bis)
- réclusion de 15 à 24 ans, si l'infraction a entraîné la mort d'une seule personne, toujours de manière involontaire (paragraphe 2, article 12-bis)
- réclusion de 10 à 20 ans, lorsque des blessures graves ou très graves sont infligées à une ou plusieurs personnes (paragraphe 2, article 12-bis).

¹⁴⁶ Dans ce sens, voir L. MASERA, «Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare», *Questione giustizia online*, 3 avril 2023.

¹⁴⁷ Article 586 c.p.i.: «Lorsque la mort ou les blessures sont le résultat non intentionnel d'un acte commis intentionnellement, les dispositions de l'article 83 sont applicables, mais les peines prévues aux articles 589 et 590 sont durcies».

¹⁴⁸ Per tutte, cfr. COUR DE CASSATION ITALIENNE, CHAMBRE PÉNALE, SECTION I, décision 13 août 2021, n. 31652.

clandestine et l'homicide involontaire commis en réunion (article 110 du code pénal)¹⁴⁹ et selon le régime italien de l'infraction continuée (article 81, alinéa 2, du code pénal)¹⁵⁰.

Il en va de même pour l'intention – manifestée par la Présidente italienne Giorgia Meloni lors de la Conférence à Cutro (lieu de la mort de presque 91 personnes migrantes qui avaient essayé de rejoindre l'Italie) – de permettre, à travers ce nouveau délit, la punissabilité des passeurs lorsque le naufrage a eu lieu dans des eaux extraterritoriales. On démontrera, en effet, que la jurisprudence italienne majoritaire, avec son interprétation large du principe d'application territoriale de la loi pénale italienne (article 6 c.p.)¹⁵¹, considère qu'il y a compétence italienne également dans le cas où sur le territoire de l'Etat a eu lieu une fraction (ou un fragment) minime du comportement, bien que ne remplissant pas les conditions normalement requis afin que l'acte puisse être qualifié de tentative aux termes de l'article 56 du code pénal italien¹⁵², ainsi qu'«à l'égard de ceux qui, agissant en dehors de leur territoire national, ont abandonné des migrants dans les eaux extraterritoriales sur des embarcations totalement inadaptées, afin de provoquer l'intervention du service de sauvetage en mer et de faire accompagner les personnes transportées jusqu'à la limite des eaux territoriales par les embarcations des sauveteurs»¹⁵³.

¹⁴⁹ Article 110 code pénal italien: “lorsque plusieurs personnes contribuent à la réalisation d'un même délit, chacune d'entre eux est punie avec la sanction prévue pour ce délit, sous réserve des dispositions des articles suivants”.

¹⁵⁰ Article 81 code pénal italien: “quiconque, par une seule action ou omission, viole plusieurs dispositions de la loi pénale ou réalise plusieurs infractions à la même disposition de la loi est punissable de la peine qui devrait être imposée pour l'infraction la plus grave, augmentée au maximum du triple. La même peine s'impose à toute personne qui, par plusieurs actes ou omissions, en exécutant le même projet criminel, réalise, même à des moments différents, plusieurs violations de la même disposition ou de dispositions différentes de la loi. Dans les cas prévus par le présent article, la peine ne peut être supérieure à celle qui serait applicable en vertu des articles précédents. Sans préjudice des limites indiquées au troisième alinéa, si les délits en concours formel ou en continuation avec le délit le plus grave sont commis par des personnes auxquelles a été appliquée la récidive prévue à l'article 99, quatrième alinéa, l'augmentation de la peine ne peut en aucun cas être inférieure à un tiers de la peine établie pour le délit le plus grave”.

¹⁵¹ Article 6 code pénal italien: “quiconque commet une infraction sur le territoire de l'État est puni conformément à la loi italienne. L'infraction est commise sur le territoire de l'État lorsque l'action ou l'omission constitutive de l'infraction s'y est produite en tout ou en partie, ou lorsque l'événement qui est la conséquence de l'action ou de l'omission s'y est produite”.

¹⁵² COUR DE CASSATION ITALIENNE, CHAMBRE CRIMINELLE, SECTION I, décision 15 octobre 2018, n. 57018.

¹⁵³ COUR DE CASSATION ITALIENNE, CHAMBRE CRIMINELLE, SECTION I, décision 28 février 2014, n. 14510.

À tout bien considérer, derrière ce recours au droit pénal se cache, comme le relève la **Section I du Chapitre III**, l'«**illusion populiste**¹⁵⁴ **face au défi de la sécurité**», voire la croyance que l'on puisse relever le défi migratoire, tout en faisant un usage populiste de l'outil punitif¹⁵⁵.

Mais – comme l'enseignait la *jurispoète* maintes fois citée dans cette thèse – on ne peut pas se réfugier dans l'illusion de l'*État sécuritaire*. Le passage à un *État solidaire*¹⁵⁶ s'impose comme une nécessité pour «sortir du pot au noir»¹⁵⁷.

Si une *vocation universelle* existe, plus en amont de celle de la compétence pénale (évoquée par la Présidente italienne Giorgia Meloni), elle est tout d'abord propre aux principes d'égalité et de solidarité sans lesquels on ne peut pas rêver d'un monde sûr.

Ce n'est pas par hasard si la Constitution italienne s'ouvre en déclarant le principe d'égalité¹⁵⁸ et les «devoirs indérogables de solidarité politique, économique et sociale»¹⁵⁹. D'ailleurs, comme on l'a déjà précisé, la Cour Constitutionnelle italienne a affirmé la vocation universelle de tout droit consacré dans la Charte fondatrice de la République, y compris de l'égalité et de la liberté personnelle, qui «à l'instar des autres droits que la Constitution proclame inviolables, appartiennent à tout être humain»¹⁶⁰.

Ce n'est pas par hasard si la devise de la République française mentionne, en plus de la liberté, l'égalité et la fraternité en tant que valeurs fondatrices de la société française.

D'ailleurs, la *solidarité internationale* est qualifiée de droit et de devoir, entre autres¹⁶¹, par le *Projet de déclaration sur le droit à la solidarité internationale* de l'Assemblée Générale des Nations Unies¹⁶², respectivement aux articles 4¹⁶³ et 6¹⁶⁴.

¹⁵⁴ Expression tirée de P.-A. TAGUIEFF, *L'illusion populiste: essai sur les démagogies de l'âge démocratique*, Flammarion, 2007.

¹⁵⁵ Dans ce sens, voir aussi L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023*, cit.

¹⁵⁶ O. ABEL – M. DELMAS-MARTY, «Dans la spirale des humanismes», *Revue européenne du droit*, mars 2021.

¹⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme boussole*, Buchet Chastel, 2019.

¹⁵⁸ Article 3 de la Constitution italienne: “tous les citoyens ont égale dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinion politique, de condition personnelle et sociale. Il relève du devoir de la République l'élimination de tout obstacle d'ordre économique et social qui, en limitant la liberté et l'égalité des citoyens, empêche la pleine réalisation de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays”.

¹⁵⁹ Formule tirée de l'article 2 de la Constitution italienne.

¹⁶⁰ COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE, décision n. 105/2001.

¹⁶¹ Voir, à ce propos, toutes les Conventions internationales à protection de la vie en mer qui seront citées tout au long de cette thèse.

Dès lors, comme l'a écrit Mireille Delmas-Marty, si la *peur de l'Autre* conduit à la haine et à l'exclusion, la *peur commune* (dite *peur-solidarité*¹⁶⁵) face aux risques qui frappent tout être humain dans n'importe quel coin du globe (changement climatique, pandémies, etc.), ainsi que la prise de conscience de la condition commune de fragilité et précarité existentielle, peuvent nous conduire à la libération du sentiment destructeur de la peur de la diversité et à la transformation de la société fondée sur l'exclusion de l'Autre dans une *communauté de destins*¹⁶⁶ fondée sur la *reconnaissance de l'Autre comme Soi-même*¹⁶⁷ et sur le nouvel impératif catégorique de l'«intersolidarité planétaire»¹⁶⁸.

Le problème se pose toutefois de garantir l'effectivité de cet *éthique de la solidarité*, car elle nécessite, pour se réaliser, d'un appareil qui garantisse son efficacité. Il faut, en d'autres termes, des *contre-pouvoirs effectifs*¹⁶⁹ qui – en exerçant une forme de *résistance* (ou, comme le disait le philosophe Michel Foucault, une *contre-conduite*¹⁷⁰) – rappellent à

¹⁶² GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS, *Draft declaration on the right to international solidarity*, Annex of Report A/HCR/35/35 of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 2017, dont version en langue française est consultable au lien suivant: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Issues/Solidarity/Documents/DraftDeclarationRightInternationalSolidarity_fr.pdf (URL consulté le 3 avril 2023).

¹⁶³ “1. Le droit à la solidarité internationale est un droit de l'homme qui permet aux individus et aux peuples, sur la base de l'égalité et de la non-discrimination, de participer effectivement à un ordre social et international dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés, ainsi que d'y contribuer et d'en jouir.

2. Le droit à la solidarité internationale est fondé sur la codification et le développement progressif des libertés et des droits figurant dans les traités internationaux des droits de l'homme reflétant les droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels, le droit au développement et les normes internationales du travail, et complété par d'autres responsabilités découlant d'engagements pris volontairement dans les domaines pertinents à l'échelon bilatéral, multilatéral, régional et international.”

¹⁶⁴ “1. Tous les États, agissant individuellement ou collectivement, notamment par le biais d'organisations internationales ou régionales dont ils sont membres, ont le devoir impératif de réaliser le droit à la solidarité internationale.

2. Les organisations internationales et les acteurs non étatiques ont aussi le devoir de respecter le droit à la solidarité internationale, en particulier dans les situations où ces acteurs assument des responsabilités similaires et complémentaires aux devoirs des États.”

¹⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, *Sécurité, je lis ton nom*, cit.

¹⁶⁶ EAD., *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Seuil, Paris, 2010, pp. 224-225.

¹⁶⁷ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990.

¹⁶⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit III*, cit., p. 117.

¹⁶⁹ O. ABEL – M. DELMAS-MARTY, *Dans la spirale des humanismes*, cit.: «nous devons «armer» un minimum les faibles (avec des droits qui soient des *contre-pouvoirs effectifs*), et «déprotéger» les forts (avec des devoirs qui correspondent à une responsabilité effective). C'est-à-dire que nous devons faire en sorte que les faibles ne soient pas trop impuissants, et les forts pas trop insensibles – que les uns puissent encore agir (ce qu'il subissent), et que les autres puissent un peu sentir (ce qu'ils font)».

¹⁷⁰ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, 2005, p. 151.

chaque détenteur du *pouvoir punitif* qu'il n'est qu'une partie du tout et que, dans l'exercice de son pouvoir, il est tenu de respecter les droits humains, ainsi que le *droit-devoir de la solidarité*¹⁷¹.

Ces *contre-pouvoirs* devraient être identifiés tant dans la société civile (en tant que «pratique positive de la solidarité internationale»¹⁷²) que dans les juges (supranationaux, constitutionnels et communs) qui devraient exercer un constant et courageux «contre-pouvoir critique»¹⁷³, voire un «*droit de résistance* contre la tendance du pouvoir politique à instrumentaliser la nature et les fonctions du droit (pénal et procédural) à des fins purement propagandistes»¹⁷⁴.

En citant à nouveau Mireille Delmas-Marty, il nous faut un contre-pouvoir judiciaire qui nous rappelle que «la loi n'a plus tous les droits»¹⁷⁵.

Il s'agit d'un espoir qui ne s'est pas encore pleinement concrétisé dans la réalité. En effet, comme le démontrera la **Section II du Chapitre III** (intitulée: «**La loi n'a plus tous les droits**». **Pour un *ius* comme (réelle) limite à la *lex iniusta***), dans les mouvements de résistance judiciaire à la déshumanisation du droit pénal¹⁷⁶, on peut distinguer, d'un côté, des excellents exercices de défense du populisme et de la déshumanisation du droit pénal et, d'autre côté, des *résistances passives* et de *résistances actives*. Le mot *résistance* peut, d'ailleurs, signifier à la fois “s'opposer” (et, dans ce sens, il a une valence active, voire dynamique et évolutive) et “rester stable dans une position” (et, dans ce sens, il a une valence passive, voire statique)¹⁷⁷. On mobilisera, donc, le mot *résistance* dans cette double signification pour démontrer comment dans certains cas la jurisprudence a exercé seulement une timide résistance (donc, une *résistance passive*) face à la déshumanisation tant du droit pénal que du droit administratif punitif.

¹⁷¹ Cfr. É. DURKHEIM, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, Presses Universitaires de France, 1950.

¹⁷² ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale*, Obiora Chinedu Okafor, 17 juillet 2019, A/74/185, p. 11.

¹⁷³ M. DONINI, «Populismo penale e ruolo del giurista», *Sistema penale*, 7 settembre 2020, p. 9.

¹⁷⁴ E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020, p. 300.

¹⁷⁵ M. DELMAS-MARTY, «La loi n'a plus tous les droits», *Sociétés et représentations*, 2/1996.

¹⁷⁶ L. BOINNARD, «Quel rôle pour le juge face à la désobéissance civile?», *Revue française de droit constitutionnel*, 4/2022, p. 804

¹⁷⁷ L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera*, cit., p. 46.

Concernant la défense par voie judiciaire de la déshumanisation du droit pénal, en témoigne, par exemple, la décision du Tribunal de Catane sur l'affaire Gregoretti¹⁷⁸.

Les faits à l'origine de cette affaire peuvent être résumés comme suit.

Le 26 juillet 2019 un bateau de pêche signalait au Centre national italien de coordination des secours maritimes la présence d'un bateau avec des migrants à bord.

Une fois les 131 migrants transbordés sur le navire "Gregoretti", celle-ci se dirigeait vers le port d'Augusta (Sicile).

Six personnes nécessitant des soins, ainsi que quinze mineurs, étaient débarqués sur ordre du Procureur du tribunal des mineurs de Catane. Concernant les autres migrants, le Ministre de l'intérieur, Matteo Salvini, pour sa part, en interdisait le débarquement pendant trois jours, et notamment du 27 au 31 juillet 2019, quand on parvenait à un accord sur la collocation des migrants dans d'autres Pays de l'Union européenne.

Le parquet de Catane avait tout de suite ouvert une enquête pour séquestration aggravée (article 605, paragraphes 1, 2, n° 2 et 3, du code pénal italien), mais le 21 septembre avait requis un classement sans suite, en soulignant que l'attente de trois jours ne pouvait être considérée comme une privation illégitime de liberté, étant donné que les limitations ont continué dans le *hotspot* de Pozzallo et qu'il n'y a pas d'obligation pour l'État de débarquement immédiat. En outre, le Ministre avait justifié l'interdiction de débarquement par la volonté d'obtenir une redistribution des migrants au niveau européen.

Le Tribunal des ministres de Catane, début décembre 2019, demandait, par contre, au Sénat italien l'autorisation de procéder pénalement à l'encontre du Ministre, car il "aurait abusé de ses pouvoirs et privé de liberté personnelle les 131 migrants bloqués à bord du navire des garde-côtes italiens Gregoretti".

Le même tribunal accusait également Salvini d'avoir "sciemment déterminé la privation illégale de liberté personnelle des migrants, en les contraignant à rester dans un état psychophysique critique sur le navire". En plus, "il n'existait pas d'intérêt public ou de risque pour l'ordre public pouvant justifier la décision d'empêcher le débarquement des 131 migrants restés à bord du navire des garde-côtes du 25 au 31 juillet 2019".

Le 20 janvier 2020 le Sénat italien¹⁷⁹ donnait son avis favorable à la poursuite pénale du Ministre¹⁸⁰, qui allait toutefois être acquitté.

¹⁷⁸ TRIBUNAL DE CATANE, G.I.P./G.U.P., décision 14 mai 2021 (depôt 9 août 2021), *Gregoretti*, pp. 117-118.

Le chef d'accusation, selon lequel le Ministre de l'intérieur, Matteo Salvini, aurait été jugé coupable de séquestration aggravée (article 605, paragraphes 1, 2, n° 2 et 3, du code pénal italien)¹⁸¹ pour avoir bloqué 131 migrants dans le navire Gregoretti dans l'atteinte de la prise en charge par d'autres Pays européens, a été jugé infondé.

Selon le juge, en effet, l'action du Ministre n'était pas qualifiable de séquestration aggravée puisque elle avait été commise en exécution d'«objectifs politiques partagés par tous [...] les représentants des forces politiques qui soutenaient le gouvernement à l'époque des faits [...] en matière de gestion du phénomène migratoire et des conduites à observer à l'égard des autres Pays européens réticents à coopérer à l'accueil des migrants»¹⁸².

¹⁷⁹ Il faut souligner que la poursuite pénale des Ministres suit en Italie une procédure différente de la procédure ordinaire. Jusqu'à la réforme de 1989, la procédure relative aux délits ministériels attribuait la poursuite des Ministres à une commission d'enquête parlementaire, qui pouvait demander à la chambre parlementaire d'inculper le ministre devant la Cour constitutionnelle dans une composition élargie. La réforme de 1989 a transféré ce pouvoir d'appréciation de la responsabilité pénale des ministres au pouvoir judiciaire pénal, renonçant ainsi à une forme de justice politique qui avait donné de mauvais résultats. La loi constitutionnelle numéro 1/1989 prévoit en effet la nécessité pour l'autorité judiciaire de demander l'autorisation de procéder au Parlement italien, qui peut la refuser lorsque le ministre a agi dans la poursuite d'un intérêt jugé d'"intérêt public prééminent". La procédure se déroule, donc, comme suit: la magistrature vérifie, selon les critères du droit pénal commun si on a un réel suspect que le Ministre ait commis une infraction dans l'exercice de son pouvoir de gouvernement, mais elle doit demander ensuite l'autorisation au Parlement afin que le Ministre puisse être renvoyé devant la justice. Cfr. L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, Giappichelli, 2020, pp. 43-44.

¹⁸⁰ P. GENTILUCCI, «Il rebus politico-giuridico della nave Gregoretti. Una bussola per i futuri governi», *Giurisprudenza penale web*, 28 febbraio 2020.

¹⁸¹ Quiconque prive une personne de sa liberté personnelle est puni d'une peine d'emprisonnement de six mois à huit ans. La peine encourue est d'un an à dix ans d'emprisonnement si le fait est commis:

1) au préjudice d'un ascendant, d'un descendant ou d'un conjoint;

2) par un fonctionnaire public, avec abus des pouvoirs inhérents à ses fonctions;

Si le fait visé au premier alinéa est commis au détriment d'un mineur, la peine d'emprisonnement est de trois à douze ans. Si l'infraction est commise en présence de l'une des circonstances visées au deuxième alinéa, ou au détriment d'un enfant de moins de quatorze ans, ou si l'enfant enlevé est emmené ou détenu à l'étranger, la peine est une peine d'emprisonnement de trois à quinze ans.

Si le coupable cause la mort de l'enfant objet de séquestration, la peine est d'emprisonnement à vie. Les peines prévues au troisième alinéa sont également réduites de la moitié au maximum à l'égard du prévenu qui agit concrètement

1) pour que l'enfant retrouve sa liberté;

2) pour éviter que l'activité criminelle n'ait d'autres conséquences, en aidant concrètement la police ou l'autorité judiciaire à réunir des preuves déterminantes pour la reconstitution des faits et pour l'identification ou la capture d'un ou de plusieurs auteurs de l'infraction;

3) empêcher la commission d'autres actes d'enlèvement d'enfants.

Dans l'hypothèse prévue au premier alinéa, l'infraction est punissable sur plainte de la victime, à moins que le fait ne soit commis sur une personne frappée d'incapacité due à l'âge ou à une infirmité".

¹⁸² TRIBUNAL DE CATANE, cit., p. 151.

Ce «parapluie politique»¹⁸³ – poursuit le juge – «a autorisé le Ministre à prendre les décisions qui lui ont été pénalement contestées, mais qui étaient pleinement appréciées sous un profil politique général par les membres les plus importants du gouvernement dirigé par le professeur Giuseppe Conte»¹⁸⁴, Président du Conseil italien des Ministres.

Pour cette raison – écrit le juge en démontrant de contourner toute opération d'équilibrage entre droits fondamentaux, en donnant ainsi carte blanche aux prétendues raisons sécuritaires – il n'y aurait donc pas eu de «violation ouverte et profonde des droits de l'homme, compte tenu également de la nécessité d'équilibrer ces droits avec les *valeurs interprétées par le ministre de l'intérieur* en termes de sauvegarde de la sécurité de l'État et de l'ordre public»¹⁸⁵.

En outre, le Ministre Matteo Salvini, loin de vouloir priver arbitrairement les migrants de leur liberté personnelle, dont – selon le juge, avec une argumentation qui laisse perplexe – ils ne pourraient même pas être considérés comme pleinement titulaires, puisqu'ils «souffrent d'une situation de liberté limitée ([...] ce qu'on appelle la *détention administrative*)»¹⁸⁶ – a agi afin de «trouver une véritable solution à un *problème que l'opinion publique ressentait et ressent encore comme un danger* pour un vivre-ensemble pacifique»¹⁸⁷. Il aurait, dès lors, prétendu «privilégier les principes de protection des frontières de l'État et de sécurité et d'ordre public [...] avec une approche particulière; en ce sens qu'il considérait nécessaire [...] de réaliser d'une manière ou d'une autre une redistribution solidaire, pour des raisons évidentes de protection de la sécurité et de l'ordre public, puisque l'État italien ne pouvait pas assumer seul l'immigration massive en provenance d'Afrique»¹⁸⁸.

Ces propos devraient nous interroger sur la limite au-delà de laquelle, dans un État de droit, on peut considérer qu'en vertu d'un contrat de gouvernement, un Ministre puisse bénéficier d'une carte blanche en matière des droits fondamentaux, en pouvant se substituer aussi au pouvoir judiciaire (qui devrait être le seul légitimé) dans toute opération d'équilibrage entre la sécurité et les autres droits fondamentaux: en effet, c'est ce que on peut déduire de la partie de la motivation de cette décision où le juge confère une

¹⁸³ *Ivi*, p. 155.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Ivi*, pp. 108-109.

¹⁸⁶ *Ivi*, p. 109.

¹⁸⁷ *Ivi*, p. 115.

¹⁸⁸ *Ivi*, pp. 115-117.

prééminence absolue aux “valeurs interprétées par le ministre de l'intérieur en termes de sauvegarde de la sécurité de l'État et de l'ordre public”.

Tout aussi peu juridique (et plus politique) est la thèse du juge selon laquelle l'absence de garanties dans la détention administrative des étrangers serait en soi susceptible de justifier ce qui est, en fait, une dérogation à la double réserve de loi et de juridiction prévu à l'article 13 de la Constitution italienne¹⁸⁹. À bien y réfléchir, cette thèse est le résultat d'une confusion entre les deux niveaux différents de titularité et effectivité d'un droit. En effet, comme l'a dit le juriste italien Andrea Pugiotto¹⁹⁰, c'est précisément la distinction entre la titularité et l'effectivité des droits fondamentaux et des garanties qui différencie le statut de l'étranger/ennemi de celle du citoyen/ami. Il suffit, par exemple, de penser que le juge compétent à décider en matière de liberté personnelle des étrangers en Italie est le juge de paix: un juge honoraire qui dans le système juridique italien est dédié au jugement des affaires civiles les moins complexes¹⁹¹ et des infractions pénales (*delitti ou contravvenzioni*) les moins sévèrement punies¹⁹² et que, seulement pour les étrangers en situation irrégulière, peut juger de la liberté personnelle (en validant les mesures privatives de liberté adoptées par le *Questore* ou Préfet de police)¹⁹³, alors que les citoyens bénéficient des garanties accordées par le juge pénal.

¹⁸⁹ Article 13 de la Constitution italienne: “la liberté personnelle est inviolable. Aucune forme de détention, d'inspection ou de fouille personnelle, ni aucune autre restriction de la liberté personnelle n'est permise, sauf par un acte motivé de l'autorité judiciaire et seulement dans les cas et selon les modalités prévus par la loi”.

¹⁹⁰ A. PUGIOTTO, «“Purché se ne vadano!” La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero», lors de la Conférence «Lo statuto costituzionale del non cittadino», Université de Cagliari, 16-17 octobre 2009, p. 47.

¹⁹¹ La compétence civile du juge de paix italien est réglementée par l'article 7 du code de procédure civile italien, aux termes duquel il est compétent, par exemple en matière d'usage d'habitation civile au sujet d'immissions de fumée ou de chaleur ou de bruits, dépassant le seuil normal de tolérance.

¹⁹² La compétence pénale du juge de paix italien est réglementée par les articles 4, 5, 6 du décret-législatif n° 28/274, aux termes desquels il est compétent, par exemple, en matière des blessures n'ayant pas causé une maladie dont la période de guérison a été estimée inférieure à vingt jours.

¹⁹³ Comme en témoignent les articles 13 et 14 T.U.I. (code italien de l'entrée et du séjour), la procédure d'expulsion de l'étranger en situation irrégulière est gérée par le *Questore*, qui doit transmettre dans 48 heures l'ordre de reconduite à la frontière au juge de paix, lequel doit le valider dans les 48 heures suivantes. Dans l'attente de la validation de la part du juge de paix, l'étranger est retenu dans un centre de rétention administrative, sauf si la procédure peut être réglée dans le même endroit où la mesure d'éloignement a été prise avant le transfert vers l'un des centres disponibles. Lorsqu'il n'est pas possible de procéder immédiatement à l'expulsion par reconduite à la frontière, en raison de situations transitoires qui entravent la préparation du retour ou l'exécution de l'éloignement, le *Questore* ordonne que l'étranger soit retenu pendant le temps strictement nécessaire dans le centre de rétention administrative le plus proche. Dans les 48 heures suivantes l'adoption de cette mesure, le *Questore* est communiquée pour validation au juge de paix dans les 48 heures suivantes son adoption. Le juge, s'il estime la mesure opportune (par exemple, pour risque de fuite

Le juge de paix compétent est, en outre, celui du lieu où se trouve la préfecture qui a ordonné l'expulsion, si la procédure peut être définie dans le lieu où la mesure d'éloignement a été adoptée; autrement, ce sera celui du lieu où se trouve le centre où l'étranger est retenu. Dans les deux cas, le juge ne reçoit que l'arrêté de reconduite à la frontière, et non l'arrêté préfectoral d'expulsion, qui en est la condition préalable; par conséquent, à moins que le défendeur ne remédie à l'absence d'informations décisives lors de l'audience, la vérification par le juge de paix ne peut se limiter qu'à des aspects purement formels.

De plus, aux termes de l'article 13, paragraphe 5-*ter* du code italien de l'entrée et du séjour irréguliers, «la préfecture de police (*Questura* en italien) fournit au juge de paix, dans les limites des ressources disponibles, le soutien nécessaire et la disponibilité de locaux adéquats»: comme l'écrit Andrea Pugiotto, «puisque la mesure d'accompagnement coercitif est ordonnée par le Préfet de police (*Questore*), le jeu de sa validation ne se joue pas sur un terrain neutre mais au domicile de l'une des parties au procès»¹⁹⁴. Rien n'est plus incompatible avec le principe d'impartialité d'un juge qui peut être identifié également sur la base du centre où le *Questore* décide de détenir l'étranger.

Tout cela démontre que la titularité d'un droit ne signifie pas automatiquement effectivité du droit dont on est titulaire: afin que un droit soit effectif, il est nécessaire d'accorder des garanties pour permettre la mise en œuvre de ces mêmes droits, dans une condition d'égalité entre tous ceux qui en sont titulaires. Pour le dire avec Norberto Bobbio, «l'affirmation d'un droit implique l'affirmation d'un devoir et viceversa»¹⁹⁵, tout d'abord le devoir de garantir l'effectivité de ce droit.

La liberté personnelle, comme on l'a expliqué, n'est pas effective pour les étrangers, mais cela ne devrait pas justifier d'autres compressions à leur détriment. Il faut, d'ailleurs, souligner que la mise en balance des droits fondamentaux avec le bien-sécurité devrait

de l'étranger), accorde sa validation dans les 48 heures suivantes. La règle est que la rétention administrative ne peut pas excéder les trente jours. Toutefois, si la vérification de l'identité et de la nationalité ou l'obtention de documents de voyage présente des difficultés sérieuses, le juge, sur proposition du *Questore*, peut prolonger le délai de trente jours supplémentaires. Une fois ce délai expiré, le *Questore* peut demander d'autres prolongations si des éléments concrets rendent probable l'exécution si cela est nécessaire pour organiser les opérations de rapatriement. En tous cas, la durée maximale de la rétention administrative (voire, détention) de l'étranger ne peut pas excéder 90 jours ou 120 supplémentaires si l'étranger est ressortissant d'un pays avec lequel l'Italie a signé des accords sur le rapatriement.

¹⁹⁴ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano!*», *cit.*

¹⁹⁵ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990, p. XIX.

toujours se faire à la lumière de l'interprétation fournie (non pas par un Ministre, mais) par la Cour constitutionnelle. Et celle-ci a déjà précisé que «quelle que soit la gravité des problèmes de sécurité et d'ordre public liés aux flux migratoires incontrôlés, on ne saurait porter la moindre atteinte au caractère universel de la liberté personnelle qui, comme les autres droits que la Constitution proclame inviolables, doit être accordée aux individus non pas en tant que membres d'une communauté politique particulière, mais en tant qu'êtres humains»¹⁹⁶.

En bafouant ces principes juridiques, le seul mérite qu'on peut accorder à la décision dans l'affaire Gregoretti est celui d'avoir excellemment (selon les critères propres aux argumentations populistes) défendu la politique des ports fermés.

Concernant les formes de résistance passive face à la déshumanisation du droit pénal, on verra, par exemple, que la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *N.B. et autres contre France*¹⁹⁷ constitue seulement une *timide tentative d'humanisation*¹⁹⁸ de l'appareil punitif mobilisé à l'encontre des *étrangers indésirables*. En effet, si la Cour de Strasbourg a condamné la France pour la neuvième fois pour violation des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de la rétention d'un mineur étranger dans un centre de rétention administrative¹⁹⁹, elle a également constaté qu'il n'y avait pas de violation de l'article 3 en ce qui concernait la rétention administrative des parents du mineur, en dépit du fait qu'un d'entre eux (et notamment, le père) était atteint d'une cardiopathie congénitale, incurable dans le centre de rétention administrative. Les juges ont en effet affirmé que, bien que la grave cardiopathie congénitale de l'un des deux parents ait été constatée et bien qu'ils fussent conscients de la souffrance psychologique qu'implique pour un parent le fait de savoir que son enfant mineur vit dans une situation de privation de liberté, il n'y avait pas d'éléments suffisants pour considérer que le seuil de gravité avait été dépassé pour que le traitement puisse être considéré comme inhumain et dégradant.

Les juges de Strasbourg se sont donc écartés de la lecture humanisante qui avait été proposée par certaines opinions dissidentes à d'autres décisions similaires, comme par

¹⁹⁶ COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE, décision n. 105/2001.

¹⁹⁷ CEDH, 31 mars 2022, *N.B. et autres c. France*, n. 49775/20, commenté par V. ROMANO, *Inumano e degradante il trattenimento amministrativo di un minore straniero accompagnato: la Corte di Strasburgo condanna nuovamente la Francia*, dans < foroitaliano.it >, 7 avril 2022.

¹⁹⁸ C'est l'expression que j'ai utilisé dans V. ROMANO, *Inumano e degradante*, cit.

¹⁹⁹ Les centres de rétention administrative (CRA) sont des centres où l'on maintient les étrangers à expulser.

exemple l'opinion formulée par le juge Power-Forde dans l'*affaire Popov c. France*²⁰⁰, selon laquelle les États ne devraient jamais oublier qu'ils détiennent des êtres humains qui, bien qu'irréguliers selon la législation en matière migratoire, ont le droit absolu de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et, par conséquent, ne devraient jamais être obligés d'assister à la souffrance psychique de leurs enfants privés de liberté.

Les raisons sécuritaires l'ont donc emporté sur les droits des étrangers en situation irrégulière, au profit de la *déshumanisation du droit*²⁰¹, d'autant plus que l'on considère que dans la même décision la Cour de Strasbourg a précisé que pour que le traitement d'un mineur étranger soit considéré inhumain et dégradant il faut, en tous cas, tenir compte d'un ensemble de critères, à savoir l'adéquation des centres de rétention administrative aux besoins de l'enfant et la durée de la détention elle-même, ce que – comme l'a souligné Karine Parrot à propos d'une autre décision similaire²⁰² – cela revient en même temps à affirmer que l'enfermement d'un enfant avec ses parents dans l'attente de son expulsion ne constitue pas en soi une violation de l'article 3 de la CEDH.

Comme témoignage que les décisions judiciaires peuvent contribuer à la déshumanisation du droit, le *projet de loi Darmanin* précité, en s'appuyant précisément sur cette jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qualifie de légitime la rétention administrative des mineurs étrangers ayant un âge compris entre 16 et 18 ans²⁰³. Le même projet, en outre, vise à construire de nouveaux CRA, ce qui confirme une fois de plus la prévalence de la logique de l'exclusion sociale des indésirables.

On ne peut pas, toutefois, taire le fait que dans certains cas les juges ont fait preuve de *résistance active* à la déshumanisation du droit. En effet, on verra que si en France certains juges ont relevé l'illegitimité de la *garde à vue* appliquée à l'encontre des étrangers soupçonnés d'avoir commis un délit (le délit d'entrée irrégulière) puni avec une peine (la réclusion) incompatible avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, en Italie certains juges ont réalisé une dépenalisation *de facto* de la

²⁰⁰ CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n. 39472/07.

²⁰¹ C'est, d'ailleurs, le risque de l'importante marge d'appréciation accordée aux États membres du Conseil de l'Europe. Dans ce sens, voir C. HOWARD, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence», *Connecticut Journal of International Law*, 1/1987.

²⁰² K. PARROT, «Condition des étrangers», *Revue critique de droit international privé*, 4/2012, p. 832.

²⁰³ ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, AMÉLIORER L'INTÉGRATION, 31 janvier 2023, p. 181 (disponible au lien suivant: https://www.gisti.org/IMG/pdf/pil2023_2023-02-01_ei_-_iomv22364721_cm_1.02.2023.pdf; URL consulté le 3 avril 2023).

contravvenzione d'entrée irrégulière, en accordant la *cause de non punissabilité en raison du caractère particulièrement faible du fait*.

L'espoir tient à ce que, dans l'avenir, la jurisprudence puisse contribuer concrètement à une *refondation des pouvoirs*²⁰⁴ et un *nouveau contrat social*²⁰⁵, fondés sur une *éthique de la solidarité* renouvelée en tant que *nouvelle frontière du droit pénal*, tout en étant conscients de la prudence dont il faut faire preuve dans la mobilisation du concept de solidarité. En effet, comme on l'expliquera, la notion de solidarité n'est pas à l'abri de mobilisations ambiguës, ce mot pouvant «soutenir la revendication des étrangers à bénéficier de droits d'entrée et de séjour accrus ; ou, à l'inverse, légitimer les established à faire valoir une souveraineté sélective et exclusive»²⁰⁶. En ce sens, la solidarité agit comme un prisme d'analyse du droit, capable d'élargir le catalogue des droits utilisables mais, en même temps, de pointer les dérives du droit²⁰⁷.

Or, comme on verra lors de la **Section III du Chapitre III** (intitulée «**Remarques finales. Pour une éthique de la solidarité comme boussole des possibles**»), la décision du Tribunal pénal de Rome daté du 15 décembre 2022, ayant affirmé la responsabilité pénale des autorités italiennes pour le naufrage daté du 11 octobre 2013²⁰⁸, paraît concrétiser l'espoir que la solidarité (dans sa portée inclusive) devienne, par voie d'une résistance judiciaire, la «boussole des possibles»²⁰⁹.

En effet, les juges italiens, une fois rappelée la *vocation universelle de l'obligation de sauvetage en mer* en la qualifiant également de «règle de droit coutumier claire, précise et inconditionnelle, susceptible de lier toute entité publique ou privée dans n'importe quel

²⁰⁴ EAD., *Les forces imaginantes du droit III. La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007.

²⁰⁵ S. PAUGAM, *Vers un nouveau contrat social?*, dans S. Paugam (sous la direction de), *Repenser la solidarité*, Presses Universitaires de France, 2011. Dans le même sens, voir L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 2022.

²⁰⁶ A. GOTMAN, *Sous la solidarité et le droit: l'hospitalité*, dans S. Paugam (sous la direction de), *Repenser, cit.*, p. 616.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ TRIBUNAL PÉNAL DE ROME, SEZ. II, décision 15 décembre 2022, n. 14998/2022. Les juges, tout en acquittant les autorités maritimes en raison du délai de prescription, ont considéré «pleinement démontrée [...] la conduite omissive des autorités» n'ayant pas empêché le naufrage «tel qu'il s'est produit, qui aurait autrement été évité ou n'aurait pas eu les mêmes proportions et les mêmes conséquences désastreuses» (p. 83). En effet, «le chavirement - la dispersion en mer - la noyade des migrants représentent précisément la réalisation du risque spécifique que la violation de règles de précaution n'a pas permis d'éviter» (p. 84).

²⁰⁹ M. DELMAS-MARTY, *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Éditions du Collège de France, 2020.

coin de mer de la planète Terre»²¹⁰, ont également affirmé qu'il incombe aux autorités ayant le moindre doute de la situation de danger d'un bateau de migrants d'approfondir toute activité de renseignement afin d'assurer un sauvetage en temps utile²¹¹, ce qui ne paraît pas s'être produit à l'occasion du naufrage du Cutro sur lequel la magistrature italienne est en train d'enquêter.

Absolument primordiale est, en outre, l'affirmation par les juges que «la sécurité publique – qui exigeait d'agir autrement à la date de l'événement, en sauvegardant la *sécurité des migrants* en danger – ne se réfère pas seulement aux zones maritimes qui relèvent de notre compétence SAR [...], représentant plutôt un bien/intérêt protégé par le droit pénal, que l'on prenne en charge la coordination des opérations de sauvetage ou que l'on fournisse une assistance aux coordinateurs d'autres États requérants»²¹².

À bien y regarder, ces mots revitalisent la sécurité en tant que *sécurité des droits* des migrants, contre la *sécurité du pouvoir* à tout prix.

Or, c'est à partir de cette *re-signification*²¹³ du concept de sécurité qu'il faut repartir pour tracer une nouvelle frontière: la frontière de la solidarité en tant que frontière infranchissable par le droit pénal afin que les droits humains redeviennent – dans les mots du philosophe Alessandro Baratta – l'objet et les limites du droit pénal²¹⁴.

Il s'agit, en d'autres termes, de reconnaître dans les droits de l'homme et dans l'*éthique de la solidarité* le «“noyau dur” [...] qui représente l'essence même de notre système démocratique»²¹⁵.

Ce qui vient d'être tracé dans ces quelques lignes est le seul chemin qui peut nous éloigner d'une politique criminelle déshumanisante pour nous amener vers une politique criminelle humaniste; la seule *terre commune*²¹⁶ où la valeur primordiale soit accordée à ce que le philosophe Alessandro Baratta appelait la *sécurité des droits*²¹⁷; la seule *boussole*

²¹⁰ TRIBUNAL PÉNAL DE ROME, SEZ. II, décision 15 décembre 2022, p. 23.

²¹¹ *Ivi*, p. 28.

²¹² *Ivi*, p. 71.

²¹³ A. SCIURBA, «Quale sicurezza, quali diritti? Oltre la compassione, per un'empatia strategica necessaria», *Democrazia e Diritto*, 3/2018.

²¹⁴ A. BARATTA, «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», *Dei delitti e delle pene*, 3/1985, 443 ss.

²¹⁵ L. MASERA, *op. cit.*, p. 168.

²¹⁶ C. HERROU, *Une terre commune*, Éditions du Seuil, Paris, 2023.

²¹⁷ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in Anastasia Stefano – Palma Mauro (a cura di), *La bilancia e la misura*, Franco Angeli, 2001.

*des possibles*²¹⁸ qui puisse nous aider à reconstruire ce que le poète italien Giacomo Leopardi – dans *La Ginestra (o il Fiore del Deserto)* – qualifiait de «chaîne sociale»²¹⁹, voire de fraternité humaine, qui est la seule voie à parcourir si l'on se veut *sauver les uns les autres*²²⁰.

Mots-clés

Droits de l'homme – sécurité – populisme – frontières – migrants – solidarité.

²¹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Une boussole des possibles*, cit.

²¹⁹ G. LEOPARDI, *La Ginestra (o il Fiore del Deserto)*, 145: «social catena».

²²⁰ A. SCIURBA, *Salvarsi insieme. Storia di una barca a vela sulla rotta dell'umanità*, Ponte alle Grazie, 2020.

TABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABBRÉVIATIONS / ELENCO DELLE PRINCIPALI SIGLE E ABBREVIAZIONI.

TEXTES, REVUES ET PUBLICATIONS / TESTI, RIVISTE E PUBBLICAZIONI.

<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique pénale
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
<i>Foro it.</i>	Il Foro italiano
<i>Riv. it. dir. proc. pen</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>SidiBlog</i>	Blog della Società italiana di diritto internazionale
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
T.U.I.	Code italien de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

JURIDICTIONS ET INSTITUTIONS DIVERSES / GIURISDIZIONI E ISTITUZIONI VARIE.

AIC	Associazione italiana dei costituzionalisti
ANAFÉ	Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers
ASGI	Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione
<i>Ass. Plén</i>	Assemblée plénière
CASS. CIV., SEZ.	Cassation civile italienne, section.
CASS. PEN., SEZ.	Cassation pénale italienne, section.
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CENSIS	Centro di studi per gli investimenti sociali
CEVIPOF	Centre for Political Research at Sciences Po

CNRS	Centre national de la recherche scientifique
FRONTEX	Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures
G.I.P./G.U.P.	Juge d'instructions en Italie
GISTI	Groupe d'information et de soutien des immigrés
ISPI	Institut italien de politique internationale
LDH	Ligue des Droits de l'Homme
ONU	Organisation des Nations Unies Abréviations spécifiques au champ étudié
EURODAC	Système européen de traitement des demandes d'asile
SIS	Système d'Information Schengen
VIS	Système d'Information sur les Visas

ABRÉVIATIONS GÉNÉRALES

<i>Chron.</i>	Chronique
<i>Cit.</i>	ouvrage/revue/rapport, précité
<i>Ead.</i>	Même autrice que ci-dessus
<i>Ibidem</i>	Même référence que ci-dessus
<i>Id.</i>	Même auteur que ci-dessus
<i>Infra</i>	Voir ci-dessous
<i>Ivi</i>	pages différentes de l'ouvrage ci-dessus cité
<i>Op. cit.</i>	Ouvrage cité p.
<i>Passim</i>	Tout au long du même ouvrage

pp.	De page ... à page ...
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>Supra</i>	Voir ci-dessus
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Chapitre I. Rhétorique sécuritaire et usage populiste du droit pénal dans l'époque des passions tristes.

Section I. Peur, (in)sécurité et politique criminelle: un bref aperçu des origines du populisme pénal.

Section II. Le droit pénal face aux néopopulismes sécuritaires: un droit pénal de l'ennemi.

Chapitre II. Sécurité via exclusion. Le droit pénal en tant qu'arme de marginalisation et déshumanisation.

Section I. Formes de criminalisation-exclusion directe.

Section II. Formes de criminalisation-exclusion indirecte et de répression para-pénale de la solidarité.

Section III. Formes pénales de répression de la solidarité.

Chapitre III. Repenser la sécurité en temps des populismes. Pour une éthique de la solidarité en tant que nouvelle frontière du droit pénal.

Section I. L'illusion populiste face au défi de la sécurité.

Section II. «La loi n'a plus tous les droits». Pour un *ius* comme (réelle) limite à la *lex iniusta*.

Section III. Remarques finales. Pour une éthique de la solidarité comme *boussole des possibles*.

SOMMARIO

Capitolo I. Retorica securitaria e uso populista del diritto penale nell'epoca delle passioni tristi.

Sezione I. Paura, (in)sicurezza e politica criminale: una breve ricognizione delle origini del populismo penale.

Sezione II. Il diritto penale di fronte ai neopopulismi securitari: un diritto penale del nemico.

Capitolo II. Sicurezza mediante esclusione. Il diritto penale come arma di marginalizzazione e deumanizzazione.

Sezione I. Forme di criminalizzazione-esclusione diretta.

Sezione II. Forme di criminalizzazione-esclusione indiretta e di repressione para-penale della solidarietà.

Sezione III. Forme penali di repressione della solidarietà.

Capitolo III. Ripensare la sicurezza nell'età dei populismi. Per un'etica della solidarietà come nuova frontiera del diritto penale.

Sezione I. L'illusione populista di fronte alla sfida della sicurezza.

Sezione II. «La loi n'a plus tous les droits». Per uno *ius* come (reale) limite alla *lex iniusta*.

Sezione III. Considerazioni conclusive. Per un'etica della solidarietà come *bussola dei possibili*.

INTRODUZIONE / INTRODUCTION GÉNÉRALE

Bisogno primordiale dell'uomo e preteso diritto fondamentale, la sicurezza è da sempre fonte di legittimazione del potere politico e fattore di produzione e consolidamento del consenso elettorale²²¹. Già nella narrazione del filosofo Thomas Hobbes, la *paura della morte violenta* è quel fattore emozionale – e quella condizione di *comune vulnerabilità* – che spinge gli esseri umani a rinunciare, mediante il *contratto sociale*, ai diritti (salvo quello di resistenza) per trasferirli ad una sola entità dotata di potere assoluto: il Leviatano, incaricato di assicurare la pace e la difesa sociale²²².

Prendendo a prestito le parole della filosofa Martha Nussbaum, paura e (in)sicurezza possono essere definite come *emozioni politiche*²²³. Si tratta, in altri termini, di «“etichette” [...] cui attinge a piene mani il legislatore e, per questo (ma non solo), non possono essere ignorate dalla letteratura giuridica (quella penalistica, in particolare)»²²⁴.

Come uno specchio, il diritto penale – o, meglio, la politica criminale, intesa come «teoria e pratica delle differenti forme di controllo sociale»²²⁵ – riflette, infatti, le emozioni dominanti della società in cui si trova ad operare²²⁶; emozioni che esso tenta di

²²¹ Per una teorizzazione del diritto fondamentale alla sicurezza, cfr. J. ISENSEE, *Il diritto fondamentale alla sicurezza. A proposito dei doveri di protezione dello stato liberale di diritto*, trad. a cura di Fulvio Fenucci, Editoriale Scientifica, 2017 (ed. or.: *Das Grundrecht auf Sicherheit Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, De Gruyter, 1982).

²²² Cfr. B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, in T. Casadei – G. Zanetti (a cura di), *Collana di Studi e Ricerche del CRID UniMore*, Giappichelli, 2021, p. 8; F. FORZATI, *La sicurezza tra diritto penale e potere punitivo*, Edizioni scientifiche italiane, 2020, p. 166. Per una compiuta ricostruzione storico-filosofica della relazione tra paura e potere si rinvia a C. ROBIN, *La peur. Histoire d'une idée politique*, Armand Colin, Paris, 2006.

²²³ M. NUSSBAUM, *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Il Mulino, 2014.

²²⁴ L. SVENDSEN, *Filosofia della paura. Come, quando e perché la sicurezza è diventata nemica della libertà*, Castelvecchi, 2010, pp. 54-55.

²²⁵ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Themis Droit, 1992, p. 13.

²²⁶ La metafora dello specchio con particolare riferimento al diritto penale è stata impiegata dal penalista M. David Chilstein nel corso della conferenza «Droit pénal et émotion» organizzata dall'Università Paris 1 – Panthéon-Sorbonne e trasmessa via Zoom il 16 aprile 2021 (video integrale disponibile al seguente link <https://mediatheque.univ-paris1.fr/video/2790-droit-et-emotion-seance-n9/>; URL consultato il 18 marzo 2023). In senso analogo, X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019, p. 3, parla di *droit penal expressif*, «parce que toute incrimination [...] repose sur un choix de valeurs ou d'intérêts dont le respect est jugé indispensable au maintien de l'ordre social». La metafora dello specchio è, del resto, ciò che accomuna lo strumento della politica criminale alla gestione del fenomeno migratorio, giacché «si parla di “funzione specchio” dell'immigrazione, cioè dell'occasione privilegiata che essa costituisce per rendere palese ciò che è latente nella costituzione e nel funzionamento di un ordine sociale [...] per portare alla luce o ingrandire

disciplinare, trasformare, canalizzare e che nell'epoca contemporanea, dominata da *passioni tristi*²²⁷, trovano la loro sintesi in una spasmodica *passione del punire*²²⁸ da cui trae linfa una incontrollata espansione del *terribile diritto*, sovente impiegato quale arma di distrazione di massa dai grandi problemi economici e sociali che non si riesce (o non si vuole?) fronteggiare con strumenti più adeguati allo scopo²²⁹. Come osserva il sociologo Didier Fassin, ricorrere allo strumento punitivo è, infatti, per le classi politiche «molto più redditizio di quanto sarebbe per loro, una volta giunte al potere, puntare sui propri risultati in altri campi, come quello della giustizia sociale».²³⁰

La sicurezza (dal latino *sine cura*, intesa nella sua traduzione italiana in termini di assenza di preoccupazione)²³¹ evoca, tuttavia, più uno stato d'animo che un dato empirico-fattuale: essa, per lo più, non equivale ad assenza di un reale pericolo oggettivo, bensì all'assenza di percezione del pericolo stesso²³². Eppure, il «valore utopico-escatologico»²³³ che circonda il fantasmagorico bene della sicurezza²³⁴ sta orientando, in misura sempre più crescente, le democrazie in senso punitivistico: «l'aperti sesamo del populismo è dato dal concetto di sicurezza [...]. L'insicurezza (percepita) diviene il problema principale, da

(ecco l'effetto specchio) ciò che abitualmente è nascosto nell'inconscio sociale» (A. SAYAD, «La doppia pena del migrante. Riflessioni sul "pensiero di Stato"», *Aut Aut*, 275/1996, p. 13).

²²⁷ Benché l'espressione *passioni tristi* sia ormai ampiamente diffusa in letteratura (cfr., *ex multis*, F. DUBET, *Le temps des passions tristes: inégalités et populisme*, Editions du Seuil, 2019; M. BENASAYAG – G. SCHMIT, *Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, La Découverte, 2007), le sue origini sono ben più lontane. Gli Autori da ultimo citati, ad esempio, le fanno risalire a Spinoza, pur precisando che il filosofo «non si riferiva alla tristezza del pianto, ma all'impotenza e alla decadenza, giacché assistiamo al progresso delle scienze e, allo stesso tempo, ci troviamo di fronte alla perdita di fiducia e alla delusione per queste stesse scienze, che non sembrano più contribuire alla felicità degli uomini» (*ivi*, p. 24).

²²⁸ D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018.

²²⁹ In tal senso, cfr., *ex multis*, E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020, p. 139, per il quale «il diritto penale pare [...] un efficace strumento di "distrazione di massa" (oltretutto "a costo zero")».

²³⁰ D. FASSIN, *op. cit.*, p. 15.

²³¹ Cfr. A. SCIURBA, «Quale sicurezza, quali diritti? Oltre la compassione, per un'empatia strategica necessaria», *Democrazia e Diritto*, 3/2018, p. 199, la quale però mette in luce l'ambivalenza del termine *cura*, che può significare al tempo stesso preoccupazione, ma anche premura nei confronti dell'*Altro*.

²³² F. FORZATI, *op. cit.*, pp. 34-42.

²³³ *Ivi*, p. 75.

²³⁴ Come lucidamente osserva A. SCIURBA, *Quale sicurezza, quali diritti?*, *cit.*, p. 199, neppure le Carte costituzionali, le Convenzioni internazionali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo si premurano di riempire di contenuto semantico questa nozione che, pertanto, rimane vaga, sfuggente e, per questo, facilmente manipolabile per i più svariati fini, anche politici, tanto che essa si palesa più come «uno strumento che un fine [...] una coperta che ognuno può tirare a seconda dell'approccio che intende adottare, della tesi che vuole sostenere o giustificare, dell'obiettivo teorico o politico che si prefigge di raggiungere» (*ivi*, p. 200).

affrontare con strumenti *spettacolari*»²³⁵. Ciò che conta per gli attori (politici, massmediatici e, talvolta, anche giuridici²³⁶) che recitano sul *teatro della sicurezza*²³⁷ non è, infatti, la mediazione ma l'*immedesimazione*²³⁸; non è la riflessione, ma l'*immediatezza* di una risposta ad un sentimento di insicurezza sempre più diffuso in conseguenza delle crisi economiche, sociali, sanitarie, migratorie e, non ultimo, degli attacchi terroristici²³⁹ di cui gli stranieri (e quanti vi prestano soccorso) sono *vittime collaterali*²⁴⁰ in quanto oggetto di un processo di criminalizzazione, marginalizzazione, esclusione e deumanizzazione giustificato in nome di una generalizzata (e, talvolta, pretestuosa) lotta al terrorismo²⁴¹. In nome di quest'ultima è stata, infatti, progressivamente attribuita un'aura di negatività – *sub specie*, di sospetta criminalità, terroristica in particolare – al *migrante*. In questa chiave vanno interpretate, ad esempio, le dichiarazioni del Consiglio europeo di Laeken (riunitosi dopo gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001), secondo cui un rafforzamento del controllo alle frontiere esterne dell'Unione europea avrebbe contribuito alla lotta contro il terrorismo²⁴², nonché le parole pronunciate dall'ex direttore esecutivo di Frontex in occasione del vertice del 25 settembre 2019: «le frontiere esterne devono costituire un

²³⁵ F. FORZATI, *op. cit.*, p. 181.

²³⁶ Cfr. G. FIANDACA, «Populismo politico e populismo giudiziario», *Criminalia*, 2013, pp. 95-122.

²³⁷ Cfr. S. STEFANIZZI, *Il teatro della sicurezza. Attori, pratiche e rappresentazioni*, Et al. Edizioni, 2012.

²³⁸ Emblematiche sono, a questo proposito, le seguenti parole pronunciate da Jean-Marie Le Pen in occasione della *Fête des Bleu-blanc-rouge*: «nessuno può ignorare che l'immigrazione è la principale causa di insicurezza. Non c'è nulla di sconvolgente se il *Front National* esprime i sentimenti dei francesi». Cfr. C. BESCHE – J.-L. RICHARD, «Analyse de textes autour du concept de "race". Une analyse de discours de Jean-Marie Le Pen», *Psychologie française*, XLIV, n° 2, 1999, p. 156.

²³⁹ Cfr. G. E. M. VASILOPOULOS – A. V. NICHOLAS – M. FOUCAULT, «Fear, anger, and voting for the far right: Evidence from the November 13, 2015 Paris terror attacks», *Political psychology*, 4/2019, pp. 679-704.

²⁴⁰ E. GUILD, *Les étrangers en Europe, victimes collatérales de la guerre contre le terrorisme*, in D. Bigo – L. Bonelli – T. Deltombe (a cura di), *Au nom du 11 septembre. Les démocraties à l'épreuve du terrorisme*, La Découverte, Paris, 2008, pp. 139-150. In senso analogo, v. pure il report de LA CIMADE, *Lutter contre les amalgames et la désinformation visant les personnes étrangères*, gennaio 2021, p. 7, che parla di «effet loupe» (lett.: «effetto lente di ingradimento»), intendendo con questa espressione la tendenza dei governi nazionali a legittimare, in nome di una sicurezza universale pressoché impossibile da raggiungere, un'assimilazione tra lo straniero autore (anche in minoranza) di un atto di violenza terroristica e tutti gli stranieri appartenenti alla stessa comunità: «au nom d'une sécurité universelle prétendument atteignable, le gouvernement crée un effet loupe, et assume de perpétrer amalgames et clivages: quand un jeune pakistanais attaque les anciens locaux de Charlie Hebdo, on accuse l'ensemble des mineur-e-s étranger-e-s d'être responsables et l'on réfute toute légitimité à leur prise en charge; quand Abdoullakh Anzorov attaque Samuel Paty, on accuse l'ensemble de la communauté tchétchène de l'avoir favorisé et soutenu, et l'on souhaite conditionner le droit d'asile».

²⁴¹ F. FORZATI, *op. cit.*, p. 392.

²⁴² CONSIGLIO EUROPEO DI LAEKEN, *Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea*, 14-15 dicembre 2001 (disponibile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/summits/pdf/lae2_it.pdf; URL consultato il 18 marzo 2023).

filtro contro la criminalità internazionale e contribuire a prevenire il rischio di terrorismo»²⁴³. Il termine *migrante* è finito, così, per designare una categoria entro la quale raccogliere una *massa anonima*²⁴⁴ di persone (o, meglio, *non-persone*)²⁴⁵ relegate – anche mediante il ricorso all'*arma punitiva* – ad uno stadio di subumanità, subalternità, alterità²⁴⁶.

Muovendo da queste premesse, la presente tesi si prefigge di analizzare, in chiave critica, l'*uso populista del potere punitivo*²⁴⁷, intendendosi per quest'ultimo quell'agire politico che fa del diritto penale sostanziale e del diritto formalmente amministrativo ma sostanzialmente punitivo il suo strumento privilegiato²⁴⁸ al fine di placare le paure collettive e soddisfare la domanda di sicurezza mediante operazioni simbolico-propagandistiche²⁴⁹.

Prima di proseguire nella trattazione, occorre, tuttavia, fare alcune precisazioni sulla portata semantica di tre termini-chiave che costituiranno il *leitmotiv* della presente tesi. Il riferimento è ai termini *criminalizzazione*, *frontiera* e *populismo*.

Per *criminalizzazione* (e, conseguentemente, anche per *scelte politico-criminali*) si intende fare riferimento a tutte quelle pratiche non necessariamente e non strettamente riconducibili all'area del diritto penale e purtuttavia aventi il medesimo effetto punitivo²⁵⁰, essendosi ormai consolidata la prassi di ricorrere a sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitive, in quanto assimilabili sotto il profilo sostanziale alle sanzioni

²⁴³ COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, *Compte rendu de l'audition (par visioconférence) de M. Fabrice Leggeri, directeur exécutif de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (FRONTEX)*, 25 septembre 2019 (testo integrale disponibile al link: [CRCANR5L15S2019PO59051N105 \(assemblee-nationale.fr\)](https://www.assemblee-nationale.fr), URL consultato il 21 gennaio 2023).

²⁴⁴ Prendo a prestito questa espressione da P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Einaudi, 1986, p. 40.

²⁴⁵ A. DAL LAGO, *Non-persons: The Exclusion of Migrants in a Global Society*, Ipoc Press, 2009.

²⁴⁶ INSTITUT CONVERGENCE MIGRATION, «Les migrations dans l'œil des médias: infox, influence et opinion», *De facto migrations*, Revue dirigée par Barbara Joannon, Audrey Lenoël, Hélène Thiollet et Perin Emel Yavuz, Janvier 2022, p. 27.

²⁴⁷ Uso l'espressione *potere punitivo* perché idoneo a ricomprendere anche quegli strumenti di natura non penale, ma la cui violazione comporta conseguenze, sul piano sanzionatorio, non meno pesanti di quelle connesse ai reati (si pensi, ad esempio, agli illeciti amministrativi introdotti nel nostro ordinamento per criminalizzare le attività di soccorso in mare).

²⁴⁸ D. PULITANÒ, «La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Introduzione», *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016, p. 5, parla, a tal proposito, di «manovra [...] gestita dal potere per acquisire il consenso popolare».

²⁴⁹ E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa giallo-verde*, Donzelli editore, 2019, pp. 13-14.

²⁵⁰ È la definizione fornita da L. GENNARI, «Navi in porto, naufragi nel Mediterraneo: la dimensione amministrativa del contrasto alle operazioni di soccorso», *Diritto & Questioni Pubbliche*, XXI/2021, p. 86.

penali²⁵¹, pur essendo (almeno teoricamente)²⁵² prive delle garanzie ad esse connesse (tanto che la dottrina più avveduta ha denunciato il ricorso alla depenalizzazione come «tentativo di fuga dalla giurisdizione»²⁵³).

La precisazione relativa al termine *frontiera* è parzialmente connessa a quella appena svolta. Con tale termine, infatti, si intende, da un lato, far riferimento a quella *zona di confine*²⁵⁴ in cui opera l'uso populista del potere punitivo nei confronti delle persone

²⁵¹ Sia in Francia che in Italia si è preso atto dell'esistenza di sanzioni amministrative «aventi carattere di punizione», pur specificando che esse devono (o, meglio, dovrebbero) rispettare i principi costituzionali in materia penale (come il principio di irretroattività e il principio di individualizzazione delle pene). In Francia, per questa tesi, si vedano, *ex multis*, CONSEIL D'ÉTAT, 12 aprile 2022, n. 449684, secondo cui il principio di necessità delle pene derivante dall'articolo 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 implica «che una sanzione amministrativa avente carattere di pena può essere applicata solo se l'autorità competente la pronuncia espressamente, tenendo conto delle circostanze di ciascun caso» e CONSEIL D'ÉTAT, 21 ottobre 2013, n. 367107. Per altre decisioni simili su questo tema, si veda M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Themis Droit, 1992, pp. 344-348. Nella giurisprudenza europea, si vedano, *ex multis*, CORTE EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10; CORTE EDU, 23 novembre 2006, *Jussila contro Finlandia*, n. 73053/01; CORTE EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, n. 17440/90; CORTE EDU, 21 febbraio 1986, *Öztürk c. Germania*, n. 8544/79. Il *leading-case* è notoriamente rappresentato da CORTE EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri contro Paesi Bassi*, n. 5100/7. Nella giurisprudenza italiana, questa tesi è stata fatta propria, tra le altre, da CORTE COST., 4 giugno 2010, n. 196, che, facendo esplicito riferimento alle sentenze della Corte di Strasburgo e alla sua interpretazione degli articoli 6 e 7 della CEDU, ha stabilito che «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale - data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») - può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile - in senso stretto - a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato». Per altre decisioni di giudici italiani nello stesso senso, si veda P. CHIRULLI, «L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza», *Rivista AIC*, luglio 2014, www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it.

²⁵² Stando alla giurisprudenza citata nella nota precedente, dovrebbero infatti applicarsi i principi garantistici propri della *materia penale*.

²⁵³ Così, L. MASERA, «Il d.l. Piantodosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione», *Sistema penale*, 15 febbraio 2023, che rileva la «tendenza dell'illecito amministrativo ad acquisire una sempre crescente centralità nella configurazione dell'apparato sanzionatorio, tanto in ragione della sua concreta portata afflittiva (la sanzione pecuniaria amministrativa ha spesso contenuto più elevato della multa o dell'ammenda), quanto della celerità ed effettività della sua applicazione (la sanzione amministrativa viene disposta in tempi molto rapidi, mentre la sanzione penale giunge all'esito di un procedimento complesso, dall'esito incerto e comunque spesso dai tempi molto lunghi)».

²⁵⁴ In italiano i termini *frontiera* e *confine* presentano delle differenti sfumature di significato pressoché impercettibili, ma che vale la pena sottolineare. Il termine *frontiera* evocherebbe più una *zona*, uno *spazio*, laddove invece il termine *confine* evocherebbe una *linea*. Ritiene, però, non pienamente convincente questa distinzione semantica P. CUTTITA, *Lo spettacolo del confine. Lampedusa tra produzione e messa in scena*

migranti (e di quanti vi prestano soccorso): una zona ibrida, in cui il diritto penale viene sempre più spesso sostituito dal diritto amministrativo, essendo sempre più ricorrente il ricorso al secondo in chiave punitiva e antigarantista. Ciò, beninteso, senza che il legislatore abbia rinunciato *tout court* alla funzione stigmatizzante del diritto penale. Ne costituiscono riprova, ad esempio, in Italia la mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina e, in Francia, il continuo inasprimento sanzionatorio (da ultimo, tramite il *projet de loi Darmanin*, attualmente in discussione al Senato) del *délit d'aide à l'entrée irrégulière*. Dall'altro lato, il termine *frontiera* verrà impiegato per evocare la dimensione escludente che questo uso populista del potere punitivo esercita nei confronti delle persone migranti. Con il termine *frontiera*, infatti, si fa riferimento a tutti quei «dispositivi che, non soltanto separano due territori nazionali, ma impediscono alle persone in migrazione di accedere ai diritti in condizioni di eguaglianza rispetto ai cittadini»²⁵⁵.

Quanto, infine, alla nozione di *populismo* (che è più appropriato declinare al plurale²⁵⁶), essa, tanto nella sua dimensione politica quanto nella sua dimensione penalistica, è tutt'altro che univoca e scontata: come ha scritto Pierre-André Taguieff, «populismo è diventato un termine buono per tutti gli usi, una categoria onnicomprensiva che oggi viene applicata senza discernimento a fenomeni molto diversi [...] una locuzione ideologica pigliatutto e un'etichetta polemica»²⁵⁷. Si tratta, cioè, di «une catégorie *fourre-tout*»²⁵⁸, un «terme caméléonesque»²⁵⁹ (potendo la sua portata semantica variare a seconda

della *frontiera*, Mimesis, 2012, p. 40, il quale li utilizza in senso intercambiabile ricordando, del resto, l'uso correntemente sinonimico dei due concetti nel gergo comune.

²⁵⁵ Cfr. MIGREUROP, *Atlas des migrations dans le monde. Liberté de circulation, frontières, inégalités*, Armand Colin, 2022, p. 94.

²⁵⁶ Come ha rilevato, tra gli altri, l'Esperto indipendente delle Nazioni Unite sui diritti umani e la solidarietà internazionale, Obiora Chinedu Okafor, «esistono diverse sfumature di populismo», che possono coinvolgere tanto i movimenti politici di destra quanto quelli di sinistra; si tratta, in altri termini, di un «camaleonte che si adatta sempre ai colori del proprio ambiente». Cfr. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale*, 26 juillet 2020, A/75/180, p. 9; in senso analogo, O. DARD – C. BOUTIN – F. ROUVILLOIS, *Le dictionnaire des populismes*, Les Éditions du Cerf, 2019, p. 8: «le mot *populisme*, lorsqu'il se confronte à la réalité, se réalise essentiellement au pluriel». Sulle varie manifestazioni dei populismi dal passato fino ai giorni nostri, cfr., *ex multis*, A. MASALA – L. VIVIANI (a cura di), *L'età dei populismi. Un'analisi politica e sociale*, Carocci, 2020; E. GREBLO, «Neopopulismi e democrazia illiberale», *Ragion pratica* 3/2019, 473 ss.; C. MUDDE – C. R. KALTWASSER, *Populism. A very short introduction*, Oxford University Press, 2017 e, degli stessi Autori, C. MUDDE – C. R. KALTWASSER, «Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America», *Government and Opposition*, vol. 48, n. 2, 2013.

²⁵⁷ P.-A. TAGUIEFF, *La scienza politica di fronte al populismo*, in M. Tarchi (a cura di), *Anatomia del populismo*, Diana Edizioni, 2019, p. 40.

²⁵⁸ F. TARRAGONI, *L'esprit démocratique du populisme*, La Découverte, 2019, p. 13.

di colui che la impiega e del destinatario)²⁶⁰. Alcuni studiosi hanno definito tale termine «un mot-insulte»²⁶¹, essendo per lo più impiegato per screditare l'avversario politico di turno.

La sfida per chiunque tenti di analizzare questo fenomeno è, allora, innanzitutto, quella di riuscire a tradurre questa nozione vaga e sfuggente in un concetto dai contorni più definiti, accogliendo, così, il suggerimento di Christophe Boutin, Frédéric Rouvillois e Olivier Dard, per i quali ciò che si designa oggi col termine populismo «non è un fantasma comparso dal nulla»²⁶², ma «un oggetto politico *intellettualmente identificabile*, seppur questa identificazione si riveli difficile»²⁶³.

Pur nella consapevolezza di avventurarsi in un terreno scivoloso che ha trovato la massima esemplificazione nella metafora fiabesca del *complesso di Cenerentola*²⁶⁴, chi scrive tenterà – dopo un'introduzione descrittiva dello stato emotivo della società odierna, anche mediante il ricorso ai dati statistici – di fornire una definizione di populismo penale (**capitolo I, sezione I**).

Come si vedrà, i populismi costituiscono il risultato della convergenza di una molteplicità di fattori economici e sociali: politiche pubbliche fallimentari, scandali politici, diseguaglianze globali e progressivo impoverimento del ceto medio, assenza di prospettive per il futuro alimentano un senso di sfiducia verso le istituzioni e un'angoscia che gli *attori della sicurezza* (politici, massmediatici e, talvolta, anche giuridici²⁶⁵) tentano

²⁵⁹ *Ivi*, pp. 31-35.

²⁶⁰ In senso analogo, cfr. P. ROGER, «Une notion floue et polysémique», *Le Monde*, 10 février 2012.

²⁶¹ F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 31. In senso analogo, cfr. X. CHIARAMONTE, «Il diritto penale è intrinsecamente populista?», *Azimuth: philosophical coordinates in modern and contemporary age*, 1/2021, p. 196; A. MASALA – L. VIVIANI, *L'età dei populismi. Un'analisi politica e sociale*, Carocci, 2020, p. 13 ss., per i quali il termine «populismo [...] frequentemente è usato come epiteto negativo a rimarcare uno stigma attribuito dagli avversari politici». In senso analogo, cfr. D. MOLLOY, «What is populism, and what does the term actually mean?», *BBC News*, 6 March 2018, che parla di «shortland political insult».

²⁶² O. DARD – C. BOUTIN – F. ROUVILLOIS, *op. cit.*, p. 9.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ La metafora del *complesso di Cenerentola*, secondo cui nel caso del populismo «c'è una scarpa, ma non un unico piede che la calza», è stata formulata da Isaiah Berlin in occasione del convegno «To Define Populism», tenutosi alla London School of Economics nel 1967, in occasione del quale Isaiah Berlin. Cfr. M. TARCHI, *Una scarpa per il principe. Come liberare lo studio del populismo dal "complesso di Cenerentola"*, in ID. (a cura di), *Anatomia del populismo* (Antologia dalla Rivista "Trasgressioni", Diana Edizioni, 2019, pp. 5-17.

²⁶⁵ Come osserva X. CHIARAMONTE, *Il diritto penale, cit.*, p. 202, p. 202, sarebbe riduttivo pensare che l'uso populista del diritto penale sia prerogativa esclusiva del potere politico, giacché «vi è, al contrario, nel linguaggio e nelle tecniche del diritto in genere, e qui della penalità, un insieme di risorse che sfidano la temporalità lineare e che, per ciò stesso, offrono una cassetta degli attrezzi e una grammatica del potere

di esorcizzare, manipolare e trasformare in paura dell'*Altro-da-sé*²⁶⁶, canalizzandola verso *capri espiatori* cui addossare la colpa di ogni fallimento e recuperare l'identità smarrita²⁶⁷. Come scrive Francesco Forzati, «è in questo *humus* che nasce e si sviluppa la sicurezza della paura e dell'intolleranza verso il diverso»²⁶⁸; viceversa, la tolleranza progredisce al regredire dei problemi di sussistenza economica²⁶⁹.

Poste queste premesse, si vedrà come spesso una questione pubblica diventi una *questione di sicurezza* non perché essa sia realmente tale, ma perché così viene rappresentata dai cosiddetti *imprenditori morali della paura*²⁷⁰: «attori pronti a lanciare l'allarme su questa o quella minaccia, a trasformarla in un'emergenza sociale e, potendo, in nuove norme punitive», legittimandole sulla base di una *pratica discorsiva e distorsiva* non priva di effetti performativi sulla realtà²⁷¹ (**capitolo I, sezione II**).

Sulla base della relazione empiricamente infondata tra immigrazione e criminalità, sono state infatti giustificate nel corso degli anni politiche migratorie restrittive ed è stato elaborato un «diritto penale della paura»²⁷² (o, facendo dialogare virtualmente la giurista italiana che ha coniato tale espressione con Mireille Delmas-Marty – un *diritto penale*

disponibile a molteplici usi e ordini discorsivi [...] Ecco che, anche dal lato degli attori del populismo, si può ampliare lo sguardo, sino a vedervi non solo il potere legislativo o esecutivo, ma anche gli operatori del diritto, la magistratura innanzitutto, ossia il potere giudiziario».

²⁶⁶ Da Kierkegaard in poi la differenza tra paura e angoscia è sempre stata legata alla determinatezza o indeterminatezza di un oggetto: la paura sarebbe sempre paura di un oggetto ben definito; l'angoscia è timore del nulla esistenziale. Cfr., in argomento, U. GALIMBERTI, *Diccionario de psicología*, siglo xxi editores, 2002, p. 78, scrive, ad esempio, che, «a diferencia del miedo que es siempre miedo a alguna cosa determinada, la angustia no se refiere a nada preciso, sino que designa el estado emotivo de la existencia humana que no es una realidad, sino una posibilidad».

²⁶⁷ Cfr. G. BOTTIROLI, «Il perturbante è l'identità divisa. Un'interpretazione di Der Sandmann», *Enthymema*, XII, 2015, pp. 208 ss.; P. RICOEUR, *L'estraneità dello straniero*, in *Ermeneutica delle migrazioni. Saggi, discorsi, contributi*, Mimesis, 2013, pp. 49-50: «in condizioni particolari, sociali o di altro tipo, [...] l'estraneità dello straniero [...] viene valorizzata con il processo del capro espiatorio [...] la trasformazione dello straniero in capro espiatorio permette di recuperare un'identità collettiva che, come l'identità personale, è qualcosa di incredibilmente fragile».

²⁶⁸ F. FORZATI, *op. cit.*, p. 388.

²⁶⁹ Y. ALGAN – E. BEASLEY – D. COEHN – M. FOUCAULT, *Les origines du populisme. Enquête sur un schisme politique et social*, Seuil, 2019, p. 30.

²⁷⁰ Cfr. F. BATTISTELLI, *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, Donzelli, 2016, p. 16.

²⁷¹ Come scrive J. P. DUPUY, *Pour un catastrophisme éclairé*, Paris, Seuil, 2002, p. 216, «en disant les choses, le prophète les fait venir à l'existence». In senso analogo, cfr. B. BUZAN – O. WAEVER – J. DE WILDE, *Security. A new framework for analysis*, Lynne Rienner Publishers, 1997, p. 26: «by saying the words, something is done».

²⁷² L. SIRACUSA, «Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 4/2013, pp. 765-786.

della paura-esclusione²⁷³) – se non un vero e proprio «diritto contro»²⁷⁴ – in funzione della marginalizzazione, deumanizzazione ed esclusione degli *indesiderabili* dal territorio nazionale²⁷⁵ (**capitolo II, sezione I**); ciò, anche in forma indiretta, colpendo quanti prestano soccorso ai soggetti indesiderati nel rispetto della normativa internazionale a tutela della vita umana in mare. Sono stati, cioè, identificati *nuovi nemici pubblici* nei soccorritori dei naufraghi (**capitolo II, sezioni II e III**), in nome della sicurezza e in spregio del principio di solidarietà, valore fondativo dell’Unione europea²⁷⁶ che – come ricorda Luigi Ferrajoli – è «nata contro i razzismi e i nazionalismi, contro i genocidi, contro i campi di concentramento, contro le oppressioni e le discriminazioni razziali»²⁷⁷, ma «sta crollando insieme alla memoria dei “mai più” proclamati 70 anni fa contro gli orrori del passato»²⁷⁸.

A riprova di ciò, non diversamente dal diritto penale italiano – e conformemente alla *ratio* della direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri) – anche quello francese è stato ridotto a strumento al servizio di una logica amministrativa tendente all’allontanamento dell’*indesiderabile* e, ancor più a monte, alla prevenzione dell’ingresso di quest’ultimo sul territorio nazionale²⁷⁹. Si è assistito, così, come scrive Mireille Delmas-Marty, ad un «rafforzamento delle politiche di esclusione, in nome di una legittima difesa

²⁷³ M. DELMAS-MARTY, «Sécurité, je lis ton nom... De la peur-exclusion à la peur-solidarité», in *Politique(s) Criminelle(s). Mélanges en l’honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, pp. 163 ss.

²⁷⁴ A. SCIURBA, *Quale sicurezza, quali diritti?*, cit., p. 205, citando, a sua volta, T. CASADEI, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, 2016, p. 9.

²⁷⁵ L’aggettivo *indesiderabili* per designare il rifiuto verso le persone migranti è ampiamente diffuso in letteratura. Cfr., per tutti, M. AGIER, *Gérer les indésirables. Des camps de réfugiés au gouvernement humanitaire*, Flammarion, 2008.

²⁷⁶ Art. 2 TUE: «l’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

²⁷⁷ L. FERRAJOLI, *Le politiche contro i migranti tra disumanità e illegalità*, in M. Giovannetti – N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent’anni di politiche e legislazione sull’immigrazione in Italia*, FrancoAngeli, 2020, p. 20. In senso analogo, cfr. J. SHKLAR, *Le libéralisme de la peur*, in J.-W. MÜLLER (sous la direction de), *La peur ou la liberté. Quelle politique face au populisme?*, Premier Parallèle, 2020, p. 211 (ed. or.: *Liberalism and the Moral Life*, Harvard University Press, 1989, trad. a cura di Frédéric Joly): «nous entonnons le refrain du “plus jamais ça”, mais, quelques parts, en ce moment même, quelqu’un est en train de se faire torturer et la peur panique est redevenue la forme la plus commune de contrôle sociale».

²⁷⁸ L. FERRAJOLI, *Le politiche contro i migranti*, cit., p. 20.

²⁷⁹ Cfr. L. RICHEFEU, *Le droit pénal face à la migration transfrontière*, Mare Martin, 2021, p. 29.

preventiva»²⁸⁰, a discapito dei diritti umani e delle garanzie che, in uno Stato di diritto, dovrebbero tutelare il singolo dall'arbitrio del punire.

È diventato, perciò, sempre più evidente che la sicurezza penale post-moderna non è la sicurezza dei diritti sociali né la sicurezza delle garanzie individuali da chi detiene lo *ius puniendi* (cioè, come direbbe Zygmunt Bauman, la *safety*²⁸¹), ma una «sicurezza fortemente ideologizzata, emotivizzata ed eticizzata: un bene artificiale ed immaginifico, utilizzato dal potere politico quale interesse-antidoto alla paura ed alla insicurezza sociale»²⁸². Si tratta, in altri termini, di una «sicurezza verticale che presidia un sistema di potere piuttosto che di diritti»²⁸³ e che ravvisa «nell'apparato penale, la strada maestra per controllare e disciplinare il corpo sociale»²⁸⁴. Non stupisce, pertanto, che dal settore delle migrazioni il «securismo penale onnivoro»²⁸⁵ si sia espanso fino ad entrare nelle nostre città e nelle nostre case: l'unico antidoto ai senzatetto e ai mendicanti (in generale, ai perturbatori del *decoro urbano*), a coloro che occupano abusivamente gli edifici a scopo abitativo, agli autori di furto in abitazione sarebbe non una politica di nuova prevenzione sociale²⁸⁶ ma una politica repressiva penale (anche mediante l'allargamento della c.d.

²⁸⁰ M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Seuil, Paris, 2010, p. 239.

²⁸¹ Cfr. Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, 2000., pp. 13 ss. Il sociologo distingue tre significati di sicurezza corrispondenti ai tre termini inglesi *security*, *certainty* e *safety*: la prima corrisponde alla sicurezza collettiva, la seconda alla sicurezza individuale percepita, la terza a quella individuale effettiva. In argomento, cfr. altresì B. PASTORE, *op. cit.*, p. 50, che distingue una *sicurezza orizzontale* (o *attraverso lo Stato*) intesa come protezione dell'individuo dalla violenza posta in essere da altri individui da una *sicurezza verticale* (o *dallo Stato*) intesa come protezione dell'individuo dagli abusi del potere sovrano (cioè, dalla violenza posta in essere dallo Stato nell'esercizio di un potere arbitrario).

²⁸² F. FORZATI, *op. cit.*, 387.

²⁸³ *Ivi*, p. 118.

²⁸⁴ *Ivi*, p. 390.

²⁸⁵ *Ivi*, p. 80.

²⁸⁶ Con questa espressione si intende fare riferimento ad una prevenzione che – come scrive G. MOSCONI, in «La sicurezza dell'insicurezza. Retoriche e torsioni della legislazione italiana», *Studi sulla questione criminale*, 2/2010, p. 79 ss. – sia costituita, ancor prima che dal complesso delle misure tradizionali di polizia (fogli di via, diffide, ordini di allontanamento, divieti di accesso, etc.), da nuove agenzie, culture, modelli di intervento volti a destrutturare le cause socio-economiche dei fenomeni della devianza. Si tratta, cioè, di optare per una «difesa sociale positiva», che miri alla risocializzazione del condannato e alla prevenzione della recidiva, in contrapposizione alla «difesa sociale negativa», mirante invece alla mera neutralizzazione del reo. Cfr. Y. LÉCUYER, *La perpétuité perpétuelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Presses Universitaires de Rennes, 2012, p. 18, richiamando M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Editions Cujas, 1954. Per una più ampia ricostruzione del concetto di politica criminale, che a partire da Von Listz inizia a estendersi fino a travalicare i confini del diritto penale quale unico mezzo idoneo a garantire la sicurezza, cfr. C. LAZERGES, «Des modèles de politique criminelle aux mouvements et systèmes de politique criminelle», *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 3/2022, p. 533.

autodifesa o legittima difesa domiciliare)²⁸⁷ o para-penale (alludendosi con questa espressione al c.d. *diritto penale municipale*, ossia ai poteri punitivi esercitabili dalle autorità locali custodi della sicurezza urbana). È, in altri termini, la sicurezza tipica dei modelli repressivi di Stato totalitari²⁸⁸ che legittima un'espansione incontrollata della risposta punitiva.

È attraverso questa espansione del *potere di punire* – il cui esercizio è manifestazione suprema della sovranità di uno Stato²⁸⁹ – che la prevenzione sociale ha finito per cedere il passo alla pura e semplice volontà di eliminazione²⁹⁰ o, per dirla con il giurista francese Denis Salas, «di esclusione fondata su postulati di incurabilità e appartenenza a categorie a rischio»²⁹¹, secondo la logica della *tolleranza zero*.

Come in una sorta di incantesimo²⁹², il populismo penale vorrebbe (*rectius*: vorrebbe far intendere di poter) risolvere fenomeni strutturali e complessi (migrazioni di massa, disagio sociale, etc.), punendo, marginalizzando e deumanizzando il migrante, il nomade, il deviante. Esso si traduce, così, in un «superinvestimento penale»²⁹³ funzionale più al raggiungimento e mantenimento del consenso elettorale che ad una prevenzione reale (e, perciò, sociale) della criminalità.

Robert Castel illustra bene il carattere illusorio della sicurezza quando scrive che «la sicurezza non è mai data, e neppure conquistata, poiché l'aspirazione ad essere protetti si

²⁸⁷ Cfr. J.-P. BARTHÉLÉMY, *Sécurité*, in *Le dictionnaire des populismes*, cit., p. 997.

²⁸⁸ Il nesso tra totalitarismo e populismo è stato, del resto, messo in evidenza dall'Esperto Indipendente sui diritti umani e la solidarietà internazionale delle Nazioni Unite, Obiora Chinedu Okafor. Cfr. ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant*, cit., 26 juillet 2020, p. 7, ove si afferma che «sebbene la Storia descriva Hitler e Stalin come dei dirigenti totalitari – e non come dei populisti – un nesso perturbante sembra esistere tra totalitarismo e populismo». Entrambe le ideologie sono infatti «impregnate di discorsi razzisti e riposano su ordini detestabili, quali quello di sparare sui rifugiati, il contenimento del giudaismo mondiale e la stigmatizzazione dei musulmani».

²⁸⁹ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit III. La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007, p. 62: «la souveraineté nationale [...] inclut le pouvoir de punir»; in senso analogo, v. P. PONCELA, «Droit de punir et pouvoir de punir: une problématique de l'État», *Archives de philosophie du droit*, vol. 28, «Philosophie pénale», 1983, pp. 123-135.

²⁹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes*, cit., p. 200. In senso analogo, P. RICOEUR, *L'estraneità dello straniero*, in *Ermeneutica delle migrazioni*, cit., p. 48: «l'estraneità consiste proprio in questo: eliminare totalmente l'estraneità (*étrangeté*) – la stranierità (*étrangereté*) – dal sentimento stesso di appartenenza».

²⁹¹ D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Fayard, 2012, pp. 118-119.

²⁹² Di valore «incantatoire» della legge penale parla M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1^o édition «Quadrige», 2004, p. 66.

²⁹³ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit IV. Vers une communauté de valeurs?*, Seuil, 2011, p. 149.

sposta come un cursore e pone nuove esigenze»²⁹⁴. Occorre, pertanto, sfatare il *mito della sicurezza assoluta* e del diritto penale come esclusivo (o principale) mezzo idoneo a garantirla; ciò non solo in ragione del suo carattere utopistico, ma anche perché esso comporta una restrizione potenzialmente illimitata dei diritti²⁹⁵.

La riforma italiana della legittima difesa ad opera del c.d. Governo giallo-verde, mirante a dichiarare «sempre legittima» l'autodifesa in deroga (almeno nelle intenzioni del legislatore) al principio di proporzionalità tra offesa ingiusta e difesa²⁹⁶, seppure non analizzata nel corso di questa tesi, a ben vedere, conferma la natura illusoria della sicurezza assoluta mediante il diritto penale (o para-penale): tale riforma, infatti, altro non è che una confessione tacita, da parte dello Stato, della incapacità di garantire con altri mezzi la sicurezza dei propri cittadini, finendo così per delegare (o, almeno, lasciando intendere di voler delegare) ai privati un *diritto di difendersi ad ogni costo*.

Posti dinanzi al fallimento delle politiche securitarie odierne, occorre chiedersi, allora, *quale* sicurezza i legislatori punitivo-populisti intendano tutelare: la *sicurezza del potere* (*sub specie*, in primo luogo, di acquisizione del consenso e riproduzione delle diseguaglianze) o la *sicurezza dei diritti*?²⁹⁷ Il potere di punire è un rimedio effettivo al dilagante sentimento di insicurezza? La risposta a quest'ultima domanda, come si vedrà nel **terzo e ultimo capitolo**, non può che essere negativa. Come scrivono Cass Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser, infatti, «poiché spesso il populismo pone le domande giuste ma offre le risposte sbagliate, l'obiettivo finale non dovrebbe essere solo la distruzione dell'offerta populista, ma anche l'indebolimento della domanda di populismo»²⁹⁸.

Le vie da percorrere per un mondo più sicuro non possono che essere quelle della *sicurezza dei diritti*, dell'eguaglianza sostanziale e dell'*etica della solidarietà*.

²⁹⁴ R. CASTEL, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi, 2011, pp. X-XI.

²⁹⁵ M. FOESSEL, *La sécurité: paradigme pour un monde désenchanté*, Esprit, 2006, p. 201.

²⁹⁶ In argomento, cfr., *ex multis*, G. INSOLERA, *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Raffaello Cortina, 2020; F. CONSULICH, «La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.», *Giurisprudenza penale*, 5/2019.

²⁹⁷ Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in Anastasia S. – Palma M. (a cura di), *La bilancia e la misura*, Franco Angeli, 2001, pp. 19-36. Per Baratta la sicurezza deve essere intesa non come un diritto in sé ma come diritto secondario, cioè strumentale alla tutela di altri diritti fondamentali ai quali questo stesso diritto rinvia e nei quali, a sua volta, si sostanzia (diritto alla salute, all'istruzione, ad un'abitazione idonea, ad una vita dignitosa, etc.).

²⁹⁸ C. MUDDE – C. R. KALTWASSER, *Populismo*, cit., p. 136.

In un'epoca in cui il diritto penale, in quanto mezzo escludente, agisce da frontiera²⁹⁹ nei confronti dell'*Altro-da-sé*³⁰⁰, la speranza è che i diritti umani e la solidarietà diventino (o, meglio, tornino ad essere) essi stessi una *frontiera*: la nuova frontiera del diritto penale.

Come scrive Mireille Delmas-Marty, se la *paura dell'Altro-da-sé* conduce all'odio e all'esclusione, la *paura comune* (c.d. *paura-solidarietà*³⁰¹) verso i rischi che tutti corriamo (cambiamenti climatici, catastrofi ambientali, pandemie, etc.) e la presa di consapevolezza della comune condizione di fragilità e caducità, possono condurci alla liberazione dal sentimento distruttivo della *paura del diverso* e alla trasformazione della società fondata sull'*esclusione dell'Altro-da-sé* in una *comunità di destini* fondata sul *riconoscimento dell'Altro come sé stesso*³⁰² e sul valore della «intersolidarietà planetaria»³⁰³ (**capitolo III, sezione I**).

La sfida è anche (e, forse, soprattutto) culturale e richiede il contributo di quanti ogni giorno sono chiamati ad interpretare, applicare, divulgare il diritto: il *volto umano dell'illecito penale o para-penale* deve essere recuperato, non solo dalla società civile – attraverso l'esercizio di una «invisibile politica del quotidiano»³⁰⁴ e di una «pratica positiva della solidarietà internazionale»³⁰⁵ – ma anche dai giudici (sovranzionali, costituzionali e comuni) attraverso il costante e coraggioso esercizio di un «contropotere critico»³⁰⁶, cioè di «un *diritto di resistenza* contro la tendenza del potere politico a strumentalizzare natura e funzioni del diritto (penale e processuale) per fini meramente propagandistici»³⁰⁷. Come

²⁹⁹ Sul concetto di *frontiera*, sulla sua etimologia e sulla distinzione con il concetto di *confine*, ci si soffermerà nel primo paragrafo della prima parte del secondo capitolo. In questa sede, per una problematizzazione e un inquadramento teorico del concetto di *frontiera*, sia consentito rinviare a J. ISENSEE, *Fronteras: sobre la territorialidad del Estado*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 25-44, secondo cui «la frontiera è difficilmente definibile. Chiunque crede di sapere cosa sia una frontiera quando si serve di questa parola, ma è sopraffatto dai dubbi non appena gli si chiede di tradurre questo concetto in parole, come Sant'Agostino con il tempo: “che cos'è il tempo? Lo so se nessuno me lo chiede, ma non lo so se qualcuno mi chiede di spiegarglielo”.

³⁰⁰ L'espressione *Altro-da-sé* rinvia ad una concezione passiva dell'Alterità, che postula l'Altro come limite, come differenza estranea rispetto al Sé. Cfr. R. BOCCALI, *Introduzione. Ermeneutica del legame interumano. Estraneità, ospitalità, dialogo*, in P. RICOEUR – R. BOCCALI, *Ermeneutica delle migrazioni, cit.*, p. 12.

³⁰¹ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit IV., cit.*, p. 11.

³⁰² Cfr. EAD., *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Seuil, Paris, 2010, pp. 224-225.

³⁰³ EAD., *Les forces imaginantes du droit III, cit.*, p. 117.

³⁰⁴ P. SAIITA, *Resistenze. Pratiche e margini del conflitto nel quotidiano*, Ombre corte, 2015, p. 7.

³⁰⁵ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale*, Obiora Chinedu Okafor, 17 juillet 2019, A/74/185, p. 11.

³⁰⁶ M. DONINI, «Populismo penale e ruolo del giurista», *Sistema penale*, 7 settembre 2020, p. 9.

³⁰⁷ E. AMATI, *op. cit.*, p. 300.

osserva Massimo Donini, se la politica si nutre «di persuasione, di logiche elettorali, di consenso»³⁰⁸ (e, a questi fini, può ritenersi legittimata a tacere la verità), «la scienza no, perché quando quest'ultima cede agli opportunismi, o al populismo, è già strumento di consenso, “tecnica del potere”»³⁰⁹.

Nell'attuale *mainstream* populista lo *ius* deve tornare ad essere l'«isola della ragione»³¹⁰, la frontiera invalicabile da una *lex* sempre più vendicativa ed escludente, sempre meno garantista e rispettosa dei diritti umani³¹¹, sempre più distante dall'orizzonte della solidarietà (**capitolo III, sezione II**). È questa l'unica *bussola dei possibili*³¹² (**capitolo III, sezione III**).

³⁰⁸ M. DONINI, «Scienza penale e potere politico», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, p. 104.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ A. PUGIOTTO, «Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 785 ss.

³¹¹ M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi, 2019.

³¹² M. DELMAS-MARTY, *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Éditions du Collège de France, 2020.

CAPITOLO I / CHAPITRE I

RETORICA SECURITARIA E USO POPULISTA DEL DIRITTO PENALE NELL'EPOCA DELLE PASSIONI TRISTI. /

RHÉTORIQUE SÉCURITAIRE ET USAGE POPULISTE DU DROIT PÉNAL DANS L'ÉPOQUE DES PASSIONS TRISTES.

SEZIONE I / SECTION I

PAURA, (IN)SICUREZZA E POLITICA CRIMINALE: UNA BREVE RICOGNIZIONE DELLE ORIGINI DEL POPULISMO PENALE. / *PEUR, (IN)SÉCURITÉ ET POLITIQUE CRIMINELLE: UN BREF APERÇU DES ORIGINES DU POPULISME PÉNAL.*

1. Paura, ansia, sfiducia, diseguaglianze e sovranismo psichico: qualche dato sullo stato socio-economico ed emotivo della società odierna. / *Peur, anxiété, méfiance, inégalités et souveraineté psychique: quelques données sur l'état socio-économique et émotionnel de la société actuelle.*

La paura è l'emozione dominante della società contemporanea: «ci circonda e crea un retroscena per le nostre esperienze e interpretazioni del mondo»³¹³. Finanche l'Esperto indipendente delle Nazioni Unite sui diritti umani e la solidarietà internazionale mette in guardia da una «crescente cultura della paura»³¹⁴. Quest'ultima emerge, altresì, da un'attenta lettura dei più autorevoli e recenti rapporti statistici. Il 53° rapporto CENSIS

³¹³ L. SVENDSEN, *op. cit.*, pp. 54-55. Sul fattore emotivo come uno dei principali fondamenti del populismo, cfr., *ex multis*, E. FASSIN, *op. cit.*, 2017. Sul ruolo delle emozioni nelle scelte di politica criminale v. F. BACCO, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, G. Giappichelli, 2018; G. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti religiosi nella genesi e nelle applicazioni delle leggi penali*, in AA.VV. a cura di Di Giovine O., *Diritto penale e neuroetica*, Cedam, 2013, pp. 344 ss.

³¹⁴ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant, cit.*, 26 juillet 2020, p. 5.

(Centro Studi Investimenti Sociali), ad esempio, descrive la società italiana come una «società ansiosa macerata dalla sfiducia»³¹⁵, desiderosa di un «uomo forte al potere»³¹⁶, affetta da un «sovranoismo psichico, ancor prima che politico [...] che talvolta assume i profili paranoici della caccia al capro espiatorio»³¹⁷. Non diversamente, come dimostrano le inchieste del CEVIPOF (Centre for Political Research at Sciences Po), l'ansia, la collera, il rancore e la paura sono i sentimenti predominanti nella popolazione francese, anch'essa desiderosa di uomini forti al comando³¹⁸.

Questo «cattivismo diffuso»³¹⁹ può essere spiegato innanzitutto alla luce dell'assenza di prospettive di crescita individuale e collettiva, nonché delle eccessive diseguaglianze a livello globale. In base ad uno studio dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico sono necessarie cinque generazioni affinché un bambino nato in una famiglia a basso reddito raggiunga il reddito medio nazionale³²⁰. Analizzando la variazione del reddito delle differenti categorie della popolazione a partire dagli anni '80, l'economista Branko Milanović ha dimostrato che i lavoratori meno qualificati delle democrazie occidentali hanno subito una diminuzione netta del loro reddito e che la maggior parte della ricchezza si è concentrata nell'1% della popolazione³²¹. Secondo i dati INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques) del 2014, nonostante l'indice di GINI (che misura l'ampiezza delle ineguaglianze) sia lievemente diminuito da 0,34 nel 1970 a 0,31 nel 2011, tra il 2003 e il 2007 i più poveri hanno guadagnato soltanto il 2,3% della ricchezza supplementare, mentre i più ricchi hanno guadagnato il 42,2%³²².

Le origini di queste diseguaglianze – che, come osserva Luigi Ferrajoli, costituiscono il principale «veicolo di razzismo»³²³ – affondano, in parte, le proprie radici nella *Grande*

³¹⁵ SINTESI DEL 53° RAPPORTO CENSIS SULLA SITUAZIONE SOCIALE DEL PAESE AL 2019. Tutti i rapporti del CENSIS sono disponibili su <https://www.censis.it/>.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ SINTESI DEL 52° RAPPORTO CENSIS SULLA SITUAZIONE SOCIALE DEL PAESE AL 2018.

³¹⁸ CEVIPOF, *Enquête électorale française*, 1^{er} juin 2017, p. 37. L'importanza della personalità dei candidati per l'elettorato viene confermata da CEVIPOF, *Enquête électorale française*, mars 2020, p. 21. Tutte le inchieste del CEVIPOF sono consultabili sul sito <https://www.sciencespo.fr/cevipof/en.html>.

³¹⁹ SINTESI DEL 52° RAPPORTO CENSIS, *cit.*

³²⁰ P. G. ARDENI, *Le radici del populismo. Disuguaglianze e consenso elettorale in Italia*, Laterza, 2020, pp. 14-15.

³²¹ Y. ALGAN – E. BEASLEY – D. COEHN – M. FOUCAULT, *Les origines du populisme*, *cit.*, pp. 20-21.

³²² F. DUBET, *Le temps des passions tristes. Inégalités et populisme*, Seuil, Paris, 2019, p. 9.

³²³ L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, 2022, pp. 110-111. Citando anche Michel Foucault, l'A. spiega come le diseguaglianze siano, a suo avviso, più che la causa,

Recessione: a partire dal 2008, dopo il collasso del mercato nordamericano dei mutui *subprime* e il fallimento di Lehman Brothers, una profonda crisi economica si è propagata nel Vecchio Continente; la risposta a questa congiuntura è stata l'attuazione di politiche di austerità con conseguenti ripercussioni sul piano sociale e un ulteriore inasprimento delle preesistenti condizioni di indigenza³²⁴. Si è creato, così, un divario tra una maggioranza di persone insoddisfatte e l'*élite*, accusata di essere incapace di governare e prevalentemente interessata a difendere i propri vantaggi; si sono, cioè, contrapposte due diverse categorie di esseri umani: i *vincitori* e i *perdenti della globalizzazione*, coloro che hanno guadagnato da quest'ultima e quanti, invece, hanno subito un progressivo peggioramento del proprio stile di vita³²⁵. Ne è derivato un senso di precarietà, solitudine, smarrimento. Nella società post-moderna, siamo e ci sentiamo tutti (o quasi) migranti: come scrive Bruno Latour, «se l'angoscia è così profonda, è perché ciascuno sente il terreno sgretolarsi sotto i piedi. Scopriamo che siamo tutti in migrazione verso territori da riscoprire e rioccupare»³²⁶. Il migrante spaventa perché incarna proprio quella mobilità percepita, in senso negativo, come rischio di «deterritorializzazione»³²⁷: è portatore di un nuovo universo culturale e sociale ed è, per questo, percepito come minaccia al nostro anelito di ordine e stabilità³²⁸. Come in una sorta di «disgusto proiettivo»³²⁹, l'angoscia per il futuro si canalizza su questa figura-simbolo della precarietà, dell'instabilità, dell'imprevedibilità, della *liquidità*³³⁰ tipiche dei tempi moderni. L'intrusione dell'*estraneo* provoca un *duplice smarrimento dell'io*, essendo, al contempo, *smarrimento dell'io rispetto all'Altro* e *smarrimento dell'io*

l'effetto del razzismo, giacché l'oppressione e la discriminazione «in tanto sono possibili e accettabili in quanto le loro vittime vengano disumanizzate come non persone».

³²⁴ In definitiva, come osserva A. SCIURBA in *Povertà, diritti umani e cittadinanza. Presentazione e analisi dei risultati del progetto del Consiglio d'Europa. I diritti umani delle persone in situazione di povertà*, in D. Costantini, F. Perocco, & L. Zagato (a cura di), *Trasformazioni e crisi della cittadinanza sociale*, Edizioni Ca' Foscari, 2015, p. 215, si assiste oggi ad «un accrescimento esponenziale delle ineguaglianze, con un aumento delle ricchezze per pochi e dell'indigenza per moltissimi».

³²⁵ M. BARBERIS, *La scatola delle meraviglie. Tre spiegazioni del populismo*, Carocci, 2020, p. 215.

³²⁶ B. LATOUR, *Où atterrir? Comment s'orienter en politique*, Paris, La Découverte, 2017, p. 4.

³²⁷ Così, L. DORNEL, «Bohémiens, Tsiganes et nomades: la construction d'une figure particulière de l'étranger au XIXe siècle », *Études Tsiganes*, 2011/3 (n° 47), p. 17.

³²⁸ Cfr. R. BOCCALI, *Introduzione*, cit., p. 8. In senso analogo, v. pure M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique*, cit., p. 180.

³²⁹ M. NUSSBAUM, *La monarchia della paura*, Il Mulino, 2018, p. 104 (ed. originale: *The Monarchy of Fear. A Philosopher Look at Our Political Crisis*, Simon & Schuster, 2018, trad. it. a cura di M. Giglioli).

³³⁰ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, 2006.

rispetto al Sé. Di fronte allo straniero, l'Io si scopre fragile, estraneo a sé stesso³³¹, risvegliandosi dal sonno della certezza di essere titolare un *diritto originario ad essere qui*³³², di *essere a casa propria*³³³. Scopre, in altri termini, che «l'atto di abitare è un atto aleatorio e fortuito di condivisione della terra»³³⁴, che «non c'è nessuna necessità dell'essere *qui*. C'è solo un legame fortuito tra ciò che siamo e questa porzione di spazio e di tempo»³³⁵. Lo straniero è, dunque, *perturbante*³³⁶ perché con il suo portato di instabilità e di *inquietante estraneità*³³⁷, mette in dubbio la tradizionale e dominante idea di *sovranità*; per dirla con Luigi Ferrajoli, ci rivela che la Terra è, al contempo, di tutti e di nessuno³³⁸, introducendo un elemento di *destabilizzazione* nella nostra identità che, fino a quel momento, era sempre stata vissuta come appartenenza ad un determinato Stato, a un ordine politico preconstituito³³⁹. Per dirla altrimenti con Abdelmalek Sayad, «la presenza di non-nazionali sul territorio nazionale [...] confonde la separazione o la linea di frontiera tra ciò che è nazionale e ciò che non lo è, perturba e confonde l'ordine fondato su questa separazione [...] intacca [...] la sua purezza e perfezione mitica»³⁴⁰.

In questa chiave di lettura vanno letti e analizzati i seguenti dati statistici: il 69,7% degli italiani dichiara apertamente di non gradire vicini di casa quali rom, zingari³⁴¹, gitani,

³³¹ R. BOCCALI, *Introduzione*, cit., p. 16.

³³² *Ivi*, p. 18.

³³³ P. RICOEUR, *Straniero, io stesso*, in *Ermeneutica delle migrazioni*, cit., p. 25.

³³⁴ *Ivi*, p. 34.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ S. FREUD, *Il perturbante*, ed. or. *Das Unheimliche*, trad. it. a cura di S. Daniele, in *Saggi sull'arte, la letteratura e il linguaggio*, Bollati Boringhieri, 1991. Da notare che in lingua tedesca *heim* vuol dire *casa* e *heimliche* vuol dire *intimo, tranquillo*. Se *casa* è il *luogo dell'intimità e della tranquillità*, lo straniero – che è il perturbante – è percepito come colui che minaccia la nostra casa e, di conseguenza, la nostra tranquillità e intimità (*unheimliche* è, infatti, l'opposto di *heimliche*).

³³⁷ F. YVAN, «L'inquiétante étrangeté de l'étranger», *Savoir et clinique*, 1/2018, pp. 141-149. Cfr., altresì, G. BOTTIROLI, *op. cit.*, p. 228: «nel perturbante riaffiora l'estraneità che noi stessi siamo, la divisione che ci costituisce: quell'estraneità arriva da fuori, sembra arrivare da fuori, ma il soggetto si sente implicato in essa».

³³⁸ Richiamo qui il concetto di *sovranità* come impiegato e inteso da L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, cit., p. 61: «la *sovranità* appartiene a tutti e a ciascuno, identificandosi con l'insieme di quei frammenti di *sovranità*, cioè di poteri e contropoteri, che sono i diritti fondamentali di cui tutti e ciascuno sono titolari. La *sovranità*, in breve, è di tutti o, che è lo stesso, non è di nessuno».

³³⁹ P. RICOEUR, *Straniero*, cit., p. 31.

³⁴⁰ A. SAYAD, *La double absence: des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Éditions du Seuil, Paris, VLeBooks, 2016, pp. 149-150.

³⁴¹ Già l'etimo del termine *zingaro* denota un tratto stigmatizzante: la parola in esame deriva, infatti, dal greco bizantino *athínganos* che vuol dire *intoccabile* con riferimento alla quinta casta indiana dei *paria* o *dalit* che svolgevano mestieri a contatto con il corpo umano (ad es., il barbiere) e che, per questo motivo,

nomadi³⁴²; il 63% é ostile all'immigrazione da Paesi non comunitari; il 75% associa l'immigrazione ad un maggiore rischio di criminalità³⁴³.

Non diverso lo stato d'animo della popolazione francese, principalmente preoccupata dalla minaccia terroristica: a marzo 2019 la paura verso i flussi migratori e la minaccia terroristica occupavano rispettivamente il primo e il secondo posto ed erano seguite dalla protezione dell'ambiente e dalle diseguaglianze globali (in particolare, le prime due tra gli elettori di estrema destra³⁴⁴, le ultime due tra quelli di estrema sinistra)³⁴⁵. Inoltre, secondo un'inchiesta dell'*Institut Convergences Migrations*, il 30% dei francesi nella prima metà del 2022 si dichiarava favorevole ad un ulteriore irrigidimento delle frontiere³⁴⁶.

Questa paura e quest'aura di sospetto verso lo straniero possono essere spiegate anche alla luce del trauma psicologico innescato dagli attentati del 13 novembre 2015: come spiega la psicologa Carole Damiani, Presidente dell'associazione *Paris aide aux victimes*, «il trauma rimette in discussione i valori fondamentali che saldano una comunità, [...] non si crede più nella giustizia, non si crede più nella comunità, non si crede più nella sicurezza»³⁴⁷ e il «senso di abbandono [che ne scaturisce: n.d.r.] fa sì che queste vittime non trovano che altre vittime per contrastar[lo]»³⁴⁸.

Lungi dall'essersi placati nel corso degli anni, questi sentimenti sono usciti rafforzati dalla pandemia da Covid-19³⁴⁹. Il 2020 è stato definito l'«anno della paura nera»³⁵⁰. Il *virus* ha rafforzato antichi risentimenti e rivelato nuove inquietudini: il 73,4% degli italiani

erano giudicati fonte potenziale di contaminazione delle caste superiori. Sulle teorie dell'intoccabilità, cfr. C. BARTOLI, *La teoria della subalternità e il caso dei dalit in India*, Rubettino, 2008, pp. 94 ss.

³⁴² SINTESI DEL 52° RAPPORTO CENSIS, *cit.*

³⁴³ DEMOS, *La banalità della paura. Lavoro, percezioni e insicurezze in Europa – XI rapporto sulla sicurezza e l'insicurezza sociale in Italia e in Europa*, febbraio 2019 (http://www.demos.it/2019/pdf/49772019_rapporto_sicurezza_demos_unipolis.pdf ; URL consultato il 19 marzo 2023) .

³⁴⁴ Anche le analisi relative all'anno 2017 confermano una più ricorrente paura di infiltrazione di terroristi attraverso le rotte migratorie tra gli elettori di estrema destra. Cfr. E. BARONCELLI, *L'opinione pubblica e le paure sulla sicurezza*, in A. Panebianco (a cura di), *Democrazia e sicurezza. Società occidentali e violenza collettiva*, Il Mulino, 2021, p. 75.

³⁴⁵ CEVIPOF, *Enquête électorale française 2019 – Mars 2019*, Ipsos, p. 21-22.

³⁴⁶ INSTITUT CONVERGENCES MIGRATIONS, *Les migrations dans l'œil des médias*, *cit.*, p. 7.

³⁴⁷ M. BOUCHARD, «Un processo può curare il trauma del crimine?», *Questione Giustizia online*, 21 settembre 2021.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ G. IVALDI, *Will the Covid-19 Crisis Mark the Decline of the Populist Right?*, Sciences Po's research newsletter, su <https://www.sciencespo.fr/research/cogito/home/will-the-covid-19-crisis-mark-the-decline-of-the-populist-right/?lang=en> (URL consultato il 19 marzo 2023).

³⁵⁰ SINTESI DEL 54° RAPPORTO CENSIS SULLA SITUAZIONE SOCIALE DEL PAESE AL 2020.

si dice angosciato per l'incertezza del futuro; per l'85,8% la crisi sanitaria ha confermato il divario sociale tra ricchi e poveri; il 44% si dichiara favorevole alla pena di morte.

Paura e collera sono i sentimenti prevalenti negli elettori dei partiti antisistema (siano essi di sinistra che di destra, pur con una lieve prevalenza in questi ultimi)³⁵¹. In Francia, la probabilità di votare per il *Ressemblement National*³⁵² aumenta al diminuire del reddito e all'aumentare dell'insoddisfazione per la propria qualità di vita³⁵³. L'immigrazione è stata, infatti, subito dopo il potere d'acquisto, una delle tematiche più ricorrenti nella propaganda politica dei candidati alle presidenziali francesi del 2022³⁵⁴, riflettendo così la *scala delle paure*, composta per il 47% dal timore verso la diminuzione del potere d'acquisto, dal 30% per la sicurezza e dal 27% per l'immigrazione³⁵⁵.

Un'altra caratteristica della società odierna è, come si è detto, l'elevato livello di sfiducia del popolo verso le istituzioni, presente tanto negli elettori di estrema sinistra quanto negli elettori di estrema destra, pur con una prevalenza nei secondi³⁵⁶. Questo livello di sfiducia è correlato ad una generalizzata insoddisfazione per la propria qualità di vita. Invero, come dimostra l'*Enquête sociale européenne* (European Social Survey, ESS), tanto gli elettori europei di estrema sinistra quanto quelli di estrema destra dispongono di un reddito basso³⁵⁷, pur con la precisazione che in Italia si assiste alla peculiare situazione per cui il reddito e il tenore di vita risultano più elevati tra gli elettori della Lega³⁵⁸.

È in questo contesto che si sono diffusi i neopopulismi politici (e, con essi, il populismo penale): come spiega Piergiorgio Ardeni, «non bastano il rancore e la rivolta contro la *casta* e le *élites* dei governanti, contro la partitocrazia, la corruzione del potere, in nome del popolo sovrano. [...] La ragione che spinge il vento del populismo è più

³⁵¹ Cfr. Y. ALGAN – E. BEASLEY – D. COEHN – M. FOUCAULT, *Les origines du populisme*, cit., p. 81, i quali pongono una importante distinzione tra paura e collera: mentre la paura avrebbe un effetto inibitore nei confronti dei cambiamenti radicali, la collera (che non a caso prevale negli elettori del *Front National*) induce a scelte politiche di cambiamento radicale. In generale, maggiori sono la collera e la paura maggiore è la preferenza per i partiti estremi di sinistra (*La France Insoumise*) e di destra (*Front National*).

³⁵² Per la genesi e l'evoluzione di questo partito (in passato denominato *Front National*), si rinvia, *ex multis*, a P. GRAZIANO, *Neopopulismi. Perché sono destinati a durare*, Il Mulino, 2018, pp. 46-48.

³⁵³ *Ivi*, pp. 96-97.

³⁵⁴ INSTITUT CONVERGENCES MIGRATIONS, *Les migrations dans l'œil des médias*, cit., p. 7.

³⁵⁵ *Ivi*, p. 11.

³⁵⁶ P. GRAZIANO, *op. cit.*, pp. 133-135.

³⁵⁷ *Ivi*, pp. 129-130.

³⁵⁸ La stessa situazione si verifica negli Stati Uniti con riferimento agli elettori di Trump. Cfr. Y. ALGAN – E. BEASLEY – D. COEHN – M. FOUCAULT, *Les origines du populisme*, cit., pp. 138-139. Nello stesso senso depongono i dati statistici riportati da P. GRAZIANO, *op. cit.*, pp. 89-95.

profonda e sta nella rabbia sociale inespresa del popolo dei non garantiti, dei marginalizzati, dei *perdenti della globalizzazione* e nello scivolamento verso il basso della classe media; nell'acuirsi delle distanze tra i ceti a reddito medio-basso e le élites economiche e i garantiti [...] nelle persistenti diseguaglianze. L'ideologia della classe media – secondo la quale garantendo istruzione e proprietà si sarebbe data un'opportunità a tutti – si è infranta contro l'ideologia dell'accumulazione e della rendita di posizione e di status, che hanno infranto per sempre il mito fondante del capitalismo liberale della mobilità sociale per tutti»³⁵⁹. In questo scenario il populismo, da eterogeneo movimento politico, si è cronicizzato, assumendo le sembianze di un vero e proprio *stato d'animo contemporaneo* che recepisce la paura, il rancore, l'intolleranza sociale di ampie fasce di un ceto medio impoverito ed incattivito³⁶⁰, esacerbando la guerra tra i *perdenti della globalizzazione*, a vantaggio di chi da quella guerra trae consenso, forza e legittimazione. Ad alimentare la *lotta tra poveri* concorre, come scrive Luigi Ferrajoli³⁶¹, la perversa alleanza tra liberismo e populismo, giacché alla progressiva precarizzazione causata dal primo ha fatto seguito una riaggregazione, ad opera delle forze populiste, della *massa di individui-monadi*: persone rese sempre più sole e competitive³⁶², in una sorta di *bellum omnium contra omnes* dove la rabbia e la frustrazione finiscono per essere canalizzate non più verso una lotta comune alle diseguaglianze, ma verso la *lotta alle differenze*, che finisce per colpire i nemici per eccellenza del senso di identità smarrito: le persone migranti, soprattutto se svantaggiate dal sistema anarco-capitalista.

³⁵⁹ P. G. ARDENI, *op. cit.*, p. 208.

³⁶⁰ L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, 2019, p. 73 ss.

³⁶¹ L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, *cit.*, p. 36.

³⁶² In tal senso, v. pure P. DENEEN, *Why liberalism failed*, Yale University Press, 2019, p. 16 ss., per il quale il liberalismo che aveva promesso più autonomia per tutti, ha fatto sprofondare l'umanità in un abisso di paura e solitudine, trasformandola in una «massa atomizzata» di individui non più desiderosi di «fare esperienza di altre culture (e di altre norme), finendo per non conoscere che una sola e unica cultura».

2. Paura e (in)sicurezza come fonti di legittimazione ed espansione del potere punitivo. / *Peur et (in)sécurité en tant que sources de légitimation et expansion du pouvoir punitif.*

La paura è stata definita «leva universale del potere»³⁶³ e «mezzo, idoneo più di altri, a fondare l'ordine politico»³⁶⁴. L'implacabile bisogno di sicurezza che origina dalla paura trova, infatti, soddisfazione sul piano simbolico nell'*Autorità* e nel *potere punitivo* quale massima espressione della sua capacità rassicurante³⁶⁵.

Paura e (in)sicurezza assurgono, così, a «fattori espansivi dell'area penale»³⁶⁶. Come scrive il giurista francese Denis Salas, le ondate di panico morale sono, infatti, la matrice delle riforme penali populiste³⁶⁷. Non può sorprendere, pertanto, che in tempi – come quelli attuali – contrassegnati da insicurezza economica e sociale, si sia assistito ad una «enfaticizzazione del bene-sicurezza»³⁶⁸ e al consolidarsi dell'idea, illusoria, che «il 'panpunitivismo' sia il miglior rimedio a ogni male sociale»³⁶⁹. Di fronte a fenomeni complessi che non si riesce a governare razionalmente, il diritto penale, che dello Stato è il *braccio armato*, si presta infatti quale comodo (ed elettoralmente redditizio) *pharmakon*

³⁶³ C. ROBIN, *La peur. Histoire d'une idée politique*, cit., p. 5. In argomento, v. pure P. BRAUD, *Petit traité des émotions, sentiments et passions politiques*, Armand Colin, 2007, p. 266, per il quale sarebbe erroneo attribuire l'uso politico della paura esclusivamente ai partiti estremisti: a suo parere, ciò che distingue gli attori politici gli uni dagli altri non è l'uso politico o meno della paura, ma la scelta delle paure su cui far leva e l'intensità che si fa dell'uso delle stesse.

³⁶⁴ Come scrive R. HARRÉ, *La costruzione sociale delle emozioni*, Giuffrè, 1992, p. 11, le emozioni sono funzionali al mantenimento di un certo ordine morale e sociale. Esse sono costruite e prescritte socialmente ai fini del mantenimento e del sostegno di un certo sistema di valori. Emblematico è l'uso politico delle dell'odio nei confronti degli ebrei nella Germania nazista e dell'odio verso i neri nella setta del Ku Klux Klan (esempio riportato da B. CATTARINUSI, *Sentimenti, passioni, emozioni. Le radici del comportamento sociale*, FrancoAngeli, 2007, p. 30).

³⁶⁵ È questa la chiave di lettura freudiana fornita da F. FORZATI, *op. cit.*, p. 449.

³⁶⁶ *Ivi*, p. 97.

³⁶⁷ D. SALAS, «Gare au populisme pénal», *Libération*, 24 juin 2005.

³⁶⁸ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, p. 186 ss.

³⁶⁹ *Ibidem*.

contro le ansie collettive. La dottrina francese ha denunciato, a tal proposito, la tendenza ad attribuire al diritto penale una sorta di «mission sédative»³⁷⁰.

Le ragioni sono facilmente intuibili: è più facile conseguire «legittimazione politica e consenso sociale flettendo i bicipiti del governo in dichiarazioni di guerra contro la criminalità, e più in generale contro tutto ciò che non funziona o turba l'ordine pubblico, piuttosto che operare, a livello politico, scelte responsabili, lungimiranti, coraggiose e meno populiste»³⁷¹. Con l'espressione *populismo penale* ci si riferisce infatti solitamente alla tendenza politica a fornire «risposte politiche dure e semplici»³⁷² al precipuo scopo di captare facili consensi, se non paradossalmente di rafforzare e legittimare proprio i fattori da cui traggono origine quei fenomeni che si dichiara di voler debellare. Si tratta, cioè, per dirla con Luigi Ferrajoli, di una vera e propria «strategia in termini di sicurezza diretta ad ottenere demagogicamente il consenso popolare rispondendo alla paura per la criminalità con un uso congiunturale del diritto penale, tanto repressivo e antigarantista quanto inefficace rispetto alle dichiarate finalità di prevenzione»³⁷³.

Come spiega il filosofo, esiste un nesso potente tra paura e potere e vi sono due modi con i quali il potere si nutre della paura. Il potere, anzitutto, può fare esso stesso paura: è il modello dei regimi autoritari e tendenzialmente totalitari in cui il potere mostra il suo volto demoniaco, «tanto più terrificante, quanto più il male da esso minacciato è sconosciuto, imprevedibile e potenzialmente illimitato»³⁷⁴. L'altro modello è quello «che fa leva sulla paura del crimine, e la drammatizza e alimenta quale fonte di legittimazione del potere repressivo e della sua risposta punitiva: un potere, in questo caso, che dalla paura [...] trae legittimazione politica e consenso»³⁷⁵. Se nel primo caso il potere costituisce esso stesso fonte di paura, nel secondo caso si autorappresenta come massimo *garante della sicurezza*

³⁷⁰ C. LAZERGES, «De la fonction déclarative de la loi pénale», *Révue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2004, p. 194.

³⁷¹ R. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffrè, 2018, p. 570. In senso analogo, si veda pure D. FASSIN, *op. cit.*, 2018, p. 15; D. SALAS, *La volonté de punir, cit.*, p. 88.

³⁷² Così, JULIAN V. ROBERTS – LORETTA J STALANS – DAVID INDERMAUR – MIKE HOUGH, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, Oxford University Press, 2003, p. vii. In senso analogo, v. pure M. DELMAS-MARTY, *Une boussole des possibles, cit.*

³⁷³ L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. Bovero – V. Pazè (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, 2010, 115 ss. In senso analogo, cfr. D. SALAS, *La volonté de punir, cit.*, p. 14 ss.

³⁷⁴ L. FERRAJOLI, *L'illusione della sicurezza*, intervento al Festival del diritto presso l'Università degli Studi di Roma Tre, p. 3 (<http://www.festivaldeldiritto.it/2008/pdf/interventi/ferrajoli.pdf> ; URL consultato il 19 marzo 2023).

³⁷⁵ *Ibidem*.

contro nemici esterni ed interni sui quali scaricare le tensioni sociali e attorno ai quali costruire il consenso politico. È quest'ultimo il modello delle politiche populiste in materia di immigrazione: «essendo stata la sicurezza sociale aggredita dalle politiche di riduzione dello stato sociale [...] le campagne securitarie valgono a soddisfare il sentimento diffuso dell'insicurezza sociale con la sua mobilitazione contro il deviante e il diverso, preferibilmente di colore o extracomunitario»³⁷⁶. In questo modo, il populismo penale agisce sia quale *fattore di coesione sociale* delle masse – realizzando quella che il sociologo Émile Durkheim, chiamerebbe «solidarietà organica»³⁷⁷ – sia quale *fattore di divisione sociale*: come osserva Mireille Delmas-Marty, criminalizzare vuol dire infatti separare ciò che (è considerato come) *il bene* da ciò che (è considerato come) *il male*, intervenendo su territori altamente simbolici, modellandoli e trasformandoli nello stesso tempo³⁷⁸. *Nominando* i valori e *normando* i comportamenti in rapporto a questi valori, il diritto trasforma la realtà³⁷⁹. In quanto tale e in quanto atto politico di esercizio della sovranità nazionale, il diritto-potere di punire non è (e non può essere) neutro³⁸⁰. Come ha scritto il sociologo Émile Durkheim, «un atto non urta la coscienza comune perché è criminale, ma è criminale perché urta la coscienza comune. Noi non lo riproviamo perché è un crimine, ma è un crimine perché lo riproviamo»³⁸¹.

È proprio in virtù di questa carica simbolica e performativa che chi scrive ritiene che il populismo penale sia, in definitiva, nient'altro che una *strategia di potere* che, in nome della sicurezza, piega il *diritto di punire* a ragioni simbolico-propagandistiche. Esso, tuttavia, come si dimostrerà nel prosieguo di questa analisi, finisce per produrre, a lungo termine, esattamente il contrario di quanto promesso: all'apparente rassicurazione collettiva a breve termine fa da contraltare la cronicizzazione dell'insicurezza funzionale al mantenimento e al consolidamento del sistema politico-economico dominante. Ripudiando

³⁷⁶ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. II, Laterza, 2007, p. 373.

³⁷⁷ É. DURKHEIM, «Définitions du crime et fonction du châtement», in D. Szabo (a cura di), *Déviante et criminalité*, 1970, p. 10.

³⁷⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique*, cit., p. 306: «Incriminer, c'est définir un crime, au sens large d'infraction pénale. Donc à la fois nommer et diviser. [...] Quand une société décide ainsi de séparer ce qui est infraction pénale et ce qui ne l'est pas, quand elle se décide à nommer le mal, donc à dire le bien, elle touche à des territoires hautement symboliques qu'elle modèle et transforme du même coup».

³⁷⁹ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit IV*, cit., p. 333.

³⁸⁰ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 6ème édition, 2018, p. 27.

³⁸¹ É. DURKHEIM, *Définitions du crime*, cit., p. 7.

la complessità, le correnti populiste si rifugiano negli Stati-Nazione, urlando *slogan* quali «Prima gli italiani», «La France et les Français d'abord»³⁸².

Ma si tratta di un rifugio illusorio, giacché la globalizzazione e le interdipendenze³⁸³ ad essa connesse sono irreversibili e in piena accelerazione³⁸⁴.

3. Populismi politici e *uso populista del potere punitivo*. Un tentativo di teorizzazione. / *Populismes politiques et usage populiste du pouvoir punitif. Une tentative de théorisation.*

Il *campo penale* rappresenta uno dei luoghi privilegiati delle istanze populiste: «la risposta penale con il suo volto terribile si presta a essere un tramite particolarmente potente per dare corpo a quel rapporto diretto tra masse e capo che costituisce un elemento essenziale del populismo»³⁸⁵. Il diritto penale, inoltre, proprio per la sua carica simbolica e potenzialmente lesiva delle libertà individuali, si presta quale forma, seppur latente, di violenza contro l'individuo di volta in volta identificato come minaccia alla sicurezza³⁸⁶. Proprio in considerazione di questo uso distorto del diritto penale, si privilegerà, d'ora in poi, l'espressione *uso populista del diritto penale*³⁸⁷.

Se una delle caratteristiche dei populismi politici è la contrapposizione tra il popolo ed un'élite percepita come autoreferenziale e noncurante dei bisogni del primo³⁸⁸, la cifra

³⁸² O. DARD – C. BOUTIN – F. ROUVILLOIS, *op. cit.*, p. 567.

³⁸³ Sulle origini e l'evoluzione del concetto di *interdipendenza*, tanto sotto il profilo filosofico quanto sotto il profilo di diritto internazionale, cfr. ABEL O. – M. DELMAS-MARTY, « Dans la spirale des humanismes », *Revue européenne du droit*, mars 2021 (reperibile al seguente link: <https://geopolitique.eu/articles/une-spirale-des-humanismes/>; URL consultato il 15 novembre 2022).

³⁸⁴ M. DELMAS-MARTY, *Une boussole des possibles*, *cit.*

³⁸⁵ O. DARD – C. BOUTIN – F. ROUVILLOIS, *op. cit.*, p. 567.

³⁸⁶ *Ivi*, p. 127.

³⁸⁷ S. ANASTASIA, «L'uso populista del diritto e della giustizia penale», *Ragion pratica*, 1/2019, pp. 191-209. Di *uso populista del diritto penale* parla anche E. AMODIO, *op. cit.*, p. 13, che la preferisce a quella, più diffusa, di *populismo penale*, perché maggiormente idonea a rimarcare la natura di strategia politica volta ad eludere (distruggendo i potenziali elettori da) i veri temi di fondo della vita sociale, quali quelli delle disuguaglianze sociali e della precarietà della situazione economica.

³⁸⁸ J. MÜLLER, *Cos'è il populismo*, Egea, 2017 considera il populismo come «una particolare visione moralistica della politica, un modo di percepire il mondo politico che oppone un popolo moralmente puro e

identitaria del populismo penale è la contrapposizione tra i *giusti* e i (presunti o reali) *colpevoli*³⁸⁹. V'è, dunque, «un'evidente convergenza tra il populismo politico e il populismo penale nella costruzione del “nemico”»³⁹⁰. Quando giungono al potere, i *leader* populistici utilizzano non solo strumenti (tra questi, il diritto penale) volti ad ottenere una legittimazione popolare, ma anche a realizzare concretamente l'omogeneità di quel popolo immaginario di cui si presentano come portavoce e, poiché il popolo inteso come entità unitaria e organica altro non è che una *fictio*, «nelle pratiche populiste lo si costruisce tendenzialmente con le paure, con i nemici, con l'odio nei confronti di coloro che non appartengono al vero popolo»³⁹¹. La paura – come scrive Martha Nussbaum –, «porta [...] a strategie aggressive, alla creazione di alterità»³⁹², giacché «quando le persone hanno paura l'una dell'altra e di un futuro sconosciuto, è probabile che finiscano per cercare un capro espiatorio»³⁹³. È, questa, la «dinamica paura-colpevolizzazione»³⁹⁴: la paura si trasforma in rabbia o, meglio, in ira verso l'*Altro-da-sé*, cioè in «un ardente desiderio di rivalsa, come se la sofferenza di qualcun altro potesse risolvere i problemi del gruppo o della nazione»³⁹⁵. In ciò risiede il lato oscuro e tendenzialmente autoritario del populismo,

completamente unificato – ma [...] fondamentalmente immaginario – a delle élite ritenute corrotte o in qualche altro modo moralmente inferiori» (p. 26). Si tratterebbe, in altri termini, di una «forma moralizzata di antipluralismo, che evoca l'idea di uno Stato-padre che tende all'autoritarismo» (p. 27). Per essere populistici, però, secondo lo studioso tedesco non è sufficiente attaccare le élite: è indispensabile ambire a essere *pars pro toto*, cioè a rappresentare l'intero popolo. Ciò significa che i populistici sono anti-elitari, ma soprattutto anti-pluralisti: sostengono, infatti, di essere «gli unici a rappresentare il popolo» e tendono così a sostenere che «solo una parte del popolo è il popolo» (p. 29).

³⁸⁹ Cfr. E. AMODIO, *op. cit.*, p. VII. In senso analogo, v. pure J.-W. MÜLLER, *La peur ou la liberté, cit.*, p. 56, per il quale il populismo si contraddistingue non tanto per l'odio e il disprezzo nei confronti delle élites, quanto per l'*antipluralismo*, cioè nella tendenza ad escludere l'avversario dall'arena politica.

³⁹⁰ E. AMATI, *L'enigma penale, cit.*, p. 111.

³⁹¹ Così, A. MASALA, *I populismi e la democrazia, cit.*, pp. 58-59.

³⁹² M. NUSSBAUM, *La monarchia della paura, cit.*, p. 18.

³⁹³ *Ivi*, p. 19. La filosofa fa notare, peraltro, come già nella narrazione fiabesca si infiltri la logica della *caccia al capro espiatorio*: «Hänsel e Gretel vagano nel bosco alla ricerca di cibo. Il problema è la fame [...] Ma la fiaba ci dice che [...] il vero problema è una strega che vive nel bosco e trasforma i bambini in pan di zenzero. Cappuccetto Rosso va a trovare la nonna camminando da sola per un lungo tragitto. I veri problemi in questa storia sono la vecchiaia e la mancanza di cure: la famiglia vive lontano e la nonna non sta bene. Ma rapidamente la fiaba devia la nostra attenzione: il problema non è affatto questa difficile condizione umana [...] è un singolo lupo che è entrato nella casa della nonna. In entrambe le fiabe, quando il cattivo viene ucciso, il mondo non ha più problemi» (*ivi*, p. 83). Così, «i bambini piccoli anziché imparare a placare le loro paure attraverso il pensiero razionale [...] sono incoraggiati dalle storie che vengono loro raccontate a dare la colpa a figure deformi, bestiali, orchi o streghe» (*ivi*, p. 104).

³⁹⁴ *Ivi*, p. 65.

³⁹⁵ *Ivi*, p. 67.

che diviene così «progetto negativo, di chiusura e negazione dell'altro»³⁹⁶. Da questo punto di vista, come rilevano Cass Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser, i *leader* populistici esprimono un *concetto di politico* simile a quello schmittiano, in virtù del quale la volontà generale è basata sull'unità del popolo, nonché sulla netta demarcazione tra il *demos* e coloro che non vi appartengono³⁹⁷.

Così inteso, il populismo, pur recando in sé un potenziale democratico³⁹⁸, rischia di porsi in contrasto con la democrazia liberale, giacché rifiutando, in nome della sovranità e omogeneità popolare, il pluralismo, i diritti delle minoranze e le garanzie istituzionali che dovrebbero tutelarle, può trasformarsi in un regime autoritario³⁹⁹.

Ancor più radicali sono le osservazioni di Federico Finchelstein, il quale ravvisa una forte «connessione [...] fra i governanti populistici e i fascisti del passato»⁴⁰⁰: secondo l'Autore, infatti, «quando Trump parla dell'«infezione» provocata dagli immigrati [...] o quando Salvini prospetta l'attuazione di una massiccia operazione di «pulizia» [...] invocano di fatto la difesa di un'immaginaria omogeneità etnica e culturale»⁴⁰¹. Per lo storico argentino il populismo sarebbe, perciò, «una riformulazione del fascismo nella prospettiva di un'epoca democratica»⁴⁰². Si tratterebbe, più precisamente, di una forma autoritaria di democrazia che prospera laddove esistono notevoli diseguaglianze e la legittimazione della rappresentanza democratica risulta indebolita. Esso si sarebbe affermato per la prima volta in Argentina e in Brasile come modello di superamento del fascismo (c.d. post-fascismo) alternativo al liberalismo e al socialismo⁴⁰³. Sebbene si distingua dal fascismo per il ripudio delle forme estreme di violenza, di esso manterrebbe – oltre che un impiego del diritto penale come «strumento di riaffermazione e di esercizio del

³⁹⁶ A. MASALA, *I populismi e la democrazia*, cit., pp. 58-59.

³⁹⁷ C. MUDDE – C. R. KALTWASSER, *Populismo* cit., pp. 38-39.

³⁹⁸ In tal senso, v. A. MASALA, *I populismi e la democrazia*, cit., p. 67, per il quale «dosi (contenute) di populismo possono rivitalizzare la democrazia, che per riassorbire la sfida torna ad ascoltare il popolo». In argomento, v. pure F. TARRAGONI, *op. cit.*, p. 28, che ravvisa nel populismo una «fase critica sospesa tra una democrazia ormai delegittimata e una democrazia nuova non ancora venuta alla luce»; ma in questa fase di incertezza «esso è portatore di una possibile alternativa alla democrazia liberale. Ma [...] può sempre convertirsi in autoritarismo, nazionalismo, fascismo».

³⁹⁹ C. MUDDE – C. R. KALTWASSER, *Populismo* cit., p. 102.

⁴⁰⁰ F. FINCHELSTEIN, *Dai fascismi ai populismi. Storia, politica e demagogia nel mondo attuale*, Donzelli Editore, 2019, p. 16.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² *Ivi*, p. 168.

⁴⁰³ *Ivi*, pp. 30-36.

potere»⁴⁰⁴ e «mezzo privilegiato per veicolare le proprie ideologie»⁴⁰⁵ –, alcune premesse ideologiche, quali la xenofobia, l'identificazione di un nemico, la personalizzazione del movimento politico attraverso l'identificazione con un capo carismatico⁴⁰⁶, il quale incarna una sorta di rappresentazione di un padre ideale della collettività⁴⁰⁷.

Senonché – al di là delle altre possibili ricostruzioni storiche che fanno risalire le origini del fenomeno (e, con esso, del termine), talvolta al populismo russo⁴⁰⁸, talaltra a quello americano del *People's Party*⁴⁰⁹ –, pare opportuno circoscrivere la nozione di populismo elaborata da Finchelstein a quella, teorizzata da Pierre-André Taguieff, di «nazional-populismo»⁴¹⁰ o, in modo ancor più *tranchant*, di «populismo escludente»⁴¹¹: con questo termine, infatti, ci si riferisce a quel fenomeno – tipico delle *comunità immunitarie*⁴¹² – per cui, «combinandosi con il nazionalismo, il populismo riconfigura il nemico nelle vesti dello straniero invasore»⁴¹³ che minaccia l'identità nazionale (l'*éthnos*).

⁴⁰⁴ Cfr. L. LACCHÉ, *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Donzelli editore, 2015, p. XIV. Secondo i principi che informavano le strategie di repressione del fascismo, il diritto penale doveva recidere il legame con la tradizione moderna delle garanzie processuali e valorizzare il senso comune che negli anni si era sedimentato in seno ai penalisti della Scuola positiva, come ad esempio l'idea del criminale come nemico interno da cui difendersi e dello Stato come apparato preventivo e repressivo operante contro ogni forma di devianza.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ *Ivi*, pp. 28-55. Sul dominio di un capo carismatico come una delle principali caratteristiche dei modelli di Stato autoritari, v. pure M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique*, cit., p. 87.

⁴⁰⁷ Cfr. D. MELOSSI, *Una teoria dello Stato (europeo) senza Stato: democrazia, controllo sociale, lingua*, in S. Anastasia – T. Pitch (a cura di), *Legalità, giustizia, disuguaglianze. Una crisi contemporanea*, Carocci editore, 2022, p. 71.

⁴⁰⁸ Il termine *populismo*, la traduzione della parola russa *narodničestvo*, da *narod*, che vuol dire *popolo* e si riferirebbe alla mobilitazione sociale delle masse contadine contro l'autocrazia zarista. Esso sarebbe entrato a far parte del lessico francese nel 1912, in seguito all'emigrazione a Parigi del deputato bolscevico Grégoire Alexinsky (1879-1968). Cfr. O. DARD – C. BOUTIN – F. ROUVILLOIS, *Le dictionnaire des populismes*, cit., p. 11.

⁴⁰⁹ C. R. KALTWASSER ET AL., *Populism: an overview on the concept and the state of the art*, in *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, 2017, p. 2. In argomento, v. pure X. CHIARAMONTE, *Il diritto penale*, cit., p. 196, la quale mette in evidenza come la principale distinzione tra i populismi politici attuali e quelli più risalenti risieda nel fatto che gli esponenti dei movimenti politici attuali difficilmente si definiscono tali. In altri termini, la qualifica di populista sarebbe oggi per lo più il frutto di una «etero-attribuzione».

⁴¹⁰ P. TAGUIEFF, *La scienza politica di fronte al populismo*, in M. Tarchi (a cura di), *Anatomia del populismo*, Diana Edizioni, 2019, p. 52.

⁴¹¹ *Ivi*, p. 40

⁴¹² La nozione è definita da E. PULCINI, *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell'età globale*, Bollati Berlinghieri, 2009, p. 210, che le identifica in quelle «comunità fondate cioè su un riconoscimento fra simili intorno a un unico e rigido criterio di identificazione, e sul misconoscimento e la violenta negazione dell'altro (in quanto diverso) che non si riesce spesso né ad espellere né ad assimilare».

⁴¹³ *Ivi*, p. 52.

Si tratterebbe, quindi, di una peculiare forma di populismo, più affine al nativismo, la cui idea di fondo è che «sono i nativi a far parte del popolo perché sono gli unici a garantirne la purezza»⁴¹⁴.

Questa nozione (che potremmo riassumere con il termine *nazionalpopulismo*)⁴¹⁵ non esaurisce, però, tutte le possibili sfumature di questo vasto fenomeno. Come scrivono Cass Mudde e Cristóbal Rovira Kaltwasser, il populismo è infatti un'ideologia dal nucleo sottile (*thin-centered*): esso, «a differenza delle ideologie “dense” o “complete” (ad esempio, il fascismo, il liberalismo, il socialismo), [...] può assumere forme molto diverse, le quali dipendono dalle modalità con cui i suoi concetti cardine interagiscono con altri elementi ideologici o programmatici»⁴¹⁶. Inoltre, non tutti i nuovi populismi (o neo-populismi) sarebbero *escludenti*, distinguendosi *populismi esclusivi* e *inclusivi*: i primi (tendenzialmente di destra) adotterebbero una nozione di popolo in senso etnico e/o culturale; i secondi (tendenzialmente di sinistra) adotterebbero una nozione meno ostile del popolo e, seppur con alcune non meno importanti eccezioni⁴¹⁷, dei flussi migratori⁴¹⁸.

Il denominatore comune a tutti i populismi è dato dalla necessità di identificare (o, meglio, creare) un nemico per legittimarsi⁴¹⁹.

Il discorso populista assume, così, una dimensione verticale volta a separare il popolo, percepito come il *Bene*, da un'altra entità percepita come incarnazione del *Male* e come estranea rispetto al primo, frapponendo così una *frontiera* tra una parte della società e gli esclusi. Lo spazio politico assume, così, le sembianze di un'isola assediata: il popolo,

⁴¹⁴ P. GRAZIANO, *op. cit.*, p. 27.

⁴¹⁵ Occorre dare atto, tuttavia, che secondo B. DE CLEEN, *Populism and Nationalism*, in *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, 2017, p. 242, nazionalismo e populismo non sarebbero sovrapponibili, giacché il primo si strutturerebbe attorno all'idea di Nazione e di sovranità e riposerebbe sulla contrapposizione interno/esterno (membro/non membro di una comunità), laddove invece il populismo si fonderebbe sull'antagonismo tra l'*élite* e il popolo.

⁴¹⁶ C. MUDDE – C. R. KALTWASSER, *Populismo*, *cit.*, pp. 27-28.

⁴¹⁷ In Italia, ad esempio, come si vedrà, anche il centro-sinistra ha contribuito alla realizzazione di politiche migratorie particolarmente restrittive e di dubbia compatibilità con i diritti umani.

⁴¹⁸ Cfr. C. MUDDE – C. R. KALTWASSER, *Exclusionary vs. Inclusionary Populism*, *cit.*, pp. 147-174. Per la contemporanea presenza di entrambe le tipologie di populismo, quello italiano è stato considerato da una parte della letteratura un *paradiso populista*. In Francia, invece, il caso prototipo della destra radicale populista è il *Front National*, mentre il partito populista di sinistra è rappresentato da *La France Insoumise* (*ivi*, p. 54). Per una più completa panoramica dei neopopulismi esclusivi ed inclusivi, v. P. GRAZIANO, *Neopopulismi*, *cit.*, pp. 45-84.

⁴¹⁹ E. AMATI, *op. cit.*, p. 111.

bisognoso a tutti i costi di salvaguardarsi – o, meglio, *immunizzarsi*⁴²⁰ – da qualsiasi contaminazione morale, culturale e identitaria⁴²¹, proveniente, *in primis*, dallo straniero, il quale, soprattutto se in situazione di povertà e non qualificato⁴²², è soggetto idoneo, più di ogni altro, ad incarnare tutte le figure dell’Alterità ed è, in quanto tale, percepito come minaccia alla sicurezza culturale e identitaria di un popolo e dell’*ordine stabilito*⁴²³. Egli diventa, così, il principale *capro espiatorio* di un malessere socialmente diffuso che non si riesce a (o, forse, non si vuole) governare razionalmente attraverso i diritti.

Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, proprio contro lo *straniero indesiderabile* (e contro quanti vi prestano soccorso) si rivolge oggi il populismo penale, nonché il discorso securitario da cui questo trae forza e legittimazione.

⁴²⁰ Cfr. P. RICOEUR – R. BOCCALI, *op. cit.*, p. 16.

⁴²¹ Cfr. O. DARD – C. BOUTIN – F. ROUVILLOIS, *op. cit.*, pp. 423-424.

⁴²² Gli stranieri altamente qualificati godono di uno *status* privilegiato rispetto agli stranieri poveri e non qualificati, potendo aspirare alla c.d. Carta Blu dell’Unione europea, il che – come osserva Mireille Delmas-Marty – è potenziale fattore di diseguaglianze a livello globale, provocando una vera e propria *fuga dei cervelli* dai Paesi di provenienza. Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le durcissement du contrôle des migrations – Sens et non sens de l’humanisme juridique*, Cours au Collège de France, 19 janvier 2011, (disponibile al link <https://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/course-2011-01-19-14h00.htm>; URL consultato il 4 settembre 2022). Stesso ragionamento è applicabile alla *carte de séjour pluriannuelle talent* di recente ulteriormente valorizzata dalla *loi programmation et orientation n° 2023-22 du 24 janvier 2023 du Ministère de l’intérieur*. Come osserva S. KHOSRAVI, *Io sono confine*, Elèuthera, 2019, p. 8, questo sistema non può che aggravare la sperequazione salaria e il divario economico tra Nord e Sud del Mondo, ed è anzi forse pensato proprio al fine di preservare l’ordine socio-economico dominante: ogni confine tra Stati è, infatti, secondo l’Autore, un «confine di classe» tra persone che il regime delle frontiere mira a tenere «al loro posto». In senso analogo, cfr. M. AMBROSINI – M. D’AMICO – E. PERASSI, *Migrazioni, confini, diritti umani*, Milano University Press, 2022, p. 10, per i quali «la difesa dei confini è in realtà selettiva: alle chiusure nei confronti di una parte dei candidati all’ingresso si contrappongono le aperture, e persino la generosa accoglienza, nei confronti di altri, privilegiati per nazionalità, censo, competenze professionali. I confini non funzionano come muri in senso assoluto, ma piuttosto come filtri, nell’ambito di regimi di mobilità neo-liberali».

⁴²³ Cfr. L. BOUVET, *L’insécurité culturelle. Sortir du malaise identitaire français*, Fayard, 2015; O. DARD – C. BOUTIN – F. ROUVILLOIS, *op. cit.*, p. 128.

SEZIONE II / SECTION II

IL DIRITTO PENALE DI FRONTE AI NEOPOPULISMI SECURITARI: UN DIRITTO PENALE DEL NEMICO. / LE DROIT PÉNAL FACE AUX NÉOPOPULISMES SÉCURITAIRES: UN DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI.

1. Costruire il nemico attraverso la *mossa securitaria*: il *discorso sulla sicurezza come strategia (o tecnica o dispositivo) di potere*. / *Construire l'ennemi par le biais de la sécurité : le discours sur la sécurité en tant que stratégie (ou technique ou dispositif) de pouvoir*.

In quanto *ideologia dal nucleo sottile*, tutti i populismi necessitano – oltre che della costruzione di un nemico – di un elemento discorsivo, un *frame* attorno al quale costruire e mantenere il proprio consenso⁴²⁴. Orbene, la sicurezza è la *categoria concettuale* da cui il *populismo punitivista* trae forza e legittimazione⁴²⁵, cioè la *narrativa ideologica* mediante la quale si definisce il popolo per esclusione⁴²⁶. A riprova di ciò, il populismo è stato definito come una peculiare *logica di costruzione del discorso politico*, cioè una forma di retorica o uno stile discorsivo⁴²⁷.

Come in tutti i discorsi performativi, anche l'uso populista del concetto di sicurezza esercita – per dirla con Pierre Bourdieu – una *violenza simbolica*, ovvero una peculiare

⁴²⁴ O. DARD – C. BOUTIN – F. ROUVILLOIS, *op. cit.*, p. 38.

⁴²⁵ D'altronde, come scrivono C. MUDDE – C. R. KALTWASSER in *Populismo, cit.*, pp. 27-28, in quanto ideologia dal nucleo sottile, il populismo raramente esiste in forma pura, aparendo in combinazione con altri concetti di cui si alimenta e da cui trae forza e legittimazione. Va, peraltro, sottolineato che, secondo alcuni studiosi, dei movimenti tendenti alla massima semplificazione e alla irrazionalità nelle scelte politiche non meriterebbero l'etichetta di *ideologia*, trattandosi piuttosto di una sindrome. In tal senso, cfr. P. WILES, *A syndrome, not a doctrine. Some elementary theses on Populism*, in E. Gellner (a cura di), *Populism: its meaning and national characteristics*, Nicolson, 1969, p. 166.

⁴²⁶ In tal senso, N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Il Mulino, 2020, p. 19 (ed. or. *Me, The People. How populism transforms democracy*, Harvard University Press, 2019, trad. it. a cura di C. Bertolotti).

⁴²⁷ E. LACLAU, *Populism: What's in a name?*, in F. Panizza (a cura di), *Populism and the Mirror of Democracy*, Verso Books, 2005, pp. 22-49.

«forma di potere [...] sui corpi, direttamente e come per magia, al di fuori di ogni costrizione fisica»⁴²⁸. In nome della sicurezza si conferisce, infatti, parvenza di legittimità a determinate misure politiche non necessariamente rispondenti al fine che si dichiara di voler perseguire: come si è anticipato in sede di introduzione, spesso una questione pubblica *diviene* una questione di sicurezza perché così viene rappresentata e percepita per effetto di una *pratica discorsiva e distorsiva* funzionale al mantenimento (e all'espansione) di un determinato sistema politico, sociale ed economico. In quest'ottica, prendendo a prestito il lessico foucaultiano, il discorso politico costruito attorno alla sicurezza si configura come una peculiare *tecnica (o dispositivo o strategia) di potere*⁴²⁹; a loro volta, i processi di *securitization* possono essere letti come delle relazioni di potere tra gli attori c.d. securitizzanti (che identificano e/o costruiscono le minacce alla sicurezza) e l'opinione pubblica. Come osservano Barry Buzan e Ole Wæver, così come un ordine, per essere eseguito, necessita dell'obbedienza di chi lo riceve, senza il consenso della pubblica opinione, la *mossa securitaria* di chi detiene ed esercita il potere sarebbe destinata al fallimento⁴³⁰.

A riprova di ciò, Aristotele nella *Retorica* descrive la paura come un'emozione che necessita al contempo di opinione e convincimento: «quando è preferibile che gli ascoltatori provino paura, è necessario porli nella disposizione d'animo di credere di essere destinati a soffrire [...] a causa di uomini da parte dei quali non lo pensavano e in cose e in circostanze in cui non lo credevano»⁴³¹.

Come in tutte le relazioni di potere, anche dietro i processi di securitizzazione si celano spesso obiettivi ultronei al mero mantenimento della sicurezza, dando luogo così a quelli che Michel Foucault chiamava *rimpiazzamenti strategici di potere*. Questa peculiare tecnica di potere mira infatti attraverso l'identificazione e costruzione di nemici pubblici, ad occultare l'incapacità politica di offrire soluzioni concrete ai problemi che affliggono la

⁴²⁸ P. BOURDIEU, *Méditations pascaliennes*, Seuil, Paris, 1987 (trad. it.: *Meditazioni pascaliane*, a cura di A. Serra, Feltrinelli, 1988, p. 177).

⁴²⁹ L. OLIVIER, *La question du pouvoir chez Foucault: espace, stratégie et dispositif*, Cambridge University Press, 2009.

⁴³⁰ B. BUZAN – O. WAEVER, *Security. A new framework*, cit., pp. 25-31: «a discourse that takes the form of presenting something as an existential threat to a referent object does not by itself create securitization: this is a securitization move, but the issue is securitized only if and when the audience accepts it as such [...] an order always rests on coercion as well as on consent [...] To speak security does not guarantee success. Successful securitization is not decided by the securitizer but by the audience of the security speech act».

⁴³¹ ARISTOTELE, *Retorica*, II, 5, 1383a 8-12.

società nell'era della globalizzazione. Le politiche restrittive e repressive giustificate in nome della sicurezza possono essere lette come la chiara dimostrazione del fallimento dei detentori del potere nell'affrontare i problemi in modo democratico⁴³², se non addirittura come una strategia volta a mantenere sempre alto il livello di paura per riprodurre e proteggere il modello dominante di sviluppo⁴³³. In particolare, coloro che adottano quest'ultima chiave di lettura, concludono nel senso che «la strategia securitaria produce “nemici pubblici” e li sfrutta, di volta in volta, per provvedere di forza-lavoro iper-vulnerabile il sistema economico o per accrescere il consenso elettorale di chi “rassicura” la popolazione spaventata»⁴³⁴. La concezione utilitarista dei migranti è emersa, del resto, con evidenza anche in occasione della regolarizzazione dei *sans-papiers* durante la pandemia da Covid-19: il motivo che ha rilanciato la campagna di regolarizzazione è stato la necessità di compensare la mancanza di manodopera nei lavori stagionali. Ma, a ben vedere, l'intera regolazione dei flussi migratori risponde ad una concezione utilitaristica⁴³⁵. Già i passaporti – che, come scrive il sociologo Maurizio Ambrosini, costituiscono insieme alle fonti reddituali e alla professione, uno dei tre principali criteri selettivi alla frontiera⁴³⁶ – hanno una capacità ben diversa di aprire le porte degli altri Paesi e, non a caso, questa capacità diminuisce allorché il Paese di provenienza sia un Paese in via di sviluppo. Il che avvalorava il sospetto che la sicurezza – sovente utilizzata quale mantra del discorso politico volto a giustificare l'irrigidimento delle frontiere – più che una categoria propriamente giuridica, altro non sia che un «interesse funzionale alle geometrie variabili del potere»⁴³⁷, uno «stabilizzatore sistemico»⁴³⁸ dello stesso. Più che di un bene giuridico, si tratta in definitiva di una mera funzione orientata al mantenimento e al rafforzamento del

⁴³² In tal senso v. B. BUZAN – O. WAEVER, *Security. A new framework*, cit., p. 29.

⁴³³ F. OLIVERI, «Governare attraverso la paura: le politiche migratorie emergenziali e securitarie come paradigma», *Jura Gentium*, XVIII 1/2021, p. 300.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ Come scrive K. PARROT, *Carte blanche. L'État contre les étrangers*, La Fabrique Éditions, Paris, 2019, pp. 122 ss., solitamente ad essere ammessi a soggiornare in territorio francese sono soltanto gli stranieri la cui utilità economica è appurata. Emblema di questa selezione utilitaristica dei flussi è il permesso di soggiorno *compétence e talent* introdotto da Sarkozy, rilasciato allo straniero «in grado di partecipare, in ragione delle proprie competenze e del proprio talento, in maniera significativa e durevole, allo sviluppo economico [...] o all'espansione intellettuale, scientifica, culturale, umanitaria o sportiva della Francia».

⁴³⁶ M. AMBROSINI, *Il ritorno dei confini. Politiche della sicurezza e flussi migratori*, in A. Panebianco, *op. cit.*, 2021, p. 220 ss.

⁴³⁷ F. FORZATI, *op. cit.*, p. 390.

⁴³⁸ M. DONINI, «Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito intorno al diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare», *Studi sulla questione criminale*, 2/2007, p. 75.

potere. Il penalista Antonio Cavaliere⁴³⁹, a questo proposito, muovendo dalla premessa per cui in un ordinamento improntato al principio di materialità-offensività l'oggetto di tutela non può che essere un'entità empiricamente verificabile, giunge a ritenere che la sicurezza – che la si intenda in senso oggettivo (come assenza di turbamento oggettivo della vita pubblica) o in senso soggettivo (come assenza generalizzata di sentimenti di pericolo o di minaccia) – sia un macro-evento non facilmente accertabile sul piano probatorio. Più che un bene giuridico, essa sarebbe perciò una funzione (o uno scopo) del diritto penale o, a tutto concedere, un *bene di fiancheggiamento*: invocando la sicurezza, infatti, «si intende, in realtà, anticipare la protezione di altri beni giuridici» i quali possono essere i più disparati, «dalla sicurezza del pianeta a quella della vita [...] fino al mero decoro urbano». Non sorprende, pertanto, che, analogamente al concetto di dignità, anche la sicurezza viene sovente invocata quale «argomento knock-down»⁴⁴⁰ o «briscola vincente»⁴⁴¹ per stroncare in partenza qualsivoglia tentativo di bilanciamento con i diritti fondamentali di volta in volta in gioco. In questo modo, il bene giuridico invocato, da limite al potere di punire, diviene fattore di dilatazione dello stesso⁴⁴², con conseguente rischio di «uno scivolamento dalla protezione degli ideali alla protezione delle ideologie»⁴⁴³.

⁴³⁹ A. CAVALIERE, «Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?», *Critica del diritto*, 2009, p. 43 ss.

⁴⁴⁰ A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, 2013, p. 9.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² R. PARIZOT, *op. cit.*, p. 180: «une source de son accroissement».

⁴⁴³ *Ibidem*: «un glissement de la protection d'ideaux à la protection d'idéologies».

2. Il ruolo degli attori politici, massmediatici e giuridici nel processo di identificazione e costruzione dei *nemici della sicurezza*. / *Le rôle des acteurs politiques, médiatiques et juridiques dans le processus d'identification et de construction des ennemis de la sécurité*.

In questo processo di asservimento della *sicurezza dei diritti* alla *sicurezza del potere* due sono gli strumenti maggiormente impiegati dagli attori (politici, massmediatici, giuridici) che, a vario titolo, vi contribuiscono: la manipolazione dei dati statistici (c.d. *destatisticalization*) e la spettacolarizzazione dei fenomeni attraverso l'amplificazione della paura del crimine e dell'*Altro-da-sé* (c.d. *glamourization*)⁴⁴⁴.

Se in Francia, già a partire dagli anni '80, si è registrato uno slittamento semantico dal diritto alla *sûreté* al diritto alla *sécurité*, che ha fornito terreno fertile alle politiche securitarie in materia di immigrazione⁴⁴⁵, in Italia, come rilevano alcuni studi empirici, fondati sull'analisi dei discorsi parlamentari⁴⁴⁶ e della rappresentazione giornalistica in tema di immigrazione⁴⁴⁷, il paradigma securitario comincia ad affermarsi nella seconda metà degli anni Novanta, attraverso l'impiego di determinati *frames*, costrutti cognitivi e concetti. È in questo periodo che la *difesa della società*⁴⁴⁸ diviene discorso dominante,

⁴⁴⁴ Sono queste due caratteristiche fondamentali del populismo penale secondo J. PRATT, *Penal populism*, Routledge, New York, 2007, pp. 134-145.

⁴⁴⁵ Mentre il concetto di *sûreté* rinvia alla protezione dall'arbitrarietà del potere dello Stato attentatore alle libertà individuali (art. 2 della Dichiarazione del 1789), quello di *sécurité* è impiegato dall'art. 111-1 del *Code de la sécurité intérieure* in quanto condizione indispensabile per l'esercizio delle libertà individuali e collettive. La differenza è sottile, ma sulla confusione tra i due concetti si è giocata l'affermazione di una lettura securitaria del fenomeno migratorio. Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Sécurité, je lis ton nom... De la peur de l'exclusion à la peur-solidarité*, in *Politique(s) Criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, pp. 163 ss.

⁴⁴⁶ E. GALIOTO, *Immigrazione e sicurezza. Discorsi parlamentari e paradigma securitario*, in A. Forgiione – R. Massucci – N. Ferrigni (a cura di), *Per una cultura della sicurezza condivisa. Trattato di sicurezza pubblica*, Franco Angeli, 2020, p. 308 ss.

⁴⁴⁷ R. MARINI, *Tensioni plurime. Le strategie giornalistiche di fronte al tema dell'immigrazione*, in R. Marini – S. Tusini – M. Gerli – A. Marcaccio (a cura di), *Immigrazione e sicurezza. Riflessioni sociologiche su politiche, rappresentazioni e linguaggi*, Maggioli editore, 2019, p. 95 ss.

⁴⁴⁸ M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au collège de France (1975-1976)*, Seuil, Paris, 1997 (edizione originale: *Bisogna difendere la società*, trad. it. di M. Bertani – A. Fontana, Feltrinelli, 2009).

esercitando un *dominio simbolico* su altri possibili *ordini discorsivi*⁴⁴⁹ e la parola *clandestino* diviene il ritornello politico e massmediatico teso a stigmatizzare, marginalizzare e deumanizzare il nemico per eccellenza⁴⁵⁰: lo straniero irregolare (o, meglio, *irregolarizzato*⁴⁵¹), tendenzialmente criminale, contro cui occorre attuare una politica di esclusione⁴⁵².

Il messaggio trasmesso all'opinione pubblica è che l'immigrazione sia di per sé foriera di comportamenti devianti e che vada osteggiata con tutte le armi a disposizione (preferibilmente punitive)⁴⁵³, nella totale indifferenza verso le contraddizioni e le ingiustizie sociali e globali che la producono⁴⁵⁴. La ragione di ciò è anche sociologica:

⁴⁴⁹ E. GALIOTO, *Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 309.

⁴⁵⁰ A. SCIURBA, *Parole che discriminano: "clandestini". L'invenzione di una "razza"*, in M. Mannoia (a cura di), *Il silenzio degli altri. Marginali, esclusi e altri invisibili*, 2011, pp. 71-80. Nel senso che le parole non servono soltanto a descrivere, ma anche a fondare e orientare le azioni politiche, si esprime D. FASSIN, «Clandestins ou exclus? Quand les mots font les politiques», *Revue des sciences sociales du politique*, 34/1996, p. 77.

⁴⁵¹ L'espressione è provocatoriamente utilizzata da Y. JANSEN – R. CELIKATES, *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: Detention, Deportation*, Rowman & Littlefield International, 2014.

⁴⁵² C. SCHMITT, *Le categorie del politico [1922-1953]*, tr. it. di P. Schiera – G. Miglio, Il Mulino, 2009, p. 108: «la specifica distinzione politica alla quale è possibile ricondurre le azioni e i motivi politici è la distinzione di amico e nemico. [...] Non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto [...] egli è semplicemente l'altro, lo straniero 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 possono venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite né mediante l'intervento di un terzo "disimpegnato" e perciò "imparziale"».

⁴⁵³ Cfr. E. GALIOTO, *Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 314.

⁴⁵⁴ Come fanno notare, peraltro, M. PASTORE – N. ZORZELLA, *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, in M. Giovannetti – N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi*, cit., pp. 123-124, a conferma che l'immigrazione è trattata come principale questione di sicurezza e ordine pubblico, nonostante più della metà (il 62,3%) degli stranieri residenti in Italia siano titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo e nonostante circa 1 milione di minori stranieri siano nati in Italia, la competenza al rilascio del permesso di soggiorno è ancora oggi fortemente radicata in mano all'autorità di pubblica sicurezza che presiede alla tutela dell'ordine pubblico, laddove invece tale procedura, attenendo per lo più alla regolarità amministrativa delle persone che condividono un territorio, potrebbe (e dovrebbe) essere affidata ad un'autorità amministrativa (quale, ad esempio, il Comune attraverso informative alle questure o accesso diretto alle banche dati giudiziarie). In argomento, cfr. altresì S. PADOVANO, *La Questione Sicurezza. Genesi e sviluppo di un concetto equivoco*, Rubbetino, 2011, p. 23, il quale rileva che «se il passaggio delle competenze amministrative in materia di stranieri fosse passato dagli organismi del Ministero dell'Interno (la Questura) a quelli della pubblica amministrazione (il Comune), non equiparando più lo straniero a un problema di ordine pubblico; [...] se fosse stata abolita la norma in cui si subordinava la presenza regolare di uno straniero alla relazione stringente con un rapporto di lavoro; [...] indubbiamente si sarebbe potuto segnare un passo in avanti: sia per ciò che riguarda i diritti degli stranieri che vivono nel nostro Paese, sia per le condizioni generali di benessere collettivo che investono la collettività».

«l'immigrato, in quanto culturalmente e anche morfologicamente diverso, [...] incarna il rischio, la imprevedibilità che genera insicurezza»⁴⁵⁵.

L'*Alterità* è il comun denominatore di tutte le differenti sfumature di significato che la parola *straniero* ha assunto nel corso dei secoli: nelle società primitive, lo straniero designava colui che non faceva parte di un clan, di una tribù, di un gruppo; nelle società antiche greche e romane, designava chiunque fosse estraneo alle città⁴⁵⁶. Il vero è – come osserva Mireille Delmas-Marty – che «il concetto di straniero non esiste di per sé, giacché non c'è altra definizione dello straniero se non quella che ci viene fornita, precisamente, dal diritto della nazionalità – definizione in negativo, giacché lo straniero è il non-nazionale»⁴⁵⁷. Per dirla con Paul Ricoeur, è «colui che non fa parte del nostro cerchio identitario e non rientra nella nostra sfera d'appartenenza»⁴⁵⁸.

Facendo leva su questa *paura del diverso*, è stato costruito nel corso degli anni il consenso attorno a politiche criminali sempre più identitarie ed escludenti e, purtuttavia, legittimate, agli occhi del popolo attraverso i «vetri colorati dai sentimenti»⁴⁵⁹ della paura e dell'insicurezza. Invero, come ha osservato Alessandro Dal Lago, «la barriera che la nostra società erige [...] non è costruita soltanto dalle forme empiriche di violenza e di discriminazione [...] ma è in primo luogo politica»⁴⁶⁰. Le parole sono lo strumento principale di cui il potere si serve per «creare un *prêt-à-penser* (un pensiero dominante e acritico, n.d.r.) volto a perseguire obiettivi politici e mediatici, mascherando ogni realtà statistica e scientifica»⁴⁶¹. Pienamente calzante è, in quest'ottica, la definizione di *politiche*

⁴⁵⁵ M. PELISSERO, «Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione», *Questione giustizia*, 4/2007, p. 687.

⁴⁵⁶ In particolare, nelle città greche si distingue lo straniero inteso come colui che fosse estraneo alle città dai barbari, che non parlavano neppure il greco e non erano considerati parte della civiltà greca. Cfr. C. CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal: étude sur la pertinence de la pénalisation*, Thèse pour le doctorat en Droit – Université Paris Nanterre Ouest – La Défense, présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2013, p. 19.

⁴⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique*, cit., p. 192: «le concept d'étranger n'existe pas en soi, car il n'y a d'autre définition de l'étranger que celle qu'en donne, précisément, le droit de la nationalité – définition par la négative car l'étranger, c'est le non-national».

⁴⁵⁸ P. RICOEUR, *Straniero*, cit., p. 29.

⁴⁵⁹ B. CATTARINUSI, *Sentimenti, passioni, emozioni. Le radici del comportamento sociale*, Franco Angeli, 2007, p. 30.

⁴⁶⁰ A. DAL LAGO, *op. cit.*, p. 43. In senso analogo, D. BIGO, *Terror, insecurity and liberty: illegal practices of liberal regims after 9/11*, Routledge, 2008, p. 320: «securitization is a result of states' efforts to create new borders (with social and identity elements) beyond existing physical borders».

⁴⁶¹ Sono le parole tradotte de LA CIMADE, *Lutter contre les amalgames*, cit., p. 7, che prosegue affermando: «Les [...] « dangereux » d'hier sont les « islamiques » [...] d'aujourd'hui; c'est-à-dire un ensemble de

securitarie come «dispositivo integrato di politica criminale»⁴⁶², alludendosi con questa espressione ad un «insieme assolutamente eterogeneo di proposizioni, enunciati, discorsi, decisioni, istituzioni, leggi, decisioni»⁴⁶³ il cui ambito privilegiato è certamente il diritto penale, ma che si nutre anche di artifici retorici, costrutti cognitivi, pregiudizi e percezioni.

3. La paura dello straniero tra percezione, rappresentazione e realtà: chi dice sicurezza vuole ingannarci? / *La peur de l'étranger entre perception, représentation et réalité: qui dit sécurité veut tromper?*

È importante distinguere tra una *sicurezza rilevata* e una *sicurezza percepita*: come scrive Fabrizio Battistelli, mentre la rilevazione si riferisce a un processo finalizzato di raccolta di dati secondo criteri sistematici, la percezione si riferisce a un fenomeno spontaneo che matura nell'ambito di una popolazione⁴⁶⁴. A differenza della rilevazione, la percezione non si fonda su conoscenze empiriche ma su sensazioni e su *bias* cognitivi, alimentati anche da *fake news* (in francese, *infox*)⁴⁶⁵. A riprova di ciò, un'indagine statistica condotta dal *The German Marshall Fund of the United States* nel 2014 dimostra come la disinformazione sia in grado di influire negativamente già sulla percezione del numero degli immigrati: in assenza di adeguate informazioni prima di rispondere alle domande, il 44% degli intervistati italiani aveva ritenuto che vi fossero troppi immigrati in Italia, mentre solo il 22% di coloro che avevano ricevuto informazioni (veritiere) era giunto alla medesima conclusione; risultati analoghi si sono registrati nel Regno Unito e in Grecia che, insieme all'Italia, hanno dimostrato, per quell'anno, il più alto livello di ostilità nei confronti degli immigrati⁴⁶⁶.

personnes aux contours sociologiques et culturels indéfinis, derrière lesquelles chacun-e peut placer ses propres peurs et ses propres craintes».

⁴⁶² A. SBRACCIA, *Il processo di criminalizzazione dei migranti*, in F. Curi – F. Martelloni – A. Sbraccia – E. Valentini (a cura di), *I migranti sui sentieri del diritto*, Giappichelli, 2020, p. 26.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ F. BATTISTELLI, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁶⁵ L'Académie française opta per l'impiego di questo termine nel *Journal officiel* del 4 ottobre 2018.

⁴⁶⁶ THE GERMAN MARSHALL FUND OF THE UNITED STATES, «Transatlantic Trends: Mobility, Migration, and Integration», 2014, p. 9.

Un'altra indagine dell'ISSP (International Social Survey Programme), svolta tra il 1995 e il 2003, ha dimostrato che la percentuale di quanti ritengono che a un maggior tasso di immigrazione corrisponda un maggior tasso di criminalità aumenta al diminuire del grado di istruzione: chi possiede un'istruzione terziaria ha minore probabilità di approvare l'idea che gli immigrati aumentino la criminalità interna (- 4,2%); viceversa, chi possiede un'istruzione primaria ha maggiore probabilità (+ 3,4%)⁴⁶⁷. La credenza secondo cui lo straniero sarebbe maggiormente propenso a delinquere risulta diffusa soprattutto tra i sostenitori delle tesi nativiste e suprematiste, secondo cui per essere genuinamente cittadini di uno Stato si debba essere nati o, quantomeno, avere ascendenza familiare nata in quello Stato (+ 7,4% di probabilità rispetto ai non nativisti)⁴⁶⁸.

Nonostante il successo riscosso nell'opinione pubblica, la tesi che vorrebbe far dipendere il tasso di criminalità dall'aumento dei flussi migratori⁴⁶⁹ è però empiricamente infondata: contrariamente a quanto sostenuto dalla narrazione dominante improntata alla logica della *semplificazione*⁴⁷⁰, è stato dimostrato che ad un aumento dei flussi migratori è corrisposto un eguale decremento di gravi reati (quali, omicidi e rapine), ad eccezione del reato di estorsione in relazione al quale si è registrato un aumento, riconducibile più alle organizzazioni mafiose che ad un aumento dei flussi migratori⁴⁷¹. Il tasso di criminalità

⁴⁶⁷ L'indagine è riportata da E. BARONCELLI, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁶⁸ *Ivi*, p. 79.

⁴⁶⁹ Cfr., *ex multis*, On. Russo (deputato di Fratelli d'Italia), RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, seduta di giovedì 2 febbraio 2023, n. 48, p. 46, secondo cui «solo rendendo stabile il Paese di provenienza potranno diminuire le partenze illegali e la conseguente criminalità che, purtroppo, importiamo da quei Paesi».

⁴⁷⁰ Come aveva già osservato P. LEVI, *op.cit.*, pp. 24-25, «ciò che comunemente intendiamo per *comprendere* coincide con *semplificare* [...]. è talmente forte in noi, forse per ragioni che risalgono alle nostre origini di animali sociali, l'esigenza di dividere il campo fra *Noi* e *Loro*, che questo schema, la bipartizione amico-nemico, prevale su tutti gli altri. [...] Questo desiderio di semplificazione è giustificato, la semplificazione non sempre lo è. È un'ipotesi di lavoro, utile in quanto sia riconosciuta come tale e non scambiata per la realtà».

⁴⁷¹ Tutti questi dati sono presi da F. FASANI – G. MASTROBUONI – E. G. OWENS – P. PINOTTI, *Does immigration increase crime? Migration Policy and the Creation of the Criminal Immigrant*, Cambridge University Press, 2019, p. 2. Nel senso di escludere un nesso diretto tra immigrazione e criminalità v. anche l'indagine, svolta con rigorose tecniche econometriche, da M. BIANCHI – P. BUONANNO – P. PINOTTI, *Immigration and crime: an empirical analysis*, 2008. Soltanto apparentemente questi risultati possono essere smentiti da M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Il Mulino, 2008. Invero, come rileva A. CAPUTO, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in *Ius migrandi*, *cit.*, p. 173, «il significato e la stessa affidabilità scientifica di tali rilevazioni è molto controversa», fra le altre cose per l'oggetto stesso delle statistiche, limitato – adottando la stessa tecnica dei periodici rapporti stilati dal Ministero dell'interno sullo stato della sicurezza in Italia –, «ai reati denunciati, e quindi orientato a fotografare i fenomeni criminali più visibili (ma non necessariamente più pericolosi)».

degli stranieri è correlato per lo più a reati meno gravi (tanto che solo il 6,2% dei detenuti ergastolani è rappresentato da stranieri e il 44,5% degli stranieri è condannato ad una pena inferiore ad un anno)⁴⁷². Altro fattore di rischio è rappresentato dallo *status* di irregolarità: è stato dimostrato, infatti, che tra gli stranieri regolari e quelli *irregolarizzati* sono questi ultimi a mostrare un più elevato tasso di delittuosità e che ad un riconoscimento dello *status* legale è corrisposto una riduzione del tasso di recidiva⁴⁷³. La ragione è facilmente intuibile: l'assenza di uno *status* regolare (sovente declinato dalla magistratura come fattore di maggiore pericolosità sociale)⁴⁷⁴ impedisce, infatti, di accedere al mercato legale del lavoro, sicché l'alternativa che si prospetta allo *straniero indesiderabile* è quella di accettare un impiego nel mercato del lavoro informale e ad alto indice di sfruttamento ovvero di optare per il «crimine come ascensore sociale»⁴⁷⁵.

Si è osservato, peraltro, che la percentuale di stranieri presenti nelle carceri italiane è superiore a quello dei cittadini solo con riferimento a condanne per reati inferiori a 5 anni, mentre superiore è la presenza di cittadini italiani condannati per pene superiori a 5 anni⁴⁷⁶.

La maggior propensione a delinquere non può, pertanto, essere spiegata alla luce della mera elevata presenza di stranieri nelle carceri⁴⁷⁷. Per smentire questo assunto basta analizzare i dati resi noti dall'amministrazione penitenziaria francese e italiana. In base ai dati resi noti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria italiana, ad esempio, con riferimento all'anno 2020⁴⁷⁸, se è vero che un terzo dei detenuti è straniero⁴⁷⁹ e, al contempo, un terzo degli stranieri compongono la popolazione italiana, ciò non vuol dire che gli stranieri delinquono maggiormente rispetto ai nativi. Basti pensare che gli immigrati hanno sostituito i nativi non soltanto nelle attività lavorative meno retribuite e

⁴⁷² F. FASANI – G. MASTROBUONI – E. G. OWENS – P. PINOTTI, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁷³ *Ivi*, p. 4.

⁴⁷⁴ A. SBRACCIA, *Immigrazione e criminalità: alla ricerca di nessi causali*, in F. Curi – F. Martelloni – A. Sbraccia – E. Valentini (a cura di), *I migranti sui sentieri*, *cit.*, p. 14.

⁴⁷⁵ *Ivi*, pp. 13-14.

⁴⁷⁶ F. FASANI – G. MASTROBUONI – E. G. OWENS – P. PINOTTI, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁴⁷⁷ Come osserva F. CURI, *Frontiere*, in *I migranti sui sentieri*, *cit.*, p. 116, «la penalità carceraria non riflette i tassi reali di criminalità nel paese, ma funge da strumento di controllo della marginalità sociale secondo il processo fortemente selettivo realizzato dalle agenzie di controllo penale».

⁴⁷⁸ I dati sono accessibili su www.giustizia.it.

⁴⁷⁹ Più precisamente, al 31 dicembre 2019 sulla popolazione carceraria italiana di 60.791 detenuti, risultavano essere presenti 19.841 detenuti stranieri. I dati trovano riscontro anche in CARITAS E MIGRANTES, XXIX Rapporto Immigrazione 2020, p. 143, ove si evidenzia, peraltro, attraverso un'analisi diacronica con gli altri dati resi noti dal Ministero della Giustizia, un decremento della presenza straniera nelle carceri rispetto agli anni passati.

tutelate, ma anche, nelle attività di detenzione e traffico di sostanze stupefacenti⁴⁸⁰ e che questi reati, in seguito alla legge Fini-Giovanardi⁴⁸¹, contribuiscono tuttora in maniera decisiva al sovraffollamento carcerario: il 30% degli ingressi in carcere si deve alla violazione (reale o presunta) dell'art. 73 del D.p.r. 309/90, tanto che sulle 60.769 persone detenute presenti al 31 dicembre 2019, quasi il 25% era ristretto per il reato di detenzione o spaccio di sostanze stupefacenti; numeri che, sommati ad altri reati c.d. *droga-correlati*, consentono di concludere che «più del 50% degli ingressi e delle presenze in carcere hanno a che fare con una questione sociale declinata come fatto criminale»⁴⁸². Anche in tema di contrasto alle droghe sono state privilegiate, infatti, misure meramente repressive, investendo poco sui servizi dedicati alla cura e al recupero delle persone tossicodipendenti. Peraltro, non va sottaciuto che per anni i trattamenti antiastinenziali specifici sono stati riservati ai soli residenti regolari: solo per costoro vi era la possibilità formale di aprire una cartella da parte dei servizi sanitari (SerT, ora SerD), con la conseguenza che a tanti stranieri veniva riservato un trattamento minore, consistente nell'affrontare la crisi di astinenza in una cella con il supporto di qualche goccia di sedativo nei casi fortunati⁴⁸³.

Occorre, altresì, considerare che la quasi totalità degli immigrati è costituita da individui maschi e giovani, ed è statisticamente dimostrato che il tasso di delittuosità è più elevato nella fascia di popolazione costituita, per l'appunto, da soggetti giovani e maschi. Inoltre, se si guarda al totale dei detenuti senza una condanna definitiva, alla fine del 2019 gli stranieri costituiscono il 35,6%, mentre rappresentano il 30,8% del totale delle persone condannate, a dimostrazione di un uso più frequente della custodia cautelare nei loro confronti. Le discriminazioni tra italiani e stranieri in carcere sono, inoltre, confermate dai seguenti ulteriori dati: il 41,8% dei detenuti che scontano pene residue e che potrebbero, salvo eccezioni, accedere a misure alternative, sono detenuti principalmente per l'assenza di un domicilio fisso, ma anche a causa di un sistema che incoraggia le espulsioni a discapito del reinserimento sociale⁴⁸⁴; al 15 maggio 2020 su 102.935 soggetti adulti in

⁴⁸⁰ F. FASANI – G. MASTROBUONI – E. G. OWENS – P. PINOTTI, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁸¹ Legge n. 49 del 2006, di conversione del Decreto Legge n. 272 del 2005.

⁴⁸² F. CORLEONE – L. FIORENTINI – M. PERDUCA - G. ZUFFA, *Droghe e carcere al tempo del coronavirus. Gli effetti della legge antidroga*, XI Libro Bianco sulle Droghe, 2020, pp. 11-12.

⁴⁸³ Cfr. L. CIOTTI, *Droga. Storie che ci riguardano*, Edizioni Gruppo Abele, 2020.

⁴⁸⁴ Cfr. L. MANCONI – F. GRAZIANI, *Per il tuo bene ti mozzero la testa. Contro il giustizialismo morale*, Einaudi, 2020, pp. 113-114; F. PALAZZO, «Immigrazione e criminalità. Una lettura di dati statistici», *Diritto penale contemporaneo*, 24 ottobre 2016, p. 2.

carico all'Ufficio per l'esecuzione penale esterna soltanto 18.131 erano stranieri e, negli Istituti di pena minorili, dove gli stranieri rappresentavano più del 40%, soltanto un ragazzo su quattro risultava preso in carico dai servizi sociali. Dalle statistiche del Ministero della Giustizia risulta, poi, che dal 2018 al 2021 si è registrato un decremento della popolazione straniera presente nelle carceri, a dimostrazione, ancora una volta, della inconsistenza empirica della tesi che vorrebbe far dipendere il tasso di criminalità dai flussi migratori.

I risultati non cambiano se si sposta il fuoco dell'analisi alla popolazione carceraria francese. Anche in questo caso da una superficiale lettura dei dati statistici si potrebbe ricavare un più elevato tasso di criminalità nella popolazione straniera: invero, nonostante gli stranieri rappresentino soltanto il 10% dell'intera popolazione francese, più di uno su cinque popola le carceri transalpine⁴⁸⁵. Più precisamente, come riportato da *La Cimade*⁴⁸⁶, delle 549.966 condanne penali pronunciate nel 2018, il 14,9% riguardava stranieri: una percentuale quasi doppia rispetto alla quota di stranieri della popolazione residente sul territorio nazionale (7,5%) nel 2018. Al 1° ottobre 2018 il 23,9% della popolazione detenuta era straniera: quasi un quarto della popolazione detenuta, cioè un tasso superiore a quello relativo alla presenza di stranieri sul totale della popolazione presente in Francia⁴⁸⁷. Tuttavia, il fatto che gli stranieri siano sovrarappresentati nelle carceri non è di per sé indicativo di una loro maggiore propensione al crimine, trattandosi soprattutto del risultato del *razzismo istituzionale*⁴⁸⁸ (o, per dirla con Michel Foucault, del *razzismo di Stato*)⁴⁸⁹ che non contamina soltanto le istituzioni italiane: numerosi studi empirici hanno dimostrato infatti che i controlli ad iniziativa della polizia giudiziaria francese colpiscono

⁴⁸⁵ S. BISIAUX, *En finir avec les idées fausses sur les migrations*, Éd. États Généraux des Migrations, 2021, p. 99.

⁴⁸⁶ Si tratta di un'organizzazione non governativa francese che opera, da circa settant'anni, nel settore dei diritti degli immigrati in Francia. Tutti i rapporti de *La Cimade*, che verranno citati nella presente tesi, sono pubblicati sul sito <https://www.lacimade.org/>.

⁴⁸⁷ LA CIMADE, *Lutter contre les amalgames*, cit., p. 9.

⁴⁸⁸ W. MACPHARSON, *The Stephen Lawrence Inquiry. Report of an inquiry by Sir William Macpherson*, C. 4262-I, London, 1999, p. 42, definisce il razzismo istituzionale come quel «complesso di leggi, costumi e pratiche vigenti che sistematicamente riflettono e producono le diseguaglianze nella società». Sul razzismo istituzionale v. pure C. BARTOLI, *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Laterza, 2012.

⁴⁸⁹ M. FOUCALT, *Il faut défendre la société*, cit., p. 220, secondo cui esso «rappresenta il modo in cui, nell'ambito di quella vita che il potere ha preso in gestione, è stato infine possibile introdurre una separazione, quella tra ciò che deve vivere e ciò che deve morire. [...] É questa dunque la prima funzione del razzismo: frammentare, istituire delle cesure all'interno del continuum biologico che il bio-potere per l'appunto investe».

prevalentemente gli immigrati in ragione del colore della loro pelle (c.d. profilaggio etnico)⁴⁹⁰. Da una recente inchiesta condotta dal *Défenseur des droits*, pubblicata nel 2017, risulta che un giovane uomo nero o arabo ha un rischio venti volte più elevato rispetto ad un uomo bianco di essere fermato dalla polizia per un controllo d'identità⁴⁹¹ (i quali, peraltro, si risolvono spesso in vere e proprie violenze da parte della polizia⁴⁹²). Un altro studio condotto da un'*équipe* di ricercatori francesi ha confermato che i controlli della polizia sono influenzati dai seguenti parametri: il genere (gli uomini sono sottoposti a controlli più frequenti), l'età (si controllano più spesso i giovani), il vestiario (si privilegia chi osserva uno stile *hip hop* o *dark*), ma soprattutto la carnagione scura fa sì che si sia sottoposti ad un rischio maggiore. Queste prassi sono incentivate anche dalle direttive ministeriali: nel 1999, una circolare del Ministro dell'interno francese ingiungeva ai prefetti di «effettuare verifiche ripetute nei luoghi [...] in cui si concentrano gli stranieri irregolari»⁴⁹³; nel 2007, il Ministero dell'Immigrazione, Integrazione e Identità nazionale⁴⁹⁴ imponeva agli ufficiali di polizia l'obbligo di identificare una quota minima di stranieri irregolari. Infine, è stato dimostrato che, di fronte ad una stessa infrazione penale, si tende a ricorrere più sistematicamente alla *garde à vue* e al deferimento al *Parquet* quando l'autore è di nazionalità straniera. Queste pratiche sono, del resto, state censurate dai giudici francesi. Il 25 marzo del 2015, ad esempio, la *Cour d'appel* di Parigi ha

⁴⁹⁰ L. MUCCHIELLI, «Immigration et délinquance: réalités, amalgames et racismes», *Migrations et mutations de la société française*, 2014. Per un riferimento anche alla *crimmigration* statunitense, cfr. A. ARMENTA, «Racializing Crimmigration: Structural Racism, Colorblindness, and the Institutional Production of Immigrant Criminality», *Sociology of Race and Ethnicity*, 2017, Vol. 3 (I), pp. 82-95.

⁴⁹¹ DÉFENSEUR DES DROITS, «Enquête sur l'accès aux droits», vol. 1: «Relations police/population: les cas des contrôles d'identité», 2017 (URL: <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/enquete-relations-police-population-final2-11012017.pdf> ; consulté le 2 avril 2023).

⁴⁹² K. PARROT, «La fabrique du droit contre les étrangers», dans O. Slaouti éd., *Racismes de France*, Paris, La Découverte, «Cahiers libres», 2020, p. 60. Come riporta l'A., violenze da parte della polizia francese sono state commesse anche in danno degli accampamenti («points de fixation») degli stranieri a Parigi e nei dintorni, così come a Calais (cfr. *ivi*, p. 61).

⁴⁹³ Cfr. K. PARROT, *op. cit.*, p. 309.

⁴⁹⁴ Da notare il mutamento della denominazione. A onor del vero, si tratta di un Ministero che ha cambiato più volte denominazione a livello europeo. Come rilevano, infatti, M. AMBROSINI – M. D'AMICO – E. PERASSI, *op. cit.*, p. 12, se fino agli anni '70, nell'Europa centro-settentrionale le questioni dell'immigrazione ricadevano sotto le competenze dei ministeri del lavoro e dell'industria, successivamente sono state sempre più assunte dai ministeri degli interni. In argomento, cfr. altresì C. HERROU, *Une terre commune*, Éditions du Seuil, Paris, 2023, p. 58, secondo cui «l'immigrazione dovrebbe essere amministrata da un Ministero a sé stante, in parte costituito da persone che hanno lavorato sul campo. Il fatto di aver accostato la questione dell'immigrazione a quella dell'interno in seno ad uno stesso Ministero presenta [invece, n.d.r.] l'immigrazione come una minaccia all'ordine pubblico. L'immigrazione dovrebbe invece essere gestita dal Ministero del lavoro, della famiglia, degli affari esteri o – sogniamo un po' – della solidarietà... e invece no».

riconosciuto il carattere discriminatorio dei controlli d'identità, grazie alle testimonianze di alcune persone che avevano potuto constatare come alcuni controlli svolti dalla polizia francese all'ingresso di un centro commerciale presso *La Défense* si fossero concentrati esclusivamente su persone dalla carnagione scura. Lo Stato, dal canto suo, anziché fare ammenda, aveva giustificato i controlli argomentando che gli agenti di polizia erano stati incaricati di vigilare sulla corretta osservanza della legislazione relativa all'immigrazione. Il caso, giunto dinanzi alla *Cour de Cassation*, si è concluso con la conferma delle condanne inflitte in appello⁴⁹⁵.

È stato dimostrato, inoltre, che le condanne degli autori di reati di nazionalità straniera sono tendenzialmente più severe rispetto a quelle degli autori francesi condannati per gli stessi reati e che il ricorso alle misure alternative o ai benefici penitenziari è meno frequente per i primi⁴⁹⁶. Secondo il sociologo Emmanuel Branchard⁴⁹⁷, quest'ultima circostanza sarebbe il riflesso della maggiore difficoltà di accesso degli stranieri ai diritti sociali⁴⁹⁸. Questa tesi è, peraltro, corroborata dal più volte citato *report* de *La Cimade* nella parte in cui dimostra come gli stranieri destinatari di sentenze di condanna provengano prevalentemente da fasce sociali disagiate⁴⁹⁹, il che dovrebbe, ad avviso degli stessi autori del *report*, indurre a riflettere sulla necessità di combattere le diseguaglianze piuttosto che l'immigrazione in sé⁵⁰⁰. Altrettanto interessante è il dato fornito da un altro *report* de *La Cimade*⁵⁰¹, in base al quale nel 2021 gli stranieri rappresentavano il 76,77% della

⁴⁹⁵ Cfr. K. PARROT, *op. cit.*, p. 310.

⁴⁹⁶ Cfr. S. BISIAUX, *op. cit.*, pp. 99-100. Alla stessa conclusione giunge LA CIMADE, *Interventions en prison. Synthèse nationale des actions menées*, 2021, pp. 107 ss., che mette peraltro in luce come gli stranieri siano costretti in condizioni detentive nettamente più sfavorevoli rispetto ai cittadini francesi a causa, *inter alia*, delle barriere linguistiche, delle difficoltà di formulare domanda di asilo in carcere, della lontananza geografica dei familiari (tanto che il 41,77% non ha contatti con i propri cari).

⁴⁹⁷ E. BRANCHARD, «Étrangers incarcérées, étrangers délinquants?», *Plein Droit*, n° 50, juillet 2001.

⁴⁹⁸ Come in Italia, anche in Francia gli stranieri (soprattutto se irregolari) godono di minori garanzie e stabilità con riferimento al domicilio, alla situazione familiare, all'impiego. Sicché, spesso si finisce per privilegiare, anche in sede cautelare, la detenzione in carcere. È stato, inoltre, osservato come la carriera criminale sia più spesso prerogativa dei giovani figli di famiglie numerose, poco istruite e più precarie economicamente, per lo più residenti nelle zone periferiche e nei quartieri popolari. Cfr. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Paris, Éditions Raisons d'agir, 2006, 9e édition, pp. 108-109.

⁴⁹⁹ LA CIMADE, *Lutter contre les amalgames*, *cit.*, p. 9.

⁵⁰⁰ *Ibidem*: «c'est davantage une lutte contre les inégalités sociales et territoriales qui permettrait de diminuer les actes de délinquance. A défaut, l'on ne fait que créer une prophétie autoréalisatrice, sans même parler de la polarisation des tensions que de tels discours entraînent».

⁵⁰¹ LA CIMADE, *Interventions en prison*, *cit.*

popolazione carceraria⁵⁰² e, di questi, il 46% era irregolare⁵⁰³. Si possono leggere questi dati come la dimostrazione che gli stranieri (soprattutto se irregolari) delinquono di più ovvero come il risultato di politiche criminogene. Per le ragioni fin qui esposte, e anche per l'ulteriore circostanza per cui soltanto il 15% degli stranieri in carcere è condannato in via definitiva⁵⁰⁴, si propende per l'ultima chiave di lettura.

Eppure, nella totale indifferenza (e manipolazione) dei dati statistici, si è consolidata, nel corso degli anni, una lettura securitaria del fenomeno migratorio⁵⁰⁵, strumentale non soltanto all'ottenimento e al mantenimento del consenso elettorale, ma anche alla messa a punto di un «sottosistema penale, refrattario al rispetto delle garanzie costituzionalmente previste ed all'uguaglianza dei diritti»⁵⁰⁶ e costruito in funzione della marginalizzazione ed esclusione dello *straniero indesiderabile* dal territorio nazionale. Come ha lucidamente osservato il filosofo francese Paul Ricoeur, «[l]a funzione selettiva del racconto offre alla manipolazione l'occasione e i mezzi di un'astuta strategia»⁵⁰⁷, consistente in tentativi di imposizione, da parte di gruppi di potere, di una narrazione autorizzata⁵⁰⁸.

Che lo straniero sia rappresentato come principale minaccia alla sicurezza collettiva è testimoniato anche dalla criminalizzazione degli operatori del soccorso in mare: l'accusa di complicità con i trafficanti di esseri umani e di agire da *pull factor*⁵⁰⁹ (rivelatasi fino ad

⁵⁰² Di questi, il 68,81% proveniva dall'Africa, il 2,61% dall'America, l'1,64% da Asia e Oceania, il 3,72% è apolide o di nazionalità non ancora identificata. Cfr. *ivi*, p. 21.

⁵⁰³ Cfr. *ivi*, p. 27.

⁵⁰⁴ È il dato riportato da *La Cimade* alla fine della videotestimonianza di uno straniero che racconta la propria esperienza dal proprio arrivo in Francia (e alle difficoltà nel trovare lavoro in quanto straniero) all'ingresso in carcere. Cfr. <https://www.lacimade.org/video-temoignage-victime-double-peine/> (URL consultato il 31 agosto 2022).

⁵⁰⁵ Con particolare riferimento alla Francia, preme segnalare che la xenofobia non è un'esclusiva del *Front National*. A questo logica si conformano, ad esempio, le parole pronunciate da Jacques Chirac il 19 giugno 1991, quando, di fronte a circa 1300 simpatizzanti, evocò l'«overdose» e «le bruit et l'odeur» degli immigrati e delle loro famiglie in Francia. Ma si pensi anche al discorso di Grenoble pronunciato, vent'anni dopo (più precisamente, il 30 luglio 2010), da Nicolas Sarkozy.

⁵⁰⁶ F. FORZATI, «Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona», *Archivio penale*, 3/2019, p. 4.

⁵⁰⁷ P. RICOEUR, *Fragile identità: rispetto dell'Altro e identità culturale*, in *Ermeneutica delle migrazioni*, *cit.*, p. 88.

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

⁵⁰⁹ Cfr., *ex multis*, On. Baldelli (Fratelli d'Italia), RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *cit.*, p. 22. La chiave per decostruire questo assunto può essere, però, ravvisata nello stesso resoconto stenografico, laddove si riportano le dichiarazioni con cui il Capo delle Capitanerie di Porto ha reso noto che nel 2022 le ONG hanno soccorso soltanto il 34% sul totale dei migranti sbarcati in Italia (*ivi*, p. 9) e l'11% del totale dei salvati dalla Guardia Costiera italiana (*ivi*, pp. 5 e 44). È interessante notare, a parere di chi scrive, come questi dati siano stati utilizzati – in sede di discussione del c.d. decreto Piantedosi – per

oggi priva di fondamento empirico⁵¹⁰) ha conferito, insieme al pretestuoso nesso tra flussi migratori e minaccia terroristica, un'aura di legittimità alla *politica dei porti chiusi*, perseguendo così la vera finalità della teoria del *pull factor*: negare un *place of safety*⁵¹¹ alle persone in fuga dagli orrori della Libia⁵¹².

affermare che le ONG (quelle stesse ONG identificate come fattore di attrazione delle migrazioni) vorrebbero attribuirsi un merito (il salvataggio delle vite umane in mare) che è invece riconducibile per lo più alla Guardia Costiera italiana (*ibidem*, intervento ON. GAETANA RUSSO, deputata di Fratelli d'Italia, secondo cui quella delle ONG sarebbe «una funzione, sì, importante, ma certo nei numeri non così determinante» e sarebbe, pertanto, «vergognosa» quella narrativa tendente ad attribuire alle ONG una funzione salvifica). Queste argomentazioni, a ben vedere, farebbero venir meno gli assunti sui quali poggia la teoria del *pull factor*, che tuttavia viene invocata da altri esponenti dello stesso partito a supporto del decreto Piantedosi.

⁵¹⁰ E. CUSUMANO – M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?*, European University Institute, November 2019, hanno rilevato che tra il 2014 e il 2019 la media della partenze era di 125 al giorno quando erano presenti le ONG e di 135 quando invece non erano presenti. L'assunto è smentito anche da M. VILLA, *Fact-checking: migrazioni 2021*, ISPI, 13 luglio 2021, pp. 8-9, il quale dimostra che, tanto nel periodo della *gestione Salvini* quanto nel periodo della *gestione Lamorgese* «il ruolo delle Ong ha continuato a rimanere molto marginale, inferiore al 15% del totale degli sbarchi. Significa che quasi 9 migranti su 10 raggiungono le coste italiane senza l'aiuto delle imbarcazioni delle Ong». Preme segnalare, inoltre, che dei 20 procedimenti avviati nei confronti delle ONG, ben 17 sono stati archiviati, uno risulta ancora pendente e soltanto di due (tra cui uno riguardante la nave *Iuventa*) è stato chiesto il rinvio a giudizio. In particolare, con riferimento al *caso Iuventa*, sono stati sollevati dubbi relativi alla legittimità procedurale, non essendo stato adeguatamente garantito un interprete agli imputati (non italiani) né la traduzione di alcuni documenti fondamentali nel corso delle udienze finora svoltesi. Cfr. UNITED NATIONS, *Italy: criminalisation of human rights defenders engaged in sea-rescue missions must end, says UN expert*, 9 february 2023, www.ohchr.org.

⁵¹¹ Sia l'art. 98.1 della Convenzione UNCLOS (Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare) del 1982 che la Convenzione SOLAS (acronimo di *Safety of life at sea*) del 1960 (Cap. V reg. 10), entrambe ratificate dall'Italia, statuiscono l'obbligo, in capo al comandante di una nave, di prestare soccorso a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita e di procedere con tutta rapidità all'assistenza di persone in pericolo in mare di cui abbia avuto informazione. La Convenzione Sar del 1979 impone, poi, un preciso obbligo di soccorso e assistenza delle persone in mare ed il dovere di sbarcare i naufraghi in un porto sicuro (*place of safety*): a tal fine gli Stati membri dell'IMO (International maritime organization), nel 2004, hanno adottato emendamenti alle Convenzioni Solas e Sar, in base ai quali gli Stati parte devono coordinarsi e cooperare per far sì che i comandanti delle navi siano sollevati dagli obblighi di assistenza delle persone tratte in salvo, con una minima ulteriore deviazione, rispetto alla rotta prevista. Le Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare (Ris. MSC.167-78 del 2004) dispongono che il Governo responsabile per la regione Sar in cui sia avvenuto il recupero, sia tenuto a fornire un luogo sicuro o ad assicurare che esso sia fornito. Secondo le Linee guida «un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e dove: la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale» (par. 6.12). Cfr. F. V. PALEOLOGO, «Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno», *Questione Giustizia – Rivista trimestrale di Magistratura Democratica*, 2/2018, pp. 222-223.

⁵¹² Si condivide in questa sede l'opinione di L. MASERA, «Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante», *Questione Giustizia online*, 15 giugno 2021.

Attuata dapprima in via di mero fatto attraverso il diniego da parte degli uffici del Ministero dell'Interno, su diretta indicazione del Ministro, dell'autorizzazione allo sbarco e attraverso l'emanazione di codici di condotta alle Organizzazioni non governative (d'ora in poi, ONG) impegnate nel Mediterraneo, la *politica dei porti chiusi* è stata successivamente fornita di supporto normativo con il d.l. n. 53/2019 che ha sancito il potere del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dei trasporti e della difesa, di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta nel mare territoriale per ragioni di ordine e sicurezza pubblica. E ciò, nonostante si registrasse una diminuzione degli sbarchi nell'ultimo biennio, una stabilizzazione dei flussi migratori a partire dal 2014 e, al contempo, un incremento dei naufragi nel Mediterraneo. Invero, come certificavano gli stessi dati statistici diramati dal Ministero dell'interno⁵¹³, tra gennaio e giugno 2018 le persone migranti sbarcate in Italia erano state 15.610, oltre 4 volte in meno rispetto allo stesso periodo del 2017, quando erano arrivati sulle nostre coste 68.272 stranieri⁵¹⁴. Nel primo semestre del governo Conte II gli sbarchi erano più che raddoppiati rispetto all'anno precedente, ma tale aumento si inscriveva in un contesto di diminuzione rispetto all'alta stagione del 2016-2017⁵¹⁵.

A svelare l'inconsistenza della retorica sull'invasione concorre un'analisi dell'Eurostat in base alla quale nel 2018 lo Stato membro dell'Unione europea che ha registrato il numero totale più elevato di immigrati è stato quello tedesco (893 900), seguito da quelli spagnolo (643 700), francese (386 900) e italiano (332 300)⁵¹⁶.

⁵¹³ <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati> (URL consultato il 19 marzo 2023).

⁵¹⁴ M. AMBROSINI, *Il ritorno dei confini. Politiche della sicurezza e flussi migratori*, in A. Panebianco, *op. cit.*, p. 222, rende noto che gli arrivi via mare nell'Unione europea sono scesi da 1.015.000 nel 2015 a 114.000 nel 2018. Le richieste di asilo sono scese a 612.700 nel 2019, escludendo il Regno Unito, contro 1-1,2 milioni negli anni di picco dei flussi di richiedenti asilo (2015 e 2016). In argomento, v. pure L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera. Lotte neorurali e solidarietà ai migranti sul confine franco-italiano*, Ombre Corte, 2020, p. 16, il quale – sempre attingendo ai dati ministeriali – rende noto che nel 2019 sono sbarcati 11.439 migranti (circa il 50% in meno rispetto al 2018, quando sono stati complessivamente 23.210).

⁵¹⁵ Cfr. M. VILLA, *Fact Checking: migrazioni (e Covid-19)*, ISPI, 29 luglio 2020 (dossier disponibile al link <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/fact-checking-migrazioni-e-covid-19-27058>; URL consultato il 3 agosto 2021); in senso analogo, cfr. M. AMBROSINI, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza Roma-Bari, 2020.

⁵¹⁶ L'indagine statistica è consultabile al seguente link : [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Statistiche sulle migrazioni internazionali e sulle popolazioni di origine straniera&oldid=494225#Flussi migratori: gli immigrati nell'27UE-27 provenienti da paesi terzi sono stati 2.2C4 milioni nel 2018](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Statistiche_sulle_migrazioni_internazionali_e_sulle_popolazioni_di_origine_straniera&oldid=494225#Flussi_migratori:_gli_immigrati_nell'27UE-27_provenienti_da_paesi_terzi_sono_stati_2.2C4_milioni_nel_2018) (URL consultato il 7 febbraio 2022). A tal proposito, preme segnalare che il contrasto con i dati forniti dall'International Organization for Migration

Nel 2019 la prima porta d'ingresso via mare è stata la Grecia⁵¹⁷. Nello stesso anno, la Germania contava 10,1 milioni di immigrati sul proprio territorio, mentre l'Italia e la Francia ne contavano rispettivamente 5,3 e 4,9 milioni⁵¹⁸. Anche a voler aderire alla lettura statistica offerta dall'associazione francese *La Cimade*, che dà atto della presenza in Francia al 2019 di 6,7 milioni di immigrati⁵¹⁹, questi dati non sarebbero sufficienti a fornire base di legittimità alla teoria del *Grand Remplacement*⁵²⁰, che costituisce l'apoteosi della retorica sull'invasione⁵²¹. Basti pensare che, secondo i dati dell'UNCHR, nel 2020 l'80% dei rifugiati ha trovato asilo in Paesi in via di sviluppo, mentre l'Italia e la Francia accoglievano rispettivamente 3,4 e 6,1 tra rifugiati e richiedenti asilo ogni 1.000 abitanti, contro 24,8 in Svezia, 18,1 a Malta, 15,3 in Austria, 13,8 in Germania, 6,4 in Grecia⁵²². Nel 2017, l'Africa Subsahariana ha accolto 6,3 milioni di rifugiati, cioè un terzo della popolazione dei rifugiati di tutto il mondo⁵²³. Nel complesso, si stima che i Paesi del Sud mondiale accolgano oggi il 90% dei rifugiati di tutto il mondo, tanto che il Segretario Generale delle Nazioni Unite nel 2016 ha denunciato l'esistenza di una vera e propria

(d'ora in poi, IOM), secondo cui nel 2018 il Paese con il più elevato tasso di sbarchi è stato quello spagnolo, è soltanto apparente, limitandosi la lettura dell'IOM agli ingressi via mare. Cfr. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Arrivées de migrants en Europe par la Méditerranée en 2019: 104 644; décès en mer: 1 246*, 13 décembre 2019 (link: <https://www.iom.int/fr/news/arrivees-de-migrants-en-europe-par-la-mediterranee-en-2019-104-644-deces-en-mer-1-246> ; URL consultato il 18 settembre 2022).

⁵¹⁷ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Arrivées de migrants en Europe*, cit.

⁵¹⁸ [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/it&oldid=494225#Popolazione_di_origine_straniera:_erano_21.2C8_milioni_i_cittadini_stranieri_che_vivevano_nell.27UE-27_al_1.C2.B0_gennaio_2019)

[explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/it&oldid=494225#Popolazione di origine straniera: erano 21.2C8 milioni i cittadini stranieri che vivevano nell.27UE-27 al 1.C2.B0 gennaio 2019](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/it&oldid=494225#Popolazione_di_origine_straniera:_erano_21.2C8_milioni_i_cittadini_stranieri_che_vivevano_nell.27UE-27_al_1.C2.B0_gennaio_2019) (URL consultato il 19 marzo 2023).

⁵¹⁹ LA CIMADE, *Lutter contre les amalgames*, cit.

⁵²⁰ Secondo questa teoria complottista, elaborata dallo scrittore francese Renaud Camus, l'immigrazione di massa sarebbe il frutto di un vero e proprio disegno di un'élite politica volto a sostituire la popolazione francese ed europea (bianca e cristiana) con la popolazione africana (nera e musulmana). Inoltre, le società multiculturali sarebbero foriere di violenza e sfiducia. Cfr. R. CAMUS, «La negation du Remplacement est le négationnisme moderne», *L'incorrect* n° 19, aprile 2019, p. 35. Sulla teoria della Grande Sostituzione v. pure J.-P. BARTHÉLÉMY, *Immigration*, in *Le dictionnaire des populismes*, cit., p. 569 e ID., *Sécurité*, *ivi*, p. 995. La teoria in esame è smentita da un'altra inchiesta (per la quale cfr. LA CIMADE, *Lutter contre les amalgames*, cit., p. 4), secondo cui soltanto 4,1 milioni di persone nella Francia metropolitana si dichiarano musulmane, cioè l'8% della popolazione, a fronte del 31% percepito dai francesi che hanno partecipato all'inchiesta.

⁵²¹ Come osserva LA CIMADE, *Lutter contre les amalgames*, cit., p. 5, questa teoria è appannaggio di una visione fantasmagorica di una vera Francia e di una vera Europa, bianca e cristiana, che ignora che gli spostamenti delle popolazioni sono parte integrante e ineliminabile della storia dell'umanità.

⁵²² UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement in 2019*, Geneva, 2020.

⁵²³ UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement in 2017*, Geneva, 2018.

«crisi della solidarietà internazionale»⁵²⁴ e l’assunzione da parte dei Paesi più poveri di una quota sproporzionata di rifugiati⁵²⁵.

Le conclusioni non cambiano se si analizzano i dati del 2021, anno in cui l’Italia ha registrato 11.000 sbarchi a fronte di 24.700 arrivi in Spagna (oltretutto costituenti la metà rispetto agli arrivi dell’anno precedente)⁵²⁶.

Basterebbero questi dati a smentire «l’idea vittimistica di un’Italia lasciata sola da un’Europa sorda e indifferente»⁵²⁷: argomento, quest’ultimo, ricorrente nel discorso volto a rappresentare e trattare l’immigrazione come una mera questione di ordine pubblico, da risolvere mediante una politica di securitizzazione ed esternalizzazione dei confini, anche a costo di collaborare con Paesi extraeuropei il cui *standard* di rispetto dei diritti umani e della democrazia è dubbio, essendo state ampiamente dimostrate, anche da organi giudiziari, le violenze e le torture subite dalle persone migranti nei *lager* libici⁵²⁸.

Altrettanto priva di fondamento empirico risulta la tesi, invocata da parte del Ministro dell’interno francese *Gérald Darmanin* a sostegno del *projet de loi pour contrôler l’immigration, améliorer l’intégration* (ventinovesima legge in materia di immigrazione a partire dal 1980, a dimostrazione dell’esistenza di un’*ossessione securitaria*), secondo cui la Francia sarebbe invasa, in misura sempre più crescente, da stranieri irregolari. Questo assunto è, infatti, smentito dal dato per cui nel 2021 gli stranieri irregolari in Francia rappresentavano lo 0,89% della popolazione straniera, a sua volta costituente il 7,7 % sul totale della popolazione francese⁵²⁹.

Anche in Italia la retorica dell’invasione non trova fondamento empirico. Basti pensare che dal 2014 la presenza di stranieri regolari è rimasta pressoché stabile, crescendo soltanto del 2% (da 4,92 a 5,04 milioni di persone), mentre era più che raddoppiata nel

⁵²⁴ BAN KI-MOON, «Refugees and migrants: a crisis of solidarity», 9 mai 2016, su www.un.org/en (URL consultato il 4 marzo 2023).

⁵²⁵ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l’Expert indépendant*, cit., 17 juillet 2019, p. 15. In senso analogo, v. pure DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, «International Migration Report 2017. Highlights», New York, United Nations, 2017.

⁵²⁶ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Arrivées de migrants en Europe*, cit.

⁵²⁷ Così, M. AMBROSINI – M. D’AMICO – E. PERASSI, *op. cit.*, p. 8.

⁵²⁸ Cfr., *ex multis*, G. MENTASTI, «Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori», *Sistema penale – online*, 2 ottobre 2020; S. BERNARDI, «Una condanna della Corte d’Assise di Milano svela gli orrori dei “centri di raccolta e transito” dei migranti in Libia», *Diritto penale contemporaneo – online*, 16 aprile 2018; M. VEGLIO, *L’attualità del male. La Libia dei Lager è verità processuale*, Edizioni SEB27, 2018.

⁵²⁹ LA CIMADE, *Politique d’expulsion: des déclarations du gouvernement qui sèment la confusion*, 7 novembre 2022.

decennio antecedente, passando da 1,9 a 4,9 milioni di persone. Anche includendo gli stranieri irregolari, dal 2014 la presenza straniera in Italia è aumentata da 5,27 a 5,56 milioni di persone⁵³⁰. Al contempo, in seguito alla sostituzione dell'operazione *Mare Nostrum* – che si stima abbia salvato circa 150.000 vite in un anno⁵³¹ – con *Triton-Frontex* e *Irini*⁵³², i naufragi sono aumentati⁵³³, sebbene molte stragi siano state evitate dalle navi umanitarie: solo nel 2016 le ONG hanno salvato ben 46.796 persone; nel 2019, in corrispondenza della *politica dei porti chiusi* (e delle conseguenti omissioni di soccorso statali), le morti in mare sono aumentate del 20%⁵³⁴. Secondo i dati pubblicati dall'*International Organization for Migration*⁵³⁵, dal 2014 al 19 agosto 2022 sono morte nel Mediterraneo 49.913 persone. Come osserva il sociologo Didier Fassin⁵³⁶, si tratta tuttavia di un numero approssimativo, giacché di numerosi annegamenti non sono rimaste tracce. Ad oggi, più di 38.000 delle persone intercettate nell'area di mare libica sono state riportate in Libia, nonché rinchiusi e torturati nei relativi centri di detenzione. Il tutto, in esecuzione del *Memorandum* Italia-Libia firmato il 2 febbraio del 2017 dal Presidente del Consiglio italiano *pro tempore* (on. Paolo Gentiloni) e dall'allora Presidente del Governo di Riconciliazione Nazionale della Libia (*Fayez Mustafa Serraj*) e con il quale si individuava quale soluzione ai flussi migratori provenienti dalla costa libica, l'istituzione di "campi di accoglienza temporanei in Libia, sotto l'esclusivo controllo del Ministero dell'Interno libico, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei paesi di origine" e l'impegno del governo italiano "a fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi

⁵³⁰ Ciò è dovuto al fatto che negli stessi anni circa 900.000 persone straniere hanno acquisito la cittadinanza italiana (4 su 10 sono nate in Italia da genitori stranieri) e circa 320.000 persone straniere regolarmente residenti hanno lasciato il territorio italiano. Cfr. M. VILLA, *Fact-checking: migrazioni 2021*, p. 17.

⁵³¹ D. FASSIN, *De l'inégalité des vies*, Fayard, 2020, p. 57.

⁵³² Come sottolineato da A. SPENA, «Smuggling umanitario e scriminanti», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2019, 1859 ss., a supporto dell'abolizione dell'operazione *Mare Nostrum* si è posta, ancora una volta, la tesi del *pull factor*, portata avanti da alcuni esponenti politici della Lega Nord e Autonomie.

⁵³³ Cfr. L. FERRAJOLI, *Le politiche contro i migranti tra disumanità e illegalità*, in M. GIOVANNETTI – N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, FrancoAngeli, Milano 2020, p. 24.

⁵³⁴ Cfr. A. CAMILLI, «Meno partenze, meno morti in mare: cosa c'è di vero», *Internazionale*, 9 ottobre 2019, (link: www.internazionale.it/bloc-notes/analisi-camilli/2019/10/09/migranti-tunisia-morti; URL consultato il 18 settembre 2022); C. DA ROLD, «Il 2019 dei migranti: uno su quattro è morto in mare», *Il Sole 24 ore*, 28 aprile 2019 (link: www.infodata.ilssole24ore.com/2019/04/28/2019-dei-migranti-uno-quattro-morto-mare ; URL consultato il 18 settembre 2022).

⁵³⁵ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Missing Migrants. Tracking Deaths Along Migratory Routes*, 19 agosto 2022: <https://missingmigrants.iom.int>

⁵³⁶ D. FASSIN, *De l'inégalité, cit.*, 2020, p. 56.

libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina rappresentati dalla guardia di frontiera e dalla guardia costiera del Ministero della Difesa e dagli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno»⁵³⁷.

Proponendoci di verificare in successiva sede (**sezione II, capitolo II**) se il d.l. n. 130/2020 (c.d. decreto Lamorgese) – seguito, poi, dal d.l. n. 1/2023 (c.d. Piantedosi) – possa effettivamente considerarsi un punto di svolta rispetto alla stagione salviniana dei porti chiusi, in questa sede si conferma il sospetto che la sicurezza altro non sia che un artificio retorico volto ad offrire copertura a politiche migratorie sempre più repressive, restrittive, escludenti e criminogene.

Se i processi di securitizzazione possono essere letti, in termini foucaultiani, come delle *relazioni di potere*, va detto, però, che non necessariamente queste ultime conducono

⁵³⁷ Per i numerosi profili di dubbia legittimità costituzionale e per i profili di contrasto con le fonti sovranazionali che sanciscono il principio di *non-refoulement*, si rinvia a GIP Trapani, sentenza 23 maggio 2019 (dep. 3 giugno 2019), che ha riconosciuto la scriminante della legittima difesa in capo ai migranti imputati, oltre che di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di violenza e resistenza a pubblico ufficiale (aggravati dalla circostanza dell'aver commesso il fatto in numero superiore a dieci), per essersi ribellati al comandante del rimorchiatore *Vos Thalassa* (da cui prende il nome il famoso caso) che li stava riportando, su ordine della Guardia Costiera Libica, in Libia. Il giudice ha ritenuto, infatti, che gli imputati fossero titolari di diritti soggettivi pieni: il diritto alla vita, a non essere sottoposti a tortura né trattamenti inumani e degradanti, ad essere condotti in un *place of safety*, inteso come luogo in cui le operazioni di soccorso si intendono concluse e la sicurezza dei sopravvissuti garantita; diritti, questi, posti in pericolo dall'operazione di respingimento collettivo posta in essere, seppur in esecuzione di un ordine (erroneamente) ritenuto legittimo, dall'equipaggio della *Vos Thalassa*. La sentenza è stata, in seguito, riformata da CORTE D'APPELLO PALERMO SEZ. IV PEN., sentenza n. 1525/2020, che, richiamando l'orientamento giurisprudenziale in base al quale «non è invocabile la scriminante della legittima difesa da parte di chi reagisca ad una situazione di pericolo volontariamente determinata» (CASS. SEZ. 1, Sentenza n. 56330 del 13/09/2017, dep. 18/12/2017), ha ritenuto che nel caso di specie non fosse applicabile la scriminante in esame proprio in considerazione del fatto che i migranti avevano accettato la condizione di pericolo artificiosamente e intenzionalmente creata dai loro trafficanti, nell'auspicio che le loro vittime fossero condotte sul suolo europeo sotto la protezione dell'azione di salvataggio. Un'argomentazione, questa, poco convincente: seppur fondata su un consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di legittima difesa, si può infatti replicare che i migranti fuggono dalle torture e dai trattamenti inumani e degradanti nei centri di detenzione libici, pratiche che ormai – come recita il titolo di un noto libro di inchiesta in materia – costituiscono verità processuale (cfr. M. VEGLIO, *op. cit.*, *passim*). Rinviamo per una più approfondita analisi della sentenza da ultimo citata a L. MASERA, «I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement», *Sistema penale*, 21 luglio 2020, ci si limita in questa sede a condividere il punto di vista dell'A., secondo cui «la sensazione che emerge dalla lettura della sentenza è che in realtà [...] i giudici palermitani intendessero negare al *non refoulement* lo status di diritto inviolabile, ma abbiano preferito evitare una presa di posizione chiara sul punto, cercando altre strade per giungere al medesimo risultato».

a forme di assoggettamento⁵³⁸: ogni relazione di potere (anche quella che conduce ad una forma di dominio) reca infatti con sé il seme di un *contropotere*, ovvero sia la possibilità di divincolarsi dalle catene del dominio-assoggettamento⁵³⁹. Questo strumento è la *libertà-autorialità*, che – come ci ha insegnato Foucault – è una pratica, un lavoro infinito, una «critica permanente di noi stessi»⁵⁴⁰.

In un'epoca dominata dalle passioni tristi, ritorna attuale l'appello del filosofo francese a servirci della critica quale «travaglio paziente che dà forma all'impazienza della libertà»⁵⁴¹ o, detto in altri termini, quale «arte di non essere eccessivamente governati»⁵⁴².

Se per critica deve intendersi «l'analisi dei limiti e la riflessione su di essi [...] per afferrare i punti in cui il cambiamento è possibile e auspicabile»⁵⁴³, questo è lo spirito critico con cui, nel successivo capitolo, si analizzeranno le più recenti politiche securitarie in materia penale e si dimostrerà come esse finiscano, a dispetto del dichiarato intento, per produrre maggiore marginalità, esclusione, deumanizzazione, quindi maggiore criminalità: paradossalmente, maggiore insicurezza.

Come in una sorta di eterogenesi dei fini, le politiche espansive in materia penale rivelano ben presto la loro fallacia: «il populismo penale finisce infatti solo per produrre paura e insicurezza, rompere legami sociali, alimentare tensioni e lacerazioni tra le persone, fomentare fanatismi e xenofobia generando diffidenze, sospetti, odi e rancori»⁵⁴⁴. Si conferma, così, la natura della paura quale «profezia che si autoavvera»⁵⁴⁵.

⁵³⁸ Il potere include qualsiasi forma di influenza intenzionale sull'azione altrui; l'assoggettamento, invece, soltanto particolari assetti, asimmetrici e oppressivi, delle relazioni di potere. In argomento, cfr. M. BRIGAGLIA, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale Scientifica, 2019.

⁵³⁹ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Gallimard, Paris 1976; trad. it. *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, a cura di P. Pasquino e G. Procacci, Feltrinelli, Milano 1978, pp. 84-85: «[I]à dove c'è potere c'è resistenza e [...] tuttavia, o piuttosto proprio per questo, essa non è mai in posizione di exteriorità rispetto al potere. [...] [I rapporti di potere] non possono esistere che in funzione di una molteplicità di punti di resistenza, i quali svolgono, nelle relazioni di potere, il ruolo di avversario, di bersaglio, d'appoggio, di sporgenza per una presa».

⁵⁴⁰ ID., *Che cos'è l'illuminismo?*, p. 38, in I. Kant – M. Foucault, *Che cos'è l'illuminismo*, Mimesis, 2017.

⁵⁴¹ *Ivi*, p. 47.

⁵⁴² M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, Donzelli, 1997.

⁵⁴³ ID., *Che cos'è l'illuminismo?*, cit. pp. 41-42.

⁵⁴⁴ R. BIANCHETTI, *op. cit.*, p. 534.

⁵⁴⁵ R. CORNELLI, *Politiche della paura*, in R. Cornelli – A. Ceretti (a cura di), *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, paura e politica*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 44. In senso analogo, T. GRECO, *Dimensioni della sicurezza*, Giappichelli, 2009, p. 21, secondo cui «non è azzardato affermare [...] che le politiche messe in atto per garantire la sicurezza finiscono spesso per combattere l'insicurezza mediante la produzione di altra insicurezza. E ciò, non solo perché la “guerra alla paura” si deve alimentare della paura medesima, in considerazione del ruolo centrale che la gestione delle paure occupa nel circuito della

legittimazione politica. Ma anche perché, concretamente, è la natura stessa dei provvedimenti adottati a generare nuove paure».

CAPITOLO II / CHAPITRE II

SICUREZZA MEDIANTE ESCLUSIONE. IL DIRITTO PENALE COME ARMA DI MARGINALIZZAZIONE E DEUMANIZZAZIONE. / SÉCURITÉ VIA EXCLUSION. LE DROIT PÉNAL EN TANT QU'ARME DE MARGINALISATION ET DÉSHUMANISATION.

SEZIONE I / SECTION I

FORME DI CRIMINALIZZAZIONE-ESCLUSIONE DIRETTA. / FORMES DE CRIMINALISATION-EXCLUSION DIRECTE.

1. Stranieri alla frontiera del diritto penale. Genealogia ed evoluzione di un lungo processo di criminalizzazione ed esclusione. / Étrangers à la frontière du droit pénal. Généalogie et évolution d'un long processus de criminalisation et d'exclusion.

Il diritto penale (e, ancor più, il diritto penal-amministrativo dell'immigrazione) è strumento (*rectius*: arma) di esclusione per eccellenza. La stessa etimologia della parola *crimine* conferma la natura ontologicamente e potenzialmente escludente delle scelte di politica criminale: la radice greca della parola (*crima*, in latino *crimen*) – che, non a caso, è analoga alla radice etimologica del verbo *discriminare* – deriva dal verbo *crinein*, che vuol dire *separare, selezionare, scegliere, distinguere* e, in senso più ampio, *accusare, sottoporre a giudizio*⁵⁴⁶. Come si è anticipato, criminalizzare vuol dire infatti separare ciò

⁵⁴⁶ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droits IV, cit.*, p. 28.

che (è considerato come) *il bene* da ciò che (è considerato come) *il male*, intervenendo su territori altamente simbolici, modellandoli e trasformandoli nello stesso tempo. In questo senso, il diritto penale agisce da *frontiera*⁵⁴⁷, incarnando la sovranità e il relativismo dei valori nazionali attraverso i quali plasma il proprio territorio⁵⁴⁸.

Così come la *frontiera* (dal latino *frons/frontis*)⁵⁴⁹ designa «ce qui sépare [...] ce qui se présente par-devers de soi»⁵⁵⁰ o, nel linguaggio bellico, «un point de [...] confrontation avec l'ennemi»⁵⁵¹, il diritto penale (o, meglio, penal-amministrativo) dello straniero è quella *frontiera giuridica* che, ancorché *prima facie* invisibile, separa il cittadino/amico, considerato a pieno titolo soggetto di diritto meritevole di garanzie, dallo straniero/nemico, relegato ad uno *status* di inferiorità-alterità⁵⁵². Come la frontiera, inoltre, questo ramo del diritto incarna un *dispositivo di sorveglianza e controllo delle migrazioni*⁵⁵³, fungendo da «mezzo di affermazione di un principio di territorialità che intende rivendicare da un lato, l'identità nazionale, dall'altro la forza coercitiva del respingimento dell'estraneo»⁵⁵⁴.

Più che di *diritto dell'immigrazione* o di *diritto dello straniero* bisognerebbe, allora, parlare di *diritto dei confini* in quanto oggetto di disciplina sarebbero le modalità e i limiti

⁵⁴⁷ Come scrive L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera, cit.*, p. 38, le frontiere possono essere territoriali e non: è territoriale la frontiera che segna una discontinuità visibile tra più entità materiali (ad esempio, due Stati); sono non territoriali quelle che separano entità immateriali (ad esempio, tra classi sociali, tra gruppi etnici e linguistici, etc.). In entrambi i casi, esse sono dei «prodotti sociali, in quanto generati da relazioni e decisioni umane».

⁵⁴⁸ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit IV, cit.*, p. 29: «traditionnellement, le droit pénal symbolise à la fois la souveraineté nationale et la culture de chaque peuple, constituant ainsi le domaine privilégié – faut-il dire le refuge? – du relativisme des valeurs».

⁵⁴⁹ Per un confronto tra il termine *frons* e i termini *finis* (che analogamente al greco *horos*, rimanda alla pratica del tagliare o scavare un solco nel terreno) e *limes* (che sembra, invece, evocare non una cesura netta, ma una soglia più mobile, e quindi di potenziale contatto tra due entità) si rinvia a D. GENTILI, «“*Hic sunt leones*. Confine/frontiera: genealogia politica di un dispositivo spaziale», *Teoria politica. Nuova serie Annali* [Online], 10/2020, p. 236, <https://journals.openedition.org/tp/1262> (URL consultato il 4 agosto 2021).

⁵⁵⁰ L. RICHEFEU, *op. cit.*, p. 5. In questo senso, come scrive L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera, cit.*, p. 39, il termine francese *frontière* si distingue dal termine *confins* nella misura in cui quest'ultimo non evoca tanto il concetto di separazione quanto piuttosto il concetto di contatto potenziale tra due entità o un punto in cui un potere centralizzato diviene sempre più sfumato e marginale (ad esempio, i confini di un Impero). Il termine *confins* è, pertanto, più affine al concetto di *limes*.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² Al riguardo, A. PUGIOTTO, “*Purché se ne vadano!*”, *cit.*, p. 47, osserva efficacemente che è proprio la distinzione tra titolarità ed effettivo godimento dei diritti fondamentali e delle garanzie giurisdizionali a differenziare la condizione dello straniero/nemico dal cittadino/amico.

⁵⁵³ Cfr. L. RICHEFEU, *op. cit.*, p. 5. In senso analogo, v. pure E. GREBLO, «Geografie della sicurezza», *Etica & Politica*, XXI, 2019, 1, p. 299 ss., secondo cui i confini sarebbero «dispositivi di vigilanza (ed eventualmente di blocco) della mobilità umana indesiderata».

⁵⁵⁴ F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione, cit.*, p. 13.

dell'esercizio dei cosiddetti *poteri di confine*, cioè di quell'«insieme di potestà con cui le istituzioni pubbliche istituiscono e controllano i confini (materiali e immateriali, esterni e interni, etc.) che definiscono il territorio e la popolazione su cui quelle istituzioni esercitano la sovranità»⁵⁵⁵. I processi migratori e le persone migranti sono, in quest'ottica, l'artefatto di un «diritto che codifica i poteri di confine»⁵⁵⁶ il cui effetto è l'esclusione dello *straniero indesiderabile* dai confini dello Stato (territoriale e di diritto) mediante una complessa opera di *crimmigration*⁵⁵⁷ ispirata alla logica del diritto penale d'autore⁵⁵⁸.

A onor del vero, la logica escludente, tipica di questo *diritto dei confini*, benché accentuatasi nel corso dei secoli, non è una novità del tempo presente. In Italia, il codice penale sabauda, in seguito esteso al Regno d'Italia, individuava una categoria di *stranieri indesiderati* per ragioni di classe. Esso attribuiva, infatti, all'autorità giudiziaria il potere di espellere, previa autorizzazione del Ministero dell'Interno, gli stranieri condannati per vagabondaggio e mendicizia (artt. 439 e 446). In termini simili, la Legge di Pubblica Sicurezza (20 marzo 1865, n. 2248) attribuiva all'autorità amministrativa il potere di espulsione nei confronti degli stranieri che avessero scontato la pena per questi stessi

⁵⁵⁵ F. OLIVERI, *I "poteri di confine" e i loro limiti. Per una genealogia del diritto italiano dell'immigrazione*, in F. BIONDI DAL MONTE – E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera: migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa University Press, 2020, p. 117.

⁵⁵⁶ *Ivi*, p. 118: senza i confini, «non ci sarebbero neanche gli Stati e perderebbe senso la stessa distinzione tra cittadini e stranieri, tracciata in base all'appartenenza o meno a un certo Stato. Di conseguenza, non si darebbe neanche in senso stretto l'immigrazione intesa come movimento attraverso confini inter-statali da parte di soggetti che non sono cittadini dello Stato di transito o di arrivo».

⁵⁵⁷ Si tratta di un neologismo di origine statunitense, coniato da J. STUMPF, «The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power», *American University Law Review*, 2006, p. 367 ss. e ormai ampiamente diffuso nella letteratura giuridica in materia. Per tutti, cfr. G. L. GATTA, «La pena nell'era della "crimmigration" tra Europa e Stati Uniti», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2017, p. 679 ss., che ne individua le seguenti tre caratteristiche fondamentali: previsione di conseguenze penalistiche per le violazioni del diritto dell'immigrazione; previsione di conseguenze amministrativistiche di diritto dell'immigrazione connesse a condanne penali; ricorso a misure privative o limitative della libertà personale formalmente amministrativistiche e, perciò, svuotate delle garanzie penalistiche. In argomento, v. pure A. SPENA, «La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, p. 495, che segnala come tale terminologia designi quell'intreccio «fra logica criminalizzante ed efficientismo amministrativo nel perseguimento di quello che sembra essere ormai diventato l'obiettivo cruciale delle politiche migratorie di molti Paesi occidentali, ossia l'esclusione dello straniero (qualificato come) indesiderabile».

⁵⁵⁸ Come scrive M. PELISSERO, «Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione», *Politica del diritto*, 2/2011, «il diritto penale dell'immigrato irregolare sta al di là del diritto penale dello stato di diritto [...] è un diritto penale non del fatto ma dell'autore». In senso analogo, v. pure M. DONINI, «Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione», *Quest. giust.*, 1/2009.

reati⁵⁵⁹. Similmente, la *loi 3 décembre 1849 sur la naturalisation e le séjour des étrangers en France*, che istituzionalizzava la pratica delle espulsioni, prevedeva che il Ministro dell'Interno e, nei dipartimenti di frontiera, i prefetti, potessero “ingiungere a qualsiasi straniero in transito o residente in Francia di abbandonare immediatamente il territorio e ordinarne l'accompagnamento alla frontiera”⁵⁶⁰. Nella pratica questa disposizione veniva applicata in maniera arbitraria soprattutto nei confronti degli stranieri in condizione di indigenza, accusati di mendicizia, vagabondaggio o altri reati minori⁵⁶¹.

In Italia con r.d. 2 maggio 1915 n. 634 si stabiliva il divieto di ingresso in assenza di passaporto o visto di ingresso, nonché, per gli stranieri che avessero fatto ingresso in territorio italiano, l'obbligo di presentarsi entro ventiquattro ore all'autorità di polizia e di rilasciare una dichiarazione di soggiorno.

Lievemente modificata con r.d. 25 gennaio 1923 n. 6421 (che allungava da ventiquattro ore a tre giorni il termine entro il quale lo straniero avrebbe dovuto dichiarare il proprio ingresso e soggiorno all'Autorità di Pubblica Sicurezza), la disciplina veniva in seguito trasfusa nel Testo Unico delle leggi di Pubblica Sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n. 773, d'ora in poi T.U.L.P.S.) e nel connesso regolamento di attuazione (r.d. 6 maggio 1940, n. 635), che richiedeva allo straniero un ulteriore adempimento, consistente nell'esibizione di una certificazione rilasciata dagli uffici di pubblica sicurezza come prova dell'avvenuta dichiarazione di soggiorno e assenza di motivi ostativi⁵⁶². Successivamente, la certificazione prevista dal T.U.L.P.S. fu sostituita da un'autorizzazione amministrativa di fatto, la cui disciplina, non essendo regolata dalla legge, veniva dettata dai Ministeri competenti mediante circolari, svolgendo così una funzione para-legislativa e altamente discrezionale, in violazione della riserva di legge di cui all'art. 10 comma 2 Cost.⁵⁶³

Successivamente, con il d.p.r. 635/40 si prevedeva l'espulsione, mediante foglio di via obbligatorio o il respingimento alla frontiera, degli stranieri indigenti o esercenti il meretricio o mestieri dissimulanti l'ozio, o il vagabondaggio o la questua. Si prevedeva, altresì, che nei casi più gravi potesse essere disposta l'espulsione immediata con divieto di rientro nel territorio nazionale a tempo indeterminato.

⁵⁵⁹ Cfr. F. OLIVERI, *I “poteri di confine” e i loro limiti*, cit., pp. 137-138.

⁵⁶⁰ “*enjoindre à tout étranger voyageant ou résidant en France de sortir immédiatement du territoire et le faire conduire à la frontière*”.

⁵⁶¹ Cfr. K. PARROT, *op. cit.*, p. 189.

⁵⁶² Cfr. F. OLIVERI, *I “poteri di confine” e i loro limiti*, cit., p. 124.

⁵⁶³ Cfr. M. PASTORE – N. ZORZELLA, *30 anni di legislazione italiana*, cit., pp. 107-108.

Con la c.d. legge Reale (l. n. 152/1975) veniva introdotta l'espulsione nei confronti degli stranieri non in grado di dimostrare, su richiesta dell'autorità di pubblica sicurezza, la disponibilità di fonti sufficienti e lecite per il sostentamento durante il soggiorno.

Il sistema del foglio di via obbligatorio costituì, a ben vedere, la prima tappa verso l'asservimento del diritto penale al procedimento amministrativo di allontanamento degli *indesiderabili* dal territorio nazionale.

Fino al 1986, anno in cui entrò in vigore la legge c.d. Foschi (l. 30 dicembre 1986, n. 943)⁵⁶⁴ seguita quattro anni dopo dalla legge c.d. Martelli (l. 28 febbraio 1990, n. 39, di conversione del d.l. 30 dicembre 1989 n. 416)⁵⁶⁵, unico referente normativo in materia di condizione giuridica dello straniero fu il Titolo V del T.U.L.P.S. che sottoponeva la condizione di irregolarità del soggiorno ad una forma indiretta di criminalizzazione: ad essere punita (con la reclusione da uno a sei mesi e successivo accompagnamento alla frontiera) non era la condizione di irregolarità in sé, ma la violazione del foglio di via obbligatorio emesso dal Prefetto per motivi di ordine pubblico.

La legge c.d. Turco-Napolitano (l. 6 marzo 1998, n. 40, poi trasfusa nel Testo Unico in materia di immigrazione, d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, d'ora in poi T.U.I.)⁵⁶⁶, istituì i centri di permanenza temporanea⁵⁶⁷ e inasprì l'apparato repressivo penale: l'ingresso irregolare costituiva ancora di per sé un illecito amministrativo, ma si prevedevano pene più severe per il reato di favoreggiamento degli ingressi irregolari⁵⁶⁸, fattispecie che

⁵⁶⁴ Essa fu emanata per dare attuazione, seppur tardiva, alla Convenzione OIL n. 143 del 1975, recante Norme sulle immigrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, ratificata dall'Italia con legge n. 158 del 1981. Cfr. *ivi.*, p. 104.

⁵⁶⁵ Essa se da un lato eliminò la c.d. riserva geografica che limitava la possibilità di richiedere asilo in Italia soltanto agli stranieri provenienti dai Paesi europei e regolarizzò (seppur a determinate condizioni) gli stranieri irregolari, dettò una prima disciplina di controlli alle frontiere esterne, introducendo condizioni e modalità che ricalcavano quelle già previste dalla Convenzione di Schengen del 1990. Per altri contenuti si rinvia a F. OLIVERI, *I "poteri di confine" e i loro limiti*, cit., pp. 127-128; M. PASTORE – N. ZORZELLA, *30 anni di legislazione italiana*, cit., p. 110.

⁵⁶⁶ Si tratta del primo intervento organico in materia di diritti e doveri del cittadino nonché del principale riferimento normativo *in subiecta materia*, nonostante le numerose modifiche subite nel corso degli anni, soprattutto sotto il profilo degli ingressi, del soggiorno e delle espulsioni, ma anche in virtù del recepimento delle Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, della Direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di Paesi Terzi soggiornanti di lungo periodo, della Direttiva c.d. rimpatri (2008/115/CE) e della Direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto alla libera circolazione e al soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari.

⁵⁶⁷ Cfr. S. PADOVANO, *La Questione Sicurezza*, cit., p. 24.

⁵⁶⁸ La condotta, già punita dalla legge Foschi con la reclusione fino a due anni e la multa fino a duemila lire, veniva punita, in base alla nuova disciplina, con la reclusione fino a tre anni e la multa fino a 30 milioni di

rimaneva, insieme all'impiego di manodopera priva di permesso di soggiorno, una delle più severamente punite dal Testo Unico.

Inoltre, se da un lato veniva finalmente dedicata una disposizione *ad hoc* (l'art. 19 T.U.I.) al principio di *non-refoulement* (recependo, così, quanto statuito da numerose convenzioni internazionali e dalla giurisprudenza sovranazionale e nazionale⁵⁶⁹), dall'altro, venivano ampliate le ipotesi di espulsione con accompagnamento alla frontiera.

lire. Cfr. F. CURI, *Il diritto penale speciale del Testo Unico Immigrazione*, in *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., pp. 102-104.

⁵⁶⁹ Originariamente sancito dall'art. 33 par. 1 della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato (in base al quale «nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»), tale principio è stato successivamente cristallizzato in numerose altre fonti sovranazionali, tra cui: l'art. 21 della direttiva 2004/83/CE (poi modificata e sostituita dalla direttiva 95/2011/UE); l'art. 19 della Carta di Nizza; l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura; l'art. 22 par. 8 della Convenzione americana dei diritti umani; l'art. 13 della Convenzione americana per la prevenzione e la repressione della tortura; l'art. 17 della Convenzione delle Nazioni Unite per la protezione dalla sparizione forzata. Inoltre, pur non essendo espressamente sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), è stato ricavato in via interpretativa dall'art. 3 della Convenzione, a partire dal caso *Soering c. Regno Unito* (sentenza 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88): chiamati a pronunciarsi su un caso di estradizione di un uomo accusato di duplice omicidio in Virginia (reato punito in quello Stato con la pena di morte preceduta da un periodo di reclusione denominato *braccio della morte*), i giudici di Strasburgo, impiegando la c.d. tecnica di protezione *par ricochet*, hanno affermato che dall'art. 3 CEDU discende non soltanto il divieto di praticare direttamente la tortura (o altri trattamenti inumani o degradanti), ma anche il divieto di espellere, respingere o estradare una persona verso uno Stato in cui sussiste il rischio reale, attuale, personale e concreto di sottoposizione a tali pratiche da parte di altri agenti pubblici o privati ovvero di una ulteriore espulsione verso Stati terzi (c.d. rimpatrio indiretto) ove pure sussista tale rischio. Successivamente ribadito da altre sentenze della Corte Edu (cfr., *ex multis*, sentenza 28 luglio 1999, ricorso n. 25803/94, *Selmouni c. Francia*; sentenza 15 novembre 1996, ricorso n. 22414/93, *Chahal c. Regno Unito*; sentenza 22 febbraio 2008, ricorso n. 37201/2006, *Saadi c. Italia*; sentenza 6 aprile 2000, ricorso n. 26772/85, *Labita c. Italia*), a partire dalla nota sentenza *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (sentenza 23 febbraio 2012, ricorso 27765/09), il principio di *non-refoulement* è stato esteso ai casi di respingimenti collettivi e ha acquisito, ormai, rango di *jus cogens*. A livello nazionale, il carattere assoluto del divieto di espulsione, estradizione o respingimento *verso Paesi a rischio tortura* è stato ribadito, *ex plurimis*, da Cass. pen., sentenza 22 febbraio 2019, n. 5358 e, con particolare riferimento alla giurisprudenza di merito, dal Tribunale di Perugia con sentenza 8 gennaio 2021, n. 1594, che – pronunciandosi sulla vicenda *Shalabayeva* –, ha ricordato che «il divieto de quo [...] in quanto posto a presidio di beni di valore primario, quali la vita e l'incolumità psico-fisica dell'espellenda, ha valore cogente ed è insuscettibile di bilanciamento»; in senso analogo, si è espresso pure il G.I.P. del Tribunale di Trapani nella sentenza del 23 maggio 2019 sul caso *Vos Thalassa*. Per una completa rassegna giurisprudenziale e dottrinale sul carattere di *jus cogens* del principio in esame, A. SACCUCCI, «Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della *war on terror*: verso una flessione 'al ribasso' degli obblighi internazionali?», *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2009, il quale rileva peraltro come già nel 1999 la Corte Suprema israeliana avesse affermato il carattere assoluto del principio in esame, rispetto al quale «there is no room for balancing».

Successivamente, la c.d. legge Bossi-Fini (legge n. 30 luglio 2002, n. 189), oltre ad allungare il periodo di trattenimento (*rectius*: detenzione⁵⁷⁰) presso i centri di permanenza temporanea, estendeva l'ambito di operatività dell'art. 12 T.U.I., includendovi anche il c.d. favoreggiamento dell'emigrazione irregolare (cioè la condotta di chi compie atti diretti a procurare l'illecito ingresso di uno straniero in un altro Stato diverso dall'Italia) e, in piena armonia con la *ratio* sottesa all'intera disciplina del *diritto dei confini*, introduceva i reati di reingresso (art. 13, commi 13 e 13 *bis* T.U.I.)⁵⁷¹ e di inottemperanza all'ordine questorile di allontanamento (art. 14, commi 5 *ter* e *quater* T.U.I.).

La stessa legge, inoltre, rendeva sempre più precarie le vite degli stranieri, legando la durata del permesso di soggiorno a quella del contratto di lavoro (art. 5 comma 3 *bis* T.U.I.) e abolendo sia la possibilità di richiedere il visto per ricerca di lavoro (che era stato introdotto dal testo originario del d.lgs. 286/98 e cui conseguiva il rilascio di un permesso di soggiorno annuale) sia il meccanismo del c.d. *sponsor*. A partire da questo momento, l'unico modo per entrare in Italia con regolare visto lavorativo sarà l'utopistico incontro a distanza tra domanda e offerta di lavoro secondo una procedura farraginosa la cui durata media oscilla tra i sei mesi ed un anno, richiedendosi: l'emanazione, da parte del Governo, del c.d. *decreto flussi* volto a stabilire la quota massima dei visti, tenuto conto delle esigenze dell'economia nazionale; la richiesta da parte di un datore di lavoro della autorizzazione all'ingresso per un lavoratore straniero; l'accoglimento della richiesta e il nulla osta del Consolato italiano nel Paese di appartenenza o di stabile residenza del futuro lavoratore straniero. Come più volte denunciato dagli esperti in materia, si tratta di un meccanismo che crea un circolo vizioso foriero di irregolarità, giacché ciò che si verifica nella prassi è che il futuro lavoratore straniero fa ingresso con un visto turistico o, più

⁵⁷⁰ C. RUGGIERO, «La depenalizzazione del reato di “immigrazione clandestina”: un'occasione mancata per il sistema penale italiano», *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017, p. 138, parla di «consueta “truffa delle etichette”» che «cela in realtà quella che è una vera e propria forma di detenzione in strutture para-carcerarie, senza, tuttavia, le tutele proprie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale». Nel senso che l'espulsione e la detenzione amministrativa rivestono, a dispetto del loro *nomen juris*, carattere sostanziale penale, si era espressa anche CORTE EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, ricorso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, §§ 81 e 82.

⁵⁷¹ Come chiarito da CGUE, 1 ottobre 2015, causa C-290/14, *Celaj c. Italia*, § 34, la disciplina si pone in armonia con la c.d. direttiva rimpatri, la quale «non osta, in linea di principio, ad una normativa di uno Stato membro che prevede l'irrogazione di una pena detentiva ad un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare il quale, dopo essere ritornato nel proprio paese d'origine nel quadro di un'antecedente procedura di rimpatrio, rientri irregolarmente nel territorio del suddetto Stato trasgredendo un divieto di ingresso».

spesso, irregolarmente, al fine di cercare lavoro e attendere (o, meglio, sperare in) un provvedimento di regolarizzazione *ex post*⁵⁷². Siffatta disciplina è soltanto in apparenza estranea all'oggetto della presente tesi, dal momento che – come si è spiegato nel corso del primo capitolo – il tasso di irregolarità espone ad un maggior rischio di criminalizzazione (oltre che di sfruttamento lavorativo).

Tornando agli aspetti penalistici, con successiva legge n. 271/2004 (di conversione del d.l. n. 14 settembre 2004, n. 241), la fattispecie di inottemperanza all'ordine questorile di allontanamento veniva convertita da contravvenzionale a delittuosa: in questo modo – seppur con una singolare tecnica sintomatica della irresistibile e perenne tentazione di assecondare le pulsioni securitarie dell'elettorato – il legislatore ovviava alla precedente declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 14 commi 5 *ter* e *quater* T.U.I. nella parte in cui prevedeva l'applicabilità dell'arresto obbligatorio, misura cautelare coercitiva di per sé incompatibile con la natura precedentemente contravvenzionale del reato⁵⁷³.

La stessa legge del 2004 innalzava i limiti edittali delle pene previste per i reati di reingresso (prevedendo la reclusione da uno a quattro anni e, nel caso di recidiva, fino a cinque) e indeboliva le garanzie processuali devolvendo al giudice di pace il contenzioso in materia di allontanamento degli stranieri⁵⁷⁴.

I pacchetti sicurezza del 2008 (L. 24 giugno 2008, n. 125, di conversione del D.L. 23 maggio 2008, n. 92) e del 2009 (L. 15 luglio 2009, n. 94) facevano definitivamente «terra bruciata attorno al clandestino»⁵⁷⁵. In particolare, il primo introduceva all'art. 61 n. 11-*bis* c.p. la circostanza aggravante della clandestinità (poi dichiarata incostituzionale⁵⁷⁶) e

⁵⁷² Cfr. M. PASTORE – N. ZORZELLA, *30 anni di legislazione italiana, cit.*, pp. 119-123.

⁵⁷³ Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 223/2004.

⁵⁷⁴ Cfr. C. CORSI, *L'incessante disciplina "emergenziale" dell'immigrazione e dell'asilo*, in G. Alpa – G. Spangher (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pacini Giuridica, 2021, p. 18.

⁵⁷⁵ L'espressione è presa a prestito da L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. Mazza – F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Giappichelli, 2009.

⁵⁷⁶ Cfr. CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 8 luglio 2010, n. 249, che, accogliendo le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Ferrara, ha invalidato tale disposizione perché in contrasto con gli artt. 3 e 25 secondo comma Cost. Nel lungo *iter* motivazionale si afferma che tale circostanza aggravante si pone «in aperta violazione del principio di offensività (sentenza n. 354 del 2002)», non riguardando un fatto, ma un qualità e costituendo, pertanto, una forma di *diritto penale d'autore*. La Consulta ha, inoltre, evidenziato che «non potrebbe essere ritenuta ragionevole e sufficiente [...] la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa

ampliava ulteriormente l'area della punibilità disegnata dall'art. 12 T.U.I., prevedendo al comma 5-bis, il reato di locazione di immobile a stranieri irregolari, punito con la reclusione da sei mesi a tre anni (oltre che con la confisca del bene e la successiva destinazione delle somme di denaro ricavate dalla eventuale vendita al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina). Inoltre, stabiliva che il giudice di pace, competente in materia, dovesse dare priorità ai procedimenti concernenti le violazioni del Testo Unico in materia di immigrazione e conferiva poteri più ampi ai sindaci, sempre più investiti del compito di contribuire al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica (tramite, ad esempio, la segnalazione della condizione di irregolarità alla Questura o all'Autorità giudiziaria).

Il *pacchetto sicurezza* del 2009 segnava un salto di qualità del populismo penale in materia di immigrazione, elevando la condotta di ingresso e soggiorno irregolari da mero illecito amministrativo a reato contravvenzionale, punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro e affidato alla competenza del giudice di pace.

Come si vedrà nel paragrafo successivo, trattasi di una misura puramente simbolica il cui unico effetto sarà quello di *etichettare*⁵⁷⁷ ulteriormente lo straniero irregolare, sempre più rappresentato e percepito come *nemico della sicurezza*, sempre più marginalizzato e criminalizzato.

Lo stesso provvedimento ampliava ulteriormente (da due a sei mesi) il periodo massimo di permanenza nei centri di identificazione ed espulsione (nuovo nome conferito ai centri di permanenza temporanea). Inoltre, subordinava l'accesso ai servizi pubblici (ad eccezione di quelli sanitari e delle prestazioni scolastiche obbligatorie) alla condizione di regolarità. Nelle intenzioni originarie del legislatore – sempre più incline a ravvisare nei migranti delle *non-persone* in quanto tali non titolari di diritti fondamentali al pari dei cittadini – si prevedeva finanche l'abrogazione dell'art. 35 comma 5 T.U.I. secondo cui

contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce, specificamente ritenuti dal legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale».

⁵⁷⁷ Secondo la c.d. *teoria dell'etichettamento*, gli individui, per l'appunto, etichettati come devianti (dalle leggi, dai mass media, dagli *imprenditori morali della paura*), spesso interiorizzano questo giudizio al punto da porre in essere meccanismi atti a riprodurlo. Come rilevato da D. MELOSSI, «La “sovrarappresentazione” degli stranieri nei sistemi di giustizia penale europei e italiano», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4/2003, pp. 11-27, si crea così un «circuito, veramente vizioso, criminalizzante-penalizzante, tra criminalità, debolezza sociale e criminalizzazione, per cui certi strati sociali sono più a rischio di criminalizzazione nel doppio senso di entrambi i poli del processo di criminalizzazione, e cioè sia quello di commettere atti criminali sia di essere così etichettati socialmente».

l'ingresso nelle strutture sanitarie non avrebbe potuto, in alcun modo, comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità. Le proteste provenienti dal mondo del volontariato e della sanità bloccavano, fortunatamente, la proposta.

Nel frattempo, il dilagare del terrorismo internazionale e le conseguenti politiche di contrasto allo stesso fungevano da volano nel processo di cristallizzazione dello straniero come *nemico* avverso il quale predisporre un apparato preventivo-repressivo tipicamente riconducibile al paradigma del *diritto penal-amministrativo del nemico*⁵⁷⁸. Calzante è, a tal proposito, la metafora utilizzata da Francesco Forzati, che paragona il *diritto penal-amministrativo dell'immigrazione* ad «una sorta di laboratorio dove si sono sperimentate tecniche di mutazione genetica del garantismo liberale, legittimate dalle (preminenti) esigenze di respingimento del nemico esterno»⁵⁷⁹. In particolare, in Francia, emblema di questo diritto penal-amministrativo punitivo nei confronti dello *straniero indesiderabile*, è l'*assignation à residence* che verrà analizzata nel corso di questa prima sezione⁵⁸⁰.

Il timore che attraverso i flussi migratori potessero fare ingresso individui pronti ad immolarsi in nome del *jihad* ha indotto, infatti, un atteggiamento di diffidenza verso il

⁵⁷⁸ Per le ragioni più volte esposte nel corso della presente tesi (cioè, per evocare l'uso escludente non solo del diritto penale in senso stretto, ma anche del diritto amministrativo punitivo), si privilegerà la locuzione *diritto penal-amministrativo del nemico* a quella di *diritto penale del nemico* le cui origini vengono tradizionalmente fatte risalire a G. JAKOBS, «Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2009; ID., *I terroristi non hanno diritti*, in R. E. KOSTORIS – R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 3-17. Secondo il filosofo tedesco, soltanto chi presta fedeltà alle norme dell'ordinamento è meritevole dei diritti e delle garanzie da questo apprestate; viceversa, chi viola le norme, si auto-esclude dall'ordinamento e deve, pertanto, essere trattato alla stregua di un non-cittadino o, meglio, come non-persona. Nel senso di ritenere più risalenti le origini di questa teoria, v. G. FIANDACA, *Nulla di nuovo sotto il sole (o buio) penalistico: Manzini precursore di Jakobs nella teorizzazione di un "diritto penale del nemico"*, 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*, Giuffrè, 2018, p. 35 ss. A onor del vero, del processo di costruzione del criminale (presunto o reale) come nemico aveva già trattato M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, trad. it. A. TALCHETTI, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2014, p. 98: «il criminale appare allora come un essere giuridicamente paradossale: egli ha rotto il patto, dunque è nemico dell'intera società, e tuttavia partecipa alla punizione che subisce. [...] In effetti, l'infrazione oppone un individuo all'intero corpo sociale. Lotta ineguale: da una sola parte, tutte le forze, tutta la potenza, tutti i diritti. Ed è necessario sia proprio così, ne va della sicurezza di ciascuno». Nel senso che il terrorismo ha consentito, dopo le grandi fasi storico-politiche della Guerra Fredda e della caduta del muro di Berlino, una *rimagnetizzazione* del polo securitario attraverso l'attivazione, a livello globale, di un dispositivo repressivo, cfr. M. DELMAS-MARTY, «Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2009, p. 59, nonché EAD., *Les forces imaginantes du droit III, cit.*, p. 95.

⁵⁷⁹ F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione, cit.*, p. 5.

⁵⁸⁰ § 3.2.

migrante extracomunitario. Anche a livello internazionale, il Consiglio di sicurezza dell'ONU, con risoluzione 1373/2001, aveva ribadito – sulla falsariga della risoluzione n. 1267/1999, adottata in reazione al primo (nonché fallito) attentato alle Torri Gemelle del 1993 e a quelli alle ambasciate statunitensi situate a Nairobi, Dar El Salaam e nello Yemen – la necessità di adottare adeguate misure al fine di evitare che i terroristi potessero avvalersi dello *status* di rifugiato per sottrarsi alla giustizia penale. Successivamente, con Posizione comune 930/2001/PESC del 27 dicembre 2001, adottata in seguito al vertice del Consiglio europeo di Laeken (14-15 dicembre 2001) e su impulso della risoluzione n. 1373/2001 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, si ribadiva la necessità di intensificare i controlli alle frontiere al fine di impedire l'ingresso e la circolazione nello spazio europeo di eventuali terroristi o gruppi di terroristi.

Si è, così, progressivamente consolidata l'idea che la lotta contro l'immigrazione illegale implica necessariamente anche il rafforzamento della lotta contro il terrorismo. A riprova di ciò, in Italia, con il decreto c.d. Pisanu (d.l. 27 luglio 2005 n. 144, convertito con modifiche dalla l. 31 luglio 2005 n. 155) hanno fatto ingresso nel codice penale il nuovo reato di fabbricazione e possesso di falsi documenti d'identità o di viaggio (art. 497-*bis* c.p.) e, al contempo, i delitti di arruolamento e di addestramento all'uso di armi e/o alle tecniche di combattimento con finalità di terrorismo (artt. 270-*quater* e *quinques* c.p.), nonché la circostanza aggravante ad effetto speciale per il caso in cui la pubblica istigazione o l'apologia avessero ad oggetto la commissione di un delitto di terrorismo o di un crimine contro l'umanità (art. 414 ultimo comma c.p.). Da ultimo, ma non per importanza, è stata tipizzata l'ipotesi dell'espulsione dello straniero, da parte del Ministro dell'interno (o, su delega di questi, del Prefetto) al ricorrere di fondati motivi che la permanenza nel territorio dello Stato potesse «in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali». Questa ipotesi di espulsione (che, a onor del vero, avrebbe potuto essere ricondotta nell'alveo dell'art. 13 comma 1 T.U.I., che prevedeva l'espulsione ministeriale dello straniero ritenuto una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico)⁵⁸¹ si è aggiunta alle preesistenti⁵⁸², condividendone e rafforzandone il

⁵⁸¹ N. GULLO, «Prevenzione del terrorismo, tutela dell'ordine pubblico e diritti fondamentali degli stranieri», *Diritto & questioni pubbliche*, XVII, 2017/2 (dicembre), p. 468.

⁵⁸² Si tratta delle seguenti: a) espulsione comminata, ai sensi dell'art. 13 comma 2 T.U.I., dal prefetto per ingresso clandestino o irregolarità del soggiorno e – in seguito alle modifiche apportate dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con l. 17 aprile 2015, n. 43 –, nei confronti degli stranieri che “pongono in essere atti preparatori ovvero esecutivi diretti a [...] prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di

deficit di garanzie individuali⁵⁸³, dovuto, *inter alia*, alla discutibile competenza del giudice di pace in sede di convalida dell'ordine questorile di accompagnamento alla frontiera⁵⁸⁴.

Nel frattempo, anche la legislazione e il dibattito politico francesi registravano la tendenza ad accostare il fenomeno migratorio a quello terroristico: a riprova di ciò, dapprima la legge Pasqua del 9 settembre 1986 – adottata lo stesso giorno in cui fu promulgata quella relativa alla lotta al terrorismo (quasi a voler rimarcare il presunto nesso tra immigrazione e terrorismo) –, restringeva la possibilità di uno straniero di acquisire la cittadinanza francese⁵⁸⁵, possibilità resa ancor più remota dal progressivo consolidamento di pratiche amministrative ostative: le istruzioni ministeriali indirizzate ai prefetti (*fiches d'aide à la décision* o *fiches pédagogiques*) comporteranno, infatti, una drastica riduzione

un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies c.p.” – più comunemente noti come *foreign fighter*) e persone fisiche nei cui confronti siano state adottate misure di congelamento dei beni finanziari, sussistendo fondati elementi per ritenere che tali risorse potessero essere disperse, occultate o usate per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali (art. 16); b) l'espulsione come misura di sicurezza disposta dal giudice penale in caso di condanna dell'extracomunitario per uno dei delitti di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. (delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza); c) l'espulsione quale sanzione alternativa alla detenzione, che può essere disposta dal magistrato di sorveglianza in caso di condanna ad una pena detentiva non superiore a due anni.

⁵⁸³ Come rileva V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale*, Edizioni scientifiche italiane, 2013, p. 307, si tratta di «misura di prevenzione amministrativa *ante delictum*, adottata dal potere esecutivo e sottoposta alla convalida di un mero giudice onorario, con le forme del rito camerale, non pienamente soddisfacenti dal punto di vista delle garanzie». A differenza dell'espulsione disposta dal giudice penale nei confronti dello straniero riconosciuto colpevole per un delitto di terrorismo all'esito di un processo svoltosi (o che, comunque, si presume si sia svolto) secondo i canoni del giusto processo *ex art. 111 Cost.*, l'espulsione nei confronti dello straniero meramente sospettato di agevolare attività od organizzazioni terroristiche è disposta dal Ministro dell'interno (o, su delega di questi, dal Prefetto) con decreto non preceduto dal nulla osta dell'autorità giudiziaria (salvo che non sia disposta nei confronti di un minorenne, nel qual caso competente è, ai sensi dell'art. 31 comma 4 d.lgs. 286 del 1998, il Tribunale per i minorenni, su richiesta del questore). Inoltre, il decreto non è soggetto a sospensione in caso di proposizione del ricorso dinanzi al T.A.R. Lazio (che è funzionalmente competente in materia ai sensi dell'art. 135 lett. i c.p.a.) e il ricorso non sospende l'esecuzione. L'esito positivo del ricorso è, peraltro, non scontato poiché, data la natura dell'organo da cui promana, il decreto in esame costituisce «espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa» (così, Consiglio di Stato, Sez. VI, decisione n. 88 del 16 gennaio 2006) e, in quanto tale, è soggetto ad un sindacato meramente estrinseco e formale.

⁵⁸⁴ Come rileva L. MASERA, «Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo», *Gli speciali di Questione Giustizia*, 9/2016, p. 85, se è vero che l'art. 13 comma 2 Cost. consente all'autorità di pubblica sicurezza, “in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge”, di “adottare provvedimenti provvisori che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria” per la convalida, si deve pur prendere atto che quella del giudice di pace è una *convalida tendenzialmente cartolare*, giacché, trattandosi di un provvedimento esecutivo di un atto di alta discrezionalità amministrativa, il giudice di pace – lungi dal poter sindacare la fondatezza degli elementi addotti dal Ministro a sostegno dell'espulsione –, «deve limitarsi ad un controllo meramente formale della legittimità dell'atto del questore esecutivo del provvedimento ministeriale».

⁵⁸⁵ Cfr. K. PARROT, *op. cit.*, p. 30.

di accoglimento delle richieste di naturalizzazione, che verranno rigettate, ad esempio, in virtù del rifiuto di togliersi il velo durante il colloquio con il Prefetto (gesto che viene interpretato come segno di mancata assimilazione alla comunità francese), dell'aver frequentato una moschea o, ancora, dell'aver ospitato un altro straniero irregolare in territorio francese, nonostante il legame familiare⁵⁸⁶.

Successivamente, con proposta legislativa del 1996 si proponeva di elevare ad atto di terrorismo “l'aiuto all'ingresso, alla circolazione o al soggiorno irregolare di uno straniero, quando tale atto si pone intenzionalmente in relazione con un'attività individuale o collettiva avente il fine di turbare gravemente l'ordine pubblico mediante l'intimidazione o il terrore”⁵⁸⁷. Quest'ultimo tentativo, a ben vedere, si iscrive nel più generale fenomeno che la giurista francese Mireille Delmas-Marty ha denominato *déshumanisation du droit pénal*, nel duplice senso di «diritto penale che si deumanizza, cioè deumanizzato, in quanto implicante una frattura rispetto alle idee e ai principi dell'umanesimo giuridico»⁵⁸⁸ e «diritto penale che deumanizza, cioè deumanizzante, in quanto riduce taluni esseri umani al solo potenziale di nocività sociale, assimilandoli a degli animali pericolosi, riducendoli al rango di strumenti o mezzi al servizio di un fine»⁵⁸⁹.

Senonché, il *Conseil Constitutionnel*⁵⁹⁰ ha censurato la fattispecie in quanto volta a punire non già atti concretamente offensivi della sicurezza dei beni e delle persone, ma un puro e semplice comportamento d'aiuto, diretto o indiretto, a delle persone in situazione irregolare; condotta, questa, di per sé priva di una relazione immediata e diretta con la commissione di un atto terroristico⁵⁹¹. D'altronde, un aiuto che si fosse posto in relazione immediata e diretta con la commissione di un atto terroristico sarebbe stato già punibile, a seconda dei casi, a titolo di *complicité* ai sensi dell'art. 121-7 del *code pénal* francese (e, in

⁵⁸⁶ Cfr. *ivi*, pp. 36-44.

⁵⁸⁷ Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996, tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire: “l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger, lorsque celle-ci est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur”.

⁵⁸⁸ P.-J. DELAGE, «Mireille Delmas-Marty, ou la résistance à la déshumanisation du droit pénal. À propos de Libertés et sûreté dans un monde dangereux», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3/2022, p. 541.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. n° 8.

⁵⁹¹ L. RICHEFEU, *op. cit.*, p. 23.

particolare, dall'*alinéa* 1^{er}, ai sensi del quale “è complice di un *crime* o di un *délit* la persona che coscientemente, mediante aiuto o assistenza, ne ha agevolato la preparazione o consumazione”⁵⁹², a titolo di *recel de criminel* (consistente, ai sensi dell’art. 434-6 *code pénal*, nel fatto di “fornire ad una persona autrice o complice di un *crime* o di un *délit* o di un atto di terrorismo punito con la reclusione di almeno dieci anni, un alloggio, un rifugio, dei sussidi, dei mezzi di sussistenza o qualsiasi altro mezzo idoneo a sottrarsi alle ricerche o all’arresto”)⁵⁹³ o, ancora, a titolo di *participation à une association de malfaiteurs* (art. 450-1 *code pénal*, secondo cui costituisce *association de malfaiteurs* “qualsiasi organizzazione stabilita in vista della preparazione, caratterizzata da uno o più fatti materiali, da uno o più *crimes* o *délits* puniti con la reclusione di almeno cinque anni”⁵⁹⁴).

Come osserva un’attenta dottrina, quello in esame è uno dei rari casi in cui il *Conseil Constitutionnel* – solitamente titubante nel sostituire il proprio apprezzamento a quello del legislatore⁵⁹⁵ – ha censurato un fattispecie incriminatrice per violazione del principio di necessità di cui all’articolo 8 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789⁵⁹⁶.

⁵⁹² “est complice d’un crime ou d’un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation”.

⁵⁹³ “fournir à la personne auteur ou complice d’un crime ou d’un acte de terrorisme puni d’au moins dix ans d’emprisonnement un logement, un lieu de retraite, des subsides, des moyens d’existence ou tout autre moyen de la soustraire aux recherches ou à l’arrestation”.

⁵⁹⁴ “tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d’un ou plusieurs crimes ou d’un ou plusieurs délits punis d’au moins cinq ans d’emprisonnement”. Cfr. C. CHASSANG, «La fin du délit de solidarité à la française?», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2019, p. 188.

⁵⁹⁵ Ne costituisce prova, ad esempio, CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n. 93-334 QPC du 20 janvier 1994, che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale – sotto il profilo, tra gli altri, del principio di necessità – della c.d. *peine incompressible* (risultante dal combinato disposto degli articoli 132-23 e 221-4 del codice penale francese e degli articoli 720-4 e 730-2-1 del codice di procedura penale francese), ha affermato: «il n’appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur». In argomento, v. T.-S. RENOUX, «Contrôle de constitutionnalité de la loi du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale [Note sous décision n° 93-334 DC]», *Recueil Dalloz*, 1995, n° 40, p. 340-341.

⁵⁹⁶ R. PARIZOT, *op. cit.*, p. 156, la quale rileva altresì come il principio di offensività sia in realtà una creazione della dottrina italiana, non essendo rinvenibile nell’ordinamento francese. Questa lacuna è colmata dal principio di necessità, cui però è riconosciuta una portata molto ristretta. La tendenza, infatti, è quella di riconoscere una sua violazione esclusivamente nel caso in cui la scelta di criminalizzazione del legislatore sia manifestamente sproporzionata. Inoltre, poiché l’unica definizione del concetto di necessità si ricava dall’art. 5 della *Déclaration des droits de l’homme*, secondo cui “la loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société”, di fatto spetta al legislatore individuare le azioni nocive sulla base dei valori da lui stesso giudicati come essenziali (cfr. *ivi*, pp. 162-164).

Gli istituti della *déchéance de nationalité* e della revoca della cittadinanza per i cittadini *non iure sanguinis* condannati per terrorismo contribuiranno a marcare il confine tra i cittadini purosangue e gli stranieri cui la cittadinanza sia stata concessa in conformità a una delle tre modalità di cui agli artt. 4 co. 2, 5 e 9 della legge n. 91/1992. Al riguardo, preme segnalare fin da subito che – pur trattandosi di misura non penalistica in senso stretto (ancorché conseguente – in via non automatica e secondo una procedura che si descriverà più avanti – al passaggio in giudicato di una sentenza di condanna per reati di terrorismo) –, la scelta di dedicarvi un paragrafo risponde alla necessità di gettare lo sguardo oltre il ristretto orticello del penalista⁵⁹⁷, così da prendere in considerazione anche quegli strumenti che, ancorché formalmente estranei all'area penalistica, contribuiscono al processo di criminalizzazione ed esclusione degli stranieri dalle garanzie che lo Stato di diritto pone a tutela del comune cittadino. In questo senso, entrambi gli istituti – rispettivamente francese e italiano – possono essere interpretati come espressione di un *diritto penal-amministrativo del nemico*⁵⁹⁸ sempre più pervasivo, rispondendo alla primaria esigenza cui è piegato l'intero *diritto dei confini*: rendere espellibili gli *indesiderabili* che, avendo acquisito la cittadinanza, non potrebbero essere espulsi per il divieto, posto in capo agli Stati dall'art. 3 del Protocollo n. 4 CEDU, di espellere i propri cittadini. La *déchéance de nationalité* e la revoca della cittadinanza, agendo come strumenti di privazione della cittadinanza, consentono, per l'appunto, di superare questo divieto. L'idea di fondo è che il cittadino straniero, anche nel caso in cui abbia regolarmente acquisito la cittadinanza, sia potenzialmente e ontologicamente più pericoloso rispetto al cittadino di suolo e di sangue (*Blut und Boden*): la logica è quella tipica del «populismo escludente»⁵⁹⁹ in base alla quale soltanto i cittadini purosangue possono essere considerati membri a pieno titolo di una comunità⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., 2009, p. 30.

⁵⁹⁸ Cfr. M. C. CAVALLARO, *Verso un diritto amministrativo del nemico?*, relazione al Convegno «Un nuovo sguardo al diritto penale del nemico» organizzato dall'Università degli Studi di Palermo il 28 maggio 2021.

⁵⁹⁹ H.-G. BETZ, «Exclusionary populism in Austria, Italy and Switzerland», *International journal*, 2001, pp. 393-394: «the aim of exclusionary populism is to protect the 'own society', culture and way of life against alien intrusion and contamination».

⁶⁰⁰ Cfr. ID., *Contro la globalizzazione: xenofobia, politica dell'identità e populismo escludente nell'Europa occidentale*, in M. Tarchi (a cura di) *Anatomia del populismo*, cit., p. 210. In senso analogo, v. pure J.-W. MÜLLER, *La peur ou la liberté*, cit., pp. 138-139, secondo cui i populistici pretenderebbero che una categoria di cittadini sia considerata di seconda classe o come non facente parte del popolo. In questo senso, il populismo contraddirebbe l'idea fondamentale della democrazia come «progetto umano, condotto da esseri umani che si

La stessa logica escludente ha indotto, contestualmente all'introduzione (o, meglio, estensione) della revoca della cittadinanza⁶⁰¹, all'ampliamento dell'elenco dei reati ostativi alla concessione del visto d'ingresso e di quello dei reati che consentono il diniego o la revoca dello *status* di rifugiato o richiedente la protezione sussidiaria. Come si vedrà *infra*, queste misure, seppur in linea con la risoluzione n. 1373/2001 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite⁶⁰² e con altre fonti sovranazionali in materia, non sono immuni da dubbi costituzionali e possibili censure e sottendono l'idea che il rifugiato sia «un fingitore, il potenziale usurpatore di un diritto definito sì come universale, ma al contempo trattato come risorsa limitata da distribuire con estrema rigidità»⁶⁰³.

I decreti sicurezza e immigrazione del 2018 e del 2019 – unitamente al decreto c.d. Minniti⁶⁰⁴, in precedenza, e al c.d. decreto di Cutro⁶⁰⁵ (che, nelle more della conversione in legge, verrà analizzato nel corso dell'ultimo capitolo) – portano a compimento il progetto

riconoscono mutualmente come liberi ed eguali». Uno Stato di diritto, infatti, prosegue l'Autore, «non conduce mai una *Kulturkampf*, cioè una guerra etnica».

⁶⁰¹ Estensione e non introduzione perché la revoca della cittadinanza era ed è già prevista dalla Legge 5 febbraio 1992 n. 91, a onor del vero, qualora, a seguito dell'acquisto conseguente ad un provvedimento di adozione, quest'ultimo sia revocato per fatto imputabile all'adottato minorenni, salvo che questi abbia un'altra cittadinanza o possa riacquistarla (se la revoca avviene rispetto ad un maggiorenne, questi conserva la cittadinanza italiana salvo il diritto a rinunciarvi entro un anno dalla data della revoca) e qualora il cittadino abbia svolto attività in contrasto con i doveri di fedeltà verso lo Stato (pubblico impiego o servizio militare presso uno Stato estero e non ottemperanza all'ordine del Governo italiano di lasciare la carica, l'impiego o il servizio; svolgimento del servizio militare, accettazione di impiego o carica pubblica e/o acquisto volontario di cittadinanza di uno Stato estero in guerra con l'Italia).

⁶⁰² Con essa si è ribadita la necessità, già invocata nella precedente risoluzione n. 1267/1999, di introdurre adeguate misure volte ad impedire ai terroristi di avvalersi dello *status* di rifugiato per sottrarsi alla giustizia penale.

⁶⁰³ A. SCIURBA, *Le parole dell'asilo. Un diritto di confine*, Giappichelli, 2021, p. 82.

⁶⁰⁴ Decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con emendati in legge 13 aprile 2017, n. 43. Ad esso si devono, oltre che una serie di misure a tutela della sicurezza urbana e del decoro, l'abolizione del secondo grado di giudizio nei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale e un ulteriore allungamento del periodo massimo di trattenimento degli stranieri irregolari nei centri di permanenza per il rimpatrio (nuova denominazione conferita ai centri di identificazione ed espulsione). Cfr. L. MASERA, «I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti», *Diritto penale contemporaneo*, 10 marzo 2017.

⁶⁰⁵ Decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, recante «disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare» (GU n. 59 del 10-3-2023). Il decreto prende il nome dalla località calabrese al largo delle cui coste si è verificata, il 26 febbraio 2023, l'ennesima strage del Mediterraneo, che è costata la morte ad almeno 91 persone, di cui 32 minori, stando al bilancio aggiornato al 26 marzo 2023 (cfr. «Naufragio di Cutro, le vittime salgono a 91. Recuperato il corpo di un 30enne», *Corriere della Calabria*, 26 marzo 2023, disponibile al seguente link: <https://www.corrieredellacalabria.it/2023/03/26/naufragio-di-cutro-le-vittime-salgono-a-91-recuperato-il-corpo-di-un-30enne/>, URL consultato il 31 marzo 2023).

di marginalizzazione, esclusione e criminalizzazione del migrante avviato con la legge Bossi-Fini. Invero, la soppressione del permesso di soggiorno per motivi umanitari (e il conseguente suo spaccettamento in un elenco tassativo di permessi speciali⁶⁰⁶) con i decreti Salvini e, successivamente, come si vedrà, l'indebolimento della c.d. *protezione speciale*, avranno quale unico effetto quello di creare maggiore insicurezza, condannando ad una clandestinità senza via di scampo «decine di migliaia di migranti totalmente integrati nella nostra società, a beneficio futuro della politica della paura»⁶⁰⁷.

In virtù del primo *decreto sicurezza* del 2018, lo straniero potrà peraltro essere trattenuto, su richiesta del questore convalidata del giudice di pace, presso i centri di permanenza per il rimpatrio (C.P.R.) per trenta giorni, prorogabili fino a centottanta⁶⁰⁸. Questa scelta si pone in linea con quella francese di allungare i limiti temporali entro i quali è consentito il trattenimento amministrativo (più precisamente, da 45 a 90 giorni). Ad oggi, inoltre, nonostante dal 2018 il numero degli ordini di allontanamento dal territorio francese (*ordres de quitter le territoire français*, d'ora in poi OQTF) sia aumentato esponenzialmente⁶⁰⁹, il *projet de loi sur la programmation et orientation n° 2023-22 du 24 janvier 2023 du Ministère de l'intérieur* si prefigge di estenderne ulteriormente l'ambito di

⁶⁰⁶ L'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari è stata accompagnata dall'introduzione di tre nuove forme di permesso concernenti ipotesi eccezionali e residuali, relative alle situazioni in cui lo straniero irregolare versi in condizioni di salute di particolare gravità tali da esporlo a un rilevante pregiudizio in caso di espatrio (art. 19 comma 2 lettera d-bis T.U.I.) ovvero siano in corso calamità naturali (art. 20-bis T.U.I.) nel paese di destinazione o, ancora, abbia compiuto atti di particolare valore civile (art. 42-bis T.U.I.). Il permesso di soggiorno per calamità consente l'esercizio di attività lavorativa, ma – per espressa previsione di legge – non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Il permesso di soggiorno per cure mediche ha la durata di un anno ed è rinnovabile finché sussistono le condizioni di salute che ne hanno legittimato la concessione; in assenza di espressi divieti, si ritiene possa essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Quanto al permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile, viene rilasciato per un biennio, consente l'accesso allo studio e al lavoro, è rinnovabile e convertibile in permesso per motivi di lavoro. Per approfondimenti e rilievi critici si rinvia alla relazione ASGI, *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1 d.l. 113/2018. Prime osservazioni*, 25 ottobre 2018, in www.asgi.it, limitandoci a chiedere provocatoriamente se un atto di salvataggio in mare di un naufrago da parte di uno straniero irregolare possa considerarsi atto di valore civile o debba essere penalmente perseguito come favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

⁶⁰⁷ L. FERRAJOLI, *Le politiche contro i migranti*, cit., p. 18.

⁶⁰⁸ Cfr. A. CONZ – L. LEVITA, *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Dike giuridica editrice, 2019, p. 47 ss.

⁶⁰⁹ Dai 103.852 OQTF nel 2018 si è arrivati ai 124.111 nel 2021. Cfr. ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, AMÉLIORER L'INTÉGRATION, 31 gennaio 2023, p. 158 (il cui testo è disponibile al seguente link: https://www.gisti.org/IMG/pdf/pil2023_2023-02-01_ei_-_iomv22364721_cm_1.02.2023.pdf; URL consultato il 3 aprile 2023).

applicazione⁶¹⁰, consentendo l'espulsione dello straniero allorché la sua presenza sul territorio francese sia ritenuta una minaccia per l'ordine pubblico, locuzione, questa, molto generica e idonea a ricomprendere, ai sensi dell'articolo 631-1 del CESEDA, anche i casi in cui lo straniero non sia stato ancora condannato, risultando soltanto indiziato⁶¹¹.

Si è assistito, inoltre, ad un aumento della popolazione trattenuta, anche per effetto del dilagante fenomeno dell'ingresso nei *centres de rétention administrative* (d'ora in poi, CRA) di stranieri in uscita dal carcere, condannati alla «double peine»⁶¹², intendendosi con questa espressione l'inflizione, in aggiunta alla reclusione in carcere, della misura complementare dell'*interdiction du territoire français* (anch'essa in aumento⁶¹³ e di dubbia compatibilità con la finalità rieducativa della pena⁶¹⁴). Secondo i dati forniti da *La Cimade*, la presenza nei CRA degli stranieri appena uscita dalle prigioni al 2020 si attestava al 26,5%⁶¹⁵.

Preoccupazioni desta anche la presenza di minori stranieri non accompagnati (cui d'ora in poi ci si riferirà con l'acronimo francese, MIE⁶¹⁶) nei CRA: infatti, se il loro

⁶¹⁰ Contestualmente si prevede l'introduzione dell'art. L. 312-1-1 all'inizio del capitolo II del titolo I del libro III del CESEDA, ai sensi del quale, salvo che ricorrano particolari ragioni umanitarie, lo straniero che nei cinque anni precedenti sia stato destinatario di un OQTF non può ottenere il VISA fintantoché non abbia fornito la prova di aver lasciato il territorio francese. Quest'obbligo di produzione documentale sussiste fino a cinque anni dall'emanazione dell'OQTF. La sua durata, pertanto, equivale a quella della durata massima dell'interdizione dal territorio francese (cfr. *ivi*, p. 265). Il Consiglio di Stato francese ha formulato, tuttavia, parere negativo con riferimento a tale disposizione, invitando ad espungerla dal provvedimento in quanto «è già possibile per l'autorità consolare investita di una domanda di visa, di verificare, nell'esercizio dei poteri di cui dispone, se sussistono le condizioni» (cfr. CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, n° 406543, 26 janvier 2023, p. 17).

⁶¹¹ ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, AMÉLIORER L'INTÉGRATION, *cit.*, p. 17.

⁶¹² LA CIMADE, *La double peine: une situation absurde et injuste pour les personnes étrangères*, 4 octobre 2021, p. 16.

⁶¹³ Sulla base dei dati del casellario giudiziale nazionale, nel 2019 sono state pronunciate 4.000 *interdictions du territoire français* (d'ora in poi, ITF) a fronte delle 1.600 del 2014. Va segnalato, peraltro, come lo stesso *projet de loi sur la programmation et orientation 2023-2027* auspica un'estensione dell'istituto in esame (il cui referente normativo è l'articolo 131-30-1 del codice penale francese), al fine di consentire, previa decisione del giudice (che dovrà bilanciare la tutela dei diritti fondamentali dello straniero con l'ordine pubblico) anche l'espulsione degli stranieri che presentino un livello elevato di integrazione nella società (essendo soggiornanti di lungo periodo). Si prevede, altresì, l'estensione del catalogo dei reati a titolo dei quali è possibile adottare tale pena. Cfr. ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, *cit.*, pp. 139-153.

⁶¹⁴ LA CIMADE, *La double peine*, *cit.*

⁶¹⁵ *Ivi*, p. 28.

⁶¹⁶ MIE è l'acronimo di *mineurs isolés étrangers*. Il minore straniero è considerato come non accompagnato quando nessun adulto ne è legalmente responsabile o se ne prende effettivamente cura, rimettendo la

numero è diminuito rispetto al 2019⁶¹⁷, la loro presenza rimane elevata in termini di proporzione rispetto all'intera popolazione trattenuta⁶¹⁸, nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia a più riprese rilevato l'illegittimità di questa pratica⁶¹⁹. Del resto, la persistente prevalenza della finalità di allontanamento dello *straniero indesiderabile* sulla tutela dei diritti fondamentali è dimostrata dal rinnovato intento (cristallizzato nel *projet de loi* da ultimo citato) di costruire nuovi posti nei CRA (portandoli a 3000) entro il 2027⁶²⁰, dopo che nel 2020 il Governo francese aveva già indetto la creazione di nuovi quattro CRA a Olivet, Lyon, Bordeaux e Mesnil-Amelot⁶²¹. È interessante notare come, contestualmente alla costruzione di nuovi CRA, lo stesso progetto di legge si prefigga di inasprire le pene per chi dà in locazione ad uno straniero irregolare un'abitazione in condizioni fatiscenti⁶²², in nome della tutela della dignità umana delle persone migranti⁶²³ (dignità, però, di cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte constatato la violazione per le condizioni in cui versano i CRA)⁶²⁴.

Analogamente, in Italia, la legge di bilancio del 2023 ha incrementato le risorse iscritte nello stato di previsione del Ministero dell'Interno destinate all'ampliamento della

responsabilità al giudice competente (cfr. art. 1, arrêté du 17 novembre 2016 pris en application du décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 relatif aux modalités de l'évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille).

⁶¹⁷ 122 nel 2020 a fronte di 279 nel 2019.

⁶¹⁸ *Ivi*, p. 18.

⁶¹⁹ Con sentenza resa il 31 marzo 2022, la Francia è stata condannata, per la nona volta, per la violazione dell'art. 3 della Convenzione in relazione al trattenimento amministrativo di un minore straniero insieme alla propria famiglia. Per un breve commento alla sentenza e per maggiori approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali sia consentito rinviare a V. ROMANO, *Inumano e degradante il trattenimento amministrativo di un minore straniero accompagnato: la Corte di Strasburgo condanna nuovamente la Francia*, nota a CORTE EDU, sentenza 31 marzo 2022, ric. 49775/20, *N.B. e altri c. Francia*, < foroitaliano.it >, 7 aprile 2022 (<https://www.foroitaliano.it/news/1416/inumano-e-degradante-il-trattenimento-amministrativo-di-un-minore-straniero-accompagnato-la-corte-di-strasburgo-condanna-nuovamente-la-francia/> URL consultato il 30 agosto 2022).

⁶²⁰ Article 3.7: "Afin de lutter contre l'immigration clandestine alimentée par un dévoiement du droit d'asile et de favoriser les reconduites à la frontière, le délai moyen de traitement d'un dossier par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) sera abaissé à 60 jours sur la durée de la présente loi de programmation et le nombre de places en centres de rétention administrative sera progressivement porté à 3 000". Il testo della legge è consultabile su www.legifrance.gouv.fr.

⁶²¹ Cfr. LA CIMADE, *Centres et locaux de rétention administrative*, Rapport 2020, p. 10.

⁶²² Reato previsto e punito dall'art. 6 alinéas 3-7 loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁶²³ Cfr. ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, *cit.*, p. 237.

⁶²⁴ Cfr., ancora, V. ROMANO, *Inumano e degradante il trattenimento amministrativo*, *cit.*

rete dei CPR (centri di permanenza per i rimpatri) di complessivi 42.045.939 euro per il biennio 2023-2025. L'impegno è stato rinnovato all'indomani della *strage di Cutro*⁶²⁵.

Come si vedrà nel prosieguo dell'analisi, si è assistito altresì, tanto in Italia quanto in Francia, ad una progressiva espansione (o «patologizzazione»⁶²⁶) della nozione di nemico, che dallo *straniero indesiderabile* ha finito per fagocitare anche gli attori umanitari che vi prestano soccorso.

In particolare, il decreto *sicurezza-bis* (decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53) – consolidando una prassi a onor del vero già precedentemente diffusa⁶²⁷ – ha modificato l'art. 11 del T.U. immigrazione, introducendo un nuovo comma 1-*ter* che conferisce al Ministro dell'Interno – di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti, e informato il Presidente del Consiglio – il potere di emanare provvedimenti volti a vietare o limitare l'ingresso, il transito o la permanenza nelle acque territoriali di navi (escluse quelle militari o in servizio governativo non commerciale), per “motivi di ordine e sicurezza pubblica” o al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 19, comma 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay, norma che a sua volta individua, quale ipotesi di passaggio non inoffensivo di nave straniera nelle acque territoriali, il caso in cui tale nave effettui “il carico o lo scarico di [...] persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero”. Si prevede, inoltre, che la violazione di tale divieto sia punita con *sanzioni amministrativo-punitive*: invero, l'art. 12 comma 6-*bis* d.lgs. 286/98 prevede che al comandante della nave si applichi una sanzione amministrativa pecuniaria da 150.000 a 1.000.000 euro. Si prevede, altresì, la responsabilità solidale *ex art. 6 l. 24 novembre 1981*,

⁶²⁵ DOSSIER XIX LEGISLATURA, *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare* – D.L. n. 20/2023 – A.S. n. 591, Senato della Repubblica, 15 marzo 2023, p. 50.

⁶²⁶ Prendo a prestito questo termine da S. ROMANO, «L'(ab)uso del diritto penale contro le azioni di soccorso delle ONG», *Diritto & Questioni Pubbliche*, XXI/2021, p. 44.

⁶²⁷ Il riferimento è, innanzitutto, alla Direttiva ministeriale del 18 marzo 2019 con cui, invocando l'esigenza di ordinata gestione dei flussi migratori, nonché quella correlata di impedire passaggi di navi pregiudizievoli ai sensi del diritto del mare, si istruivano le autorità incaricate della sorveglianza delle frontiere marittime nel senso di negare l'ingresso a chiunque avesse svolto «un'attività di soccorso [...] con modalità improprie, in violazione della normativa internazionale sul diritto del mare e, quindi, pregiudizievole per il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero in quanto finalizzata all'ingresso di persone in violazione delle leggi di immigrazione». Venivano, poi, emanate ulteriori direttive aventi ad oggetto l'operato di singole ONG, ritenute responsabili di condotte descritte in termini di «possibile strumentalizzazione degli obblighi internazionali in materia di search and rescue» (direttive 4 aprile 2019 e 15 maggio 2019) o di «cooperazione mediata» che, di fatto, incentiva gli ingressi irregolari (direttiva 15 aprile 2019). Cfr. S. ZIRULIA, «Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici», *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2019.

n. 689 dell'armatore della nave; di quest'ultima è, poi, sempre disposta la confisca, procedendosi immediatamente a sequestro cautelare, e, a seguito di provvedimento definitivo di confisca, sono imputabili all'armatore e al proprietario della nave gli oneri di custodia delle imbarcazioni sottoposte a sequestro cautelare⁶²⁸.

Rinviando *infra* l'analisi dei principali profili di criticità della disciplina (e di quelle successivamente introdotte dai decreti Lamorgese e Piantedosi), ci si limita in questa sede a rilevare il paradosso per cui la stessa disposizione parli di un potere ministeriale da esercitare "nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia".

Frattanto, così delineato il quadro generale, l'analisi prenderà le mosse da quella che può essere definita come la *bandiera del populismo penale escludente*⁶²⁹: il reato (o *délit*, in Francia) di immigrazione clandestina.

2. La bandiera del «populismo penale escludente»: la contravvenzione in Italia (o il *délit* in Francia) di immigrazione clandestina e le principali fattispecie ad esso connesse. / *Le drapeau du «populisme pénal excluant»: la contravvenzione en Italie (ou délit en France) d'immigration illégale et les principales infractions accessoires.*

Dapprima ipotizzato in forma delittuosa⁶³⁰, il reato italiano di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato costituisce una contravvenzione, punita, "salvo che il fatto costituisca più grave reato", con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro⁶³¹.

⁶²⁸ Competente ad irrogare tali sanzioni, previo accertamento da parte degli organi addetti al controllo, è il Prefetto territorialmente competente.

⁶²⁹ Prendo a prestito la metafora della bandiera da E. AMODIO, *op. cit.*, che la utilizza con riferimento alla riforma della legittima difesa domiciliare, tratto, a suo avviso, distintivo del populismo penale di matrice giallo-verde.

⁶³⁰ L'originario disegno di legge governativo prevedeva l'introduzione (non di una contravvenzione, ma) del *delitto* di ingresso illegale, punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni, con arresto obbligatorio e giudizio direttissimo. Successivamente, sulla spinta dell'opposizione e degli ambienti cattolici preoccupati per la deriva segregazionista del Governo (e per le sicure ripercussioni sul già critico sovraffollamento carcerario), indussero quest'ultimo ad optare per il reato contravvenzionale. Al contempo, si decideva però di estendere l'area della punibilità, dapprima limitata al solo ingresso illegale, anche alla permanenza irregolare. Cfr. L. MASERA, "*Terra bruciata*" *attorno al clandestino*, *cit.*, pp. 31-38.

Conformemente alla logica del *diritto penale d'autore*, soggetto attivo del reato è lo straniero definito dall'art. 1 T.U.I. come il cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea o l'apolide⁶³², salvo quello destinatario di un provvedimento di respingimento *ex art.* 10 comma 1 T.U.I.⁶³³ o identificato durante i controlli dalla polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale.

Se prima del *pacchetto sicurezza* del 2009 la stessa condotta integrava gli estremi di un illecito amministrativo legittimante l'emanazione da parte del Prefetto di un provvedimento di espulsione da eseguire mediante accompagnamento coattivo alla frontiera⁶³⁴, oggi essa dà impulso ad un procedimento penale davanti al giudice di pace che, ai sensi dell'art. 16 T.U.I., può sostituire la sanzione pecuniaria con l'espulsione, a condizione che non sussistano cause ostative all'allontanamento, tra le quali rientrano, oltre le cause già indicate dall'art. 13 comma 4-*bis* T.U.I.⁶³⁵, la necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero quella di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo (art. 14 comma 1 T.U.I.). Si tratta di ipotesi molto frequenti

⁶³¹ Art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998.

⁶³² Si tratta, quindi, di reato proprio. Da notare che CASS. PEN., SEZ. UN., 27 settembre 2007, n. 2451 ha escluso che l'ingresso della Romania nell'Unione europea abbia determinato l'abolizione degli illeciti commessi dai rumeni prima dell'entrata in vigore del trattato di adesione. Secondo i giudici, infatti, le norme extrapenali che hanno modificato lo *status* dei cittadini rumeni, facendoli diventare cittadini comunitari, non possono considerarsi integratrici della norma penale né possono operare retroattivamente. Cfr. G. SAVIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, in (P. M. Della Rocca) a cura di, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, 2021, p. 288.

⁶³³ Il riferimento è al *respingimento immediato*, misura disposta ordinariamente dalla polizia di frontiera nei confronti degli stranieri che si presentino ai valichi senza possedere i requisiti richiesti per l'ingresso regolare. Esso si distingue dal *respingimento differito* previsto dal comma 2 dell'art. 10-*bis* d.lgs. 286/98, ai sensi del quale il questore può disporre l'accompagnamento coattivo alla frontiera nei confronti di coloro che, sottraendosi ai controlli, siano fermati all'ingresso o subito dopo e di coloro che, pur dovendo essere respinti, sono stati temporaneamente ammessi sul suolo nazionale per necessità di pubblico soccorso. Ai sensi dell'art. 13, comma 2, Regolamento CE n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce il c.d. Codice frontiere Schengen, "il respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise". La stessa disposizione precisa che allo straniero respinto deve essere consentito di proporre ricorso, benché quest'ultimo non sospenda l'esecuzione del provvedimento.

⁶³⁴ Salvo trattenimento dello straniero nei CIE (centri d'identificazione ed espulsione) quando non fosse eseguibile immediatamente l'espulsione.

⁶³⁵ Pericolo di fuga, mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità, mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato, l'aver in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità, il non avere rispettato il termine concesso per la partenza volontaria o l'aver violato il divieto di reingresso (commi 5 e 13 dell'art. 13), l'aver violato una delle misure disposte dal questore ai sensi dell'art. 13 comma 5.2 T.U.I. (cioè, in sede di concessione di un termine per la partenza volontaria).

nella prassi, tanto che da un'indagine svolta presso gli uffici del giudice di pace di Milano è emerso che nel triennio 2009-2012 sono state pronunciate circa 800 sentenze di condanna a pena pecuniaria per la contravvenzione in questione. Tuttavia, solo in tre casi il giudice di pace, dopo aver constatato la pratica inesigibilità della sanzione da parte di persone che versavano in condizioni di indigenza⁶³⁶, ha potuto sostituire la pena pecuniaria con l'espulsione⁶³⁷.

Non meno agevole e priva di criticità risulta la conversione della sanzione pecuniaria in lavori di pubblica utilità ovvero nell'obbligo di permanenza domiciliare (art. 55 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274), essendo lo straniero irregolare privo di residenza (requisito, questo, fondamentale anche per l'accesso alla prima delle due misure alternative). Con particolare riferimento all'obbligo di permanenza domiciliare, la pressoché assoluta impraticabilità di tale misura è dovuta anche alla circostanza che l'art. 53 d.lgs. n. 274/2000 prevede che essa si esegua nei giorni di sabato e di domenica e che ogni giorno di permanenza equivalga massimo a 25 euro; sicché, anche applicando la pena minima di 5000 euro, si supererebbe il limite di 45 giorni prescritto dall'art. 55 per la permanenza domiciliare ($5000/25=200$)⁶³⁸. A rendere ancor meno effettivo l'apparato sanzionatorio concorre il divieto di oblazione, con conseguente dubbia compatibilità della disposizione con i principi di ragionevolezza ed eguaglianza. Allo straniero è preclusa anche la possibilità di chiedere la sospensione condizionale della pena o il patteggiamento, perché non rientranti nella competenza del giudice di pace (art. 60 d.lgs. 274/2000; art. 2 lett. g d.lgs. 286/98)⁶³⁹. Tutte queste preclusioni si spiegano alla luce dell'intento del legislatore di agevolare – anche su impulso delle fonti sovranazionali – le soluzioni ablative, ovverosia l'allontanamento degli

⁶³⁶ G. SAVIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit. p. 289, parla a questo proposito di «estremo simbolismo della previsione». Cfr., in argomento, anche L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato*, cit., p. 772, secondo cui questo ricorso a pene pecuniarie di fatto insolubili tradisce l'intento del legislatore di offrire copertura penale a fatti (nel caso di specie, i flussi migratori) che non si riescono (o non si vogliono) gestire adeguatamente mediante strategie di tipo extrapenale.

⁶³⁷ Cfr. L. MASERA – F. VIGANÒ, «Abolire la legge Bossi-Fini?», *Diritto penale contemporaneo*, 14 ottobre 2013, p. 7, per i quali, pertanto, «qualche interrogativo sull'opportunità di mantenere in vita l'incriminazione bisognerebbe pur porselo».

⁶³⁸ Cfr. F. CURI, *Uno sguardo alle fattispecie incriminatrici*, in *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 132.

⁶³⁹ Quanto, invece, alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p., essa è sostituita dalla causa speciale di non punibilità prevista dall'art. 34 d.lgs. 274/2000 (cfr. CASS. PEN., SEZ. I, 16 febbraio 2018, nn. 19430, 19432, 19433, 19434; CASS. PEN., SEZ. I, 12 giugno 2018 n. 36448; CASS. PEN., SEZ. I, 5 luglio 2013, n. 35742; in particolare, le prime due sentenze hanno evidenziato la necessità che il giudice valuti la sussistenza della causa di non punibilità in oggetto valutando la situazione specifica del singolo migrante). Cfr. G. SAVIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit. pp. 289-290.

stranieri indesiderabili. A riprova di ciò, nella prassi il procedimento si conclude quasi sempre con l'adozione di un provvedimento di espulsione. D'altronde, l'art. 13 comma 5 T.U.I. definisce in negativo i presupposti per la concessione di un termine per la partenza volontaria, stabilendo che "lo straniero, destinatario di un provvedimento d'espulsione, qualora non ricorrano le condizioni per l'accompagnamento immediato alla frontiera di cui al comma 4, può chiedere al Prefetto, ai fini dell'esecuzione dell'espulsione, la concessione di un periodo per la partenza volontaria, anche attraverso programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter. Il Prefetto, valutato il singolo caso, con lo stesso provvedimento di espulsione, intima lo straniero a lasciare volontariamente il territorio nazionale, entro un termine compreso tra 7 e 30 giorni. Tale termine può essere prorogato, ove necessario, per un periodo congruo, commisurato alle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno nel territorio nazionale, l'esistenza di minori che frequentano la scuola ovvero di altri legami familiari e sociali, nonché l'ammissione a programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter. La questura, acquisita la prova dell'avvenuto rimpatrio dello straniero, avvisa l'autorità giudiziaria competente per l'accertamento del reato previsto dall'articolo 10-bis, ai fini di cui al comma 5 del medesimo articolo. Le disposizioni del presente comma non si applicano, comunque, allo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento, di cui all'articolo 10". In questo modo, l'accompagnamento coattivo è la regola e la partenza volontaria l'eccezione, tanto che in dottrina si è denunciata la messa a punto di una sorta di «meccanismo a scatole cinesi e per esclusione, una sorta di gigantesca trappola dove è praticamente difficilissimo evitare l'esecuzione coattiva dell'espulsione»⁶⁴⁰.

Nihil novi sub sole: come nella vigenza dell'illecito amministrativo, ancora oggi lo straniero tacciato di irregolarità va incontro, almeno in linea teorica, all'allontanamento dal territorio dello Stato e al trattenimento presso un CPR ovvero – in seguito alla novella operata dal primo decreto sicurezza e al ricorrere di determinate condizioni –, in "strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza" o, ancora, in "locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato"⁶⁴¹, secondo un meccanismo dalle modalità

⁶⁴⁰ G. SAVIO, *Espulsioni e respingimenti. La fase esecutiva*, scheda pratica ASGI, 2016, p. 10 (URL: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/09/2016_DEF_Scheda-esecuzione-espulsioni.pdf consultato il 12 agosto 2021).

⁶⁴¹ L'art. 13 comma 5-bis d.lgs. 286/98, così come novellato dal d.l. n. 113/2018, stabilisce infatti che quando, nelle more del procedimento di convalida, non vi sia spazio presso uno dei suddetti centri o in quelli

non ben definite (tanto da aver attirato i commenti critici del Garante nazionale delle persone private della libertà personale⁶⁴²) e che evoca quello francese delle *zones d'attente*⁶⁴³ o, ancora, della *garde à vue*⁶⁴⁴ a lungo utilizzata anche in funzione del trattenimento degli stranieri nei locali di polizia⁶⁴⁵. Trovano ingresso, così, nel sistema «inediti spazi di coercizione situati nei più disparati luoghi di frontiera (porti, aeroporti, natanti)»⁶⁴⁶ la cui finalità è, ancora una volta, quella di snellire – nel duplice senso di velocizzare e, al contempo, svuotare di garanzie – l'iter relativo all'organizzazione dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, offrendo all'autorità di pubblica sicurezza due giorni in più per procedere al rimpatrio, senza che l'eventuale carenza di posti in un centro di trattenimento possa frustrare tale intento.

Resta, però, da verificare quanto questo breve, ancorché aggiuntivo, lasso temporale possa realmente incidere sui tempi di una procedura la cui ardua praticabilità si deve soprattutto a cause strutturali. Di per sé, infatti, l'emissione di un provvedimento espulsivo esprime soltanto la volontà di espellere il soggetto, ma in concreto questa volontà è molto difficile da tradurre nella realtà per il ricorrere di una molteplicità di fattori ostativi. Lungi

ubicati presso il circondario del Tribunale competente, “il giudice di pace, su richiesta del questore, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione del procedimento di convalida in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza”. Qualora tali condizioni permangano anche dopo l'udienza di convalida, “il giudice può autorizzare la permanenza in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida”.

⁶⁴² GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Parere sul decreto-legge 4 ottobre 2018*, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it, 15 ottobre 2018.

⁶⁴³ In base all'art. L. 341-6 del CESEDA si tratta di zone create all'interno delle stazioni ferroviarie, dei porti marittimi o degli aeroporti in cui lo straniero destinatario di un provvedimento di diniego di ingresso (*refus d'entrée*) – che può essere adottato dal capo del servizio di controllo alle frontiere o da un agente da lui designato – può essere trattenuto fino a quattro giorni (rinnovabili, previa autorizzazione giudiziaria). Cfr. L. RICHEFEU, *op. cit.*, pp. 37 ss.

⁶⁴⁴ Ai sensi dell'art. 62-2 c.p.p. francese, la *garde à vue* “è un provvedimento coercitivo emanato da un ufficiale di polizia giudiziaria, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, in forza del quale è mantenuta a disposizione degli inquirenti una persona a carico della quale sussistono una o più ragioni plausibili di sospettare che abbia commesso o tentato di commettere un reato punito con la reclusione”.

⁶⁴⁵ Cfr. P. HENRIOT, «Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers: La résistance française (de l'arrêt El Dridi à la loi du 31 décembre 2012)», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2013, p. 39.

⁶⁴⁶ E. VALENTINI, *L'accompagnamento coattivo*, *cit.*, p. 202, che rileva come si tratti di «luoghi che, proprio perché non adeguatamente disciplinati, non sempre sono (e saranno) agevoli da individuare, con grave ostacolo per le diverse possibili forme di controllo (come quello, imprescindibile, svolto dagli osservatori non istituzionali)».

dal dipendere da una mancata collaborazione dello straniero alla propria identificazione⁶⁴⁷ (che, oltretutto, si porrebbe in linea con il principio *nemo tenetur se detegere*), la difficoltà di espulsione è dovuta, oltre che ai fattori già elencati dalla legge e riportati *supra*, alla sistematica assenza di accordi bilaterali con gli Stati di rimpatrio. Non sorprende, pertanto, che spesso, decorsi i termini massimi del trattenimento nei centri di permanenza per il rimpatrio, il questore ordini allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di 7 giorni. Com'è facile intuire, si tratta di un termine troppo breve per consentire ad una persona che versa in condizioni di disagio economico e sociale, di organizzare il proprio viaggio. Il provvedimento di allontanamento si rivela, così, inefficace⁶⁴⁸: l'unico effetto che sortisce è quello di condannare lo straniero ad una clandestinità senza via di scampo, nonché alla brutale alternativa tra l'accettazione di un impiego nel mercato del lavoro informale e il crimine, a dimostrazione del carattere illusorio della sicurezza promessa dal legislatore⁶⁴⁹. L'unica certezza che se ne ricava è che, a fronte di fenomeni complessi (e globali) che richiederebbero risposte altrettanto complesse (e globali), si continuano a fornire risposte semplici e populisto-sovraniste, ma di impatto immediato per la pubblica opinione sul cui altare viene sacrificata la libertà personale degli stranieri.

Tornando all'analisi degli aspetti penalistici della fattispecie incriminatrice oggetto di questo paragrafo, essa si espone a rilievi critici anche sotto il profilo dell'accertamento della colpevolezza e dell'antigiuridicità. Sotto il primo profilo, si richiede che la condotta attiva (attraversamento della frontiera in assenza di titolo giustificativo idoneo) od omissiva (mancato possesso di documentazione necessaria alla permanenza regolare) sia imputabile quantomeno alla colpa del soggetto agente. Tuttavia, come rileva attenta dottrina, siffatto requisito difficilmente può dirsi soddisfatto da persone che fuggono da pericoli reali e concreti e da condizioni di disagio economico, sociale e talvolta culturale che rendono pressoché impossibile anche solo accedere ai testi legislativi di uno Stato straniero, ancor prima che comprenderne la portata semantica e applicativa. Sicché,

⁶⁴⁷ È la tesi sostenuta dal Ministro degli Interni, Matteo Piantedosi, durante la Conferenza Stampa che si è tenuta a Cutro, subito dopo la riunione del Consiglio dei Ministri, il 9 marzo 2023. Il video integrale della Conferenza Stampa è disponibile al seguente link: <https://www.youtube.com/watch?v=51uHPKrCYX4> (URL consultato il 20 marzo 2023).

⁶⁴⁸ I dati del Ministero dell'Interno dal 1998 al 2006 rivelano che nel 2005 su 119.923 stranieri irregolari destinatari di un provvedimento di allontanamento, soltanto il 45% è stato effettivamente espulso. Cfr. S. PADOVANO, *La Questione sicurezza, cit.*, pp. 24-25.

⁶⁴⁹ Cfr. E. A. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in *I migranti sui sentieri del diritto, cit.*, p. 187. Non diversa è la situazione in Francia: cfr. K. PARROT, *op. cit.*, pp. 219 ss.

«negare [a tali persone, n.d.r.] la giustificazione dell'ignoranza [inevitabile della legge ai sensi della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale] rappresenterebbe un insulto alla civiltà, prima che alla corretta interpretazione giuridica»⁶⁵⁰. In ogni caso, anche a voler ritenere sussistente l'elemento soggettivo, si profila la possibilità di ritenere antigiuridico il fatto contestato, giacché – a dispetto di talune *contronarrazioni* (avallate anche da una parte della magistratura⁶⁵¹ e, per fortuna, disattese dalla Suprema Corte⁶⁵²) – l'accettazione di un serio rischio per la propria vita (connesso ai famigerati *viaggi della speranza*) non equivale ad una incosciente e volontaria messa in pericolo, ma ad una legittima difesa da situazioni di pericolo, essendo ormai appurati – anche da un recente *report* delle Nazioni Unite⁶⁵³, trasmesso alla Corte Penale Internazionale – i crimini contro l'umanità commessi sulla pelle dei migranti reclusi nei centri di detenzione libici.

Preso atto dell'ineffettività della disciplina (al netto dell'appesantimento della mole di lavoro degli uffici del giudice di pace e della marginalizzazione sociale delle persone migranti⁶⁵⁴), il Parlamento aveva chiesto al Governo, con apposita legge-delega (art. 2, co. 3, lett. b della legge 28 aprile 2014, n. 67), di provvedere alla depenalizzazione (abrogazione e trasformazione in illecito amministrativo) di questa fattispecie, mantenendo il rilievo penale delle sole condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in ragione della condizione di irregolarità⁶⁵⁵. L'esecutivo, però, trincerandosi dietro lo scudo del “carattere particolarmente sensibile degli interessi coinvolti dalla fattispecie” in esame e, dando prova ancora una volta di assecondare ragioni di consenso elettorale

⁶⁵⁰ G. FERRERO, *Contro il reato di immigrazione clandestina. Un'inutile, immorale, impraticabile minaccia*, Ediesse, 2009, p. 27.

⁶⁵¹ Il riferimento è a CORTE D'APPELLO PALERMO SEZ. IV PEN., sentenza n. 1525/2020, cit.

⁶⁵² CASS. PEN., Sez. VI, sentenza 26 aprile 2022, n. 15869, commentata, *ex multis*, da L. MASERA, «La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia», *Sistema penale*, 28 luglio 2022.

⁶⁵³ HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Detailed findings of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, A/HRC/52/CRP.8, 24 March 2023. In argomento, cfr., altresì, il libro-inchiesta di N. SCAVO, *Libyagate. Inchieste, dossier, ombre e silenzi*, Avvenire e VitaePensiero, 2023.

⁶⁵⁴ Cfr., in tal senso, G. FERRERO, *Contro il reato di immigrazione clandestina*, cit., p. 33, secondo cui «l'applicazione di queste misure avrebbe l'effetto paradossale di legittimare la presenza nel nostro Paese di un soggetto la cui permanenza irregolare la nuova norma aveva la precipua finalità di contrastare».

⁶⁵⁵ Si tratta della violazione delle misure disposte dal questore in sede di concessione del termine per la partenza volontaria (art. 13, comma 5.2, T.U.I.), della trasgressione del divieto di reingresso dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione (art. 13, commi 13 e 13-bis, T.U.I.); dell'infrazione delle misure disposte dal questore in alternativa al trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione (art. 14, comma 1-bis, T.U.I.); dell'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore (disposto ai sensi dell'art. 14, commi 5-ter e 5-quater, T.U.I.).

anziché di ragionevolezza del sistema penale, non ha esercitato la delega, lasciandosi sfuggire così la preziosa occasione di espungere dal sistema penale una norma non soltanto ineffettiva, ma anche dannosa sotto il profilo del contrasto al traffico di esseri umani (sovente invocata dagli attori populistici proprio a supporto del contrasto all'immigrazione clandestina): come ha rilevato la stessa magistratura, «non v'è dubbio che è molto più utile per le indagini e per accertare la responsabilità di soggetti colpevoli di traffico organizzato di migranti, poter esaminare i clandestini solo come persone informate sui fatti, con riflessi positivi sulla speditezza, efficacia e legittimità delle indagini contro i trafficanti»⁶⁵⁶; il migrante, infatti, «se viene sentito come imputato può tacere, trincerandosi dietro la facoltà di non rispondere o peggio depistare le indagini. Mentre, se è sentito come persona informata sui fatti, è obbligato a parlare e a dire la verità»⁶⁵⁷.

In seguito all'emanazione della sentenza *El Dridi*⁶⁵⁸ con cui la Corte di Lussemburgo dichiarava incompatibile con la *ratio* della direttiva 2008/115/CE (c.d. rimpatri) la pena della reclusione⁶⁵⁹, anche il legislatore francese avrebbe dovuto porre rimedio ai profili di incompatibilità della propria disciplina, dal momento che l'art. L. 821-1 (*ex* 621-1) del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (d'ora in poi, CESEDA) qualifica come *délit* la condotta dell'ingresso e soggiorno irregolare e la punisce con la pena della reclusione di un anno congiunta ad un'ammenda di euro 3.750 e al divieto di ingresso nel territorio francese per una durata di tre anni. Invero, come si è detto, la sanzione della reclusione è, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia (i cui principi di diritto, ancorché enunciati con riferimento ad una fattispecie di un singolo Paese membro, valgono per tutte le legislazioni nazionali)⁶⁶⁰ incompatibile con l'obiettivo dell'allontanamento perseguito mediante la direttiva c.d. rimpatri.

A riprova, però, di come nemmeno il legislatore francese sia riuscito a resistere alla tentazione securitaria, la legge n. 2012-1560 del 31 dicembre 2012 abrogava soltanto il

⁶⁵⁶ Cfr. L. MILELLA, «Roberti: il reato di immigrazione clandestina? Legge che ha solo ostacolato le indagini sui trafficanti», *La Repubblica*, 8 gennaio 2016.

⁶⁵⁷ *Ibidem*.

⁶⁵⁸ CGUE, sentenza 28 aprile 2011, *El Dridi*, C 61/11.

⁶⁵⁹ *Ivi*, § 63. Nel caso di specie, si trattava della pena prevista dall'art.14 comma 5-*bis* T.U.I. per il reato di inottemperanza all'ordine questorile di allontanamento.

⁶⁶⁰ Lo stesso ragionamento vale per i giudici dei vari Stati membri dell'Unione europea. Sebbene le pronunce rese su rinvio pregiudiziale vincolino il giudice che lo ha sollevato, gli altri giudici nazionali dovranno adeguarsi, in casi analoghi, all'interpretazione resa dalla Corte di giustizia fintantché essa non ne abbia fornita una diversa. Cfr. R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2020, p. 352.

reato di soggiorno irregolare, preservando i reati di ingresso illegale e quelli a vario titolo ad esso connessi. Inoltre, veniva introdotto un nuovo delitto consistente nel mantenimento sul territorio francese in violazione del provvedimento di allontanamento ovvero dell'ordine di trattenimento presso un CRA ovvero della misura dell'*assignation à résidence*⁶⁶¹.

2.1. L'inottemperanza all'ordine di esibizione del documento di identificazione e del titolo di soggiorno / *La violation de l'ordre de production d'une pièce d'identification et du titre de séjour.*

Il reato di ingresso e soggiorno irregolare costituisce il principale, ma non l'unico, strumento di criminalizzazione-esclusione diretta del migrante irregolare.

In Italia, ancor prima che venisse introdotto l'art. 10-*bis* d.lgs. 286/98, già l'art. 6 comma 3 T.U.I. puniva con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000 "lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera[ss], senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato"⁶⁶².

Il reato in esame, avente natura contravvenzionale e tuttora in vigore, si configura come illecito speciale rispetto a quello comune previsto dall'art. 651 c.p., che punisce il rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale. A differenza di quest'ultimo, ha natura propria (si applica soltanto allo straniero) ed è punito più severamente (la sanzione

⁶⁶¹ Preme segnalare, a tal proposito, che il legislatore francese, a differenza di quello italiano, non si è spinto sino al limite consentito dalla direttiva per il trattenimento (6 mesi, rinnovabili sino a 18 nel d.lgs. n. 286/98), eccezion fatta per l'ipotesi in cui si tratti di straniero condannato alla pena dell'*interdiction de retour sur le territoire français* per aver commesso atti di terrorismo o nei cui confronti sia stata disposta l'espulsione per comportamenti connessi ad attività a sfondo terroristic. Cfr. M. LA ROSA, «Diritto penale e immigrazione in Francia: cui prodest?», *Diritto penale contemporaneo*, 1 febbraio 2012.

⁶⁶² Questo articolo ha sostituito l'art. 144 del r.d. 18 giugno 1931 n. 773. Cfr. L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2013, p. 17.

pecuniaria e la sanzione detentiva sono congiunte⁶⁶³, laddove invece l'art. 651 c.p. le configura come sanzioni alternative); circostanze, queste, che si pongono, ancora una volta, in linea con la logica del *diritto penale d'autore* e con la tendenza all'«accanimento repressivo nei confronti del 'clandestino'»⁶⁶⁴.

Tanto in dottrina quanto in giurisprudenza ci si è chiesti se il reato in esame possa considerarsi integrato nei confronti dell'immigrato irregolare, in ossequio al principio *nemo tenetur se detegere*. Seguendo lo stesso ragionamento logico, non avrebbe dovuto ritenersi applicabile neppure il reato comune di cui all'art. 651 c.p., qualora lo straniero non solo non avesse mostrato i propri documenti ma si fosse rifiutato anche di fornire indicazioni sulle proprie generalità: la conclusione paradossale era che, in seguito all'introduzione del reato di clandestinità, lo straniero irregolare non avesse neppure «al contrario dello stesso cittadino, l'obbligo penalmente presidiato di declinare le proprie generalità: paradosso da imputare alla scelta legislativa di punire con la sanzione penale il possesso di un mero status, rendendo autoincriminante per lo straniero irregolare anche la sola dichiarazione della propria identità personale»⁶⁶⁵. Un effetto collaterale, questo, non solo del reato di clandestinità, ma dello stesso populismo penale di cui esso, del resto, rappresenta la principale manifestazione nel campo del diritto dell'immigrazione.

Purtuttavia, le Sezioni Unite hanno dovuto prendere atto del principio richiamato *supra* e, con sentenza 27 aprile 2011, n. 16453, hanno circoscritto l'ambito di operatività della fattispecie in esame ai soli stranieri legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato, con conseguente *abolitio criminis* per gli extracomunitari irregolari, non essendo esigibile, per ragioni di autodifesa, l'esibizione di documenti attestanti la regolare presenza da parte chi versi in condizione di clandestinità⁶⁶⁶.

⁶⁶³ Peraltro, prima della riforma operata dal "pacchetto sicurezza" del 2009, era prevista la pena dell'arresto fino a sei mesi (anziché un anno) e l'ammenda fino a 413 euro (anziché 2000). Cfr. L. MASERA, "*Terra bruciata*" attorno al clandestino, cit., p. 59.

⁶⁶⁴ P. PISA, «La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?», *Diritto penale e processo – Speciale Immigrazione*, 2009, p. 7.

⁶⁶⁵ L. MASERA, "*Terra bruciata*" attorno al clandestino, cit., p. 61.

⁶⁶⁶ Nella giurisprudenza di merito, cfr. TRIBUNALE FIRENZE, SEZ. II, sentenza 26 novembre 2014, n. 5421: «il reato previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 286 del 1998 prima della modifica apportata dalla l. n. 94 del 2009 puniva la condotta del cittadino extra-comunitario che, senza giustificato motivo, ometteva di presentare al personale in servizio presso la Questura un documento identificativo o il permesso di soggiorno. La fattispecie era applicabile sia ai cittadini stranieri regolarmente residenti in Italia, sia ai cittadini stranieri irregolari. In seguito alla novella del 2009, è punita, invece, la condotta del cittadino extracomunitario che, senza

In Francia, il *projet de loi sur l'orientation et la programmation 2023-2027*, dopo aver definito l'identificazione delle persone come «una sfida prioritaria per la lotta alla immigrazione irregolare»⁶⁶⁷, si propone di intervenire sull'articolo L 142-1 CESEDA al fine di consentire espressamente il rilevamento delle impronte digitali con l'uso della forza da parte degli agenti di polizia nel caso in cui lo straniero, rifiutatosi di esibire il titolo di soggiorno, si opponga al rilevamento delle impronte⁶⁶⁸.

2.2. La contraffazione dei documenti di soggiorno in Italia e i *délits de faux et usage de faux en France*. / *La falsification des titres de séjour en Italie et les délits de faux et usage de faux en France*.

Un ulteriore illecito speciale è il reato di contraffazione dei documenti di soggiorno. L'art. 5 comma 8-*bis* T.U.I. sancisce, infatti, che “chiunque contraffà o altera un visto di ingresso o reingresso, un permesso di soggiorno, un contratto di soggiorno o una carta di soggiorno, ovvero contraffà o altera documenti al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno oppure utilizza uno di tali documenti contraffatti o alterati, è punito con la reclusione da uno a sei anni. Se la falsità concerne un atto o parte di un atto che faccia fede fino a querela di falso la reclusione è da tre a dieci anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale”.

giustificato motivo, omette di esibire un documento identificativo e il permesso di soggiorno. La norma, dunque, attualmente prevede l'esibizione cumulativa di entrambi i documenti, con la punibilità che scatta se si esibisce uno solo dei documenti. Di conseguenza, deve ritenersi che la fattispecie di reato non possa applicarsi agli stranieri clandestini, in quanto la posizione di costoro è caratterizzata proprio dall'assenza del regolare permesso di soggiorno. Per potersi pretendere da un soggetto la doverosità di un comportamento è necessario, infatti, che il destinatario della norma sia in condizione di rispettare il precetto. Nel caso di specie, l'imputato, straniero senza permesso di soggiorno, è stato assolto perché il fatto non costituisce più reato». In dottrina, sull'argomento, cfr., *ex multis*, F. CURI, *Uno sguardo ad alcune fattispecie criminose, in I migranti sui sentieri del diritto, cit.*, p. 128.

⁶⁶⁷ Cfr. ÉTUDE D'IMPACT POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, *cit.*, p. 167: «l'identification des personnes est un enjeu prioritaire de la lutte contre l'immigration irrégulière».

⁶⁶⁸ *Ivi*, p. 168.

Sebbene l'illecito sia strutturato come reato comune (eccezion fatta per il caso in cui il fatto sia commesso da un pubblico ufficiale), concorre alla creazione di un *sottosistema penale differenziato per lo straniero*, ricalcando, seppur con degli elementi specializzanti, il reato di cui all'art. 489 c.p., che punisce l'uso di atto falso con le pene previste per i delitti in materia di falsità in atti di cui agli artt. 476 ss. c.p., ridotte di un terzo, laddove invece la fattispecie in esame è punita, più severamente, con la reclusione da uno a sei anni.

Da notare, infine, che mentre l'art. 489 c.p. punisce chi fa uso di un atto falso senza concorrere nella falsificazione, l'art. 8 comma 5-*bis* d.lgs. 286/98 non contiene analogha precisazione. Quali che fossero le intenzioni del legislatore, si deve ritenere che, in base al generale principio della consunzione, chi concorre nella falsificazione non risponde anche dell'impiego di atto falso, rappresentando quest'ultimo un *post factum* non punibile con il quale l'agente consegue i vantaggi del primo reato⁶⁶⁹.

In Francia l'art. 441-8 del *code pénal* punisce con la pena della reclusione fino a cinque anni e l'ammenda di 75.000 euro “il fatto di utilizzare un documento d'identità o di viaggio, un titolo di soggiorno o qualsiasi altro documento provvisorio [...] appartenente a un terzo, con o senza il suo consenso, al fine di entrare, circolare o trattenersi sul territorio francese o di ottenere indebitamente un titolo, una qualifica, uno *status* o un vantaggio”⁶⁷⁰. La stessa pena si applica – con una disciplina di dubbia compatibilità con il canone della proporzionalità della pena – in caso di delitto tentato e nei confronti del terzo che abbia coscientemente agevolato lo straniero. Nel caso in cui la condotta sia abituale, si applica la pena della reclusione di sette anni e l'ammenda di 100.000 euro.

La fattispecie incriminatrice appena analizzata concerne la condotta consistente nell'uso (autorizzato o meno) di un documento altrui. L'uso di un documento contraffatto è invece punito, in egual misura per cittadini e stranieri, con la stessa pena prevista per l'uso di un documento altrui da parte dello straniero, dall'art. 441-2 del *code pénal*⁶⁷¹. Se da un

⁶⁶⁹ Cfr., per questa tesi, F. CURI, *Uno sguardo ad alcune fattispecie criminose*, in *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 30.

⁶⁷⁰ “le fait d'utiliser un document d'identité ou de voyage, un titre de séjour ou tout document provisoire [...] appartenant à un tiers, avec ou sans son consentement, aux fins d'entrer, de circuler ou de se maintenir sur le territoire français ou d'obtenir indûment un titre, une qualité, un statut ou un avantage”.

⁶⁷¹ “Le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

L'usage du faux mentionné à l'alinéa précédent est puni des mêmes peines.

lato, è lodevole il fatto di non differenziare cittadini e stranieri con riferimento ad una stessa condotta (l'uso di documento contraffatto), dall'altro non si comprende la necessità di introdurre una fattispecie *ad hoc* per lo straniero che usi un documento altrui, dal momento che la pena è identica a quella prevista per l'uso di un documento contraffatto. Evidentemente anche questa disposizione, come l'art. 5 comma 8 *bis* T.U.I., asseconda logiche tipiche del *diritto penale d'autore*.

Uno spazio di analisi merita, peraltro, l'abuso che di questi reati viene fatto nella prassi in chiave di criminalizzazione ed esclusione dei MIE dal sistema di protezione sociale dell'infanzia (*Aide sociale à l'enfance*, d'ora in poi ASE)⁶⁷². Come riferisce *La Cimade*⁶⁷³, molti di loro sono *sans abri*⁶⁷⁴ (vivono, cioè, per strada) in quanto viene loro negato l'accesso all'ASE in virtù di una ritenuta sussistente maggiore età sulla base di esami ginecologici invasivi o esami ossei la cui inattendibilità è messa in luce dalla comunità medico-scientifica⁶⁷⁵ e all'esito di procedure espletate da singoli valutatori sulla base di criteri altamente discrezionali⁶⁷⁶.

Benché la Francia non sia l'unico Stato a macchiarsi di queste procedure condotte in violazione della dignità, del superiore interesse del minore e della presunzione della

Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis:

1° Soit par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions;

2° Soit de manière habituelle;

3° Soit dans le dessein de faciliter la commission d'un crime ou de procurer l'impunité à son auteur”.

⁶⁷² Un recente studio, il cui rapporto finale è stato depositato il 10 marzo 2021 presso la *Présidence de l'Assemblée nationale*, ha analizzato le problematiche di sicurezza connesse alla presenza dei MIE nel territorio francese: si tratta del RAPPORT DE LA MISSION D'INFORMATION présidée par MM. J.-F. ELLIAOU ET A. SAVIGNAT sur les problématiques de sécurité associées à la présence sur le territoire de mineurs non accompagnés (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b3974_rapport-information ; URL consultato l'8 febbraio 2023).

⁶⁷³ LA CIMADE, *Rapport d'activité*, 2021, p. 14.

⁶⁷⁴ Ciò è confermato anche dai numeri: nel 2019 soltanto il 15-20% dei MIE risultava preso in carico. Cfr. DIRECTION DE LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE, *Rapport annuel d'activité 2019 – Mission mineurs non accompagnés*, Mai 2020, p. 4 (v. link: http://www.justice.gouv.fr/telechargement/MMNA_RAA2019.pdf ; URL consultato il 18 settembre 2022).

⁶⁷⁵ Cfr., *ex multis*, LA CIMADE, *En finir avec les violations des droits des mineurs isolés*, janvier 2023, p. 28, che suggerisce, a tal proposito, di utilizzare i risultati degli esami ossei solo in funzione sussidiaria o complementare rispetto ad altre modalità di accertamento più attendibili (*sub specie*, di ricostruzione dell'identità del minore attraverso pratiche burocratico-amministrative).

⁶⁷⁶ Cfr. LA CIMADE, *29 propositions de La Cimade pour protéger les enfants en danger en France*, mai 2021, p. 3, che rileva come un comportamento considerato «troppo maturo» può essere ritenuto sufficiente per far desumere la maggiore età.

minore età⁶⁷⁷, nel Paese transalpino esse hanno conseguenze particolarmente drastiche sulla sicurezza dei MIE, i quali – oltre a non essere protetti dallo Stato (come imporrebbe, *inter alia*, il valore della solidarietà⁶⁷⁸) – il più delle volte vengono condannati e incarcerati per i *délits de faux et usage de faux* (falsificazione e uso di documenti falsi) ed *escroquerie à l'aide sociale* (tentata truffa ai danni dello Stato, commessa al fine di beneficiare della protezione sociale), per poi essere rimessi in libertà quando, conseguita ormai la maggiore età, giunge dall'ambasciata del Paese di provenienza conferma della veridicità delle dichiarazioni precedentemente rese⁶⁷⁹. Si comprende, allora, come mai la dottrina francese impegnata sul tema denunci la messa in atto di una vera e propria «politique publique de clochardisation massive»⁶⁸⁰, ovverosia di una politica di pauperizzazione il cui effetto è quello di rendere le vite dei minori ancor più precarie.

Oltre che *vite precarie*⁶⁸¹, quelle dei MIE sono *vite sospese*⁶⁸², nell'attesa che sopraggiunga una tutela giurisdizionale che, il più delle volte, non c'è. Invero, presunti maggiorenni dallo Stato sotto il profilo dell'accesso all'ASE, i MIE non possono neppure adire il giudice amministrativo, giacché «nessuna disposizione legislativa o regolamentare conferisce a un minore la capacità di agire dinanzi alla giurisdizione amministrativa»⁶⁸³. In linea teorica, i MIE potrebbero adire – tramite un rappresentante legale (a onor del vero, non facile da identificare⁶⁸⁴) – il *Tribunal pour enfants*, ma nell'attesa dell'udienza (che in media si tiene a due mesi di distanza dalla presentazione del ricorso), rimangono privi di

⁶⁷⁷ Cfr., a tal proposito, CORTE EDU, sentenza 21 luglio 2022, ric. 5797/17, *Darboe e Camara c. Italia*, con nota di V. ROMANO, *Incompatibile con gli articoli 3, 8 e 13 della Cedu il collocamento di un minore straniero non accompagnato in un centro per adulti: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia*, <foroitaliano.it>, 29 luglio 2022.

⁶⁷⁸ A livello europeo, il valore della solidarietà è invocato a più riprese dal TUE che lo menziona agli articoli 2, 3 e 21. A livello nazionale, con particolare riferimento al sistema giuridico francese, esso è riconducibile al valore repubblicano della fraternità cui il *Conseil Constitutionnel* ha riconosciuto valore costituzionale in occasione del celebre *Affaire Cédric Herrou* (cfr. CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018).

⁶⁷⁹ K. PARROT, *Carte blanche*, cit., p. 146 ss.

⁶⁸⁰ *Ivi*, p. 185.

⁶⁸¹ J. BUTLER, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Verso, 2006.

⁶⁸² E. MILETTO – S. TALLIA, *Vite sospese. Profughi, rifugiati e richiedenti asilo dal Novecento a oggi*, FrancoAngeli, 2021.

⁶⁸³ Sono le parole pronunciate dal CONSEIL D'ÉTAT, 1^{er} juillet 2015, n° 386769.

⁶⁸⁴ Cfr. LA CIMADE, *En finir avec*, cit., pp. 33-34, che rileva anche il contrasto di questa procedura con la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, nonché con le raccomandazioni del Comitato ONU sui diritti del minore, il quale con risoluzione [CRC/GC/ 2005/6] [2005] ha ricordato agli Stati parte della Convenzione l'obbligo di predisporre un quadro giuridico adeguato ad assicurare la rappresentanza legale del minore non accompagnato, in ossequio al principio del *best interest of the child*.

protezione⁶⁸⁵ e, di conseguenza, facili prede delle reti criminali che offrono loro un mezzo, seppur illegale, di sostentamento⁶⁸⁶. Inoltre, se inizialmente i giudici francesi si mostravano inclini a far rispettare le procedure di accertamento dell'età (rifiutandosi di validare i risultati degli esami ossei), in seguito, su pressione dell'amministrazione, hanno iniziato a mostrare sospetto verso i MIE⁶⁸⁷, tanto che è ormai invalsa la prassi consistente nella trasmissione *de plano* dei documenti forniti dai MIE in sede di ricorso al *Bureau de la fraude documentaire*, ufficio dipendente dal Ministero dell'Interno francese e composto da membri della polizia nazionale. La presunzione di veridicità dei documenti concernenti lo stato civile (stabilita dall'art. 47 del *code civil*) viene, così, ribaltata in presunzione di frode, in violazione – oltre che della presunzione della minore età e del principio del superiore interesse del minore⁶⁸⁸ (cristallizzati anche dalla giurisprudenza⁶⁸⁹) – dell'art. 8 par. 2 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (adottata dall'ONU il 20 novembre 1989 e ratificata dalla Francia il 7 agosto 1990), ai sensi del quale “se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parte (e, tra questi, anche la Francia che l'ha ratificata, n.d.r.) devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile”.

La condizione di marginalità e vulnerabilità (sotto il duplice profilo ontologico e situazionale⁶⁹⁰), in cui i MIE sono relegati, li espone ad un maggior rischio di devianza: secondo i dati forniti dalla *Direction de la protection judiciaire de la jeunesse* (d'ora in

⁶⁸⁵ Il ricorso, infatti, non è sospensivo.

⁶⁸⁶ Cfr. C. DELANOË-DAOUD – B. DE VAREILLE-SOMMIÈRES – I. ROTH, *Les mineurs isolés étrangers*, cit.; LA CIMADE, *En finir avec*, cit., p. 17.

⁶⁸⁷ Cfr. K. PARROT, *Carte Blanche*, cit., p. 142.

⁶⁸⁸ Cfr. Cfr. C. DELANOË-DAOUD – B. DE VAREILLE-SOMMIÈRES – I. ROTH, «Les mineurs isolés étrangers devant le tribunal pour enfants de Paris», *AJ Pénal*, 2016, p. 16 ss.

⁶⁸⁹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019; CONSEIL D'ETAT, décision n° 386769 du 19 juin 2015.

⁶⁹⁰ La *vulnerabilità situazionale* è quella condizione di fragilità etero-determinata da fattori di carattere socio-politico che rendono vulnerabili le persone migranti. Cfr. B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, in T. Casadei – G. Zanetti (a cura di) – Collana di Studi e Ricerche del CRID UniMore, Giappichelli, 2021, p. 5. Per dirla con J. BUTLER, *op. cit.*, pp. 54-55, si tratta della distinzione tra *precariousness* (vulnerabilità connaturata a tutti gli esseri umani e che li rende esposti sia alla ferita sia alla cura) e *precarity* (vulnerabilità che dipende dal modo in cui sono organizzate le relazioni economiche e sociali e dalla presenza o assenza di infrastrutture di sostegno e istituzioni politiche). In argomento v. pure A. SCIURBA, *Le parole dell'asilo*, cit., p. 87, secondo cui «la vulnerabilità è infatti sempre una questione di posizione, connessa a dinamiche di subordinazione che agiscono nella relazione tra le persone».

poi, DPJJ) tra i 2000 e i 3000 MIE commettono atti di criminalità (tendenzialmente contro il patrimonio e concentrati soprattutto nel quartiere parigino de *La Goutte d'Or*⁶⁹¹), ma, nella maggior parte dei casi, sono essi stessi vittime di violenze (*sub specie*, ad esempio, di tratta di esseri umani) commesse dalle stesse organizzazioni criminali che avevano promesso loro una maggiore sicurezza⁶⁹².

Molti di loro fanno uso di sostanze stupefacenti e Rivotril, un potente antiepilettico che ha l'effetto di disinibirli, inducendoli a compiere atti criminali che in condizioni normali non avrebbero compiuto⁶⁹³ e che, invece, finiscono per commettere su istigazione delle reti criminali che li reclutano, contraccambiando con mezzi di sussistenza, con la promessa di estinguere il debito contratto in Francia o nei Paesi di provenienza e la contestuale rassicurazione che riceveranno trattamenti sanzionatori più favorevoli o non saranno puniti in ragione della loro minore età⁶⁹⁴.

Alla luce di quanto fin qui esposto viene da chiedersi *quale sicurezza e quale solidarietà* lo Stato francese intenda promuovere, anche alla luce della recente decisione, cristallizzata nella *loi programmation et orientation n° 2023-22 du 24 janvier 2023*, di stanziare fondi per la istituzione di un nuovo corpo speciale investigativo al fine di “lottare contro la delinquenza dei minori stranieri non accompagnati”⁶⁹⁵. L'impressione che se ne ricava è che, ancora una volta, sull'onda del *populismo penale* a chiara vocazione xenofoba che minaccia i valori europei (tra cui la stessa sicurezza e la solidarietà), si opti per la punizione anziché per la prevenzione sociale della devianza. Quest'ultima, con riferimento alla peculiare situazione di vulnerabilità dei MIE, non può prescindere da una loro presa in carico nel pieno rispetto della presunzione della minore età e in ottemperanza all'obbligo di tutela imposto dall'art. 20 della già citata Convenzione sui diritti del fanciullo, ai sensi

⁶⁹¹ Cfr. E. GALLARDO, *Le défi migratoire*, in *Europe(s) et justice pénale – XXVe congrès de l'Association française de droit pénal*, Dalloz, 2023, 187-199.

⁶⁹² DIRECTION DE LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE, *Rapport annuel d'activité 2019*, cit., p. 34. Cfr., in senso analogo, LA CIMADE, *En finir avec*, cit., pp. 20-21.

⁶⁹³ RAPPORT DE LA MISSION D'INFORMATION présidée par MM. J.-F. Elliaou et A. Savignat sur les problématiques de sécurité associées à la présence sur le territoire de mineurs non accompagnés, déposé le 10 mars 2021, Assemblée nationale.

⁶⁹⁴ Come scrive E. GALLARDO, *Le défi migratoire*, cit., particolarmente coinvolti sono gli stranieri minori di tredici anni, a cagione della loro non punibilità.

⁶⁹⁵ Article 3.7: “Des cellules d'enquête, spécialisées et pluridisciplinaires, seront mises en place pour lutter contre la délinquance des mineurs non accompagnés dans les villes où leur présence est particulièrement importante, comme Paris, Rennes ou Nice, à l'image de la cellule mise en place à Bordeaux depuis 2019”. Il testo della legge è disponibile su www.legifrance.gouv.fr.

del quale “ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato”⁶⁹⁶.

In assenza di una protezione sociale dell’infanzia, si sta consolidando una singolare prassi. Le autorità giudiziarie, infatti, tendono ad incoraggiare l’uso della *garde à vue* (fermo) e della *détention provisoire* (custodia cautelare) nei confronti dei MIE anche per reati di lieve entità nella speranza che tali strumenti possano fungere da atipica *mise à l’abri*⁶⁹⁷. Si assiste, così, a una *strumentalizzazione della detenzione* (testimoniata dall’alta percentuale di MIE nelle carceri⁶⁹⁸, lievitata del 50% a partire dal 2019⁶⁹⁹). Tuttavia, la *detenzione quale anomala forma di messa in sicurezza*, oltre ad esporre il minore a trattamenti incompatibili con l’art. 3 Cedu⁷⁰⁰, risulta controproducente a lungo termine, fungendo da terreno fertile per lo sviluppo della carriera criminale. La preoccupazione non è priva di fondamento: come dimostrato da numerose inchieste, l’esperienza in carcere, oltre che aumentare il tasso di recidiva, acuisce i traumi psichici e le tossicodipendenze dei MIE⁷⁰¹. L’uso populista del diritto penale nell’ambito delle politiche migratorie rivela, così, ancora una volta i propri effetti criminogeni: che esso sia impiegato per incriminare e condannare i MIE per delitti di falso e truffa ai danni dello Stato (escludendoli, così, dall’ASE) ovvero in chiave di protezione atipica (trasformando la custodia cautelare e il fermo in strumenti atipici di *mise à l’abri*), l’effetto che sortisce è una maggiore esposizione del MIE al rischio di devianza e, *par ricochet*, una maggiore insicurezza per

⁶⁹⁶ La violazione di quest’obbligo da parte delle autorità francesi è stata nuovamente recentemente denunciata da LA CIMADE, *En finir avec les violations*, cit., p. 5.

⁶⁹⁷ Cfr. C. DELANOË-DAOUD – B. DE VAREILLE-SOMMIÈRES – I. ROTH, *Les mineurs isolés étrangers*, cit.

⁶⁹⁸ Al primo ottobre 2021, essi rappresentavano tra il 30% e il 40% della popolazione straniera in alcune carceri francesi. Cfr. INFOMIE, *Les mineurs non-accompagnés, victime d’un traitement judiciaire expéditif*, 15 settembre 2022 (v. link: <https://www.infomie.net/spip.php?breve6310&lang=fr> ; URL consultato l’8 febbraio 2023).

⁶⁹⁹ DPJJ, *Rapport annuel d’activité 2019*, cit., p. 34.

⁷⁰⁰ Si ricorda che il 31 marzo 2022 la Francia è stata condannata, per la nona volta, per violazione dell’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo in relazione alla detenzione amministrativa di un minore straniero. Per un commento alla sentenza e per approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali sia consentito rinviare, ancora una volta, a V. ROMANO, *Inumano e degradante*, cit.

⁷⁰¹ DIRECTION DE LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE, *Rapport annuel d’activité 2019*, cit., p. 34: «le choc carcéral peut raviver les traumatismes vécus ou encore les problématiques addictives auxquelles certains de ces mineurs sont confrontés». In senso analogo, cfr., altresì LA CIMADE, *En finir avec*, cit., p. 19.

l'intera collettività, non potendo il *diritto alla sicurezza* prescindere dalla *sicurezza dei diritti*⁷⁰².

2.3. L'inottemperanza all'ordine di allontanamento e la violazione del divieto di reingresso. / La violation de l'ordre de quitter le territoire et de l'interdiction de réentrée.

Come si è anticipato nel paragrafo introduttivo, alla legge c.d. Bossi-Fini si deve la introduzione dell'art. 14 comma 5-ter T.U.I. che, nella sua originaria formulazione, sanzionava con la pena della reclusione lo straniero che non avesse obbedito all'ordine questorile di allontanamento. Essa ha rappresentato – fino alla pronuncia *El Dridi*⁷⁰³ che ha dichiarato la pena della reclusione contraria all'effetto utile della c.d. direttiva rimpatri – la fattispecie più criminogena e carcerocentrica del *sottosistema penale dell'immigrazione*⁷⁰⁴. tanto che nelle statistiche nazionali risultava come il reato per cui venivano pronunciate più sentenze di condanna, immediatamente dopo il furto⁷⁰⁵.

A onor del vero, da più parti era stata eccepita l'incostituzionalità del reato ai sensi degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., sull'assunto che configurando la fattispecie in esame un illecito speciale rispetto a quello comune contravvenzionale previsto e punito dall'art. 650 c.p. (rubricato “inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità”), non pareva ragionevole che la figura speciale integrasse addirittura gli estremi di un delitto punito con un massimo edittale idoneo a consentire l'applicazione della custodia cautelare in carcere. La Corte Costituzionale, tuttavia, ha dichiarato infondate le questioni sollevate, ritenendo che il differente trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 14 comma 5-ter T.U.I. trovasse

⁷⁰² Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, cit., pp. 19-36, per il quale la sicurezza deve essere intesa non come un diritto in sé ma come diritto secondario, cioè strumentale alla tutela di altri diritti fondamentali ai quali questo stesso diritto rinvia e nei quali, a sua volta, si sostanzia (diritto alla salute, diritto all'istruzione, diritto ad un'abitazione idonea, etc.).

⁷⁰³ CGUE, sentenza 28 aprile 2011, *El Dridi*, cit.

⁷⁰⁴ Così, F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti*, cit., p. 5.

⁷⁰⁵ Cfr. L. MASERA, «Il diritto penale “dei nemici”. La disciplina in materia di immigrazione irregolare», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2020, p. 810.

ragionevolmente la propria *ratio* nella specificità del bene giuridico tutelato dalla corrispondente fattispecie: il controllo dei flussi migratori⁷⁰⁶.

Dal canto suo, una parte della giurisprudenza di merito aveva interpretato in chiave garantista la speciale causa di esenzione dalla responsabilità penale consistente nella presenza di un «giustificato motivo»⁷⁰⁷, ritenendola sussistente, ad esempio, in caso di svolgimento di un lavoro da parte dello straniero. Queste pronunce venivano, tuttavia, ignorate dalla Suprema Corte, che optava per un'interpretazione restrittiva della clausola in esame⁷⁰⁸. Secondo le pronunce riconducibili a questo filone interpretativo, il giudice non avrebbe potuto «fondare l'assoluzione dell'imputato per il reato di inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio nazionale individuando la sussistenza del “giustificato motivo” nel mero stato di indigenza dello straniero»⁷⁰⁹ né tantomeno «nella difficoltà dell'imputato di reperire mezzi economici sufficienti per il rientro nel paese di origine, dovuta alla sua condizione di clandestino»⁷¹⁰. In linea soltanto apparentemente difforme, un altro orientamento, pur aprendo alla possibilità che l'assoluta impossidenza potesse giustificare l'inottemperanza, precisava che il semplice fatto di indossare abiti trasandati o il non possedere risorse economiche sufficienti non potessero essere di per sé considerati fattori tali da giustificare l'inottemperanza al provvedimento del questore⁷¹¹.

V'è da chiedersi, però, se a fronte della modifica legislativa che ha convertito la pena della reclusione in una sanzione pecuniaria⁷¹², vi sia ancora spazio per un siffatto orientamento: la disposizione in esame, infatti, dà luogo ad «una responsabilità da

⁷⁰⁶ Cfr., per tutte, CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 22/2007, § 7.2 dei *considerato in diritto*.

⁷⁰⁷ Cfr., sul punto, G. SAVIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p. 338-339, secondo cui «la locuzione costituisce una “valvola di sicurezza”, volta ad evitare la punizione di condotte solo formalmente conformi al precetto rispetto alle quali non sussistono gli estremi per l'operatività delle cause di giustificazione e che, tuttavia, non appaiono meritevoli di reazione penale».

⁷⁰⁸ Cfr. L. MASERA, *Il diritto penale “dei nemici”*, cit., p. 812.

⁷⁰⁹ CASS. PEN., sez. I, sentenza 12 ottobre 2017, n. 7915.

⁷¹⁰ CASS. PEN., sez. I, sentenza 9 maggio 2006, n. 19086.

⁷¹¹ Così, CASS. PEN., sez. I, sentenza 25 maggio 2006, n. 30774 e sentenza 15 aprile 2009, n. 18537.

⁷¹² L'art. 14 T.U.I., nella sua attuale formulazione, punisce, al comma 5-ter, lo straniero che non si conformi, senza giustificato motivo, all'ordine questorile (emesso a seguito di *respingimento differito* o all'espulsione disposta ai sensi dell'art. 13 comma 4 T.U.I.) con la multa da 10.000 a 20.000 euro, ovvero, con la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta ai sensi dell'art. 13 comma 5. In tutti questi casi, oltre alla irrogazione della sanzione pecuniaria, salvo che lo straniero non sia detenuto in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione dell'ordine questorile di allontanamento. La reiterata inottemperanza è punita – secondo un meccanismo di progressione sanzionatoria –, con la multa da 15.000 a 30.000 euro. Cfr. G. SAVIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., pp. 336-337.

inadempimento di obbligo formale, viziata sul piano della concreta esigibilità»⁷¹³, stante la situazione di indigenza in cui versano i destinatari della stessa. Verosimilmente, unico effetto di questa fattispecie incriminatrice sarà, ancora una volta, quello di condannare le persone migranti ad una clandestinità senza via d'uscita (quindi, ad una maggiore insicurezza per tutti), dal momento che gli unici elementi idonei ad integrare il “giustificato motivo” rimangono quelli individuati dalla Corte Costituzionale⁷¹⁴, cioè le stesse situazioni che a norma dell'art. 14 comma 1 T.U.I. impediscono l'esecuzione immediata del decreto di espulsione (ad esempio, il mancato rilascio, da parte dell'autorità consolare o diplomatica competente, dei documenti necessari, seppur richiesti in modo sollecito e diligente)⁷¹⁵.

A riprova della persistente prevalenza del bene-sicurezza sulla tutela dei diritti fondamentali dello straniero, il “giustificato motivo” viene sempre ritenuto sussistente quando costui deve prendere parte ad un procedimento penale a proprio carico, purché tale elemento possa essere apprezzato in concreto sulla base di un'indicazione in tal senso dell'interessato sul quale, quindi, vige un onere di allegazione avente carattere di serietà e specificità⁷¹⁶, salvo che si tratti di circostanze rilevabili *ex officio* dal giudice⁷¹⁷.

⁷¹³ Così, F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona*, cit., p. 7.

⁷¹⁴ CORTE COST., 18 dicembre 2003, n. 5.

⁷¹⁵ In dottrina si ritiene condivisibilmente che il “giustificato motivo” debba essere ritenuto sussistente, in applicazione dell'art. 32 Cost., anche quando lo straniero versi in gravi condizioni di salute e necessiti di soccorso sanitario o, ancora, in attuazione degli artt. 29, 30 e 31 Cost, quando voglia protrarre la convivenza con il coniuge non italiano regolarmente residente e/o con il figlio minorenne che non possa seguirlo nel Paese di origine e quando lo straniero, pur non beneficiando ancora della veste formale di rifugiato, rischi di essere sottoposto, nel suo Paese di origine, a torture, trattamenti inumani e degradanti, persecuzioni politiche o pena di morte. Cfr. G. SAVIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., pp. 339.

⁷¹⁶ Cfr. CASS. PEN., sez. I, 11 giugno 2018, n. 29837, secondo cui «il giustificato motivo per la necessità di prendere personalmente parte ad un processo a proprio carico, seppure astrattamente ipotizzabile, non può essere in concreto apprezzato in assenza di una indicazione in tal senso dell'interessato». In senso analogo, v. pure, *ex multis*, CASS. PEN., sez. I, 25 febbraio 2016, n. 36305, secondo cui «in tema di immigrazione, l'assenza di un giustificato motivo all'inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento impartito dal questore si atteggia a elemento costitutivo della fattispecie di reato prevista dall'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998; il che, pur ponendo a carico del Pubblico Ministero l'onere di provare tutti gli elementi rilevanti ai fini del riconoscimento di detta clausola, lascia a carico dell'imputato l'onere di allegazione dei motivi non conosciuti né conoscibili dal giudicante, il quale, dal canto suo, dev'essere messo in grado di compiere la doverosa valutazione della fattispecie con riferimento al caso concreto e alla condizione dello straniero, da apprezzare in tutti i profili idonei a rendere inesigibile, ovvero difficoltoso o pericoloso, anche soggettivamente, il comportamento collaborativo richiesto dalla norma». Per questi ed altri riferimenti giurisprudenziali analoghi, cfr. G. SAVIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., pp. 341.

⁷¹⁷ CASS. PEN., sez. V, 14 maggio 2019, n. 25598: «ai fini della sussistenza del giustificato motivo, idoneo ad escludere la configurabilità del reato di inosservanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello

Volgendo lo sguardo al panorama francese, nel proclamato intento di rendere effettivo l'allontanamento⁷¹⁸, il CESEDA ha previsto – dapprima all'art. L 624-1, poi all'art. L 821-5 – l'applicazione della pena di tre anni di reclusione nei confronti di “qualsiasi straniero che si sia sottratto o che abbia tentato di sottrarsi all'esecuzione di una misura di respingimento immediato in Francia, di un decreto di espulsione o di una misura di respingimento differito”⁷¹⁹. L'art. L 824-11 CESEDA prevede la stessa pena per lo straniero “che, espulso o interdetto dal reingresso nel territorio francese, sia rientrato senza autorizzazione”⁷²⁰. Non si distingue, sotto il profilo sanzionatorio, la violazione isolata da quella reiterata del divieto di reingresso, come invece avviene nell'ordinamento italiano: l'art. 10 comma 2-ter T.U.I. dispone, infatti, che lo straniero che sia stato respinto in via differita dal Questore, “non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione, lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è espulso con accompagnamento immediato alla frontiera”; il divieto, così impartito, può operare per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque (secondo le circostanze del caso concreto) e – secondo un meccanismo di progressione sanzionatoria (assente nell'ordinamento francese) – ai sensi del comma 2-quater dello stesso articolo, la sua violazione è punita con la reclusione da uno a cinque anni⁷²¹.

Stato, pur avendo lo straniero l'onere di allegare i motivi non conosciuti nè conoscibili da parte del giudice, ciò non implica alcuna inversione dell'onere della prova in capo all'imputato, in quanto resta fermo per il giudice il potere di rilevare direttamente, quando possibile, l'esistenza di ragioni legittimanti l'inosservanza del precetto penale, sicchè tutte le situazioni integrative del giustificato motivo si traducono in altrettanti temi di prova per le parti e per i poteri officiosi del giudice (Sez. 1, n. 42381 del 01/12/2006, Matoog, Rv. 235572; conf. Sez. 1, n. 19131 del 26/05/2006, Sami, Rv. 234298; Sez. 1, n. 30774 del 25/05/2006, Alexandru Nicolau, Rv. 234882)».

⁷¹⁸ Anche in Francia l'emanazione di un provvedimento espulsivo non sempre si traduce nell'effettivo allontanamento dello straniero, tanto che nel 2019 il tasso di esecuzione si è attestato attorno al 14,3%, a fronte, ad esempio, del 24,1% in Grecia, 32,6 % in Spagna e 51,8% in Danimarca. Cfr. LA CIMADE, *Politique d'expulsion, cit.*

⁷¹⁹ “tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière”.

⁷²⁰ “qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction du territoire, aura pénétré de nouveau sans autorisation en France”.

⁷²¹ “Allo straniero che, già denunciato per il reato di cui al comma 2-ter ed espulso, abbia fatto reingresso nel territorio dello Stato si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni”. Secondo un meccanismo analogo, l'art. 13 comma 13-bis T.U.I. dispone che “nel caso di espulsione disposta dal giudice, il trasgressore del divieto di reingresso è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Allo straniero che, già denunciato per il reato di cui al comma 13 ed espulso, abbia fatto reingresso sul territorio nazionale si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni”. Il divieto di reingresso nello Stato italiano comporta il divieto

Rinviando *supra* per la distinzione tra *respingimento immediato* e *respingimento differito*⁷²², in questa sede preme dare contezza della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla seconda tipologia (art. 10 comma 2 T.U.I.) per ritenuto contrasto con gli artt. 10 comma 2, 13 commi 2 e 3, 117 comma 1 Cost., in quanto: *a*) la potestà di provvedere era attribuita all'autorità di pubblica sicurezza anziché giudiziaria, senza che ricorresse un caso eccezionale di necessità ed urgenza; *b*) la locuzione *subito dopo*, utilizzata per indicare il limite temporale entro il quale tale potestà avrebbe potuto essere esercitata, era eccessivamente generica e indeterminata⁷²³; *c*) non era prevista la convalida del provvedimento questorile da parte dell'autorità giudiziaria; *d*) non era prevista alcuna norma nazionale che garantisse allo straniero, in caso di respingimento, la stessa tutela predisposta dall'art. 4, par. 4, della direttiva 2008/115/CE⁷²⁴.

La Consulta, pur dichiarando inammissibili le eccezioni sollevate – giacché nel caso di specie il provvedimento di respingimento era stato accompagnato dall'ordine questorile di allontanamento (provvedimento che, a differenza di quanto sostenuto dal giudice *a quo*, doveva ritenersi assorbente il primo e, in quanto soggetto a convalida del giudice di pace, idoneo ad apprestare garanzie idonee allo straniero) – ha riconosciuto in via di *obiter dicta* la necessità di conformare la procedura di respingimento, in quanto limitativa della libertà personale, all'art. 13 comma 3 Cost. L'indeterminatezza del dato normativo rendeva, infatti, facilmente intercambiabile l'ipotesi del respingimento differito con l'espulsione prefettizia dello straniero che fosse penetrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera. Questa intercambiabilità si rifletteva, a sua volta, sul livello di tutela giurisdizionale dello straniero, giacché solo in caso di espulsione prefettizia era prevista la

di ingresso e soggiorno in tutti gli altri Stati membri dell'Unione europea, nonché degli Stati non membri cui si applica l'*acquis* di Schengen: a tal fine, ai sensi dell'art. 10 comma 6-*bis* d.lgs. 286/98, la autorità di pubblica sicurezza lo registra nel sistema di informazione Schengen di cui al regolamento CE n. 1987/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁷²² Per la distinzione tra *respingimento immediato* e *differito* v. *supra*, nota n. 633.

⁷²³ Ci si chiedeva, in particolare, se essa dovesse intendersi in senso temporale (subito dopo il valico di frontiera) o in senso geografico (in prossimità della frontiera). Cfr. A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano, cit.*, p. 18.

⁷²⁴ Ai sensi di tale articolo, “per quanto riguarda i cittadini di paesi terzi esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva conformemente all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), gli Stati membri: a) provvedono affinché siano loro riservati un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quanto disposto all'articolo 8, paragrafi 4 e 5 (limitazione dell'uso di misure coercitive), all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) (rinvio dell'allontanamento), all'articolo 14, paragrafo 1, lettere b) e d) (prestazioni sanitarie d'urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili) e agli articoli 16 e 17 (condizioni di trattamento) e b) rispettano il principio di *non-refoulement*”.

convalida giurisdizionale del provvedimento; inoltre, il giudizio relativo ai provvedimenti espulsivi era un giudizio di merito affidato al giudice di pace, mentre quello relativo ai provvedimenti di respingimento differito era affidato al T.A.R., sicché l'amministrazione era posta nella privilegiata posizione di poter decidere *ex ante* il giudice chiamato a decidere del proprio provvedimento⁷²⁵.

Sia per accogliere il monito della Corte costituzionale sia per esigenze di coerenza sistematica, il legislatore del 2018 ha introdotto un comma 2-*bis* all'art. 10 T.U.I., ai sensi del quale al provvedimento di respingimento differito “si applicano le procedure di convalida e le disposizioni previste dall'articolo 13, commi 5-*bis*, 5-*ter*, 7 e 8”⁷²⁶.

Irrisolto risulta, però, un dubbio di legittimità costituzionale sollevato dalla dottrina più attenta al tema. Si è sostenuto, infatti, che la disciplina in esame mal si concili con il principio di eguaglianza nella misura in cui irragionevolmente differenzia la condizione di chi è semplicemente respinto alla frontiera in quanto non in possesso dei requisiti richiesti dal Testo Unico e chi viene respinto dopo essere stato temporaneamente ammesso sul territorio per esigenze di pubblico soccorso: in quest'ultimo caso, infatti, verrà emesso un divieto di reingresso. Palese, seppur non ancora rilevata dalla Consulta, è la irragionevole scelta di differenziare *in pejus* la condizione dello straniero che sia stato temporaneamente ammesso per esigenze sanitarie⁷²⁷. A parere di chi scrive, il dubbio potrebbe essere risolto nel senso di ritenere non configurabile, a livello di tipicità, l'irregolarità dello straniero che sia stato ammesso temporaneamente in Italia per esigenze di soccorso, *ergo* di necessità.

Essendo applicabile la sanzione della reclusione per la mera sottrazione ad un ordine di allontanamento, anche con riferimento alla fattispecie francese si poneva, in seguito alla sentenza *El Dridi*, lo stesso problema di compatibilità con la direttiva rimpatri che si era posto con riferimento all'art. 14 comma 5-*bis* T.U.I. A tal fine, il Ministro della giustizia francese, con circolare del 12 maggio 2011, aveva esortato il *Parquet* (Procuratore della Repubblica) a ricorrere alla *garde à vue* esclusivamente nel caso in cui lo straniero si fosse manifestamente opposto (con violenza o frode) all'esecuzione dell'allontanamento da parte delle autorità di polizia⁷²⁸. Dal canto suo, invece, il legislatore francese (che ha, peraltro,

⁷²⁵ Cfr. A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano*, cit., p. 18.

⁷²⁶ G. SAVIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p. 297.

⁷²⁷ Cfr. A. AIMI, «Il “decreto sicurezza” 2018: i profili penalistici», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019, pp. 150 ss.

⁷²⁸ Cfr. C. CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal*, cit., p. 288.

tardato nell'attuazione della c.d. direttiva rimpatri⁷²⁹), con disegno di legge del 2012⁷³⁰ introduceva, con un nuovo *alinéa* nel testo dell'art. L 624-1 CESEDA (oggi art. L 824-3), una nuova fattispecie incriminatrice: *l'infraction de maintien sur le territoire français* (reato di permanenza irregolare) allo scopo di punire con la reclusione di un anno e un'ammenda di 3750 euro "lo straniero che, destinatario di un provvedimento di rifiuto d'ingresso in Francia, di un provvedimento di espulsione, di un provvedimento di allontanamento, di un obbligo di lasciare il territorio francese o di un'interdizione giudiziaria d'ingresso, permanga sul territorio francese nonostante siano state effettivamente applicate le misure previste [dal Codice sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri e sul diritto d'asilo], che possono consentire l'esecuzione del provvedimento di allontanamento"⁷³¹. Benché la disposizione in esame si ponesse in armonia con la direttiva 2008/115/CE⁷³², restava il fatto che il legislatore francese non solo avesse mantenuto la pena della reclusione per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento, ma avesse introdotto una nuova fattispecie incriminatrice.

Quali che siano le sottili e formali divergenze tra le fattispecie incriminatrici italiane e francesi fin qui descritte, la loro sostanza non cambia: si tratta di «reati marcatamente artificiali»⁷³³ funzionali (almeno in linea teorica) all'allontanamento dell'*indesiderabile*,

⁷²⁹ Come la maggior parte dei Paesi membri dell'Unione europea, la Francia ha lasciato spirare il termine fissato per il recepimento della *direttiva rimpatri*, probabilmente con ciò volendo manifestare il proprio dissenso circa l'ingerenza del diritto dell'Unione in un ambito tradizionalmente di spettanza statale. Anche la giurisprudenza francese, dal canto suo, ha inizialmente opposto resistenza fino a quando il *Conseil d'État* non si è conformato alla giurisprudenza comunitaria, riconoscendo carattere auto-applicativo alle direttive non trasposte purché sufficientemente precise e incondizionate (cfr. CONSEIL D'ÉTAT, ass. 30 octobre 2009, n° 298348, *Perreux*). Questa sentenza segnerà, infatti, un punto di svolta e, nel 2011, verrà riconosciuta efficacia diretta agli artt. 7 e 8 della direttiva 2008/115/CE (CONSEIL D'ÉTAT, 21 mars 2011, n° 345978, MM. Jia e Thirio). La direttiva verrà, poi, trasposta nell'ordinamento francese con la legge c.d. Besson (legge n° 2011- 672 del 16 giugno 2011). Cfr. M. LA ROSA, *Diritto penale e immigrazione in Francia*, cit.

⁷³⁰ Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

⁷³¹ "tout étranger qui, faisant l'objet d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière, d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une interdiction judiciaire du territoire, se [serait] maintenu sur le territoire français alors que les mesures prévues [par le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile], propres à permettre l'exécution de la mesure d'éloignement, ont été effectivement mises en œuvre".

⁷³² Cfr. CGUE, 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian c. Francia*, § 50, secondo cui la direttiva rimpatri «non osta a siffatta normativa laddove essa consente la reclusione di un cittadino di un paese terzo cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio stabilita da tale direttiva e che soggiorni in modo irregolare in detto territorio senza che sussista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio».

⁷³³ A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano*, cit., p. 8.

secondo una logica che è, del resto, assecondata (e, ancor più a monte, ispirata) dalla c.d. direttiva rimpatri.

3. La tutela giurisdizionale carente o assente nei procedimenti contro lo straniero *indesiderabile*. / *Protection judiciaire insuffisante ou absente au sein des procédures contre les étrangers indésirables.*

3.1. In Italia. / *En Italie.*

Spostando adesso il fuoco dell'analisi alla disciplina di natura processuale, non può in prima battuta non rilevarsi come il volto ostile dello *ius puniendi* emerga, con particolare riferimento all'ordinamento italiano, all'art. 13 comma 13-ter t.u.i., a tenore del quale per il reato di illecito reingresso dello straniero “è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto anche fuori dei casi di flagranza e si procede con rito direttissimo”.

La scelta di un rito fortemente accentrato nelle mani del Pubblico Ministero – organo deputato a decidere, entro 48 ore dall'arresto ad opera della polizia giudiziaria, se condurre l'imputato dinanzi al giudice del dibattimento per la convalida ed il contestuale giudizio –, tradisce la tendenza del legislatore a trattare lo straniero come «invasore da respingere prima e fuori dal processo penale»⁷³⁴.

Allo straniero irregolare vengono negate le garanzie processuali normalmente poste a presidio della fase relativa all'accertamento del reato sulla base di un giudizio (*nulla culpa sine iudicio*) basato sull'onere accusatorio della prova (*nulla accusatione sine probatione*) in contraddittorio con la difesa (*nulla probatio sine defensione*)⁷³⁵.

⁷³⁴ Così, F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie*, cit., p. 31.

⁷³⁵ *Ivi*, p. 30.

Di fronte ad un «rito muscolare per eccellenza»⁷³⁶ avulso da qualsivoglia processo di verificabilità empirica in quanto principalmente ancorato al *tipo d'autore*, la presunzione costituzionale di non colpevolezza crolla e viene travolta, come un fragile castello di sabbia, dall'*onda securitaria del populismo*, che la ribalta «in presunzione assoluta di pericolosità, svuotando le garanzie sottese al principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost.»⁷³⁷.

A rendere ancor più evidente il *vulnus* alle garanzie processuali, gli artt. 235 comma 2 e 312 comma 2 c.p. prescrivono che le stesse modalità procedurali siano osservate anche nei procedimenti finalizzati ad accertare la trasgressione dell'ordine di espulsione o di allontanamento disposto dal giudice a titolo di misura di sicurezza (rispettivamente per i condannati alla reclusione superiore a due anni e per i condannati per delitti contro la personalità dello Stato).

Ancor più di recente, l'art. 6 del c.d. decreto Lamorgese⁷³⁸, introducendo i commi 7-*bis* e 7-*ter* all'art. 14 T.U.I., ha previsto che, in caso di delitti commessi con violenza alle persone o alle cose (per i quali sia obbligatorio o facoltativo l'arresto ai sensi degli artt. 380 e 381 c.p.p.) e realizzati in occasione o a causa del trattenimento presso i centri di permanenza per il rimpatrio ovvero nei c.d. *hotspots*, lo stato di flagranza *ex art.* 382 c.p.p. si estende fino a 48 ore dopo le condotte, accertate anche sulla base di documentazione video o fotografica (c.d. flagranza in differita) qualora non fosse possibile, per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, procedere immediatamente all'arresto. Inoltre, si procede con giudizio direttissimo, salvo che siano necessarie speciali indagini. A ben vedere, si tratta di un ennesimo approccio securitario verso condotte (le rivolte nei C.P.R.) che sono quasi sempre dettate dalle pessime condizioni di vita in cui versano nei centri di detenzione informali⁷³⁹.

⁷³⁶ E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 270.

⁷³⁷ Così, F. FORZATI, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie*, cit., p. 31.

⁷³⁸ D.L. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con modifiche dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173.

⁷³⁹ Cfr. S. ZIRULIA, «Il diritto penale nel “Decreto Lamorgese”: nuove norme, vecchie politiche criminali», *Diritto penale e processo*, 5/2021, p. 572. Queste condizioni sono state di recente documentate dalla video-inchiesta condotta da M. IKONOMU, A. LEONE, S. MANDA – S. BIAZZO, «Sulla loro pelle», che si è aggiudicata il Premio Roberto Morrione 2022 (cfr. <https://www.premiorobertomorrione.it/inchieste/sulla-loro-pelle/>; URL consultato il 1° aprile 2023), nonché dal libro-inchiesta di Y. ACCARDO – F. MAZZUZI – G. VITALE – R. BOTTAZZO, «Dietro le mura. Abusi, violenze e diritti negati nei Cpr d'Italia», *LasciateCIEntrare*, 2022, consultabile al seguente link: <file:///C:/Users/user/Downloads/Dietro-le-Mura.pdf>, consultabile il 1° aprile 2023).

La netta riduzione delle garanzie caratterizza anche la procedura relativa al nulla-osta giudiziale all'espulsione: esso può essere negato solo in presenza di "inderogabili esigenze processuali in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti o imputati in procedimenti connessi". Esso si considera tacitamente rilasciato allo spirare del termine di sette giorni e non è necessario ove si proceda per i reati di cui agli artt. 10-*bis* e 14, commi 5-*ter* e 5-*quater*, T.U.I.

Dulcis in fundo, questa «giustizia penale ostile»⁷⁴⁰ mostra un volto benevolo allorché nel corso di un qualsiasi procedimento penale sopraggiunga la notizia dell'avvenuta espulsione dello straniero, nel qual caso il giudice pronuncerà sentenza di non luogo a procedere, ferma restando la riapertura del dibattimento nel caso in cui lo straniero dovesse nuovamente fare ingresso in Italia⁷⁴¹.

Come scrive Andrea Pugiotto, quelli appena brevemente passati in rassegna «sono tutti ingranaggi processuali che segnano il primato dell'interesse al contenimento delle presenze irregolari sulle esigenze della difesa e della stessa pretesa punitiva dello Stato»⁷⁴².

Che gli stranieri colpevoli di aver violato il diritto dei confini siano «figli di un Dio minore»⁷⁴³ è confermato, *inter alia*, dalla scelta del giudice competente in materia di convalida dei provvedimenti espulsivi e, per effetto del comma 2-*bis* dell'art. 10 T.U.I, di quelli di respingimento differito: il giudice di pace del capoluogo di provincia dove ha sede la prefettura che ha ordinato l'espulsione, se il procedimento può essere definito nel luogo in cui è stato adottato il provvedimento di allontanamento; viceversa, sarà quello del luogo ove ha sede il centro in cui è trattenuto lo straniero. In entrambi i casi, al giudice viene trasmesso soltanto il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera, non anche il decreto prefettizio di espulsione che ne è l'atto presupposto; sicché, a meno che il difensore non rimedi in udienza alla carenza di decisive informazioni, la verifica del giudice di pace non potrà che essere limitata ad aspetti meramente formali.

Di più: ai sensi dell'art. 13 comma 5-*ter* T.U.I., "le questure forniscono al giudice di pace, nei limiti delle risorse disponibili, il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo": come scrive, ancora, Andrea Pugiotto, «poiché il provvedimento di

⁷⁴⁰ M. PAVARINI, «La giustizia penale ostile», *Studi sulla questione criminale*, 2/2007, pp. 7-20.

⁷⁴¹ Cfr. E. VALENTINI, *op. cit.*, pp. 275 ss.

⁷⁴² A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano*, *cit.*, p. 9.

⁷⁴³ L'espressione, tratta dal titolo di un celebre film, è ricorrente nella letteratura in materia di immigrazione. Cfr., *ex multis*, P. P. DE ALBUQUERQUE, «'Figli di un dio minore': migranti e rifugiati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2021, pp. 259-288.

accompagnamento coattivo *sub iudice* viene disposto dal questore, la partita della sua convalida non si gioca in campo neutro ma in casa di una delle parti in causa»⁷⁴⁴. Nulla di più incompatibile con il principio di imparzialità del giudice, che, peraltro, potendo essere individuato anche sulla base del centro presso il quale il Questore decide di trattenere lo straniero, non è neppure precostituito per legge, in violazione dell'art. 25 comma 1 Cost.⁷⁴⁵

Ancor più a monte, è però il caso di chiedersi se il giudice di pace – tradizionalmente deputato alla trattazione di affari di lieve entità –, sia giudice più idoneo, rispetto al giudice penale ordinario, a decidere le sorti della libertà personale che, come ha chiarito la Corte Costituzionale, «al pari degli altri diritti [...] inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»⁷⁴⁶. La stessa Consulta, con sentenza n. 109/2006, ha tuttavia ritenuto non fondata tale questione, sul presupposto che i provvedimenti adottati dall'autorità di pubblica sicurezza nei confronti dello straniero costituiscano pur sempre una modalità esecutiva di una espulsione amministrativa e, in quanto tali, non siano assimilabili alle misure pre-cautelari e cautelari penali. Una pronuncia, questa, che non solo sembra porsi in contrasto con la precedente proclamazione del carattere universale della libertà personale, ma che ha spianato la strada anche alla successiva attribuzione, da parte del legislatore, al giudice di pace dei procedimenti relativi al c.d. reato di immigrazione clandestina.

⁷⁴⁴ A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano*, cit., p. 25.

⁷⁴⁵ *Ivi*, p. 29.

⁷⁴⁶ CORTE COSTITUZIONALE, 10 aprile 2001, n. 105.

3.2. In Francia. In particolare: *l'assignation à résidence a durée illimitée* quale emblema del diritto amministrativo punitivo. / *En France. Notamment: l'assignation à résidence à durée illimitée en tant qu'emblème du droit administratif punitif.*

Ai sensi dell'art. L. 732-2 CESEDA, lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione⁷⁴⁷, dell'interdizione giudiziaria dal territorio francese ovvero di una interdizione amministrativa dal territorio⁷⁴⁸ può, indipendentemente dal luogo in cui si trova, essere sottoposto ad *assignation à résidence* in qualsiasi parte del territorio francese⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ Fino al 1986, spettava al *juge judiciaire* pronunciare l'*obligation de quitter le territoire français*, mentre il Prefetto interveniva solo in via eccezionale, ovvero sia nel caso in cui, non essendo possibile allontanare immediatamente lo straniero, si profilasse la necessità di disporre il trattenimento in un CRA. Trascorse ventiquattro ore dall'inizio del trattenimento, un secondo giudice interveniva per decidere, previa audizione dello straniero, se optare per altre misure di sorveglianza ovvero mantenere la misura in atto, che in ogni caso non poteva eccedere i sei giorni. Da allora, il contropotere del *juge judiciaire* «si è sciolto come neve al sole» (così, K. PARROT, *op. cit.*, p. 231) e il Prefetto risulta essere l'organo principale della procedura di espulsione. Il termine entro il quale lasciare il territorio francese è di 30 giorni dalla notifica del provvedimento; tuttavia, se lo straniero costituisce una minaccia per l'ordine pubblico, se sussiste il pericolo di fuga o se il titolo non è stato rilasciato o rinnovato per frode o del carattere manifestamente infondato della domanda, il termine si riduce a 48 ore. Sono previste, tuttavia, delle eccezioni: lo straniero irregolare non può essere allontanato se: è minorenne o è padre o madre di un minorenne residente in Francia; dimostra di risiedere in Francia da quando era infraquattordicenne; è sposato da almeno tre anni con uno straniero, avente la cittadinanza francese, convivente con lui in Francia a partire dai 13 anni di età (a condizione, però, che non pratici la poligamia); beneficia di un'invalidità permanente di almeno il 20%; necessita di cure sanitarie alle quali non potrebbe accedere nel Paese di rimpatrio; ha presentato richiesta di asilo (nel qual caso non potrà essere allontanato fino alla decisione definitiva di diniego del rilascio o, a seconda dei casi, del rinnovo).

⁷⁴⁸ Contestualmente all'OQTF, viene disposta l'*interdiction administrative de retour sur le territoire français* della durata massima di due anni decorrenti dalla data in cui è stato eseguito l'allontanamento. Essa non va confusa con l'*interdiction judiciaire de retour sur le territoire français*, che viene invece disposta dal giudice nei confronti di uno straniero residente in Francia e autore di determinati *crimes* o *délits* (ad esempio, violenza sessuale, omicidio, atti di terrorismo, uso di documenti falsi, traffico di sostanze stupefacenti). In particolare, in caso di condanna per *délit*, può essere pronunciata sia come pena complementare (aggiuntiva alla detenzione o all'ammenda) sia come pena principale (sostitutiva della detenzione o dell'ammenda), mentre in caso di condanna per *crime*, può essere pronunciata soltanto come complementare. Può essere temporanea (fino ad un massimo di dieci anni) o definitiva (salva l'ipotesi speciale di annullamento). Lo straniero irregolare che rappresenti una minaccia particolarmente grave per la sicurezza e l'ordine pubblico (ad esempio, perché gravemente indiziato di *incitation au terrorisme*) può essere espulso dal Prefetto del luogo di residenza (nel qual caso, il provvedimento adottato prenderà il nome di *arrêté préfectoral d'expulsion*) o, in casi di particolare urgenza (es., rischio di imminente attacco terroristico), dal Ministro dell'interno (con *arrêté ministériel d'expulsion*). Lo straniero espulso è accompagnato coattivamente alla frontiera, immediatamente o in via differita (nel qual caso verrà provvisoriamente *assigné à résidence*).

⁷⁴⁹ “L'étranger qui fait l'objet d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire prononcée en tout point du territoire de la République peut, quel

L'*assignation à résidence* comporta, dunque, il confinamento dello straniero, destinatario di un ordine di allontanamento, in un luogo (solitamente, il domicilio) situato all'interno del territorio francese. Il luogo può anche essere un comune all'interno della Repubblica con obbligo, tuttavia, di recarsi periodicamente – e anche più volte nel corso di una stessa giornata – in Questura per l'obbligo di firma.

In linea di principio, il periodo di confinamento non può eccedere il limite di 45 giorni, rinnovabili una sola volta per la stessa durata, ovvero 6 mesi nei casi di cui all'art. L 731-3 commi 1, 2, 3, 4 e 5 (ad esempio, nel caso in cui l'ordine di allontanamento sia stato impartito in esecuzione di un provvedimento di un altro Stato). Tuttavia, ai sensi dell'art. 732-5 CESEDA, il limite massimo di 6 mesi non si applica nei casi previsti dai commi 6, 7 e 8 dell'art. 731-3 CESEDA (cioè, nel caso in cui la misura consegua ad un provvedimento espulsivo ovvero ad una pronuncia – conseguente a condanna penale – di interdizione dal territorio francese pronunciata ai sensi dell'art. 131-30 del codice penale francese ovvero, ancora, in caso di interdizione amministrativa dal territorio francese), nonché nei casi previsti dagli articoli 731-4 e 731-5, cioè allorché lo straniero, per lo stato di salute in cui versa, necessita di cure che non potrebbero essergli garantite nel Paese di rinvio o, ancora, per motivi di sicurezza pubblica (art. 631-2 CESEDA⁷⁵⁰).

L'istituto è stato aspramente criticato dalla dottrina francese, per la quale esso si configura come una vera e propria «pena perpetua peraltro sottratta al controllo del *juge judiciaire*»⁷⁵¹. Emblematica delle conseguenze che tale misura può arrecare sulla vita e sulla libertà personale degli stranieri è la storia di Kamel Daoudi, un algerino naturalizzato francese nel 2002 e condannato tre anni dopo dal *Tribunal de grande instance de Paris* per il reato di partecipazione ad un'*association de malfaiteurs terroriste* (la cui prova è stata desunta dai contatti stretti con individui impegnati in attività illecite di supporto all'Islam radicale⁷⁵²). Alla condanna seguiva la pena accessoria dell'interdizione dal territorio

que soit l'endroit où il se trouve, être assigné à résidence dans des lieux choisis par l'autorité administrative sur l'ensemble du territoire de la République”.

⁷⁵⁰ La disposizione francese parla, più precisamente, di “nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique”.

⁷⁵¹ P. HENRIOT – K. PARROT, «Un espace-temps sécuritaire: l'assignation à résidence à durée illimitée», *Archives de politique criminelle*, 1/2021, p. 107.

⁷⁵² Sulla genericità e indeterminatezza della nozione di partecipazione ad un'associazione con finalità di terrorismo in Francia e sulla tendenza giurisprudenziale a valorizzare, a fini probatori, la sussistenza di una «proximité» con altri terroristi (reali o presunti), sia consentito rinviare a V. ROMANO, «Osservazioni a *Cour d'assises spéciale de Paris*, 29 juin 2022, Salah Abdeslam e altri», *Foro it.*, IV, 1/2023, pp. 48 ss.

francese, che tuttavia veniva sospesa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a causa del rischio serio e concreto di sottoposizione a tortura nel Paese di origine.

Due giorni dopo la decisione della Corte di Strasburgo, Kamel Daoudi veniva sottoposto, con decisione del Ministro dell'Interno francese, alla misura dell'*assignation à résidence* che veniva rinnovata indefinitamente per quindici anni, sulla base della ritenuta perdurante sussistenza di una minaccia all'ordine pubblico. Nel caso di specie, la misura comportava l'obbligo di dimorare all'interno di un comune della Repubblica, di volta in volta definito, e di firmare in Questura per ben quattro volte nell'arco della stessa giornata, così da assumere le sembianze di una vera e propria «prigione a cielo aperto»⁷⁵³.

La vicenda giungeva al vaglio del *Conseil Constitutionnel*, chiamato a stabilire se la misura in questione non fosse assimilabile ad una misura privativa della libertà personale, in quanto tale assoggettabile al controllo del *juge judiciaire*.

La Corte costituzionale francese, pur riconoscendo la natura maggiormente afflittiva della misura dell'*assignation à résidence à durée illimitée*, ha ritenuto di poterla qualificare alla stregua di misura restrittiva della libertà di circolazione in quanto tale sottratta al controllo del *juge judiciaire*, ponendo quale unico limite la necessità, dopo cinque anni dall'inizio della sua esecuzione, di una motivazione rafforzata da parte della autorità amministrativa che intendesse rinnovarla⁷⁵⁴.

Queste conclusioni sono state aspramente criticate dalla dottrina francese, la quale – oltre a rilevare il rischio, da più parti e a più riprese evidenziato, del ricorso alle *notes blanches* da parte dell'autorità amministrativa soprattutto avverso gli stranieri sospettati di terrorismo⁷⁵⁵ – ha richiamato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, secondo cui «tra privazione e restrizione della libertà, non c'è [...] che una differenza di grado o intensità, non di natura o di sostanza»⁷⁵⁶, sicché «per determinare se un individuo si trova privato della libertà ai sensi dell'art. 5, occorre prendere in considerazione la situazione concreta nonché il genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura»⁷⁵⁷.

⁷⁵³ P. HENRIOT – K. PARROT, *Un espace-temps sécuritaire*, cit., p. 108.

⁷⁵⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017.

⁷⁵⁵ J.-P. FOEGLE – N. KLAUSSER, «La zone grise des notes blanches», *Délibérée*, 2/2017, pp. 41-45.

⁷⁵⁶ CORTE EDU, 6 novembre 1980, ric. n° 7367/76, *Guzzardi c. Italia*, § 93.

⁷⁵⁷ CORTE EDU, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, §§ 58-59.

Com'è stato opportunamente rilevato, rifiutando di conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo, il *Conseil Constitutionnel* ha di fatto inseguito il «fantasma della sicurezza globale»⁷⁵⁸, consentendo allo Stato di esercitare un controllo totale su individui (gli stranieri) considerati potenzialmente pericolosi: un arretramento sul piano della tutela dei diritti umani e, al contempo, una fuga in avanti verso lo Stato securitario.

⁷⁵⁸ P. HENRIOT – K. PARROT, *Un espace-temps sécuritaire*, cit., p. 115.

SEZIONE II / SECTION II.

FORME DI CRIMINALIZZAZIONE-ESCLUSIONE INDIRETTA E DI REPRESSIONE PARA-PENALE DELLA SOLIDARIETÀ. / FORMES DE CRIMINALISATION-EXCLUSION INDIRECTE ET DE RÉPRESSION PARA-PÉNALE DE LA SOLIDARITÉ.

1. La progressiva estensione del catalogo dei reati ostativi alla concessione del visto d'ingresso e di quelli che comportano la revoca o il diniego dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria. / *L'extension progressive du catalogue des infractions empêchant l'octroi de visas et de celles entraînant la déchéance ou le refus du statut de réfugié ou de protection subsidiaire.*

A tenere lontani gli *indesiderabili* dal territorio nazionale concorre la progressiva espansione del catalogo dei reati ostativi alla concessione del visto di ingresso, così come di quello dei reati che consentono il diniego o la revoca dello *status* di rifugiato o richiedente la protezione sussidiaria.

Per quanto riguarda il primo elenco, contenuto nell'art. 4 comma 3 d.lgs. 286/98, in aggiunta alle violazioni del diritto d'autore (*ex l. n. 633/1941*), al reato di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi o di brevetti, modelli e disegni (art. 473 c.p.) e al reato di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.), il comma 2 dell'art. 23 d.l. n. 113 del 2018, convertito in l. n. 132 del 2018, vi ha incluso i delitti contro la libertà di circolazione e di navigazione previsti dall'art. 1 d.lgs. n. 66 del 1948 e il reato contravvenzionale di inosservanza dell'ordine, impartito dall'autorità di pubblica sicurezza, ai sensi dell'art. 24 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. 773/1931), di sciogliere un assembramento o una riunione non autorizzata.

L'art. 7 del decreto sicurezza di cui sopra ha, inoltre, modificato gli articoli 12 comma 1 lettera c) e 16 d.lgs. n. 251/2007. Per effetto di tali modifiche, sono state innanzitutto introdotte nuove ipotesi delittuose comportanti il diniego della massima forma

di protezione internazionale (*status* di rifugiato), aggiungendo: i reati di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 c.p.), lesioni aggravate ai sensi dell'art. 583 c.p., pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 *bis* c.p.), lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive (art. 583 *quater* c.p.), furto aggravato ai sensi dell'art. 625 comma 1 n. 3 (porto di armi o narcotici, senza farne uso), furto in abitazione aggravato nella stessa forma di cui al precedente reato, reati di cui all'art. 407 comma 2 lettera a), numeri 2), 6) e 7-*bis*) c.p.⁷⁵⁹, contrabbando di tabacchi (art. 291-*ter* d.P.R. 43/1973), favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione clandestina. In particolare, le ultime tre categorie di fattispecie delittuose sono ostative anche nelle forme non aggravate nel caso in cui lo straniero costituisca una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica. Per effetto dei rinvii interni operati dagli artt. 13 e 18 d.lgs. 251/2007 agli artt. 12 e 16 del medesimo d.lgs., tali reati comportano anche la revoca dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria⁷⁶⁰.

L'estensione degli elenchi appena passati in rassegna potrebbe, in prima battuta, trovare giustificazione nelle fonti sovranazionali. A tal proposito, viene innanzitutto in rilievo la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato (1951) che, all'art. 1 lettera F), espressamente esclude dal proprio ambito di applicazione le “persone, di cui vi sia serio motivo di sospettare che: a) hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nel senso degli strumenti internazionali contenenti disposizioni relative a siffatti crimini; b) hanno commesso un crimine grave di diritto comune fuori del paese ospitante prima di essere ammesse come rifugiati; c) si sono rese colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite”.

A livello europeo, viene invece in rilievo l'art. 12 della direttiva 2011/95/UE (recante recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta). Tale articolo, infatti, significativamente rubricato “esclusione”, al

⁷⁵⁹ Si tratta dei reati di maltrattamenti, rapina ed estorsione aggravate ai sensi del terzo comma dell'art. 628 c.p., danneggiamento, delitti di cui agli artt. 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80, comma 2, e 74 del Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti, delitti contro la libertà sessuale.

⁷⁶⁰ L. BARBERIO, *Il diniego e la revoca della protezione internazionale*, in A. Conz – L. Levita (a cura di), *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Dike, 2019, pp. 145-146.

paragrafo 2 sancisce che “un cittadino di un paese terzo o un apolide è escluso dallo *status* di rifugiato ove sussistano fondati motivi per ritenere: a) che abbia commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità quali definiti dagli strumenti internazionali relativi a tali crimini; b) che abbia commesso al di fuori del paese di accoglienza un reato grave di diritto comune prima di essere ammesso come rifugiato, ossia prima del momento in cui gli è rilasciato un permesso di soggiorno basato sul riconoscimento dello *status* di rifugiato, abbia commesso atti particolarmente crudeli, anche se perpetrati con un dichiarato obiettivo politico, che possono essere classificati quali reati gravi di diritto comune; c) che si sia reso colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni unite quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della carta delle Nazioni unite”. La stessa esclusione si applica nei confronti delle “persone che istigano o altrimenti concorrono alla commissione” degli stessi atti.

La giustificazione è, però, soltanto apparente. Invero, come osservato dal Consiglio Superiore della Magistratura nel parere reso sul d.l. n. 113 del 2018, l'elenco che comporta il diniego o la revoca dello *status* di rifugiato o di titolare della protezione sussidiaria, irragionevolmente equipara i reati previsti dall'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. a reati quali le lesioni personali gravi e il furto in abitazione che, per quanto allarme sociale possano destare, non presentano lo stesso grado di gravità. Siffatto elenco, pertanto, mal si concilia non soltanto con il principio di proporzionalità, ma anche con le fonti sovranazionali. Ad esempio, può un furto in abitazione considerarsi talmente grave da impedire la concessione dello *status* di rifugiato? O, in alternativa, può essere considerato un “atto contrario alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite” o un crimine di guerra o contro l'umanità o contro la pace? La domanda è chiaramente retorica.

Il vero è che dietro questa irragionevole equiparazione di reati di differente entità si cela una strategia ben precisa, per certi versi inedita. Accanto al migrante irregolare viene infatti individuato un nuovo nemico: «il richiedente protezione internazionale, guardato con sospetto e tacciato di voler approfittare delle misure di protezione senza avere i requisiti per accedervi»⁷⁶¹.

⁷⁶¹ L. MASERA, *Il diritto penale dei “nemici”*, cit., p. 833.

2. Cittadini precari: la progressiva estensione della revoca della cittadinanza nell'età del *populismo escludente*. / *Citoyens précaires: l'extension progressive de la déchéance de nationalité en temps de populisme excluuant.*

La cittadinanza è il «diritto ad avere diritti»⁷⁶², cioè la condizione indispensabile affinché un essere umano possa essere riconosciuto come membro a pieno titolo di una comunità politica. Non è, pertanto, sorprendente che nell'epoca del *populismo escludente*, l'istituto della revoca della cittadinanza per terrorismo (o altri gravi reati ad esso assimilati identificati mediante la tecnica del rinvio⁷⁶³) stia subendo una progressiva espansione.

In Italia, in particolare, l'art. 14 d.l. n. 113/2018 ha inserito nell'impianto della legge n. 91/1992, una nuova ipotesi di revoca della cittadinanza applicabile, con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'interno, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna esclusivamente nei confronti di coloro che, nati stranieri o apolidi, abbiano acquisito la cittadinanza italiana, su loro richiesta, per coniugio e naturalizzazione. La misura non si applica, invece, nei confronti dei cittadini *iure sanguinis*, per beneficio di legge⁷⁶⁴ o per adozione⁷⁶⁵.

⁷⁶² H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Schocken Books, 1951, p. 296.

⁷⁶³ Ai sensi dell'art. 10-bis l. n. 91/1992, la cittadinanza può essere infatti revocata "in caso di condanna definitiva per i reati previsti dall'art. 407 co. 2 lett. a) n. 4 c.p.p., 270-ter e 270-quinquies.2", cioè – oltre che per i reati di assistenza agli associati e sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-sexies, anche per i delitti previsti dagli artt. 270-bis (Associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico), 280 (Attentato contro il Capo del Governo), 285 (Devastazione, saccheggio e strage), 286 (Guerra civile), 289-bis (Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione), 305 (Cospirazione politica mediante associazione), 416 (Associazione per delinquere) nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza (cfr. art. 380, co. 2, lett. m) c.p.p.), 416-bis (Associazione di tipo mafioso), 422 (Strage), 630 (Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione) c.p.; associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74, d.p.r. 309/1990); i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché i delitti di cui agli artt. 270, comma 3 (ricostituzione di associazioni sovversive di cui era stato ordinato lo scioglimento), e 306, comma 2, c.p. (partecipazione a banda armata).

⁷⁶⁴ Si tratta dei discendenti fino al secondo grado in linea retta di cittadini italiani per nascita e che abbiano vissuto in Italia per almeno tre anni.

⁷⁶⁵ Presupposto di applicazione della disciplina è, pertanto, l'aver acquisito la cittadinanza italiana se stranieri nati e residenti legalmente sul territorio italiano fino al compimento della maggiore età (art. 4, comma 2, l. n.

Già da una prima e superficiale lettura del testo, emerge un profilo di incompatibilità con il principio di uguaglianza-ragionevolezza nella misura in cui si riconnettono differenti conseguenze per gli stessi fatti di reato a seconda dello *status* dei relativi autori: si è al cospetto di «una sorta di stigma politico per i cittadini *non iure sanguinis*»⁷⁶⁶, un'ipotesi di «perdita della cittadinanza per punizione»⁷⁶⁷ la cui logica non pare dissimile dalla vecchia circostanza aggravante della clandestinità.

Sotto il profilo squisitamente tecnico, problematico risulta il ricorso alla tecnica del rinvio per identificare i reati che comportano la revoca della cittadinanza: sono state, infatti, poste in evidenza le «conseguenze pregiudizievoli in termini di certezza del diritto e tutela della persona per le modalità utilizzate, non apparendo affatto chiaro se si tratti di un rinvio statico o dinamico»⁷⁶⁸. Inoltre, dal momento che nulla viene disposto in merito alla efficacia della disciplina nel tempo, ci si chiede se questa «sia applicabile a chi ha già acquistato la cittadinanza prima dell'entrata in vigore del decreto-legge 113/2018»⁷⁶⁹. Tali conseguenze, sebbene non formalmente qualificabili alla stregua di sanzioni penali, lo sono – in applicazione dei già citati criteri *Engel* – da un punto di vista sostanziale, sicché, in base al principio del *favor rei*, dovrebbe esserne preclusa l'applicazione retroattiva⁷⁷⁰; ciò, a maggior ragione ove si ponga mente al fatto che esse potrebbero risultare addirittura ancor più afflittive delle sanzioni penali previste nel nostro ordinamento: essendo, infatti, la cittadinanza *condicio sine qua non* per l'esercizio dei diritti civili, politici e sociali (fatta eccezione per le cure sanitarie urgenti), la sua revoca decreterebbe, di fatto, la «mort civile»⁷⁷¹ della persona che, pur continuando ad esistere fisicamente, non sarebbe più titolare dei diritti tradizionalmente riconosciuti ai cittadini. Si tratterebbe, in definitiva, di un surrogato della pena di morte o, quantomeno, di un trattamento inumano e degradante di

91/1992), se stranieri legalmente residenti da dieci anni o apolidi legalmente residenti da cinque anni (art. 9, l. n. 91/1992) o, ancora, per susseguente matrimonio (secondo le condizioni stabilite dall'art. 5, l. n. 91/1992). Va, peraltro, segnalato che il d.l. n. 113/2018 ha reso più complesso e farraginoso l'*iter* per l'acquisto della cittadinanza, richiedendo il requisito della conoscenza della lingua italiana (v. nuovo art. 9.1. l. n. 91/1992), prevedendo termini più lunghi per la conclusione del procedimento (art. 9-ter della stessa legge), l'abrogazione dell'ipotesi di silenzio-assenso di cui all'art. 8 comma 2 nei casi di preclusione di cui all'art. 6, nonché il pagamento di un contributo di 250 euro per presentare l'istanza.

⁷⁶⁶ E. CAVASINO, «Ridisegnare il confine tra “noi” e “loro”. Interrogativi sulla revoca della cittadinanza», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2019, p. 10.

⁷⁶⁷ *Ibidem*.

⁷⁶⁸ *Ivi*, pp. 2-3.

⁷⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁷⁰ *Contra*, CORTE COST., sentenza 7 aprile 2017, n. 68, cit.

⁷⁷¹ R. PARIZOT, «Contre l'indignité nationale», *Recueil Dalloz*, 2015, p. 879.

dubbia compatibilità con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo «qui refuse non seulement tout traitement inhumain - ce qu'était la mort civique -, mais aussi toute peine automatique - ce qu'était la dégradation civique»⁷⁷².

Ad avallare la tesi della irretroattività della revoca della cittadinanza, concorrono – a parere di chi scrive – anche le osservazioni svolte dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento ad un tema soltanto apparentemente distante da quello della revoca della cittadinanza: la revoca, nei confronti dei condannati per reati di mafia o di terrorismo, delle misure alternative alla detenzione. A tal proposito, viene in rilievo la sentenza n. 306/1993 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 15 d.l. n. 306/1992, nella parte in cui prevedeva che la revoca delle misure alternative alla detenzione venisse disposta nei confronti dei condannati di cui sopra in caso di mancata collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter ord. pen., anche quando non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. In quell'occasione, la Consulta ha ricordato che essa ha «invero più volte riconosciuto, anche in materie – quale quella dei diritti patrimoniali – non soggette al principio di irretroattività della legge, che la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza [...] ciò [...] a maggior ragione nella materia in esame»⁷⁷³, giacché «con la concessione della semilibertà, l'aspettativa del condannato a veder riconosciuto l'esito positivo del percorso di risocializzazione già compiuto si è trasformata nel diritto ad espiare la pena con modalità idonee a favorire il completamento di tale processo»⁷⁷⁴. Come si è detto, il tema è soltanto apparentemente diverso da quello che qui ci occupa: si può, infatti, ragionevolmente affermare che, analogamente al detenuto, anche lo straniero che abbia acquisito, dopo un lungo percorso ad ostacoli⁷⁷⁵, la cittadinanza, ha il diritto a non vedersi privato di quello che Hannah Arendt chiamava il *diritto ad avere diritti*, un diritto che non può essere negato a nessun essere umano, quale che sia la sua identità e quale che sia il reato commesso.

Ma, ancor più a monte, depongono nel senso della non retroattività della misura *de qua* (che – lo si ribadisce – è sostanzialmente equiparabile ad una vera e propria pena) da

⁷⁷² *Ibidem*. Seppur riferito alla *déchéance de nationalité* francese, il ragionamento è applicabile anche all'istituto della revoca della cittadinanza italiana.

⁷⁷³ CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 306 del 1993, § 13 dei *considerato in diritto*.

⁷⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁷⁵ Cfr. C. BARTOLI, *op. cit.*, *passim*.

un lato, il principio, storicamente affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 364 del 1988, per cui il cittadino deve essere posto nelle condizioni di poter prevedere le conseguenze delle proprie azioni sì da garantirgli la «certezza di libere scelte d'azioni», e, dall'altro, la consapevolezza – ribadita dalla sentenza della Consulta sulla legge c.d. *spazza-corrotti*⁷⁷⁶ –, che il divieto di retroattività di cui all'art. 25 comma 2 Cost. «erige un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti».

Ciò posto, tra i diritti di cui verrebbe privato il destinatario della misura rientra quello di non essere espulso dal proprio territorio (art. 3 del Protocollo n. 4 CEDU). Come si è anticipato nel primo paragrafo di questa prima parte del secondo capitolo, sussiste infatti un nesso teleologico fra l'istituto in esame e quello dell'espulsione o allontanamento dello straniero extracomunitario (articoli 13, co. 1, d.lgs. 286/98 e 3 del decreto Pisanu); espulsione o allontanamento che dovrebbero, però, trovare un limite nel principio di *non-refoulement*, giacché, secondo un consolidato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, «anche nelle circostanze più difficili, come la lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata, la Convenzione vieta in maniera assoluta la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti, quali che siano le azioni compiute dalla vittima»⁷⁷⁷. D'altronde, come si è già chiarito, la violazione è integrata anche, in via riflessa, in caso di respingimento, espulsione o rimpatrio dello straniero verso uno Stato in cui sussiste il rischio serio, attuale e concreto di sottoposizione a tali pratiche (c.d. *tortura per procura*).

⁷⁷⁶ CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 26 febbraio 2020, n. 32, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, tra gli altri, l'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (recante “misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”), in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (recante “norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale.

⁷⁷⁷ CORTE EDU, sentenza 23 febbraio 2016, ricorso n. 44883/09, *Nasr e Ghali c. Italia*. In questi termini si è espressa anche l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nelle risoluzioni n. 61/153 del 2006 e 62/148 del 2007, ove ha espresso piena condanna nei confronti di «any action or attempt by States or public officials to legalize, authorize or acquiesce in torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment under any circumstances, including on grounds on national security or through judicial decisions».

Il carattere sproporzionato e la finalità general-preventiva della sanzione inducono a ritenere che l'istituto in esame si ponga in potenziale contrasto anche con gli art. 10, comma 2 e 117, comma 1 Cost., essendo contraria ai criteri elaborati dalla Corte Edu nella già citata sentenza *Engel*, comportando la natura sostanzialmente penale della sanzione una violazione del diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto (c.d. divieto di *bis in idem*).

La definitiva messa al bando dalla società si pone, poi, in aperto contrasto con la finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

Infine, dubbi sono stati manifestati anche con riferimento al rispetto del divieto di nuova apolidia previsto dall'art. 8, comma 1 della Convenzione internazionale sulla riduzione dell'apolidia⁷⁷⁸, dal momento che l'art. 10-*bis* l. n. 91/1992 – a differenza, come si vedrà, della disciplina francese – non prevede espressamente il divieto di applicabilità della revoca nel caso in cui il destinatario, non godendo di una duplice cittadinanza, rischi di diventare apolide⁷⁷⁹.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, pur prendendosi atto che l'Italia ha ratificato la Convenzione in esame soltanto nel 2015, apponendo peraltro una riserva all'art. 8, è stato rilevato che «nel diritto internazionale pattizio emerge chiaramente una linea di tendenza che mira ad evitare forme di non discriminazione tra i cittadini basate sulle differenti cause di acquisto e perdita della cittadinanza e ad assicurare la possibilità di ricorrere avverso le decisioni in materia di perdita della cittadinanza»⁷⁸⁰. Tra le varie fonti sovranazionali vigenti *in subiecta materia*, particolare rilievo assume l'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ai sensi del quale “ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza”. Questa disposizione è stata infatti utilizzata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea per rafforzare la tutela del cittadino a fronte della discrezionalità degli Stati membri. In particolare, nella sentenza *Rottmann*, la Corte di Lussemburgo ha affermato che «vista l'importanza che il diritto primario annette allo *status* di cittadino dell'Unione, è necessario, nell'esaminare una decisione di revoca

⁷⁷⁸ Ai sensi di tale disposizione, gli Stati parte della Convenzione “shall not deprive a person of its nationality if such deprivation would render him stateless”.

⁷⁷⁹ Per maggiori approfondimenti cfr. ASGI, *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, 15 ottobre 2018, in www.asgi.it.

⁷⁸⁰ E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine*, cit., p. 30.

della naturalizzazione, tener conto delle possibili conseguenze che tale decisione comporta per l'interessato e, eventualmente, per i suoi familiari sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode ogni cittadino dell'Unione. A questo proposito, è importante verificare, in particolare, se tale perdita sia giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca, nonché alla possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine»⁷⁸¹.

Altro profilo di problematicità attiene alla dubbia applicabilità dell'istituto della revoca allo *status* di cittadino. È stato, infatti, rilevato da un'attenta dottrina che «una volta perfezionato il procedimento disciplinato dalla legge per l'acquisto della cittadinanza, e, in particolare, dopo che sia stato portato ad effetto l'atto amministrativo con cui si sancisce l'acquisto della cittadinanza, è possibile configurare un [vero e proprio: n.d.r.] diritto soggettivo di cittadinanza»⁷⁸² che, come tutti i diritti soggettivi, funge da limite alla potestà di esercitare la revoca⁷⁸³.

Inoltre, gli atti e i procedimenti che disciplinano la cittadinanza rientrano nel novero di quelli (in materia di *status*) aventi efficacia immediata ed effetti durevoli ai quali è tradizionalmente ritenuto inapplicabile l'istituto amministrativo della revoca⁷⁸⁴.

Le considerazioni appena svolte, unitamente alla mancata previsione di un mezzo di ricorso avverso il decreto che dispone la revoca, inducono a riflettere sulla possibilità che con l'istituto in esame si realizzi, di fatto, una *forma inedita di diritto penal-amministrativo del nemico*: tale istituto, infatti, forse più di ogni altro, rivela lucidamente la profezia di Mireille Delmas-Marty che già nel 2007 aveva osservato come, in seguito agli attacchi terroristici londinesi del 2004 tra i cui autori vi erano anche dei cittadini inglesi, gli Stati avessero iniziato ad avvertire il timore che il *nemico* non fosse più soltanto esterno ma *interno* alle Nazioni, un *cittadino-nemico* potenzialmente identificabile con il cittadino *non*

⁷⁸¹ CGUE, sentenza 2 marzo 2010, *Rottmann v. Freistaat Bayern*, causa C-135/08, § 56.

⁷⁸² E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine*, cit., pp. 6-19. Alla giurisprudenza amministrativa (Tar Lazio, sez. I-ter, dec. 19.12.2018, n. 12364, che si richiama agli orientamenti del Cons. St., sez. IV, 16.9.1999, n. 1474; Cons. St., sez. III, 23.7.2018, n. 4447, Cons. St., sez. III, 11.5.2016, n. 1874; Cons. St., sez. VI, 9.11.2011, n. 5913 e dec. 10.1.2011, n. 52) tendente a disconoscere la esistenza di un diritto soggettivo di cittadinanza, l'A. contrappone alcune autorevoli tesi dottrinali e pronunce della Corte Costituzionale in cui ricorre sempre più di frequente il concetto di diritto di cittadinanza e una forte valorizzazione del rilievo della volontà dell'individuo nell'acquisto e nella perdita della stessa.

⁷⁸³ *Ibidem*.

⁷⁸⁴ *Ivi*, p. 7.

*iure sanguinis*⁷⁸⁵. Di qui il carattere intrinsecamente discriminatorio dell'istituto in esame, che è anche *strumento di esclusione e neutralizzazione dell'Altro-da-sé*. Invero, seppur riferite all'istituto francese della *déchéance de nationalité* (che ci si accinge ad analizzare nel paragrafo immediatamente successivo), si condivide, in questa sede, l'opinione per cui, «senza spingersi a ravvisare in questo tipo di pena un'imitazione dell'*Achtung* del diritto penale nazista, si può rilevare una vicinanza al diritto penale del nemico [...]. Nemico, cittadino indegno: in entrambi i casi, lo *status* di reo viene abbandonato a favore di un'altra etichetta che consente di derogare ai principi del diritto penale. Mentre il reo è una persona giudicata per un reato commesso e, se del caso, condannata a una pena individualizzata la cui funzione non è semplicemente quella di punire ma anche di promuovere la riabilitazione, il nemico è una persona giudicata/considerata non per ciò che ha fatto ma per ciò che è (una persona pericolosa), e quindi soggetta a sanzioni di esclusione, di pura neutralizzazione o di severità marcatamente afflittiva che nascondono obiettivi di eliminazione sociale»⁷⁸⁶.

2.1. (segue) Una comparazione con l'istituto francese della *déchéance de nationalité*. / Une comparaison avec la *déchéance de nationalité*.

Da più parti, nel mondo della politica, si è tentato di giustificare l'istituto italiano della revoca della cittadinanza facendo un parallelismo con l'istituto francese della *déchéance de nationalité*.

Quest'ultimo prevede, di fatto, una «forma di punizione per indegnità a chi non è “francese di origine”»⁷⁸⁷. Ai sensi dell'art. 25 del *code civil* francese, infatti, una persona

⁷⁸⁵ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit III*, cit., pp. 95-96.

⁷⁸⁶ R. PARIZOT, *Contre l'indignité nationale*, cit., p. 880: «sans aller [...] jusqu'à voir dans ce type de peine une imitation de l'*Achtung* du droit pénal nazi, on peut y déceler une proximité avec le droit pénal de l'ennemi [...]. Ennemi, citoyen indigne: dans les deux cas, on abandonne la qualité de délinquant pour retenir une autre étiquette autorisant des dérogations aux principes fondant le droit pénal. Alors qu'un délinquant est une personne qui a été jugée pour une infraction commise et, le cas échéant, condamnée à une peine individualisée dont la fonction n'est pas simplement de sanctionner, mais aussi de favoriser la réinsertion, un ennemi est une personne jugée/considérée non pas pour ce qu'elle a fait mais pour ce qu'elle est (une personne dangereuse), et donc soumise à des sanctions excluantes, de pure neutralisation ou d'une gravité afflittive marquée qui dissimule des buts d'élimination sociale».

⁷⁸⁷ E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine*, cit., p. 12.

naturalizzata francese può essere privata della cittadinanza, con decreto e previo parere conforme del Consiglio di Stato, e a meno che la privazione non ne comporti l'apolidia, nei seguenti casi:

1) se è stata condannata per un atto qualificato come crimine o delitto che costituisce un attentato agli interessi fondamentali della Nazione o per un crimine o delitto che costituisce un atto di terrorismo;

2) se è stata condannata per un atto qualificato come crimine o delitto previsto e punito dal capo II del titolo III del libro IV del codice penale;

3) se è stata condannata per essersi sottratta agli obblighi derivanti dal codice del servizio nazionale;

4) se ha commesso atti a beneficio di uno Stato straniero incompatibili con lo *status* di cittadino francese e pregiudizievoli per gli interessi della Francia”⁷⁸⁸.

L'art. 25-1 precisa che la cittadinanza può essere revocata solo se gli atti di cui l'interessato è accusato e di cui all'art. 25 sono stati compiuti prima dell'acquisizione della cittadinanza francese ovvero entro dieci anni dalla data di tale acquisizione. Inoltre, la cittadinanza può essere revocata solo entro dieci anni dalla commissione di tali atti e, se gli atti di cui l'interessato è accusato sono indicati all'articolo 25, paragrafo 1, i termini di cui ai due paragrafi precedenti sono portati a quindici anni⁷⁸⁹.

Come si può notare da un'attenta lettura delle disposizioni appena citate, numerose sono le divergenze con l'istituto italiano della revoca della cittadinanza di cui all'art. 10-*bis* l. n. 91/1992, rispetto al quale l'istituto in esame sembra apprestare maggiori garanzie: invero, oltre al fatto che la *déchéance de nationalité* non può operare per i fatti commessi prima dell'acquisizione della cittadinanza francese né dopo dieci anni dalla commissione

⁷⁸⁸ “L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride: 1) s'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme; 2) s'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du code pénal; 3) s'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du code du service national; 4) S'il s'est livré au profit d'un Etat étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France”.

⁷⁸⁹ “La déchéance n'est encourue que si les faits reprochés à l'intéressé et visés à l'article 25 se sont produits antérieurement à l'acquisition de la nationalité française ou dans le délai de dix ans à compter de la date de cette acquisition. Elle ne peut être prononcée que dans le délai de dix ans à compter de la perpétration desdits faits. Si les faits reprochés à l'intéressé sont visés au 1° de l'article 25, les délais mentionnés aux deux alinéas précédents sont portés à quinze ans”.

del reato (che diventano addirittura quindici in caso di “crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme”), la disposizione prevede un esplicito divieto di revoca della cittadinanza nel caso in cui questa dovesse avere quale effetto quello di rendere apolide il destinatario, fermo restando che è sempre richiesto – anche nel caso in cui non sussista tale rischio – il parere conforme del Consiglio di Stato francese per la sua emanazione. Preme segnalare, peraltro, che proprio il *Conseil d’État*, dubitando della legittimità costituzionale della disciplina – sotto i profili della proporzionalità e della stretta necessità della pena, nonché dell’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge – aveva sollevato questione prioritaria di costituzionalità e chiesto al *Conseil Constitutionnel* di sollevare questione di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea per violazione del principio di non discriminazione basato sulla nazionalità. La Corte costituzionale francese, pur riconoscendo alla misura in esame la natura di una vera e propria «sanzione avente carattere di vera e propria punizione»⁷⁹⁰, ha ritenuto infondate le questioni sollevate, argomentando che «il principio di uguaglianza non osta a che il legislatore disciplini in modo diverso situazioni diverse o deroghi all’uguaglianza dei cittadini per motivi di interesse generale»⁷⁹¹; inoltre, hanno ricordato che lo stesso *Conseil Constitutionnel* «nella sua decisione del 16 luglio 1996 [...] ha ritenuto che il legislatore poteva, in considerazione dell’obiettivo di rafforzare la lotta contro il terrorismo, prevedere la possibilità, per un periodo limitato, che l’autorità amministrativa privasse della cittadinanza francese coloro che l’hanno acquisita, senza che la differenza di trattamento che ne derivava violasse il principio di uguaglianza»⁷⁹²; d’altronde – hanno aggiunto i giudici – la *déchéance de nationalité* non risulterebbe manifestamente sproporzionata «avuto riguardo alla natura particolarissima degli atti di natura terroristica»⁷⁹³.

La pronuncia in esame non deve, però, indurre a ritenere che anche l’istituto italiano della revoca della cittadinanza sia, per gli stessi motivi, compatibile con la Costituzione

⁷⁹⁰ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, § 19.

⁷⁹¹ *Ivi*, § 10: «le principe d’égalité ne s’oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu’il déroge à l’égalité pour des raisons d’intérêt général».

⁷⁹² *Ivi*, §13: «dans sa décision du 16 juillet 1996, [...] a[va]it jugé que le législateur a pu, compte tenu de l’objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme, prévoir la possibilité, pendant une durée limitée, pour l’autorité administrative de déchoir de la nationalité française ceux qui l’ont acquise, sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d’égalité».

⁷⁹³ *Ivi*, § 19: «eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme».

italiana. Gli stessi giudici francesi, infatti, nell'*iter* logico-giuridico della sentenza, hanno più volte posto in evidenza il fatto che l'art. 25-1 del *code civil* francese pone una serie di correttivi idonei a prevenirne la indiscriminata applicazione, precisamente:

- a) il decorso di un termine dalla commissione del fatto (che, in ogni caso, deve essere stato commesso prima dell'acquisizione della cittadinanza);
- b) il previo parere conforme del Consiglio di Stato;
- c) il divieto della sua applicazione nel caso in cui essa conduca all'apolidia.

Tutti elementi, questi, non previsti dalla disciplina italiana *in subiecta materia* e che, pertanto, rendono logicamente impossibile un parallelismo tra i due istituti⁷⁹⁴.

Ciò, beninteso, non vuol dire neppure che l'istituto francese sia immune da censure. Possibili questioni di costituzionalità si prospettano con riferimento alle altre condotte legittimanti la *déchéance de nationalité*. Si dubita, infatti, della proporzionalità di questa misura con riferimento alla sottrazione agli obblighi previsti dal *Code du service national* o, ancora, nei riguardi di "chi ha compiuto atti a beneficio di uno Stato straniero incompatibili con la cittadinanza francese e pregiudizievoli per gli interessi della Francia". Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi si teme, peraltro, una discrezionalità eccessiva dell'amministrazione nel determinare quali siano gli "atti incompatibili con la qualità di [cittadino] francese e pregiudizievoli agli interessi della Francia"⁷⁹⁵.

Sulla base delle considerazioni da ultimo svolte, deve pertanto concludersi che, pur sembrando quello francese un istituto maggiormente rispettoso delle garanzie individuali, non si possa prendere quale mirabile esempio.

Di più: il fatto che *Nicolas Sarkozy* avesse, in occasione del *discorso di Grenoble*⁷⁹⁶, caldeggiato l'introduzione di una ulteriore ipotesi di *déchéance de nationalité* per coloro che si fossero resi colpevoli dei reati di omicidio e lesioni colpose in danno degli organi depositari di autorità⁷⁹⁷ dimostra quanto sia importante impedire che le «cicatrici di una

⁷⁹⁴ Cfr. E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine*, cit., p. 16.

⁷⁹⁵ Cfr. C. CHASSANG, *L'étranger et le droit pénal*, cit., p. 37, in adesione alla tesi di P. LAGARDE, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, 4e édition, p. 238.

⁷⁹⁶ https://www.repubblica.it/esteri/2010/07/30/news/via_la_cittadinanza_francese_a_chi_attacca_la_polizia-5953400/ (URL consultato il 20 marzo 2023).

⁷⁹⁷ Questi venivano identificati nelle seguenti figure: "magistrat, juré, avocat, officier public ou ministériel, militaire de la gendarmerie nationale, fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique".

guerra lunga e dolorosa»⁷⁹⁸ – qual è stata (e continua ad) essere la *guerra al terrorismo*⁷⁹⁹ – conducano alla negazione di quelle garanzie che in uno Stato di diritto dovrebbero essere riconosciute e garantite a tutti gli esseri umani.

Il pericolo paventato non è infondato, se si considera che – all’indomani degli attentati terroristici del 13 novembre 2015 – si è tentato di costituzionalizzare la *déchéance de nationalité*⁸⁰⁰. Questa proposta è stata, fin da subito, ostacolata da autorevoli giuristi, nonché dalla *Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme*⁸⁰¹. In particolare, sul versante dottrinale, ne è stata denunciata la natura di «misura securitaria di protezione dei cittadini attraverso l’esclusione dei nemici»⁸⁰² in quanto tale facilmente utilizzabile – come testimonia la storia dell’istituto della *indignité nationale* – quale comoda «arma politica»⁸⁰³. Una forma di diritto penale del nemico, dunque, che deumanizza e discrimina lo straniero (naturalizzato francese) indesiderato in quanto resosi colpevole di gravi reati (ovvero di altri atti elencati *supra*), privandolo del principio di risocializzazione della pena (che continua ad essere garantito, a parità di condizioni, ai «Français de souche»)⁸⁰⁴, nonché del valore universale e indivisibile della dignità (categorizzando gli esseri umani in persone più o meno degne in base alla nazionalità⁸⁰⁵) e – da ultimo, ma non per importanza – del *diritto alla speranza*. Come lucidamente osserva Christine Lazerges, «quando le paure prevalgono sulla ragione, quando nei confronti dei terroristi e non soltanto dei terroristi, la determinazione a costruire una politica criminale umanista svanisce, il ritorno delle pene perpetue non è lontano. [...] La più grande vittoria dei terroristi sarebbe quella

⁷⁹⁸ M. DONINI, «Mafia e terrorismo come «parte generale» del diritto penale», *Meridiana*, No. 97 (2020), p. 227.

⁷⁹⁹ L’espressione, ormai ricorrente nella letteratura e nel dibattito sul tema, è utilizzata ad esempio da J. ALIX – O. CAHN – J. ARLETTAZ, *L’hypothèse de la guerre contre le terrorisme: implications juridiques – Actes du colloque organisé les 9 et 10 février 2017 à l’Université de Lille 2*, Dalloz, 2017.

⁸⁰⁰ Decret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence.

⁸⁰¹ COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L’HOMME, *avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, 18 février 2006.

⁸⁰² C. LAZERGES, *Fallait-il constitutionnaliser la déchéance de nationalité?*, in *Politique(s) Criminelle(s)*, *cit.*, p. 118.

⁸⁰³ *Ibidem*.

⁸⁰⁴ *Ivi*, p. 123. L’espressione «français de souche» è traducibile con «francesi di etnia» e rinvia, ancora una volta, alla logica nativista del nazionalpopulismo. Cfr. J.-L. RICHARD, *Immigration étrangère, famille, respect des lois: hospitalité et solidarité*, dans S. PAUGAM (sous la direction de), *Repenser la solidarité*, Presses Universitaires de France, 2011, p. 556.

⁸⁰⁵ È uno dei rilievi critici formulati da COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L’HOMME, *avis sur le projet de loi constitutionnelle*, *cit.*, § 26.

di mettere in pericolo lo Stato di diritto, vittoria tristemente illustrata dalla tentazione della revoca della cittadinanza»⁸⁰⁶.

Escludendo per sempre l'individuo dalla comunità di appartenenza, la revoca della cittadinanza si configura nei fatti come una pena perpetua e, in quanto tale, si espone ai rilievi critici formulati dalla giudice Power-Ford nell'opinione dissenziente alla sentenza sul caso *Vinter e altri c. Regno Unito*: anche «coloro che commettono gli atti più riprovevoli e odiosi e infliggono ad altri sofferenze indicibili conservano la loro umanità e recano in sé la capacità di cambiare»⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ C. LAZERGES, *Fallait-il constitutionnaliser la déchéance de nationalité?*, in *Politique(s) Criminelle(s)*, cit., p. 124.

⁸⁰⁷ L'opinione dissenziente è stata formulata nei confronti di CORTE EDU, sentenza 9 luglio 2013, ricorsi n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

3. Dagli indesiderabili ai loro soccorritori: vecchi e nuovi nemici pubblici tra porti chiusi e porti lontani. / Des indésirables à leurs sauveurs: anciens et nouveaux ennemis publics entre ports fermés et ports loins.

3.1. Una narrazione disumana dell'umano: la legittimazione della politica dei porti chiusi tra Frontex, politica nazionale e magistratura. / Un récit inhumain de l'humain: la légitimation de la politique des ports fermés entre Frontex, politique nationale et pouvoir judiciaire.

Negli ultimi anni si è assistito ad una progressiva criminalizzazione della *civil fleet* impegnata in operazioni di ricerca e soccorso nel Mediterraneo⁸⁰⁸. A ben vedere, questo fenomeno si iscrive nel contesto, più generale, del *nuovo populismo punitivo* che, nelle parole del filosofo Luigi Ferrajoli, «fa leva sull'istigazione all'odio e sulla diffamazione di condotte non solo lecite ma virtuose e addirittura eroiche, come il salvataggio di vite umane in mare, al fine di alimentare paure e razzismi e ottenere consenso con l'esibizione di misure esse stesse illegali, criminose e criminogene, come la chiusura dei porti, le preordinate omissioni di soccorso, le lesioni dei diritti umani e la trasformazione in irregolari di immigrati regolari»⁸⁰⁹. Invero, sulla base di false retoriche e manipolazioni statistiche (c.d. *destatisticalization*)⁸¹⁰, sono state giustificate nel corso degli anni politiche migratorie sempre più restrittive ed è stato elaborato un vero e proprio «diritto penale della paura»⁸¹¹, cioè un diritto penale speciale tendente alla marginalizzazione, deumanizzazione

⁸⁰⁸ Si segnala che il presente paragrafo costituisce una versione aggiornata di un contributo che ho pubblicato per la Messina University Press in seguito alla partecipazione ad una *Student Conference* tenutasi nel mese di ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Messina. Il riferimento è a V. ROMANO, *Dagli indesiderabili ai loro soccorritori: vecchi e nuovi nemici pubblici nella politica dei porti chiusi*, in *La Questione Mediterraneo: tradizione, cambiamenti, prospettive*, Messina University Press, 2023, pp. 255-275.

⁸⁰⁹ L. FERRAJOLI, *Le politiche contro i migranti*, cit., p. 17.

⁸¹⁰ Si tratta di un'altra caratteristica fondamentale del populismo penale, secondo la ricostruzione fornita da J. PRATT, *op. cit.*, pp. 134-145.

⁸¹¹ L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato*, cit., pp. 765-786.

ed esclusione dello straniero *indesiderabile* dal territorio nazionale; ciò, anche in forma indiretta, punendo quanti prestano soccorso agli individui *indesiderati* nel rispetto della normativa internazionale a tutela della vita umana in mare.

A monte di questo processo di estensione della nozione di nemico dai migranti (etichettati come presunti criminali o terroristi) agli operatori del soccorso umanitario, si pone l'*Annual Risks Analysis for 2017* dell'Agenzia europea Frontex, che ha ravvisato nelle ONG dedite al soccorso in mare, un *pull factor*⁸¹², cioè un fattore di attrazione delle migrazioni; assunto, questo, che – come si è visto già nel corso del primo capitolo⁸¹³ – è smentito da autorevoli fonti⁸¹⁴. Vale peraltro la pena sottolineare che una recente indagine dell'Istituto per gli studi di politica internazionale (ISPI) ha dimostrato che dal 2018 al 2021 il ruolo delle ONG è sempre rimasto marginale, inferiore al 15% del totale degli sbarchi: ciò vuol dire che quasi 9 migranti su 10 hanno raggiunto le coste italiane senza l'aiuto delle imbarcazioni delle ONG⁸¹⁵.

Cionondimeno, la rappresentazione distorta del fenomeno del salvataggio di vite umane in mare ha consolidato una narrazione tossica e stigmatizzante nei confronti degli operatori del soccorso umanitario, definiti in termini dispregiativi *taxi del mare* (o *traghetti del Mediterraneo*)⁸¹⁶. Questa espressione, ricorrente nel gergo politico, è stata impiegata di

⁸¹² Cfr. FRONTEX, *Annual Risks analysis for 2017*, p. 32: «all parties involved in SAR operations in the Central Mediterranean unintentionally help criminals achieve their objectives at minimum cost» (report disponibile sul sito www.frontex.europa.eu ; URL consultato il 20 marzo 2022).

⁸¹³ V. *supra*, nota n. 510.

⁸¹⁴ Cfr., altresì, C. HELLER – L. PEZZANI, *Accusare i soccorritori. Criminalizzare la solidarietà, rafforzare la deterrenza*, Forensic Oceanography, 2017 (disponibile sul sito www.blamingtherescuers.org , URL consultato il 10 marzo 2022). In argomento, v. pure A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., p. 1880, secondo cui, «al di là dell'ipotesi di un previo accordo di consegna fra trafficanti e soccorritori (ipotesi che [...] non ha sinora trovato alcun riscontro processuale definitivo), in tutte le altre ipotesi non c'è modo di dimostrare che, senza il presidio marittimo delle navi Ong, il viaggio non sarebbe stato intrapreso; i dati, anzi, dimostrano il contrario, e cioè che, anche nei periodi in cui la presenza di tali navi è venuta meno o si è ridotta drasticamente (ad es., dopo l'estate 2017), le imbarcazioni cariche di migranti hanno continuato a partire e i naufragi hanno continuato a verificarsi».

⁸¹⁵ Cfr. M. VILLA, *Fact-checking: migrazioni 2021*, ISPI, 13 luglio 2021, pp. 8-9 (disponibile sul sito www.ispionline.it ; URL consultato il 10 marzo 2022).

⁸¹⁶ Cfr. On. Baldelli (Fratelli d'Italia), RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, cit., p. 22, che l'ha invocata a supporto del c.d. decreto Piantedosi (che verrà analizzato *infra*, nel paragrafo 3.4). Secondo l'esponente di Fratelli d'Italia, infatti, «il decreto in questione mira poi a bloccare il fenomeno dei *traghetti del Mediterraneo*, ossia di coloro che credono di poter fare da spola tra l'Italia e gli scafisti». In senso analogo, On. Farolfi (Fratelli d'Italia), RESOCONTO STENOGRAFICO DEL SENATO, cit., p. 87: «le nuove norme [del decreto Piantedosi, n.d.r] vogliono regolamentare proprio la questione dei salvataggi multipli, uno degli aspetti più controversi dell'operato delle ONG, le quali, anziché intervenire su una singola situazione di rischio, restano in mare per giorni, effettuando diversi trasferimenti prima di condurre i migranti in un porto

recente anche nella motivazione della sentenza relativa al noto caso *Gregoretti*: nelle parole del giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catania, le ONG «hanno talvolta assunto la posizione ibrida di tassisti del mare, “facendo da sponda” ai trafficanti di migranti e indirettamente facilitandoli nel compito di imbarcare su natanti improvvisati, sovraffollati e privi di carburante, un numero spropositato di persone [...]. Ecco perché il Governo italiano ha, in qualche misura, cercato di ostacolare le ONG o, quantomeno, di regolamentare le loro missioni»⁸¹⁷.

3.2. La criminalizzazione dei soccorsi in mare tra codici di condotta, direttive *ad navem* e decreto (in)sicurezza-bis. / *La criminalisation du sauvetage en mer entre codes de conduite, directives ad navem et décret (in)securité-bis.*

Nemici della sicurezza in quanto *amici degli stranieri indesiderati*⁸¹⁸, gli operatori del soccorso umanitario si sono trovati ad operare sotto la costante minaccia di una direttiva *ad navem*, di una sanzione penale o, *mutatis mutandis*, di una sanzione amministrativa sostanzialmente punitiva, nonché di un fermo amministrativo: una vera e propria «compulsione micro-disciplinare [...] tesa a creare, metaforicamente, un muro poliziesco e normativo che assecdasse e rendesse il più efficace possibile la volontà politica di chiusura selettiva dei porti italiani»⁸¹⁹.

L'accusa di complicità con i trafficanti di esseri umani ha conferito, insieme al pretestuoso nesso tra flussi migratori e minaccia terroristica⁸²⁰, un'aura di legittimità

sicuro, comportandosi di fatto come veri e propri *traghetti* che fanno la spola da una sponda all'altra del Mediterraneo» (poco prima, a pagina 74, l'On. Gasparri, esponente di Forza Italia, aveva definito le ONG *taxi del mare*).

⁸¹⁷ TRIBUNALE DI CATANIA, Uff. G.i.p./G.u.p., sentenza 14 maggio 2021 (dep. 9 agosto 2021), *Gregoretti*, pp. 39-42.

⁸¹⁸ Della coppia concettuale amico/nemico nella letteratura schmittiana si è già detto *supra*: v. nota n. 452.

⁸¹⁹ Sono le parole di A. SPENA, *Smuggling umanitario*, cit., p. 1869.

⁸²⁰ Cfr., *ex multis*, SENATO DELLA REPUBBLICA, Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari sulla domanda di autorizzazione a procedere in giudizio ai sensi dell'art. 96 Cost. nei confronti del Sen. Matteo Salvini nella sua qualità di Ministro dell'Interno *pro tempore*, XVIII Legislatura, Relatore

alla *politica dei porti chiusi*, nell'intento – lo si ribadisce – di perseguire la cinica e spietata logica sottesa alla teoria del *pull factor*: negare un *place of safety* alle persone in fuga dagli orrori della Libia.

A onor del vero, le origini di questa politica di contrasto alle operazioni di soccorso in mare possono essere rintracciate già nei codici di condotta alla cui sottoscrizione è stata subordinata, a partire dal 2017, la possibilità delle ONG di continuare a collaborare con le autorità italiane nelle attività SAR (*Search and Rescue*)⁸²¹.

Nonostante il carattere non vincolante di questi codici⁸²² – che prescrivevano, tra le altre cose, di non ostacolare l'attività di *Search and Rescue* da parte della Guardia costiera libica (*sic!*) – la loro violazione è stata talvolta ritenuta indice sintomatico del dolo di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e posta alla base dell'adozione di decreti di sequestro preventivo. Il riferimento è alla vicenda *Open Arms*. Nel caso di specie, la ONG spagnola – ricevuta la comunicazione, il 15 marzo del 2018, da parte della Guardia costiera italiana, della presenza di un gommone a 40 miglia da Tripoli – si era diretta verso i migranti e, sopraggiunto poco dopo l'ordine di interrompere l'attività per consentire l'imminente intervento della Guardia costiera libica, si era rifiutata di obbedire invocando il principio di *non-refoulement* che impone di non consegnare (*rectius*: respingere) i migranti-naufraghi in Paesi ove concreto e serio sia il rischio di torture o trattamenti inumani e degradanti. Il principio – che, come ha chiarito la giurisprudenza sul caso *Vos*

On. Gasparri, Doc. IV-*bis* n. 3-A, 28 maggio 2020, p. 13 (disponibile sul sito www.senato.it ; URL consultato il 20 marzo 2022).

⁸²¹ L. MASERA, *Il contrasto amministrativo*, cit., p. 3.

⁸²² Si trattava infatti di semplici raccomandazioni, oltretutto destinate soltanto a chi accettava di sottoscrivere il codice. Cfr. *ivi*, p. 4. In senso analogo, v., *ex multis*, F. FERRI, «Il codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee», *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2018, p. 190, secondo cui «il Codice delle ONG [...] non ha valore di legge [...] non solleva l'Italia, né qualsiasi altro Stato, dal rispetto dei propri obblighi internazionali». Tuttavia, come rileva L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit., «l'opzione per uno strumento di *soft law* non è d'altra parte per nulla casuale»; invero, nella consapevolezza che l'attività delle ONG deriva la propria liceità dalle convenzioni internazionali in materia di soccorso in mare, «introdurre in un testo di legge o di regolamento disposizioni volte ad ostacolare l'operato delle ONG avrebbe comportato il rischio assai elevato di violazioni della normativa internazionale [...] si sceglie per questo una soluzione che, in ragione della sua valenza non direttamente precettiva, sfugge alle maglie del controllo giurisdizionale, consentendo così di lanciare all'opinione pubblica il messaggio di un cambio di politica nei confronti delle ONG, senza esporsi alla probabile censura in sede giudiziaria».

*Thalassa*⁸²³, ha ormai acquisito rango di *jus cogens* (la cui violazione, ai sensi degli artt. 53 e 64 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, è causa di nullità – rispettivamente originaria o sopravvenuta – finanche di un accordo internazionale) – veniva, però, disatteso dal Tribunale di Catania che, in sede di convalida del sequestro preventivo, ravvisava nel comportamento della ONG spagnola un’aperta violazione del codice di condotta e osservava che, pur non costituendo quest’ultimo un compendio di regole la cui violazione determina *ipso iure* l’insorgenza di un reato, la sua infrazione costituiva indizio del «rifiuto di operare all’interno di precisi precetti prefissati dallo Stato Italiano, e solo all’interno dei quali l’ingresso nel territorio nazionale non viene più ritenuto clandestino»⁸²⁴. Senonché, come rilevato in dottrina, la violazione delle disposizioni contenute nei codici di condotta, proprio in virtù del carattere non vincolante, avrebbe potuto (*rectius*: dovuto) comportare quale unica conseguenza quella di escludere le navi ONG dal futuro coinvolgimento nelle attività di soccorso, nessun rilievo potendo invece acquisire in sede penale⁸²⁵.

Oltre che attraverso codici di condotta, la criminalizzazione dei soccorsi in mare ha preso forma, nella vigenza del c.d. governo Conte 1, attraverso l’emanazione di direttive ministeriali indirizzate ai massimi vertici militari e delle forze di polizia nazionale finalizzate ad ostacolare l’attività delle navi umanitarie, tacciate di fare un uso strumentale delle Convenzioni internazionali sul diritto del mare in materia di soccorso per consentire l’ingresso sul nostro territorio di migranti potenzialmente pericolosi: tra quei migranti – ammoniva il Ministro dell’Interno *pro tempore* con un parallelismo tuttora ricorrente – avrebbero potuto celarsi «soggetti coinvolti in attività terroristiche o comunque pericolosi per la sicurezza o l’ordine pubblico»⁸²⁶.

⁸²³ TRIBUNALE DI TRAPANI, UFF. G.I.P./G.U.P., sentenza 23 maggio 2019, cit., confermata da CASS. PEN., Sez. VI, sentenza 26 aprile 2022, cit.

⁸²⁴ TRIBUNALE DI CATANIA, UFF. G.I.P./G.U.P., decreto del 27 marzo 2018, p. 13. Preme segnalare, però, che con lo stesso decreto, il G.I.P. di Catania, pur ritenendo sussistente il *fumus* in relazione al delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, riteneva inesistente quello relativo al reato associativo e, pertanto, dichiarava la propria incompetenza territoriale, trasmettendo gli atti al G.I.P. del Tribunale di Ragusa. Quest’ultimo, con decreto del 16 aprile 2018, dissequestrava la motonave *Open Arms* e, restituendo dignità al principio di *non refoulement*, osservava che «le operazioni SAR di soccorso non si esauriscono nel mero recupero in mare dei migranti, ma devono completarsi e concludersi con lo sbarco in un luogo sicuro (POS, *Place of Safety*), come previsto dalla Convenzione SAR siglata ad Amburgo il 1979» (*ivi*, pp. 13-14).

⁸²⁵ L. MASERA, «La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico», *Federalismi.it*, 2/2019, p. 37.

⁸²⁶ Direttiva del Ministro dell’interno N.14100/141(8) del 18 marzo 2019. Cfr. S. ROMANO, *L’(ab)uso del diritto penale*, cit., p. 59.

A fronte delle perplessità manifestate da più parti in merito al fondamento normativo dell'azione ministeriale, la maggioranza governativa avvertiva la necessità di cristallizzare in un *corpus* normativo la già declamata ostilità nei confronti dei soccorritori, sebbene si fosse registrata una diminuzione degli sbarchi nell'ultimo biennio, una stabilizzazione dei flussi migratori a partire dal 2014 e, al contempo, un incremento dei naufragi nel Mediterraneo⁸²⁷.

Veniva, pertanto, emanato il c.d. decreto sicurezza-*bis*⁸²⁸ che codificava, al nuovo comma 1-*ter* all'art. 11 T.U.I., il potere del Ministro dell'interno (in quanto Autorità nazionale di pubblica sicurezza) di vietare o limitare nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e previa informazione del Presidente del Consiglio dei ministri, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si trattasse di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si fossero concretizzate le condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689⁸²⁹.

Della legittimità di un siffatto divieto si è, però, fin da subito dubitato in dottrina: è stato osservato, infatti, che le persone condotte in territorio italiano dopo essere state soccorse in situazione di *distress*, «prima ancora che come migranti irregolari o richiedenti asilo, devono essere qualificate, alla luce del diritto internazionale, come naufraghi, con la rilevante conseguenza che il loro ingresso con le persone trasportate non può considerarsi

⁸²⁷ Invero, come certificavano gli stessi dati statistici diramati dal Ministero dell'interno, da gennaio a giugno del 2018 i migranti sbarcati in Italia erano stati 15.610, oltre 4 volte in meno rispetto allo stesso periodo del 2017, quando erano arrivati sulle nostre coste 68.272 stranieri. Inoltre, nel 2019 gli arrivi sulle coste italiane hanno toccato i loro minimi, come non succedeva dal 2009. Cfr. M. VILLA, *Fact Checking: migrazioni (e Covid-19)*, ISPI, 29 luglio 2020 (disponibile sul sito www.ispionline.it; URL consultato il 12 marzo 2022).

⁸²⁸ D.L. n. 53 del 14 giugno 2019, convertito in L. n. 77 dell'8 agosto 2019.

⁸²⁹ Lo stesso decreto aggiungeva nel *corpus* dell'art. 12 T.U.I. un comma 6-*bis*, in base al quale al comandante che non avesse rispettato il divieto impartito si sarebbe applicata una sanzione amministrativa pecuniaria da 150.000 a 1.000.000 euro di cui sarebbe stato responsabile, in via solidale *ex art.* 6 l. 24 novembre 1981, n. 689, anche l'armatore. Inoltre, sarebbe stata sempre disposta la confisca della nave utilizzata per commettere la violazione, procedendosi immediatamente a sequestro cautelare. All'armatore e al proprietario della nave sarebbero stati altresì imputabili, a seguito di provvedimento definitivo di confisca, gli oneri di custodia delle imbarcazioni sottoposte a sequestro cautelare. Competente ad irrogare tali sanzioni, previo accertamento da parte degli organi addetti al controllo, sarebbe stato il Prefetto territorialmente competente.

in contrasto con la normativa nazionale in materia di immigrazione»⁸³⁰. Peraltro, già sulla base di «elementary considerations of humanity»⁸³¹, dovrebbe ritenersi sussistente un vero e proprio «obbligo di risultato, consistente nello sbarco dei naufraghi in un PoS sulla terraferma»⁸³². In termini analoghi, la Corte di Cassazione ha, a più riprese, affermato che i migranti soccorsi e sbarcati in Italia non possono essere considerati irregolari bensì naufraghi e, pertanto, non potrebbero neppure essere considerati colpevoli del reato di ingresso illegale *ex art. 10-bis T.U.I.*⁸³³ In senso analogo, il Tribunale dei Ministri di Catania, in sede di richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti del Sen. Salvini con riferimento al caso *Diciotti*, ha affermato che «l'obbligo di salvare la vita in mare costituisce un preciso dovere degli Stati e prevale su tutte le norme e gli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell'immigrazione irregolare»⁸³⁴.

L'articolo 11 della Convenzione di Bruxelles per l'unificazione di alcune norme di diritto in materia di assistenza e salvataggio in mare del 1910, prescrive addirittura che

⁸³⁰ Così, C. PITEA – S. ZIRULIA, «“Friends, not foes”: qualificazione delle attività delle Ong di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta», *Quaderni di SIDIBlog*, 6/2019, p. 77. Nel senso che dovrebbe considerarsi illegittimo, per violazione degli obblighi internazionali (e, di conseguenza, anche costituzionali), il provvedimento ministeriale di limitazione o divieto d'ingresso, transito o sosta di navi nel mare territoriale, v. pure F. FORZATI, «Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona», *Archivio penale*, 3/2019, p. 20. L'argomento è stato riproposto dall'associazione ASGI in sede di audizione in Commissione Affari Costituzionali nell'ambito dell'esame del d.l. n. 1/2023 (c.d. decreto Piantodosi). In particolare, come ha affermato l'Avv. Nazzarena Zorzella, «l'obbligo (inderogabile) di soccorso di persone a rischio di vita in mare prescinde dalla loro condizione giuridica soggettiva (se asilante, turista o altro) e pertanto non possono confondersi l'obbligo di soccorso e la pretesa di rispetto delle regole in materia di immigrazione». Cfr. ASGI, *Asgi in Commissione Affari Costituzionali: il decreto legge 1/2023 non va convertito perché viola la Costituzione*, in www.asgi.it, 25 gennaio 2023. Sui profili di illegittimità del decreto Piantodosi si rinvia al paragrafo 3.4.

⁸³¹ Come ha scritto P.-M. DUPUY, *Les "considérations élémentaires d'humanité" dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice*, in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, Pedone, 1999, p. 127, la clausola in esame associa un elemento morale ad un elemento giuridico, assurgendo a strumento giurisdizionale di collegamento normativo tra i fondamenti etici della norma giuridica e la norma stessa.

⁸³² C. PITEA – S. ZIRULIA, «L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso *Sea Watch*», *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2020, p. 673.

⁸³³ Cfr., *ex multis*, CASS. PEN., sez. IV, sentenza 30 marzo 2018, n. 14709; CASS. PEN., sez. I, sentenza 16 novembre 2016, n. 53691; CASS. PEN., Sez. Un., sentenza 28 aprile 2016, n. 40517, Taysir; CASS. PEN., sez. I, sentenza 1 ottobre 2015, n. 39719, Mohammed.

⁸³⁴ TRIBUNALE DI CATANIA, Collegio per i reati ministeriali, relazione 7 dicembre 2018.

l'assistenza deve essere fornita “a qualunque persona, *anche nemica*, trovata in mare, in pericolo di vita”⁸³⁵.

In definitiva, come ha osservato il Tribunale di Palermo (sezione reati ministeriali) in sede di autorizzazione a procedere con riferimento alla vicenda *Open Arms*, l'ipotesi di passaggio non inoffensivo idonea a giustificare l'emanazione del divieto *ex art. 11 comma 1-ter* del d.lgs. n. 286/1998 non può che riferirsi «ai soli casi di immigrazione illegale non connessi ad una operazione di soccorso in mare»⁸³⁶.

3.3. La persistente (e latente) chiusura dei porti tra decreto Lamorgese e fermi amministrativi. / *La fermeture persistante (et latente) des ports entre décret Lamorgese et blocages administratifs.*

Le criticità appena esposte hanno indotto il Ministro dell'Interno a capo del governo c.d. Conte II a riformare (*rectius*: voler conferire una parvenza di riforma del) la disciplina. Il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito con modifiche in l. 18 dicembre 2020, n. 173, infatti, da un lato ha formalmente abrogato il comma 1-*ter* dell'art. 11 e i commi 6-*bis*, 6-*ter* e 6-*quater* T.U.I., dall'altro mediante una mera «opera di cosmesi legislativa»⁸³⁷ volta ad apportare modifiche più di forma che di sostanza, ha surrettiziamente mantenuto in vita il tanto contestato potere ministeriale. Questo, infatti, non è più previsto dal T.U.I. ma dall'art. 1, comma 2, dello stesso decreto, ai sensi del quale “fermo restando quanto previsto dall'articolo 83 del codice della navigazione, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare [...] fatta a Montego Bay [...], il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al

⁸³⁵ Cfr. A. DI FLORIO, «L'influenza del diritto europeo ed internazionale sui diritti fondamentali dei migranti: a proposito del d.l. 1/2023», *Questione giustizia*, 6 febbraio 2023.

⁸³⁶ TRIBUNALE DI PALERMO. Collegio per i reati ministeriali, relazione 30 gennaio 2020.

⁸³⁷ Così, F. VENTURI, «La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020», *Quaderni costituzionali*, 1/2021, p. 94.

Presidente del Consiglio dei ministri, *può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale*”. In caso di inosservanza del divieto o del limite di navigazione, si applica l'articolo 1102 del codice della navigazione⁸³⁸ e la multa da euro 10.000 ad euro 50.000.

Prima (apparente) novità è l'eliminazione della condotta di ingresso quale potenziale oggetto del divieto. La modifica non deve illudere, giacché permane il potere di emanare divieti di transito e sosta, condotte che presuppongono l'ingresso della nave nelle acque territoriali e che, in quanto tali, consentono di raggiungere ugualmente gli scopi di interdizione navale e diniego di sbarco. A ben vedere, questa parziale opera di chirurgia normativa risponde alla mera esigenza di armonizzare il testo preesistente con il tenore letterale degli artt. 1102 e 83 del codice della navigazione⁸³⁹ cui l'ultimo comma della disposizione rinvia e dal cui combinato disposto deriva la punibilità del comandante della nave che trasgredisce il divieto con la reclusione fino a due anni (cui si aggiunge la multa da 10.000 a 50.000): quello che prima era un illecito amministrativo (seppur di natura sostanzialmente punitiva) diviene, pertanto, un reato di pericolo e di mera condotta, consistente nella disobbedienza all'ordine ministeriale⁸⁴⁰. L'interesse dello Stato al controllo delle frontiere marittime e all'ordinata gestione dei flussi migratori viene, così, considerato tuttora prevalente sul rispetto dei diritti umani dei naufraghi soccorsi e sul *diritto del comandante di obbedire al diritto internazionale*⁸⁴¹.

A smentire questa conclusione non vale neppure la seconda (anch'essa soltanto apparente) novità consistente nella precisazione che la normativa non si applica alle “operazioni di soccorso [...] effettuate nel rispetto delle indicazioni della competente autorità per la ricerca e il soccorso in mare”. Al riguardo, ci si potrebbe chiedere,

⁸³⁸ “Fuori dei casi previsti nell'articolo 260 del codice penale, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a lire un milione: 1) il comandante della nave o del galleggiante, nazionali o stranieri, che non osserva il divieto o il limite di navigazione stabiliti nell'articolo 83; 2) il comandante dell'aeromobile nazionale o straniero, che viola il divieto di sorvolo stabilito nell'art. 793”.

⁸³⁹ S. ZIRULIA, «Il diritto penale nel “Decreto Lamorgese”: nuove norme, vecchie politiche criminali», *Diritto penale e processo*, 5/2021, p. 569.

⁸⁴⁰ G. MENTASTI, «Il decreto ‘immigrazione-sicurezza’ (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione», *Sistema penale*, 15 gennaio 2021.

⁸⁴¹ Prendo a prestito questa espressione da M. STARITA, «Il dovere di soccorso in mare e il “diritto di obbedire al diritto” (internazionale) del comandante della nave privata», *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2019, pp. 5-46.

innanzitutto, cosa accadrebbe se l'autorità competente in questione fosse la Guardia costiera libica e se questa ordinasse di consegnare (*rectius*: respingere) i naufraghi⁸⁴². In secondo luogo, la prassi dei fermi amministrativi rivela la vera natura della clausola di salvaguardia in questione: una mera formula di stile⁸⁴³ elegantemente volta a celare a quella parte dell'opinione pubblica sensibile alle sorti di chi bussa alle porte del Mediterraneo, la persistente tendenza del potere ad ostacolare le attività di salvataggio: beninteso, con modalità meno clamorose, ma non per questo meno perniciose per il futuro dello Stato di diritto e dei diritti umani. Sotto questo profilo, il giudice del caso *Gregoretti* coglie nel segno allorché, al fine di dimostrare la sussistenza di una linea politica condivisa – decisiva ai fini del proscioglimento del Ministro dell'interno *pro tempore* dall'accusa del reato di sequestro di persona aggravato *ex art.* 605, commi 1, 2 n. 2 e 3, c.p. – osserva come la sola differenza tra la Ministra Lamorgese e il Ministro Salvini risieda nel fatto che il comportamento della prima «appare improntato a riservatezza, essendo la predetta avveza a lavorare in silenzio e a ottenere ottimi risultati [...] L'impronta del Senatore Salvini, invece, è completamente diversa, in quanto il predetto appare maggiormente proteso a pubblicizzare il più possibile le sue iniziative [...] in una sorta di dialogo continuo con il suo elettorato»⁸⁴⁴.

Entrando nel vivo dell'analisi della prassi dei fermi amministrativi, è ampiamente documentato⁸⁴⁵ che, seppur nel pressoché totale silenzio dei *mass media* (complice l'emergenza pandemica), a partire almeno dalla primavera 2020 numerose navi umanitarie sono state sottoposte ad ispezioni da parte della Guardia costiera italiana, conclusesi, nella maggior parte dei casi, con l'adozione di un provvedimento di fermo amministrativo. La disciplina invocata a supporto di questa prassi è dettata dal *Memorandum of Understanding*

⁸⁴² È quanto si chiede anche L. MASERA, *Il contrasto amministrativo*, cit., p. 12.

⁸⁴³ L. FERRAJOLI, *Audizione alla Camera sulla questione migranti*, 6.11.2020, p. 1 (disponibile sul sito www.camera.it; URL consultato il 20 marzo 2022), la definisce un vero e proprio «capolavoro di ipocrisia legislativa». In senso analogo, cfr. L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit., per il quale il decreto Lamorgese «non rappresenta altro che un *maquillage* ad uso comunicativo della normativa dell'anno precedente».

⁸⁴⁴ TRIBUNALE DI CATANIA, UFF. G.I.P./G.U.P., sentenza 14 maggio 2021 (dep. 9 agosto 2021), *Gregoretti*, pp. 117-118.

⁸⁴⁵ Cfr., per tutti, F. DE VITTOR, «Il Port State Control sulle navi delle ONG che prestano soccorso in mare: tutela della sicurezza della navigazione o ostacolo alle attività di soccorso?», *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2021, p. 103 ss.

on *Port State Control* (siglato a Parigi il 26 gennaio 1982), dalla direttiva 2009/16/CE e dal d.lgs. n. 53/2011 che vi dà attuazione. I rilievi critici cui essa si espone sono molteplici.

Le contestazioni mosse alle navi umanitarie sono in larga parte fondate sulla circostanza che, in seguito ad un'operazione di *search and rescue*, esse abbiano accolto a bordo un numero di naufraghi nettamente superiore rispetto al limite di persone ospitabili a bordo, così come indicato nelle rispettive certificazioni statutarie. Questo ragionamento, però, muove dal presupposto erroneo che i naufraghi siano assimilabili *tout court* ai passeggeri, laddove invece, ai sensi dell'art. IV, b) della Convenzione SOLAS e di altre disposizioni convenzionali di analogo tenore⁸⁴⁶, nel suddetto limite non dovrebbero essere computate "le persone che si trovano a bordo di una nave per causa di forza maggiore o in conseguenza dell'obbligo imposto al comandante di trasportare naufraghi o altre persone". Per eludere la deroga in questione le autorità amministrative sono solite argomentare che, a dispetto di quanto indicato nelle rispettive certificazioni (che le qualificano generalmente come navi cargo), le navi umanitarie sono «regularly engaged in providing assistance to migrants», cioè sistematicamente dedite non ad attività commerciali, ma alla ricerca e al soccorso di naufraghi. Questa contestazione ha sollevato critiche tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. In particolare, in dottrina si è osservato che l'evento SAR dovrebbe essere per sua stessa natura eccezionale e occasionale: se non lo è, ciò è dovuto esclusivamente al venir meno della operazione *Mare Nostrum* e alle preordinate omissioni di soccorso statali che hanno reso il Mediterraneo un «mare deserto»⁸⁴⁷. Si è, inoltre, rilevato come proprio nell'epoca in cui le navi umanitarie erano chiamate a supportare le operazioni statali di ricerca e soccorso, sotto il coordinamento del *Maritime Rescue Coordination Centre* italiano (MRCC), nessuno avesse osato contestare la loro conformità alla normativa

⁸⁴⁶ Il riferimento è alla International Convention for the Prevention of Pollution from Ships del 2 novembre 1973 (c.d. Convenzione MARPOL) e alla Convenzione internazionale sul lavoro marittimo del 2006 (c.d. Convenzione MLC).

⁸⁴⁷ «Mare deserto» è anche il titolo di un documentario, che può essere visualizzato al seguente link: <https://www.swissinfo.ch/ita/societa/il-documentario-che-accusa-la-nato/33755542>. Il documentario ha dato origine ad un'inchiesta del Consiglio d'Europa. Cfr. ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Vies perdues en Méditerranée: qui est responsable?*, Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées, 29 mars 2012, visualizzabile al seguente link: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4f7be8872> (URL consultati l'11 marzo 2023).

internazionale⁸⁴⁸. Sul fronte giurisprudenziale, il T.A.R. di Palermo – ritenendo che le autorità statali stessero esercitando un potere di accertamento in concreto sulla tipologia di attività svolta dalla nave che non è espressamente provvisto di base giuridica – ha sospeso in via cautelare il fermo amministrativo delle navi *Sea Watch 3* e *4*⁸⁴⁹ per sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea onde verificare la compatibilità di questa prassi con la direttiva 2009/16/CE recante disposizioni sui poteri di controllo esercitabili dallo Stato di approdo. Più precisamente, la Corte di Lussemburgo è stata chiamata a stabilire, *inter alia*, se tale direttiva si applichi anche a navi utilizzate dalle ONG per attività non commerciali di soccorso, ma soprattutto se (ed eventualmente sulla base di quale disposizione) lo Stato di approdo possa sindacare, sulla base di un accertamento in concreto, la descrizione della tipologia di attività svolta così come indicata nella certificazione rilasciata dallo Stato di bandiera ovvero se l’esercizio di un siffatto potere non costituisca un’indebita ingerenza dello Stato di approdo nella sfera di competenza di quello di bandiera. Nel provvedimento di rinvio, il giudice amministrativo evidenzia che in nessuna convenzione internazionale né tantomeno nella direttiva in questione si rivengono specifici requisiti di sicurezza per le navi private dedite al soccorso in mare; al contrario, le fonti sovranazionali in materia di sicurezza della navigazione fanno riferimento all’attività di salvataggio soltanto in quanto oggetto di deroghe alle regole imposte in materia di *safety*. Ciò si porrebbe in piena armonia con il richiamato principio generale di diritto internazionale in virtù del quale «elementary considerations of humanity» devono guidare l’interpretazione e l’applicazione del diritto del mare. Quest’ultimo, peraltro, non distingue tra attività di soccorso occasionali e sistematiche: indipendentemente dalle ragioni per cui una nave privata si trovi in mare, sussiste sempre l’obbligo del comandante di “procedere quanto più velocemente possibile al soccorso delle persone in pericolo”, a meno che non sia pericoloso o irragionevole o che il comandante non sia informato dell’imminente intervento di altre navi egualmente o maggiormente

⁸⁴⁸ F. DE VITTOR, «Questioni di interpretazione e applicazione delle Convenzioni internazionali sulla sicurezza in mare: il fermo amministrativo della nave *Sea-Watch 4* al vaglio della giustizia amministrativa siciliana», *Diritto & Questioni Pubbliche*, XXI(2021), p. 107.

⁸⁴⁹ TAR SICILIA, Sezione III, *Sea-Watch c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Capitaneria di Porto di Palermo*, ricorso n. 1596/2020, ordinanza del 22 dicembre 2021.

idonee (chiaramente, non appartenenti alla Guardia Costiera Libica, pena la violazione del divieto di *refoulement*)⁸⁵⁰.

3.3.1. (segue) La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso *Sea Watch*: un reale argine al potere amministrativo-punitivo? / *L'arrêt de la Cour de Luxembourg dans l'affaire Sea Watch: un véritable frein au pouvoir administratif punitif ?*

Con sentenza resa il 1° agosto 2022⁸⁵¹, la Corte di Lussemburgo ha affermato che «lo Stato di approdo può tenere conto del fatto che navi classificate e certificate come navi da carico da parte dello Stato di bandiera sono, in pratica, utilizzate per un'attività sistematica di ricerca e soccorso di persone in pericolo o in difficoltà in mare, nell'ambito di un controllo diretto a valutare, sulla base di elementi giuridici e fattuali circostanziati, l'esistenza di un pericolo per le persone, le cose o l'ambiente, alla luce delle condizioni di gestione di tali navi⁸⁵². Per contro, lo Stato di approdo non può imporre che venga provato che tali navi dispongono di certificati diversi da quelli rilasciati dallo Stato di bandiera o

⁸⁵⁰ F. DE VITTOR, *Questioni di interpretazione e applicazione*, cit.

⁸⁵¹ CGUE, sentenza 1° agosto 2022, cause riunite C-14/21 e C-15/21, *Sea Watch 3 e 4*. Il 22 febbraio 2022 erano state depositate le conclusioni dell'Avvocato generale (pubblicate sul sito www.curia.eu; URL consultato il 13 marzo 2022). Secondo quest'ultimo, la direttiva 2009/16 si applicava anche alle navi che, seppur certificate come «navi da carico polivalenti», esercitano in modo esclusivo e sistematico attività di ricerca e salvataggio in mare. Più precisamente, dopo aver escluso che le navi in questione fossero classificabili alla stregua di navi di Stato usate per scopi non commerciali o imbarcazioni da diporto (alle quali non si applica la direttiva in esame), l'Avvocato generale aveva paventato il rischio che «pur adempiendo all'obbligo di salvataggio in mare, le navi possano essere gestite, nel caso concreto, in modo da rappresentare un pericolo per le persone, le cose o l'ambiente [...]. Ciò può avvenire, in particolare, qualora si dimostri che una nave viola sistematicamente, con la sua attività predominante, disposizioni inerenti alla sicurezza delle navi, indipendentemente dalle norme relative alla loro classificazione». In questi casi, lo Stato di approdo – proseguiva l'Avvocato generale – può esercitare un potere di ispezione, anche «se spetta in definitiva alle autorità nazionali competenti dimostrare che, nel caso di specie, le navi di cui trattasi sono state gestite in modo tale da rappresentare un pericolo per le persone, le cose o l'ambiente, e ciò al di fuori delle attività strettamente necessarie all'adempimento dell'obbligo di salvataggio in mare».

⁸⁵² Invero, «il fatto che l'attività effettiva della nave di cui trattasi non coincida con quella per la quale è stata classificata e certificata nel proprio Stato di bandiera è irrilevante ai fini dell'applicabilità di detta direttiva». Cfr. CGUE, sentenza 1° agosto 2022, cit., § 74.

che esse rispettano tutte le prescrizioni applicabili a una diversa classificazione»⁸⁵³. In altri termini, la direttiva in esame, secondo la Corte, è applicabile alle navi dedite al soccorso umanitario. E ciò, in quanto ad esigerlo è l'obiettivo perseguito dalla medesima direttiva, consistente nella tutela della sicurezza marittima, dell'ambiente marino e delle condizioni di vita e di lavoro a bordo, «mediante un sistema di controllo, ispezione e fermo basato su criteri comuni e una procedura uniforme applicabile, fatte salve le eccezioni espressamente previste dal legislatore dell'Unione, a tutte le navi soggette alla giurisdizione dello Stato membro di approdo»⁸⁵⁴.

La Corte di giustizia ha, inoltre, precisato che «l'utilizzo di navi da carico ai fini di un'attività sistematica di ricerca e soccorso di persone in pericolo o in difficoltà in mare non può essere considerato un fattore imprevisto [...] che consenta allo Stato di approdo di effettuare un'ispezione supplementare, in ragione del *solo fatto* che detto utilizzo implica che tali navi trasportino un numero di persone sproporzionato rispetto alle proprie capacità quali risultanti dalle loro classificazioni e certificazioni, e a prescindere da qualsiasi altra circostanza»⁸⁵⁵. Ritenere sufficiente, ai fini dell'ispezione e del successivo fermo, il superamento della capienza massima consentita dalla certificazione rilasciata dallo Stato di bandiera, contrasterebbe con la portata obbligatoria del soccorso in mare⁸⁵⁶. La necessità di un'ispezione supplementare deve, invece, «fondarsi su indizi seri in grado di dimostrare l'esistenza di un pericolo per la salute, la sicurezza, le condizioni di lavoro a bordo o l'ambiente, alla luce delle prescrizioni pertinenti di diritto internazionale e di diritto dell'Unione, tenuto conto delle condizioni in cui si è svolta la gestione di cui trattasi. Nel caso di specie spetta al giudice del rinvio controllare il rispetto di tali prescrizioni. Tra gli elementi che possono essere presi in considerazione ai fini di tale controllo figurano, sotto un primo profilo, l'attività per la quale la nave in questione viene utilizzata in pratica, sotto un secondo profilo, l'eventuale differenza tra tale attività e quella per la quale tale nave è certificata ed equipaggiata, sotto un terzo profilo, la frequenza con la quale è svolta tale attività e, sotto un quarto profilo, le dotazioni di detta nave rispetto al numero previsto, ma anche effettivo, di persone a bordo. Per quanto riguarda quest'ultimo elemento, occorre rilevare che la chiara insufficienza delle dotazioni di sicurezza o di soccorso presenti nella

⁸⁵³ *Ivi*, § 139.

⁸⁵⁴ *Ivi*, § 78.

⁸⁵⁵ *Ivi*, § 117.

⁸⁵⁶ *Ivi*, § 118.

nave interessata rispetto al numero di persone che tale nave può trovarsi a soccorrere nell'ambito di un'attività sistematica di ricerca e soccorso può assumere una rilevanza decisiva, di per sé sola, al fine di valutare se detta nave sia stata gestita in modo da costituire un pericolo per le persone, le cose o l'ambiente»⁸⁵⁷.

Sebbene la sentenza in esame sia stata salutata con favore da un coro unanime⁸⁵⁸, quest'ultimo passaggio rivela – a parere di chi scrive – un punto debole dell'impianto argomentativo. La Corte, infatti, sembra cadere in contraddizione nella misura in cui, in un primo momento, afferma che il fatto che la nave sia dedicata sistematicamente ad attività di salvataggio non può costituire *di per sé solo* una ragione giustificatrice dell'ispezione a bordo, ma subito dopo precisa che la stessa attività può giustificare un'ispezione qualora lo Stato di approdo dimostri la sussistenza di *seri indizi* che il modo in cui è gestita la predetta attività ponga in pericolo le persone, la sicurezza, le condizioni di vita o di lavoro a bordo o l'ambiente, ritenendo che siffatto requisito sia soddisfatto allorché le dotazioni di sicurezza o di soccorso presenti nella nave interessata rispetto al numero di persone che tale nave può trovarsi a soccorrere nell'ambito di un'attività sistematica di ricerca e soccorso siano insufficienti.

Siffatto ragionamento rischia di vanificare la portata del passaggio argomentativo precedente in cui si affermava che l'ispezione supplementare non può essere effettuata «in ragione del *solo fatto* che detto utilizzo implica che tali navi trasportino un numero di persone sproporzionato rispetto alle proprie capacità quali risultanti dalle loro classificazioni e certificazioni, e a prescindere da qualsiasi altra circostanza».

L'impressione che se ne ricava è che la Corte abbia esercitato, sì, un *contropotere critico*⁸⁵⁹ nei confronti della prassi dei fermi amministrativi, ma lo abbia fatto un po'

⁸⁵⁷ *Ivi*, § 120-121.

⁸⁵⁸ Cfr., per tutti, ASGI, *Le precisazioni della Corte europea di giustizia sui controlli degli Stati di approdo alle NGO impegnate nel soccorso in mare*, 11 agosto 2022, www.asgi.it.

⁸⁵⁹ In senso difforme, si veda invece L. PALADINI, « La Corte di giustizia dell'UE e l'obbligo internazionale di soccorso in mare: sul caso del fermo delle navi della Sea Watch eV », *DPCE online*, v. 53, n. 3, sep. 2022, p. 1700, che saluta con favore «la continua sottolineatura [da parte della Corte di giustizia, n.d.r.] relativa alla necessità di completare le operazioni di trasbordo o di sbarco delle persone cui è stato prestato soccorso prima dell'avvio delle ispezioni che lo Stato di approdo può condurre sui natanti (sentenza, §§ 119 e 126; cfr. anche le conclusioni motivate dell'AG, § 4)», sicché «pare [...] che la corretta attuazione della direttiva 2009/16 comporti che le persone salvate abbiano toccato terra e possano ricevere l'assistenza loro dovuta, in termini sia di cura dei bisogni immediati (sostegno medico, nutrizione, ectera), sia di accesso alla possibilità di chiedere allo Stato di approdo una delle forme di protezione previste», risultando così più coraggiosa rispetto alla sentenza con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo, se aveva da un lato ordinato al Governo

timidamente. Peraltro, come si vedrà nel paragrafo immediatamente successivo, la prassi dei fermi amministrativi è stata dotata di ulteriore supporto normativo dal c.d. decreto Piantedosi.

3.4. Dalla stagione dei porti chiusi alla stagione dei porti lontani: lo scontro diplomatico tra Italia e Francia e il decreto Piantedosi come nuova frontiera del populismo. / *De la saison des ports fermés à la saison des ports loins: la querelle diplomatique entre l'Italie et la France et le décret Piantedosi en tant que nouvelle frontière du populisme punitif.*

Tra il 22 e il 26 ottobre 2022, a un mese dalle elezioni che in Italia avevano decretato la vittoria della coalizione di centrodestra, la nave *Ocean Viking*, della ONG francese *SOS Méditerranée*, effettuava nel Mar Mediterraneo il salvataggio di 234 persone (tra cui 14 donne e 57 minori). Il 24 ottobre 2022 il nuovo Ministro dell'interno, Matteo Piantedosi, con una direttiva indirizzata ai vertici delle Forze di Polizia e della Capitaneria di Porto⁸⁶⁰, dichiarava l'operato della *Ocean Viking* (e quello delle *Geo Barents* e della *Humanity 1* che nel frattempo avevano effettuato il soccorso di altre persone migranti in pericolo nel Mediterraneo⁸⁶¹), «non in linea con lo spirito delle norme europee e italiane in materia di sicurezza e controllo delle frontiere e di contrasto all'immigrazione illegale»⁸⁶² e chiedeva ai rispettivi Stati di bandiera (Norvegia e Germania) di assumersi la responsabilità di

italiano di fornire assistenza ai migranti trattenuti a bordo della *Sea Watch*, non aveva dall'altro autorizzato lo sbarco (cfr. *ivi*, p. 1701; l'Autore fa riferimento alle due decisioni con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si era pronunciata sulla richiesta di misure provvisorie a beneficio dei migranti salvati in mare dalla *Sea Watch 3*; sull'argomento, cfr. P. DE SENA – M. STARITA, «Navigare fra istanze “Stato-centriche” e “Cosmopolitiche”: il caso “Sea-Watch” in una prospettiva conflittuale», *SIDIBlog*, 14 luglio 2019).

⁸⁶⁰ Prot. 0070326.

⁸⁶¹ Più precisamente, la *Ocean Viking* aveva soccorso 572 persone, la *Geo Barents* 179 e la *Humanity 1* 234. Cfr. A. DI FLORIO, *L'influenza del diritto europeo ed internazionale*, cit., p. 4.

⁸⁶² Cfr. *Direttiva Piantedosi su due navi Ong in navigazione nel Mediterraneo*, 26 ottobre 2022, www.interno.gov.it.

indicare loro il *place of safety*⁸⁶³, sull'assunto che fosse lo Stato di bandiera a doversi fare carico delle richieste di protezione internazionale avanzate dai naufraghi⁸⁶⁴.

Con decreto interministeriale del 4 novembre 2022 (dichiarato illegittimo *ex post* dal Tribunale di Catania per violazione delle norme di diritto interno e internazionale del mare e in materia di asilo)⁸⁶⁵, il Ministro dell'Interno – di concerto con il Ministro della Difesa e quello delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili – impartiva ai comandanti delle due navi il divieto di sostare nelle acque territoriali oltre il tempo necessario a far sbarcare le persone considerate *vulnerabili*⁸⁶⁶, al contempo intimidando di allontanarsi dalle acque territoriali con il «carico residuale» a bordo (espressione, questa, oltre che «politicamente poco opportuna»⁸⁶⁷, sintomatica, a parere di chi scrive, della tendenza a deumanizzare e mercificare, già attraverso il linguaggio, le persone migranti).

Il predetto ordine ministeriale veniva disatteso dal comandante della nave *Humanity I*, che – agendo in conformità al diritto internazionale⁸⁶⁸ – si rifiutava di lasciare il porto di Catania fino a che non fosse consentito a tutti i migranti di sbarcare per poter esercitare compiutamente il diritto di richiedere protezione internazionale.

L'8 novembre, a seguito di valutazione psichiatrica ad opera dell'*équipe* medica del Servizio Sanitario di Salute Mentale, tutti i migranti venivano fatti sbarcare⁸⁶⁹.

Nel frattempo, il Governo italiano, che aveva rifiutato l'assegnazione di un porto sicuro alla *Ocean Viking*, dava per assodato, sulla base di fonti giornalistiche la cui

⁸⁶³ Come si vedrà a breve, il d.l. Piantedosi sostituirà la nozione di *place of safety* – ricorrente nelle Convenzioni internazionali a tutela della vita umana in mare – con la nozione di *porto di sbarco*. Sull'analisi critica di questo slittamento semantico ci si soffermerà nella sede opportuna.

⁸⁶⁴ Questa tesi è stata definita «giuridicamente bizzarra» in quanto da una sua applicazione rigida potrebbe discendere un effetto opposto a quello voluto dal legislatore, consistente nell'obbligo dello Stato italiano di farsi carico della richiesta di protezione internazionale proveniente da qualsiasi persona che, in qualsiasi parte del mondo, salga su una nave battente bandiera italiana. Cfr., per tutti, L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit.

⁸⁶⁵ TRIBUNALE DI CATANIA, Sezione Immigrazione, ordinanza 6 febbraio 2023 che dopo aver richiamato, *inter alia*, Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, *Rackete*, afferma che «una nave in mare che presta assistenza non costituisce “luogo sicuro”, se non in mera via temporanea, giacché essa, oltre ad essere in balia degli eventi meteorologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone migranti soccorse, fra i quali va incluso il loro diritto a presentare domanda di protezione internazionale».

⁸⁶⁶ Il concetto di vulnerabilità è già stato problematizzato *supra*, v. nota n° 690.

⁸⁶⁷ A. DI FLORIO, *L'influenza del diritto europeo ed internazionale*, cit., p. 4.

⁸⁶⁸ Come osserva A. DI FLORIO, *L'influenza del diritto europeo ed internazionale*, cit., p. 6, «il divieto di discriminazione è parte integrante del dovere di soccorso».

⁸⁶⁹ La ricostruzione dei fatti qui svolta si fonda su quella operata da TRIB. CATANIA, Sez. Immigrazione, cit., p. 4.

attendibilità non si era premurato di vagliare in sede diplomatica, che il Governo francese avesse accettato di accogliere le persone migranti sulle proprie coste.

La rivendicazione pubblica di una vittoria politica da parte del nuovo Governo di centrodestra⁸⁷⁰ apriva uno scontro diplomatico con il Governo transalpino, il quale – pur decidendo di accogliere «a titolo eccezionale»⁸⁷¹ le 234 persone a bordo – sospendeva, con una mossa, anch'essa sintomatica della tendenza a deumanizzare e mercificare le persone migranti, l'accordo di ricollocamento stipulato, nell'estate del 2022, da 23 Paesi membri dell'Unione europea, tra i quali, per l'appunto, la Francia che avrebbe dovuto accogliere 3.500 persone migranti tra quelle sbarcate in Italia⁸⁷².

Se all'indomani della *querelle* tra i due Paesi il Ministro dell'Interno francese *Gérald Darmanin* progettava di rafforzare nuovamente i controlli alla frontiera italo-francese⁸⁷³, in Italia si assisteva alla ripetuta assegnazione di porti sicuri sempre più lontani⁸⁷⁴. Vivaci polemiche ha suscitato, ad esempio, l'assegnazione del *place of safety* presso il porto de La Spezia, a circa 1.200 chilometri dal punto in cui la nave umanitaria *Geo Barents* (di *Medici senza Frontiere*) aveva tratto in salvo 95 persone migranti alla deriva al nord della Libia, e il successivo trasferimento di 74 minori non accompagnati a Foggia, a ben 750 chilometri da La Spezia⁸⁷⁵.

A ben veder, la nuova *politica dei porti lontani* – oltre che sintomatica della volontà del nuovo Governo di limitare la presenza delle navi ONG nel Mediterraneo, a maggior ragione ove si consideri la contestuale assegnazione alle navi della Guardia costiera e della Guardia di finanza di porti di sbarco in Sicilia e in Calabria – si viene a configurare quale

⁸⁷⁰ Cfr. i comunicati della Presidente del Consiglio Giorgia Meloni e del Ministro delle Mobilità Sostenibili (On. Matteo Salvini) riportati, *ex multis*, da J. PASCUAL – A. KAVAL, «Le sort du navire humanitaire Ocean-Viking, avec 234 migrants à bord, provoque des tensions entre la France et l'Italie», *Le Monde*, 9 novembre 2022.

⁸⁷¹ LE MONDE AFP, «L'Ocean-Viking accueilli à titre exceptionnel par la France, qui critique le manque de solidarité de l'Italie», *Le Monde*, 10 novembre 2022.

⁸⁷² Cfr. K. CARBONI, «L'inutile braccio di ferro tra Italia e Francia sulla pelle dei migranti», *Wired*, 10 novembre 2022.

⁸⁷³ In particolare, ampliando il potere della polizia di frontiera di effettuare ispezioni visive sui veicoli aventi una capienza inferiore alle nove persone, purché sempre entro il raggio di 20 km dalla frontiera. Cfr. ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, cit., p. 25.

⁸⁷⁴ Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, “No alla politica dei porti lontani”. Chiediamo al Parlamento di non approvare il decreto-legge sulla gestione dei flussi migratori, 16 gennaio 2023, in www.amnesty.it.

⁸⁷⁵ Di questo ed altri episodi (come, ad esempio, l'assegnazione del *place of safety* al porto di Ancona) si trova riscontro anche negli atti del dibattito che ha preceduto l'approvazione del c.d. decreto Piantedosi. Cfr., *ex multis*, RESOCONTO STENOGRAFICO DEL SENATO, cit., pp. 71, 89 e 106.

«ulteriore gesto punitivo»⁸⁷⁶ non solo nei confronti dei soccorritori, obbligandoli a spese di trasporto più ingenti di quelli necessari nel caso di raggiungimento di un porto più vicino, ma anche nei confronti dei migranti già sfuggiti alle torture dei *lager* libici e costretti ad una ulteriore lunga traversata nel Mediterraneo, volta a «prolunga[re] le sofferenze già subite dalle persone salvate in mare e ingiustificatamente ritarda[re] la fornitura di adeguata assistenza volta a soddisfare le loro esigenze»⁸⁷⁷.

D'altronde, la volontà di limitare l'operato delle navi umanitarie è stata rivendicata espressamente dalle forze politiche di maggioranza in seno al dibattito parlamentare che ha portato all'approvazione del d.l. 2 gennaio 2023 n. 1, c.d. Piantedosi, recante disposizioni urgenti in materia di gestione dei flussi migratori⁸⁷⁸. Basti, a tal proposito, riportare le parole dell'On. Farolfi (senatore di Fratelli d'Italia), il quale spiega che «le nuove norme vogliono regolamentare proprio la questione dei salvataggi multipli»⁸⁷⁹, stabilendo che «nell'immediatezza dell'evento di soccorso la nave ONG deve richiedere l'assegnazione del *porto di sbarco* che dovrà essere raggiunto *senza ritardo*»⁸⁸⁰. Invero, il decreto in esame, lasciato inalterato il potere del Ministro dell'interno di vietare il transito e la sosta nelle acque nazionali per motivi di ordine e sicurezza pubblica⁸⁸¹, subordina la legittimità dell'operato delle ONG ad una serie di presupposti cumulativi che – come chiarito anche dal *Dossier* di studio rinvenibile sul sito del Senato⁸⁸² – non fanno altro che cristallizzare

⁸⁷⁶ Sono le parole dell'On. Marco Grimaldi, RESOCONTO DELLA CAMERA, cit., p. 48.

⁸⁷⁷ COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Letter to the Minister of the Interior of Italy*, 26 January 2023, p. 1: «This prolongs the suffering of people saved at sea and unduly delays the provision of adequate assistance to meet their basic needs». La lettera è disponibile al seguente link <https://rm.coe.int/commhr-2023-3-letter-to-italy-minister-of-the-interior-en/1680a9f455> (URL consultato il 27 febbraio 2023).

⁸⁷⁸ Cfr., a proposito della rubrica del provvedimento, le osservazioni dell'On. Riccardo Magi, RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA, cit., p. 7, secondo cui «già dal titolo questo è un provvedimento mendace, non c'è nulla che regoli i flussi migratori. C'è solo un atto, estremamente preciso e ristretto, sull'attività di salvataggio in mare. Se il Governo davvero avesse voluto cimentarsi con un'azione di Governo su un fenomeno che ha questa complessità, e sarebbe servita anche questa, ritengo, lettura storica, avrebbe dovuto affrontare il tema degli ingressi legali nel nostro Paese per motivi di lavoro».

⁸⁷⁹ On. Farolfi, RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA, cit., p. 87.

⁸⁸⁰ *Ibidem*.

⁸⁸¹ In questo senso, esso si pone in linea con i decreti sicurezza dei governi precedenti, compreso il c.d. decreto Lamorgese.

⁸⁸² DOSSIER XIX LEGISLATURA, *Disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori. D.L. n. 1/2023 – A.S. n° 553*, Senato della Repubblica, 17 gennaio 2023, p. 13 disponibile al seguente link: https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/DOSSIER/0/1369530/index.html?part=dossier_dossier1 (URL consultato il 27 febbraio 2023).

quanto già stabilito dai codici di condotta emanati a partire dal Governo Gentiloni⁸⁸³, tanto che la dottrina impegnata sul tema non ha tardato a denunciare l'istituzionalizzazione di «una sorta di mini-codice di condotta»⁸⁸⁴ alla cui violazione sono adesso, però, connesse delle pesanti sanzioni amministrative punitive.

Affinché l'operato delle ONG sia considerato legittimo, oltre ad una comunicazione immediata delle operazioni di soccorso al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo nella cui area di responsabilità si svolge l'evento e allo Stato di bandiera, la nave che effettua in via sistematica attività di ricerca e soccorso in mare deve:

a) operare in conformità ad autorizzazioni o abilitazioni rilasciate dalle competenti autorità dello Stato di bandiera ed essere in possesso dei requisiti di idoneità tecnico-nautica alla sicurezza della navigazione;

b) avviare tempestivamente iniziative volte a informare le persone prese a bordo della possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, a raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità;

c) richiedere nell'immediatezza dell'evento, l'assegnazione del porto di sbarco;

d) raggiungere senza ritardo il porto di sbarco assegnato per il completamento dell'intervento di soccorso;

e) fornire alle autorità per la ricerca e il soccorso in mare italiane, ovvero, nel caso di assegnazione del porto di sbarco, alle autorità di pubblica sicurezza, le informazioni richieste ai fini dell'acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso posta in essere;

f) operare in modalità di ricerca e soccorso tali da non creare situazioni di pericolo a bordo né ad impedire di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco.

È stato osservato che i sopracitati requisiti cumulativi, di fatto, introducono – al netto del primo, a onor del vero, ridondante in quanto già stabilito da altre fonti e richiamato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza da ultimo annoverata –, «un sistema di iperburocratizzazione del salvataggio di emergenza»⁸⁸⁵ la cui insidiosità rivela l'intento

⁸⁸³ *Ibidem*: «si segnala che alcune di queste previsioni potrebbero richiamare quanto previsto dal Codice di condotta per le ONG impegnate nel salvataggio dei migranti in mare elaborato dal Ministero dell'Interno del 2017 (governo Gentiloni)».

⁸⁸⁴ L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit.

⁸⁸⁵ Sono le parole dell'On. Cataldi, RESOCONTO STENOGRAFICO DEL SENATO, cit., p. 95. In senso analogo, L. FERRAJOLI, «Il nuovo populismo responsabile delle stragi in mare», *Il Manifesto*, 12 marzo 2023, parla di «insensati requisiti burocratici».

di rendere difficili ed onerose le operazioni di *search and rescue*⁸⁸⁶. Se a ciò si aggiunge il pesante apparato sanzionatorio connesso alla violazione di questo complesso meccanismo, non è difficile intuire il rischio di *chilling effect* che ne deriva⁸⁸⁷.

Vero è che la tempestività con cui il decreto richiede alla nave umanitaria di recarsi presso il *porto di sbarco* assegnato non può far esimere il comandante della nave dal prestare soccorso ad altri naufraghi che si siano imbattuti lungo il suo cammino⁸⁸⁸, ma non si può non rilevare come di fatto l'inasprimento dell'apparato sanzionatorio amministrativo-punitivo, connesso alla violazione di prescrizioni non sufficientemente determinate (come, ad esempio, quella che prescrive al comandante della nave di acquisire

⁸⁸⁶ Cfr. A. DI FLORIO, *L'influenza del diritto europeo ed internazionale*, cit., p. 8.

⁸⁸⁷ Sulla nozione di *chilling effect*, v. F. SCHAUER, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"*, in 58 Boston University Law Review 685 (1978). Essa è, tuttavia, ben spiegata anche da L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit., nei seguenti termini: «nota espressione con cui si indicano gli effetti di una pratica non espressamente vietata dalla legge (come non lo è quella di cui stiamo discutendo), e che tuttavia si rinuncia ad esercitare nel timore che essa possa comportare gravi conseguenze legali». In argomento, cfr. altresì M. STARITA, «Search and Rescue operations under the New Pact on Asylum and Migration», *SidiBlog*, 8 novembre 2020, secondo cui le pesanti sanzioni amministrative possono fungere come «a surrogate for punishments, making in practice impossible to save lives at sea».

⁸⁸⁸ Come chiarisce A. DI FLORIO, *Il ruolo del diritto europeo ed internazionale*, cit., p. 8, «l'art. 489 del Codice della navigazione dispone che "il comandante di nave, in corso di viaggio o pronta a partire, che abbia notizia del pericolo corso da una nave o da un aeromobile, è tenuto nelle circostanze e nei limiti predetti ad accorrere per prestare assistenza, quando possa ragionevolmente prevedere un utile risultato, a meno che sia a conoscenza che l'assistenza è portata da altri in condizioni più idonee o simili a quelle in cui egli stesso potrebbe portarla"; e, in modo ancor più stringente, il successivo art. 490 dispone che "quando la nave o l'aeromobile in pericolo sono del tutto incapaci, rispettivamente, di manovrare e di riprendere il volo, il comandante della nave soccorritrice è tenuto, nelle circostanze e nei limiti indicati dall'articolo precedente, a tentarne il salvataggio, ovvero, se ciò non sia possibile, a tentare il salvataggio delle persone che si trovano a bordo". Le disposizioni del nostro codice sono del tutto conformi a quanto prevede la Convenzione ONU sul diritto del mare che, all'articolo 98 paragrafo 1, dispone: "Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo; b) proceda quanto più velocemente possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa". Ne deriva che, come opportunamente rilevato da L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit., non sembrano del tutto fondate – seppur, nella sostanza, condivisibili – le preoccupazioni espresse, *inter alia*, dalla Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Dunja Mijatović*, del 26 gennaio, secondo cui «this provision risks being applied in such a way that it could prevent effective search and rescue by NGO vessels. As has already happened in practice, the provision prevent NGOs from carrying out multiple rescues at sea, forcing them to ignore other distress calls in the area if they already have rescued persons on board, even when they still have capacity to carry out another rescue. By complying with this provision, NGOs' shipmasters would in fact fail to fulfill their rescue duties under international law». Cfr. COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Letter*, cit.

i *dati rilevanti* delle persone a bordo da trasmettere alle autorità)⁸⁸⁹, potrebbe avere quale effetto quello di «scoraggiare le organizzazioni umanitarie dal compiere la loro cruciale attività»⁸⁹⁰.

La nuova disciplina di natura amministrativa sostituisce, infatti, integralmente quella precedente (che prevedeva l'applicazione dell'art. 1102 del codice della navigazione in caso di violazione del divieto ministeriale di transito o sosta nel mare territoriale) eliminando qualsiasi controllo da parte del giudice (terzo ed imparziale) sull'operato dell'unico organo che governa la procedura: il Prefetto territorialmente competente che, in quanto organo gerarchicamente dipendente dal Ministero dell'Interno, «si ritiene evidentemente più sensibile dell'ordine giudiziario alle aspettative della politica»⁸⁹¹.

Inoltre, se da un lato l'importo della sanzione pecuniaria rimane invariabile (dai 10.000 ai 50.000 euro), dall'altro si istituzionalizza mediante decreto la pratica dei fermi amministrativi che finora – come si è visto nel paragrafo precedente – era stata fondata sul *Memorandum of Understanding on Port State Control* (siglato a Parigi il 26 gennaio 1982), dalla direttiva 2009/16/CE e dal d.lgs. n. 53/2011 che vi dà attuazione. Il decreto Piantedosi prevede, infatti, che in caso di violazione del divieto ministeriale di transito o sosta la nave sia sottoposta a fermo amministrativo per due mesi e affidata in custodia, con i relativi oneri di spesa, all'armatore o, in assenza di questi, al comandante ovvero a un altro soggetto obbligato in solido⁸⁹². Fuori dei casi in cui è stato adottato il provvedimento di limite o divieto di transito o sosta nelle acque territoriali, quando il comandante della nave o l'armatore non forniscano le informazioni richieste dalla competente autorità nazionale per la ricerca e il soccorso in mare nonché dalla struttura nazionale preposta al coordinamento delle attività di polizia di frontiera e di contrasto dell'immigrazione clandestina o non si uniformino alle loro indicazioni, si applica la sanzione pecuniaria da

⁸⁸⁹ Colgono nel segno, a questo proposito, i rilievi critici formulati dall'On. Ouidad Bakkali, RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA, cit., p. 55: «Cosa sono i dati rilevanti? In Commissione, questo non lo abbiamo capito: nessuna risposta. Questo metterà in difficoltà i comandanti, che rischiano la sanzione». Trattasi, oltretutto, di un'operazione che lo Stato di approdo non può prescrivere al comandante di una nave battente altra bandiera, a meno di non voler interferire nella sovranità dello Stato di bandiera e contravvenire alle regole internazionali *in subiecta materia*. In senso analogo, cfr., ASGI, *Asgi in Commissione affari costituzionali*, cit.

⁸⁹⁰ Sono le parole dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Volker Türk*. Cfr. UNITED NATIONS, *Italy: proposed new sea rescue law puts more lives at risk*, 16 february 2023, in www.ohchr.org.

⁸⁹¹ L. MASERA, *Il d.l. Piantedosi*, cit.

⁸⁹² Avverso il provvedimento di fermo è previsto il ricorso entro 60 giorni dalla notificazione dello stesso al prefetto, che dovrà pronunciarsi non oltre 20 giorni dal ricevimento dell'istanza.

2.000 a euro 10.000. Alla contestazione della violazione segue il fermo amministrativo per venti giorni; in caso di reiterazione della violazione, la sanzione amministrativa accessoria del fermo amministrativo è di due mesi e, in caso di ulteriore reiterazione della violazione, si prevede la confisca.

Già all'indomani della conversione in legge del decreto, una nave umanitaria è stata sottoposta a fermo amministrativo⁸⁹³. Il che conferma la lungimiranza delle osservazioni formulate dal giurista Wladimiro Zagrebelsky prima che il decreto venisse convertito: «una legge può indirizzare la condotta di coloro cui si rivolge e chiaramente indicare la volontà del legislatore [...] oppure può coprire di parole, da cui magari non si può dissentire, una volontà non detta, fatta filtrare come un messaggio per chi deve intendere. Una volontà che emerge poi dalla condotta concreta delle autorità dello Stato»⁸⁹⁴. Si crea, così, attraverso parole, leggi e prassi, un'alone di intimidazione attorno agli operatori del soccorso umanitario. E mentre il soccorso in mare viene ulteriormente criminalizzato, lungo le coste del crotonese si consuma l'ennesima strage che, a pochi giorni dall'approvazione del decreto appena analizzato, risuona come una conferma – e, al contempo, una condanna morale – della sua intrinseca disumanità⁸⁹⁵. Come ha scritto Luigi Ferrajoli, il decreto in esame costituisce, infatti, un «salto di qualità nelle forme stesse del populismo»⁸⁹⁶. A onor del vero, già l'utilizzo della locuzione *porto di sbarco* in luogo di quella – più garantista e convenzionalmente prevista – di *place of safety*, si configura come una ennesima opera di disumanizzazione attraverso il linguaggio: con una subdola opera di manipolazione pubblica, si tace il bene della sicurezza quando questo non appartiene ai cittadini, ma agli stranieri *indesiderati*, per ragioni di razza e di classe. Un'operazione che, però, pretende di separare il linguaggio dall'antica legge del mare (oltre che dall'attuale – e più volte citata – normativa internazionale a tutela della vita umana in mare). Per quanto si tenti di negare, anche attraverso il linguaggio, un *luogo sicuro*, l'obbligo internazionale di garantirlo prevale, come prevalgono la gerarchia delle fonti e i diritti umani su qualsivoglia operazione di tentata deformazione della realtà attraverso la manipolazione del linguaggio

⁸⁹³ Cfr. «Ong, primo fermo e multa alla nave Geo Barents», *Il Sole 24 Ore*, 24 febbraio 2023.

⁸⁹⁴ W. ZAGREBELSKY, «La vergogna dei “porti sicuri” di Wladimiro Zagrebelsky», *La Stampa*, 12 gennaio 2023.

⁸⁹⁵ In tal senso, cfr., altresì MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Le stragi dei migranti, i conti con la Storia, il bisogno di scelte lungimiranti*, 26 febbraio 2023.

⁸⁹⁶ L. FERRAJOLI, *Il nuovo populismo*, cit.

e l'abuso del potere⁸⁹⁷. Per dirla con Mireille Delmas-Marty, «la legge [che si pretende di legittimare con il linguaggio e l'abuso del potere, n.d.r.] non ha tutti i diritti»⁸⁹⁸.

SEZIONE III / SECTION III

FORME PENALI DI REPRESSIONE DELLA SOLIDARIETÀ. / FORMES PÉNALES DE RÉPRESSION DE LA SOLIDARITÉ.

1. La progressiva militarizzazione del confine italo-francese: dalla retorica dell'allarme terrorismo alla necropolitica. / *La progressive militarisation de la frontière franco-italienne: de la rhétorique sur le terrorisme à la nécropolitique.*

Attraversato dapprima dagli italiani in cerca di lavoro in Francia, poi dagli oppositori politici durante il fascismo e dagli ebrei in fuga dalle leggi razziali, il confine italo-francese è oggi luogo di passaggio – e troppo spesso anche di morte – per migliaia di migranti in

⁸⁹⁷ Cfr. On. Antonino Iaria (M5S), RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, cit., p. 30: « Ci siamo inventati nuovi termini per confondere. L'espressione "porto di sbarco" sostituisce l'espressione "porto sicuro". Il porto di sbarco non è automaticamente un porto sicuro, l'hanno detto tutti, gente molto più preparata di me su questo argomento, gente che abbiamo sentito in audizione. Il porto sicuro, citato in tutte le convenzioni europee e regolamenti internazionali, ha una precisa definizione che riprendo sinteticamente: il porto sicuro è il luogo dove le operazioni di soccorso si possono definire compiute, quindi non è solo lo sbarco, ma anche l'accoglienza, l'identificazione, le cure mediche e altro. Quindi, è chiaro, cari colleghi, che questo dover interpretare il termine ogni volta che le navi ONG effettuano un salvataggio in mare complica il loro lavoro, ma complica anche l'accoglienza nelle città che vengono indicate come porti di sbarco e che devono attrezzarsi per l'accoglienza a terra in tempi brevissimi». Occorre, tuttavia, precisare, a scanso di equivoci, che in materia di politiche migratorie restrittive e criminalizzazione dei soccorsi in mare, c'è stata una continuità tra i governi che si sono succeduti dal 2017 ad oggi e che il M5S ha fornito il proprio sostegno all'approvazione del decreto sicurezza-*bis* del governo Conte I in cui era Ministro dell'Interno l'On. Salvini.

⁸⁹⁸ M. DELMAS-MARTY, «La loi n'a plus tous les droits», *Sociétés et Représentations*, 2/1996.

fuga dalla paura del presente e in cerca di speranza verso un futuro libero dalla miseria e dalla privazione di libertà e diritti fondamentali⁸⁹⁹. Come il Mediterraneo, esso si è però trasformato in un «cimitero di massa»⁹⁰⁰, soprattutto dopo i violenti attacchi terroristici del 13 novembre 2015, quando le autorità francesi hanno deciso di rafforzare (o, meglio, militarizzare) i controlli alle frontiere interne⁹⁰¹, trasformandole in «teatro di violazione dei diritti umani, anche nei confronti dei minori stranieri non accompagnati»⁹⁰².

Da allora, seguendo una logica di normalizzazione dell'emergenza⁹⁰³ e di «vittoria della sicurezza sulla libertà»⁹⁰⁴, la decisione di chiusura delle frontiere interne è stata rinnovata ogni sei mesi, invocando, quale circostanza eccezionale rilevante ai sensi degli articoli 25 e 29 del c.d. Codice Schengen⁹⁰⁵, la «persistente minaccia terroristica»⁹⁰⁶, nonostante la

⁸⁹⁹ L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera*, cit., p. 21.

⁹⁰⁰ È l'espressione utilizzata dal report di ARCI PORCO ROSSO e ALARM PHONE (con la collaborazione di Borderline Sicilia e e borderline-europe), *Dal Mare al Carcere. La criminalizzazione dei cosiddetti scafisti*, Creative Commons BY-SA, 15 ottobre 2021, p. 8.

⁹⁰¹ La militarizzazione del confine italo-francese emerge in tutta la sua dimensione dal diario di campo del sociologo Luca Giliberti, il quale racconta di una costante e capillare presenza nei boschi di forze dell'ordine «armate fino ai denti», tanto da evocare uno scenario di guerra. Cfr. L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera*, cit., p. 125.

⁹⁰² È quanto scrive LA CIMADE, *En finir avec les violations des droits des mineurs isolés*, janvier 2023, p. 17.

⁹⁰³ G. AGAMBEN, *Lo Stato di eccezione*, Bollati Berlinghieri, 2003.

⁹⁰⁴ C. LAZERGES, *Fallait-il constitutionnaliser la déchéance de nationalité?*, in *Politique(s) Criminelle(s)*, cit., p. 123, che riconduce a questo processo di securitizzazione anche la loi du 3 juin 2016 *renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, che inasprisce la procedura e il diritto penale d'eccezione e consente la *rétenion de sûreté*, cioè il collocamento forzato in un centro di cura di una persona condannata per un crimine grave che, pur avendo scontato la pena, sia ritenuto ancora socialmente pericolosa.

⁹⁰⁵ Ai sensi dell'art. 25 del Codice delle frontiere Schengen (Regolamento UE n. 2016/399), "in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro nello spazio senza controllo alle frontiere interne, detto Stato membro può in via eccezionale ripristinare il controllo di frontiera in tutte le parti o in parti specifiche delle sue frontiere interne per un periodo limitato della durata massima di trenta giorni o per la durata prevedibile della minaccia grave se questa supera i trenta giorni. [...] Se la minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna nello Stato membro interessato perdura oltre il periodo di cui al paragrafo 1 del presente articolo, detto Stato membro può prorogare il controllo di frontiera alle sue frontiere interne [...], per periodi rinnovabili non superiori a 30 giorni. La durata totale del ripristino del controllo di frontiera alle frontiere interne, incluse eventuali proroghe di cui al paragrafo 3 del presente articolo, non è superiore a sei mesi. Qualora vi siano circostanze eccezionali, come quelle di cui all'articolo 29, tale durata totale può essere prolungata fino a un massimo di due anni, in conformità del paragrafo 1 di detto articolo". L'art. 29, appena richiamato, a sua volta, statuisce che "in circostanze eccezionali in cui il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne è messo a rischio a seguito di carenze gravi e persistenti nel controllo di frontiera alle frontiere esterne ai sensi dell'articolo 21, e nella misura in cui tali circostanze costituiscono una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna nello spazio senza controllo alle frontiere interne o su parti dello stesso, il controllo di frontiera alle frontiere interne può essere ripristinato in conformità del paragrafo 2 del presente articolo per una durata massima di

«retorica dell'allarme terrorismo»⁹⁰⁷ non avesse riscontro empirico nei fatti. Risulta, infatti, che all'indomani degli attacchi terroristici del 2015, tra le 20.000 persone iscritte nella scheda di segnalamento delle persone a rischio di radicalizzazione, soltanto 4.111 erano stranieri (di cui 851 in situazione irregolare), mentre la restante parte era costituita da cittadini francesi. Lo stesso Ministro francese degli interni *Gérald Darmanin* aveva constatato che dei 30 terroristi soltanto 8 erano stranieri⁹⁰⁸. Ad analoga conclusione giungono i dati della popolazione detenuta: nel 2021 le persone detenute per reati di terrorismo rappresentavano circa il 4% dell'intera popolazione carceraria⁹⁰⁹. Eppure, in nome della lotta al terrorismo, il Governo francese ha continuato ad investire nella militarizzazione delle frontiere, attraverso il reclutamento nel 2017 di 10.000 nuove unità di forze di polizia⁹¹⁰, il dispiegamento sul confine finanche dei membri della *Operation Sentinelle* (operazione antiterrorismo istituita all'indomani degli attentati a *Charlie Hebdo*) e la continua implementazione dei più vari dispositivi di controllo (mitragliatrici, pistole, fucili, droni, elicotteri, occhiali per il rilevamento dei movimenti notturni, etc.) il cui costo complessivo – sebbene non reso noto da fonti ufficiali – ammonterebbe, secondo alcune ricerche, a centinaia di milioni di euro⁹¹¹.

Unitamente alla lotta al terrorismo viene sovente invocata, a supporto di questa costosa operazione di militarizzazione, la lotta ai *passeurs* (ovverosia, ai trafficanti di esseri umani). Essa viene richiamata, ad esempio, nel *projet de loi Darmanin*⁹¹² che, tra le altre cose, inasprisce le pene previste per il *délit d'aide à l'entrée et à la circulation irrégulière* allorché sia commesso in banda organizzata o “in circostanze che espongono direttamente gli stranieri a un rischio immediato di morte o ferite volte a provocare una

sei mesi. Tale periodo può essere prorogato non più di tre volte, per ulteriori sei mesi al massimo, se le circostanze eccezionali perdurano”.

⁹⁰⁶ L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera*, cit., pp. 35-36.

⁹⁰⁷ *Ivi*, p. 18.

⁹⁰⁸ LA CIMADE, *Lutter contre les amalgames*, cit., p. 6.

⁹⁰⁹ Cfr. LA CIMADE, *Interventions en prison*, cit., pp. 51, 78 e 97, che segnala anche come le stesse fossero concentrate nella regione Centro-Ovest della Francia, a Sud-Est e in Hauts-de-France.

⁹¹⁰ Cfr. ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI D'ORIENTATION ET DE PROGRAMMATION DU MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, 16 mars 2022, p.6: «depuis 2017, un effort sans précédent pour lutter contre le crime et garantir la sécurité du quotidien a été engagé, avec le recrutement de 10 000 policiers et gendarmes».

⁹¹¹ Cfr. L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera*, cit., p. 133, citando ANAFÉ, *Persona non grata*, cit., pp. 29-30.

⁹¹² Attualmente all'esame del Senato, si tratta della ventinovesima legge in materia di immigrazione dal 1980.

mutilazione o un'infermità permanente»⁹¹³. Il Consiglio di Stato francese, con parere reso il 26 gennaio 2023, ha giudicato proporzionate le nuove pene previste⁹¹⁴ proprio alla luce della *ratio* che le anima, vale a dire la volontà di tutelare le persone migranti dal traffico di esseri umani⁹¹⁵. Tuttavia, l'organizzazione francese *La Cimade*⁹¹⁶, così come autorevoli studiosi⁹¹⁷, hanno espresso la preoccupazione che la lotta ai trafficanti venga impiegata come *escamotage* dalla politica per deresponsabilizzarsi⁹¹⁸ dalle conseguenze mortifere di un approccio securitario alle migrazioni: per dirla con Alessandra Sciorba, «ci troviamo di fronte al paradosso di politiche che – individuando formalmente come unica forma di violenza i cosiddetti trafficanti che si approfittano della *vulnerabilità* delle persone migranti [...] – spostano l'attenzione dal fatto che è proprio la chiusura di ogni via di ingresso legale a produrre le posizioni di vulnerabilità delle persone in migrazione, non lasciando altra alternativa percorribile se non quella di accettare *gli abusi delle frontiere*»⁹¹⁹.

⁹¹³ “dans des circonstances qui exposent directement les étrangers à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente”.

⁹¹⁴ Una pena-base della reclusione di quindici anni e l'ammenda di 1.000.000 di euro e, per i capi o promotori dell'organizzazione, con la reclusione fino a venti anni e l'ammenda di 1.500.000 euro.

⁹¹⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Avis*, cit., p. 16. Analogo ragionamento si può rinvenire anche nei dibattiti parlamentari che hanno condotto all'approvazione del c.d. decreto Piantodosi. Basti citare l'on. Carmine Fabio Raimongo, esponente del partito Fratelli d'Italia, per il quale «chi ha a cuore la vita umana e la dignità della vita umana non può ulteriormente consentire che [...] continui nel nostro mare la tratta di esseri umani» (cit. RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, cit., p. 5).

⁹¹⁶ LA CIMADE, *Décryptage du projet de loi asile et immigration*, 3 mars 2023, p. 17.

⁹¹⁷ Cfr. J. STREIFF-FÉNART, «Usages et mésusages de la notion de solidarité en contexte migratoire», *Mondi Migranti – Rivista di studi e ricerche sulle migrazioni internazionali*, 3/2021, pp. 16-17.

⁹¹⁸ Con riferimento alla politica francese, basti leggere l'ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, AMÉLIORER L'INTÉGRATION, che, alla pagina 23 afferma a chiare lettere che i primi responsabili della morte di 27 stranieri nel canale della Manica il 24 novembre 2021, sono i *passeurs*. In Italia, la necessità di contrastare il traffico di esseri umani è stata invocata, da ultimo, dalla Presidente del Consiglio italiana, Giorgia Meloni, dopo l'ennesima tragedia avvenuta nel Mar Mediterraneo (in prossimità della Calabria) il 26 febbraio 2023. La Presidente, infatti, nell'esprimere cordoglio verso le vittime, non ha mancato di sottolineare come si tratti di «vite umane stroncate dai trafficanti di uomini», ricordando che «il Governo è impegnato a impedire le partenze e con esse il consumarsi di queste tragedie, e continuerà a farlo, anzitutto esigendo il massimo della collaborazione agli Stati di partenza e di provenienza», tra i quali – è bene ricordarlo – la Libia cui sono state fornite, il 28 gennaio 2023, altre cinque motovedette per la cattura dei naufraghi in mare e il respingimento verso i *lager* libici (cfr. «Fortezza Europa. Dall'Italia altre 5 motovedette alla Libia contro i migranti», www.dirittiglobali.it, 29 gennaio 2023; URL consultato il 1° aprile 2023).

⁹¹⁹ A. SCIURBA, *Le parole dell'asilo*, cit., p. 88.

La giurisprudenza, dal canto suo, non ha mancato di fornire un'aura di legittimità alla «necropolitica»⁹²⁰ discendente dalla militarizzazione delle frontiere. Il *Conseil d'État* ha, ad esempio, giudicato legittimo il prolungamento dei controlli alle frontiere alla luce della rinnovata e attuale minaccia terroristica e del conflitto armato in Iraq e in Siria (considerato fattore di rischio del ritorno in Francia di persone potenzialmente pericolose)⁹²¹.

Né la situazione è cambiata dopo la sentenza con cui la Corte di giustizia dell'Unione europea, in un caso concernente un'analoga decisione del governo austriaco, ha statuito che l'articolo 25 paragrafo 4 del c.d. codice frontiere Schengen⁹²² deve essere interpretato nel senso che esso osta a che il ripristino temporaneo da parte di uno Stato membro del controllo alle frontiere interne superi la durata totale massima di sei mesi, a meno che non sussista una *nuova minaccia* per l'ordine pubblico e la sicurezza⁹²³, precisando altresì – e contrariamente a quanto sostenuto dal governo francese intervenuto in sostegno di quello austriaco⁹²⁴ – che la *nuova minaccia* non può consistere semplicemente nella sussistenza di nuovi elementi alla luce dei quali ritenere più grave – e, in tal senso, nuova – una minaccia preesistente.

Sordo al monito della Corte di Lussemburgo, il Governo francese ha prorogato nuovamente i controlli fino al 31 ottobre 2022, invocando nuovi elementi e circostanze atte a far ritenere sussistente un rinnovato e più elevato rischio di attacchi terroristici in seguito alla fuga di migliaia di prigionieri, ex combattenti terroristi, dalla prigione di Kassaké (nel nord-est della Siria) e ai numerosi appelli a commettere attentati in seguito al verdetto del processo per le stragi del Bataclan⁹²⁵. A supporto di questa decisione, il Governo transalpino ha inoltre invocato i rischi legati all'emersione di nuove varianti del *virus*

⁹²⁰ A. MBEMBE, *Necropolitica*, Ombre Corte, 2016.

⁹²¹ CONSEIL D'ÉTAT, 28 décembre 2017, n° 415291, n° 5, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et autres.

⁹²² Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, così come modificato dal regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016.

⁹²³ CGUE, sentenza 26 aprile 2022, *NW c. Landespolizeidirektion Steiermark e Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, cause riunite C-368/20 e C-369/20, § 99.

⁹²⁴ *Ivi*, § 55.

⁹²⁵ Argomentando in questi termini, secondo la *Ligue des droits de l'homme*, il Governo francese ha di fatto eluso l'obbligo di dimostrare la sussistenza di una *nuova minaccia* per giustificare la deroga, sostituendo ad essa una *minaccia identica ma rinnovata*. Cfr. LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, *Le Conseil d'État enterre l'espace Schengen et s'oppose à la Cour de justice de l'Union européenne*, 28 luglio 2022 (<https://www.ldh-france.org/le-conseil-detat-enterre-lespace-schengen-et-soppose-a-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne/> ; URL consultato il 27 agosto 2022).

Covid-19 e al traffico di esseri umani. La natura delle ragioni invocate dal governo francese ha indotto il Consiglio di Stato transalpino – nel frattempo adito da alcune associazioni francesi operanti a sostegno delle persone migranti e nel campo dei diritti fondamentali (*Anafé, Gisti, La Cimade, Ligue des droits de l’homme*) – a validare, ancora una volta, il provvedimento francese⁹²⁶, con una sentenza che sembra confermare il rischio che una misura eccezionale (nel caso di specie il controllo alle frontiere interne), che dovrebbe servire a rispondere a situazioni emergenziali soltanto in via temporanea, tenda di fatto a stabilizzarsi⁹²⁷.

La militarizzazione del confine italo-francese⁹²⁸, non è servita, però, a scoraggiare le persone migranti, le quali hanno continuato a tentare di varcare la frontiera, pur nella consapevolezza di correre un rischio maggiore di ferimento o morte⁹²⁹. Come attesta un recente rapporto di *Amnesty International*⁹³⁰, negli ultimi anni si è registrato infatti un incremento degli attraversamenti della frontiera transalpina⁹³¹. Più precisamente, tra il 2017 e il 2019 circa 8000 migranti hanno varcato il confine, in corrispondenza di Briançon. Nel 2018 circa 6000 hanno raggiunto la Francia da Bardonecchia e Col della Scala. Complessivamente, tra il 2017 e il 2020 si stima che circa 15000 persone abbiano

⁹²⁶ CONSEIL D’ÉTAT, 27 juillet 2022, n° 463850, *Association nationale d’assistance aux frontières pour les étrangers et autres*.

⁹²⁷ In tal senso, cfr. A. PALMERI, «Il Conseil d’État avalla la decisione del governo francese di prolungare per un altro semestre i controlli alle frontiere», in < foroitaliano.it >, 2 agosto 2022.

⁹²⁸ Per il contestuale progressivo irrigidimento del confine franco-britannico e i respingimenti a Calais, si rinvia a M. GALISSON, «Calais ou l’escalade répressive», *Plein Droit*, 2/2021, n° 129, pp. 7-10, ad avviso del quale, peraltro, la frontiera costituisce per gli attori politici «une scène de théâtre politique idéale».

⁹²⁹ Come scrivono L. GILBERTI – D. FILIPPI, *La solidarietà in frontiera, cit.*, pp. 90-91, «la chiusura della frontiera, in ogni caso, non è mai del tutto efficace e, in un qualche modo, con maggiore o minore attesa e tentativi, la grande maggioranza dei migranti riesce a varcarla; ciò che aumenta, con controlli e militarizzazione sul confine, sono difficoltà, pericolosità e rischio di ferimenti e morti». In tal senso, cfr., altresì, il rapporto di ANAFÉ, *Persona non grata. Conséquence des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne, Rapport d’observations 2017-2018*. In senso analogo, cfr. MIGREUROPE, *Atlas des migrations dans le monde, cit.*, p. 94.

⁹³⁰ Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, *Punishing Compassion. Solidarity on Trial in the Fortress Europe*, 2020 (consultabile https://www.amnesty.be/IMG/pdf/2020_punishing_compassion_solidarity_on_trial_in_fortress_europe.pdf).

⁹³¹ Come spiega Paolo Narcisi, membro della ONG *Rainbow for Africa*, «migrants are very afraid now. Many had a job or were going to school. Now many of those experiences have been interrupted and they cross the border not with a plan, but to run away from Italy». *Ivi*, p. 34. A conferma di quanto questa paura non sia infondata, una recente sentenza dell’Alta Corte Amministrativa del Nord Reno-Westfalia ha stabilito che due migranti - provenienti da Somalia e Mali - non avrebbero dovuto essere rimandati nel Paese di primo approdo, cioè l’Italia, perché ivi avrebbero subito trattamenti inumani e degradanti, consistenti nel non aver accesso ad alloggio, lavoro e cure (cfr. https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/europa/2021/07/29/migranti-corte-tedesca-in-italia-trattamento-inumano_496b648f-fcd5-40c7-b249-a59a2aa51293.html).

raggiunto la Francia attraversando la Val di Susa⁹³². Nello stesso periodo cinque persone sono state ritrovate morte tra la Val di Susa e il Brianzone e una trentina sul versante sud del confine valsusino⁹³³. In questo contesto, le *pratiche di solidarietà* poste in essere dalla società civile – che, come si è visto, sono criminalizzate dagli attuali governi populisto-sovrani e, come si vedrà nel paragrafo successivo, sono frequentemente oggetto di procedimenti penali – agiscono da fattore di contrasto alla necropolitica.

2. Il *délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers* al banco di prova del principio di fraternità. / *Le délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers saisi par le principe de fraternité.*

È alla luce del contesto appena descritto che va analizzata la tendenza a rafforzare i controlli alle frontiere anche tramite lo strumento del diritto penale. Non è un caso, infatti, che proprio a partire dal 2015 si sia registrato un incremento dei procedimenti penali per il reato di cui all'articolo L. 823-1 (prima 622-1) del CESEDA⁹³⁴, ai sensi del quale “fatte salve le eccezioni previste dall'articolo L. 823-9, è punito con la pena della reclusione fino a cinque anni e l'ammenda fino a 30.000 euro chi favorisce o tenta di favorire, direttamente o indirettamente, l'ingresso, la circolazione o il soggiorno irregolari di uno straniero in Francia”⁹³⁵. Si tratta del *délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjours*

⁹³² Dopo una fase di stallo in corrispondenza della pandemia, si è registrata una nuova esplosione degli attraversamenti alla frontiera: dal giugno al dicembre 2020, circa 4.700 persone sono giunte in Val di Susa, quasi un terzo del totale dal 2017.

⁹³³ Cfr. L. GILIBERTI – D. FILIPPI, «La solidarietà in frontiera: le reti di supporto ai migranti in transito in Val di Susa», *Mondi Migranti – Rivista di Studi e Ricerche sulle migrazioni internazionali*, 3/2021, pp. 91-94.

⁹³⁴ Noti alla cronaca sono, ad esempio, i casi di Martine Landry, (accusato di aver favorito l'ingresso in Francia di due stranieri minori irregolari), di Pierre-Alain Mannoni (che aveva soccorso tre donne eritree) o, ancora, di Cédric Herrou, agricoltore francese divenuto simbolo dell'aiuto ai migranti nella *Vallée de la Roya*.

⁹³⁵ “Sous réserve des exemptions prévues à l'article L. 823-9, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait, pour toute personne, de faciliter ou de tenter de faciliter, par aide directe ou indirecte, l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France”.

irréguliers (comunemente e simbolicamente denominato *délit de solidarité*⁹³⁶ ovvero, nelle parole del filosofo Jacques Derrida, *délit d'hospitalité*⁹³⁷), tipizzato per la prima volta dall'articolo 4 del *décret-loi* c.d. *Daladier* del 2 maggio 1938 che puniva le stesse condotte con una pena pecuniaria e con la reclusione da un mese ad un anno. La disposizione, in seguito riprodotta dall'*ordonnance* n° 45-2658 del 2 novembre 1945, rimase inapplicata fino al 1972 per la necessità di manodopera che la Francia avvertì nel periodo del *boom* economico (1945-1972). Una volta cessata questa esigenza (sintomatica, ancora una volta, della logica utilitarista sottesa alla gestione del fenomeno migratorio), la *loi Bonnet* n° 80-9 del 10 gennaio 1980 e le *lois Pasqua* ne riattivarono e inasprirono la portata⁹³⁸.

Tra i vari procedimenti penali cui ha dato origine questa disciplina, particolare risonanza mediatica ha riscosso quello intentato nei confronti di Cédric Herrou. La vicenda, conclusasi con l'assoluzione in via definitiva da parte della *Cour de Cassation*⁹³⁹, si pone all'origine di una storica decisione del *Conseil Constitutionnel* sul principio di fraternità che ha indotto il legislatore francese a modificare – seppur, come si vedrà, in maniera non del tutto soddisfacente – il *délit de solidarité*. Prima di analizzare i risvolti di questa sentenza, è utile ripercorrere l'*iter* storico-evolutivo della fattispecie, così come della vicenda che ha dato origine alla pronuncia dei giudici costituzionali francesi.

Fino al 2012 l'unica esimente per motivi umanitari in Francia operava in caso di pericolo reale o imminente, necessario per salvare lo straniero, a meno che i mezzi impiegati non fossero sproporzionati rispetto alla gravità della minaccia o vi fosse stata una contropartita diretta o indiretta⁹⁴⁰. A questa ipotesi, si aggiungevano (e si aggiungono tuttora) le c.d. *immunités familiales*, non potendo essere perseguiti penalmente per il delitto in esame gli ascendenti, i discendenti, i congiunti degli ascendenti o i discendenti, i fratelli o le sorelle dello straniero e del congiunto.

⁹³⁶ Questa espressione non è tipica del linguaggio giuridico, essendo stata coniata dalle associazioni attive nel campo dei diritti umani (cfr., ad esempio, il *Manifesto dei delinquenti solidali*, firmato nel 2003 dalle associazioni francesi *Gisti*, *France Libertés*, *Emmaüs France* e *La Ligue des droits de l'homme*, al seguente link: <http://www.gisti.org/spip.php?article834>; URL consultato il 31 gennaio 2023).

⁹³⁷ J. DERRIDA, «Quand j'ai entendu l'expression 'délit d'hospitalité'», *Plein Droit*, 34/1997.

⁹³⁸ Cfr. M. R. DONNARUMMA, «Le "délit de solidarité", un oxymore indéfendable dans un État de droit», *Revue française de Droit constitutionnel*, 117/2019, pp. 45 ss.

⁹³⁹ COUR DE CASSATION, Chambre Criminelle, décision 31 mars 2021, n° 20-84.112.

⁹⁴⁰ «face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la personne de l'étranger, sauf en cas de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il y avait eu contrepartie directe ou indirecte».

Il rischio, rilevato da attenta dottrina⁹⁴¹, era una eccessiva restrizione dell'area della non punibilità, non essendo ad essa riconducibili le attività che, pur sorrette da un movente di solidarietà, non erano qualificabili come strettamente necessarie alla salvaguardia della vita umana (si pensi alla condotta consistente nel fornire assistenza giuridica ai *sans-papiers* o vitto, alloggio e/o cure mediche non urgenti)⁹⁴². Analoghe riserve critiche erano state espresse dalla *Commission nationale consultative des droits de l'homme*, secondo cui la vaghezza dei termini utilizzati (“aide indirecte”; “faciliter le séjour”) faceva assumere alla disposizione una portata estremamente ampia e idonea ad attrarre nell'area della punibilità anche persone animate dal solo intento di promuovere la tutela dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali⁹⁴³.

In aderenza alle critiche formulate dalla dottrina, la *loi* n° 2012-1560 del 31 dicembre 2012⁹⁴⁴ ha esteso l'esimente umanitaria a “qualsiasi persona fisica o giuridica, qualora l'atto denunciato non abbia dato luogo ad una contropartita diretta o indiretta e sia consistito nel fornire consulenza legale o vitto, alloggio o cure mediche volte a garantire condizioni di vita dignitose e decorose allo straniero, o qualsiasi altra assistenza volta a preservare la dignità o l'integrità fisica di quest'ultimo”⁹⁴⁵.

La fine del *délit de solidarité* era, però, soltanto annunciata, come testimonia il titolo di un noto saggio in materia⁹⁴⁶.

Il 10 febbraio del 2017 *Cédric Herrou* veniva, infatti, condannato dal *Tribunal correctionnel* di Nizza⁹⁴⁷ ad un'ammenda di 3000 euro, seppur con il beneficio della

⁹⁴¹ C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité*, cit., p. 173.

⁹⁴² Il requisito dell'«absence d'une contrepartie directe ou indirecte» ha consentito, ad esempio, di far comparire una coppia dinanzi al *Tribunal correctionnel* di Perpignan per aver ospitato una famiglia armena che, secondo il *Parquet*, contribuiva ai lavori domestici. Cfr. P. HENRIOT, «Delit de solidarité: militant ou humanitaire, il faut choisir!», *Plein Droit*, 4/2017, n° 115, p. 37.

⁹⁴³ «un caractère extrêmement large qui peut couvrir des cas de personnes cherchant simplement à promouvoir et à protéger les droits civils et politiques et à promouvoir, à protéger et à mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels». COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers*, 19 novembre 2009, p. 2 (https://www.ldh-france.org/wp-content/uploads/IMG/pdf/avis_CNCDH_19_11_2009.pdf ; URL consultato il 27 agosto 2022).

⁹⁴⁴ Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

⁹⁴⁵ “toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci”.

⁹⁴⁶ C. SAAS, «Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité», *Recueil Dalloz*, 4 ottobre 2018, n° 34.

sospensione condizionale della pena, per aver soccorso circa 200 migranti in situazione irregolare e averli trasportati dalla frontiera di Ventimiglia alla Francia, riferendosi la scriminante per motivi umanitari alle sole condotte di aiuto al soggiorno e alla circolazione, non anche a quelle di ingresso. Impugnata la sentenza, la *Cour d'appel d'Aix-en-Provence*⁹⁴⁸ confermava la condanna, estendendola alle condotte poste in essere dall'imputato in funzione del soggiorno e della circolazione dei migranti irregolari. Ad avviso della Corte, infatti, come rivendicato dallo stesso imputato, tali condotte erano ascrivibili ad un'azione dal carattere militante finalizzata a sottrarre gli stranieri ai controlli posti in essere dalle autorità preposte al controllo della corretta osservanza delle disposizioni legislative relative all'immigrazione.

La sentenza ha suscitato non poche critiche da parte di alcuni studiosi (anche *ex magistrati*): si è osservato, ad esempio, che un'azione umanitaria in favore degli stranieri non può, per definizione, essere politicamente neutra⁹⁴⁹ e che, in ogni caso, subordinando il riconoscimento dell'*immunité* all'assenza di una qualsivoglia motivazione militante, la Corte d'appello avrebbe aggiunto un requisito non espressamente previsto dal testo legislativo, violando così il principio di stretta legalità⁹⁵⁰ e introducendo una sorta di gerarchia tra azioni umanitarie la cui tollerabilità giuridica sarebbe stata rimessa, di volta in volta, all'arbitrarietà dell'interpretazione del singolo giudice⁹⁵¹.

Il caso giungeva all'attenzione della *Cour de Cassation*⁹⁵² che decideva di sollevare *question prioritaire de constitutionnalité* ai sensi dell'art. 61-1 della Costituzione⁹⁵³, con riferimento alla compatibilità del *délit de solidarité* con il principio di fraternità. I giudici, con decisione del 6 luglio 2018⁹⁵⁴ hanno riconosciuto che «la fraternità è un principio a valore costituzionale»⁹⁵⁵ e che da esso deriva «la libertà di aiutare gli altri per un fine

⁹⁴⁷ TGI NICE, chambre correctionnelle n°6, Jugement du 10 février 2017, n° 16298000008.

⁹⁴⁸ CA, AIX-EN-PROVENCE, 8 août 2017, n° 2017-568.

⁹⁴⁹ Cfr., *ex multis*, P. HENRIOT, *Délit de solidarité*, cit., p. 39.

⁹⁵⁰ *Ivi*, p. 40.

⁹⁵¹ Stabilire i limiti oltre i quali il militantismo è accettabile è, infatti, ad avviso dell'Autore citato nella nota che precede, operazione a dir poco avventurosa.

⁹⁵² COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, 12 décembre 2018, pourvoi n° 17-85737.

⁹⁵³ Ai sensi di tale disposizione “lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé”.

⁹⁵⁴ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre*.

⁹⁵⁵ § 7.

umanitario, senza considerazione della regolarità del suo soggiorno sul territorio nazionale»⁹⁵⁶. Muovendo da questa premessa, e pur precisando che tale principio deve essere bilanciato con l'esigenza di salvaguardia dell'ordine pubblico e che il contrasto dell'immigrazione irregolare è funzionale a tale esigenza, la Corte costituzionale francese è giunta ad affermare che la scriminante per motivi umanitari deve essere interpretata nel senso che essa si applica «a qualsiasi altra condotta di aiuto posta in essere per un fine umanitario»⁹⁵⁷. I giudici hanno, inoltre, precisato che, diversamente dalla condotta di aiuto all'ingresso irregolare, l'aiuto alla circolazione di uno straniero irregolare non ha necessariamente quale conseguenza quella di dar luogo ad una situazione di illegalità, per il semplice motivo che, al momento della condotta di ausilio alla circolazione, lo straniero potrebbe essere già presente irregolarmente sul territorio francese senza che chi lo aiuti a circolare sul territorio, abbia dato anche origine alla situazione di irregolarità. Reprimendo qualsiasi aiuto alla circolazione dello straniero irregolare, il legislatore, secondo la Corte, «non ha assicurato un corretto equilibrio tra la fraternità e il valore costituzionale dell'ordine pubblico»⁹⁵⁸. Invero, per le ragioni suesposte, a differenza del favoreggiamento dell'ingresso irregolare, la condotta avente ad oggetto la circolazione dovrebbe beneficiare dell'esimente umanitaria.

Queste considerazioni hanno indotto la Corte ad avvalersi della facoltà concessagli dall'art. 62 della Costituzione di differire gli effetti della pronuncia, fissando un termine entro il quale il legislatore avrebbe dovuto conformarsi alla sua decisione⁹⁵⁹.

La modifica legislativa, però, vanificava la portata della pronuncia: infatti, se da un lato estendeva la scriminante per motivi umanitari, fino a quel momento operante soltanto in favore delle condotte miranti ad assicurare un soggiorno dignitoso allo straniero, ricomprendendovi anche le condotte di ausilio alla circolazione, dall'altro, ne limitava la portata, specificando che, per poter essere sottratte all'area della punibilità, le condotte in

⁹⁵⁶ § 8. In senso analogo, v. pure CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2004-492 DC del 2 marzo 2004, § 17 e 18, secondo cui «le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée ne saurait concerner les organismes humanitaires d'aide aux étrangers».

⁹⁵⁷ § 14.

⁹⁵⁸ § 15.

⁹⁵⁹ Ai sensi dell'art. 62 della Costituzione francese, infatti, «une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause».

esame avrebbero dovuto essere sorrette da un fine *esclusivamente* umanitario⁹⁶⁰. L'aggiunta dell'avverbio *esclusivamente* rischia (il presente è d'obbligo, non essendo stato espunto dal testo legislativo) di rendere punibili quelle condotte che, ancorché poste in essere per finalità umanitarie, siano riconducibili ad attività di natura militante, come nel caso di Cédric Herrou⁹⁶¹. Inoltre, restano escluse dall'ambito di applicazione della scriminante in parola le condotte che agevolino, anche soltanto indirettamente, l'ingresso irregolare, potendo operare in tal caso esclusivamente la scriminante generale dello stato di necessità⁹⁶².

A riprova dei persistenti rischi di criminalizzazione, il giorno successivo alla pronuncia del *Conseil Constitutionnel*, sono stati puniti, a titolo di *aide indirecte à l'entrée irrégulière*, alcuni membri dell'associazione *Le Refuge* per aver partecipato il 22 aprile del 2018 alla protesta di Briançon in solidarietà verso i migranti e contro le azioni del movimento *Génération Identitaire*⁹⁶³. Secondo il Collegio giudicante, la protesta aveva finito per favorire *indirettamente* l'ingresso irregolare di alcuni stranieri. Sebbene non vi fossero prove evidenti di un'assistenza diretta da parte dei sette indagati per l'ingresso irregolare, l'avverbio *indirettamente*, contenuto nel testo dell'art. L 622-1 (oggi 823-1) del CESEDA, consentì di condannare i manifestanti⁹⁶⁴.

Il caso appena descritto è emblematico di come l'indeterminatezza della fattispecie in esame sia foriera di una discrezionalità talmente ampia da consentire di punire finanche la solidarietà espressa attraverso protesta, rischiando così di arrecare un *vulnus* alla libertà di espressione e di associazione, con conseguente rischio di *chilling effect*⁹⁶⁵ (rischio rilevato,

⁹⁶⁰ Era (ed è, tuttora, ai sensi dell'art. L 823-9) non punibile "toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but *exclusivement* humanitaire".

⁹⁶¹ C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité*, cit., p. 179.

⁹⁶² Art. 122-7 del *code pénal*: "n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace". Cfr. *ivi*, p. 180.

⁹⁶³ Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, *Punishing Compassion*, cit., p. 41.

⁹⁶⁴ Cfr. TRIBUNAL CORRECTIONNEL DE GAP, 13 dicembre 2018.

⁹⁶⁵ Cfr. INDEPENDENT EXPERT ON HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL SOLIDARITY, A/HRC/41/44, point 38 p.12, 16 April 2019 http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/41/44, ove si afferma che "the prosecution or intimidation of humanitarians who participate in or support street protests in solidarity with irregular migrants or refugees are *prima facie* violations of this right. The criminalization or suppression of

come si è visto, anche con riferimento alla prassi italiana dei fermi amministrativi delle navi umanitarie).

Una recente sentenza della *Cour de Cassation*⁹⁶⁶ sembra, tuttavia, smentire tale rischio, avendo affermato che la tutela di cui beneficiano gli autori di atti posti in essere per un fine esclusivamente umanitario non si limita alle azioni strettamente personali, non potendosi escludere che un'azione possa essere non spontanea e militante in quanto esercitata nel contesto di un'attività associativa. Pertanto, se l'aiuto fornito al fine di sottrarre consapevolmente gli stranieri ai controlli può ostacolare il riconoscimento dell'esimente umanitaria in capo all'autore dell'atto, è tuttavia necessario contestualizzare e dimostrare tale movente⁹⁶⁷. Queste parole fanno sfumare la preoccupazione che la fattispecie francese di repressione della solidarietà possa costituire un attentato ai valori della Repubblica⁹⁶⁸. Purtuttavia, chi scrive condivide l'osservazione dottrinale per cui sarebbe opportuna una modifica, in via legislativa, volta ad estendere la scriminante per motivi umanitari alle condotte agevolatrici dell'ingresso. Considerata, inoltre, l'afflittività della sanzione, giustificata dalla necessità di contrastare il traffico di esseri umani (di recente invocata anche dal *projet de loi Darmanin* per un ulteriore inasprimento), si ritiene persuasivo l'argomento per cui occorrerebbe inserire, quale ulteriore condizione della punibilità, la sussistenza di un fine lucrativo⁹⁶⁹. D'altronde, alcuni studi etnografici hanno dimostrato come le condotte di solidarietà, non sorrette da un fine lucrativo, al confine italo-francese abbiano, in realtà, scoraggiato l'intervento dei *passeurs*⁹⁷⁰. Le stesse forze dell'ordine, interrogate dai ricercatori che hanno condotto tali inchieste sul campo, hanno riconosciuto che il fenomeno del traffico di esseri umani in Val di Susa emerge anche grazie alla fitta presenza di reti solidali nel territorio, che hanno contribuito, in numerosi

protests in solidarity with irregular migrants and refugees is manifestly unjustifiable, even under any of these permissible limitations [national security or public order]”.

⁹⁶⁶ COUR DE CASSATION, Chambre Criminelle, 26 février 2020, n° 19-81.561. Nel caso di specie, un uomo, membro di un'associazione umanitaria, era stato condannato a tre mesi di reclusione con sospensione condizionale da parte del Tribunale penale di Nizza per aver favorito la circolazione e il soggiorno illegali, trasportando nel suo veicolo due cittadini maliani e due cittadini libici. La sentenza era stata confermata dalla *Cour d'appel di Aix-en-Provence*.

⁹⁶⁷ Cfr. E. BENAZETH, «Délit de solidarité – immunité humanitaire: où sont les frontières de la notion?», *Juris Associations*, 2020, n° 616, p. 11.

⁹⁶⁸ La preoccupazione era stata espressa da più parti in dottrina: oltre a C. LAZERGES, *Le délit de solidarité, cit.*, cfr. C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité, cit.*, p. 182.

⁹⁶⁹ Cfr. C. CHASSANG, *La fin du délit de solidarité, cit.*, p. 185.

⁹⁷⁰ Cfr. L. GILIBERTI, «Verso i *solidarity studies*. Nuove prospettive di ricerca su migrazioni e frontiere», *Mondi Migranti – Rivista di studi e ricerche sulle migrazioni internazionali*, 3/2021, p. 31.

casi, a identificare i *passeurs*, denunciandoli tanto alle stesse forze dell'ordine quanto alle persone migranti, mettendole in guardia dal fatto che una contropartita in denaro non assicura dal rischio che l'attraversamento della frontiera comporta; al contrario, il più delle volte, è solo indice di un tentativo di truffa e di sfruttamento di una condizione di vulnerabilità⁹⁷¹.

In ogni caso, anche laddove le modifiche legislative auspiccate non dovessero essere apportate, occorre considerare che nell'ipotesi del migrante soccorso in condizioni di pericolo sul sentiero montuoso, essendo la condizione di questi assimilabile a quelle di un naufrago soccorso in mare, dovrebbe – almeno in linea teorica e secondo la c.d. «etica della montagna»⁹⁷² – valere il ragionamento per cui non può sussistere, già a livello di tipicità, il reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di un migrante in pericolo che, in quanto tale, va salvato.

Eppure, come si vedrà nel prossimo paragrafo, proprio in punto di soccorso delle persone migranti che attraversano le gelide frontiere montuose, gli orientamenti formulati dalla Commissione europea e il Patto Migrazione e Asilo mostrano imperdonabili lacune.

2.1. (segue) Quale futuro per la (criminalizzazione della) solidarietà in Europa all'indomani del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo? / *Quel avenir pour la (criminalisation de la) solidarité après le Nouveau Pact sur l'immigration et l'asile?*

Sebbene tanto il Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite sul c.d. *smuggling*⁹⁷³ quanto la direttiva 2002/90/CE del 28 novembre 2002⁹⁷⁴ consentano agli Stati

⁹⁷¹ GILIBERTI L. – D. FILIPPI, *La solidarietà in frontiera, cit.*, p.p. 102-103.

⁹⁷² Si tratta di quella regola non scritta che «spinge a salvare vite umane alla stessa maniera in cui la “legge del mare” induce ad aiutare i naufraghi» (*ivi*, p. 108).

⁹⁷³ Si tratta del Protocollo di Palermo che, adottato dall'Assemblea Generale con Risoluzione A/RES/55/25 del 15 novembre 2000 ed entrato in vigore il 28 gennaio 2004, definisce il traffico di migranti come l'atto consistente nel “procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico o altro tipo di vantaggio materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente”. Restano, dunque, fuori dal suo campo di applicazione le attività di ausilio poste in essere per scopi prettamente umanitari. Cfr. M. FERRARA, «L'evoluzione del diritto dell'Unione

che ad essi sono vincolati la facoltà di sottrarre all'area della rilevanza penale le condotte di aiuto all'ingresso, soggiorno e circolazione sorrette da finalità umanitarie⁹⁷⁵, non tutti gli Stati hanno deciso di avvalersi di tale facoltà⁹⁷⁶, tanto che nel 2018 il Parlamento europeo mediante una risoluzione⁹⁷⁷ ha esortato gli Stati membri ad avvalersi della clausola di eccezione umanitaria e ha invitato la Commissione europea ad adottare orientamenti volti a chiarire quali forme di favoreggiamento non dovrebbero essere configurate come reato in modo da consentire una maggiore armonizzazione tra le varie legislazioni degli Stati membri, nonché una maggiore uniformità di applicazione da parte dei giudici nazionali.

Ancor prima del Parlamento europeo, inoltre, la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza, mediante raccomandazione n° 16 del 16 marzo 2016, aveva esortato gli Stati membri del Consiglio d'Europa ad assicurarsi che nessuna forma di aiuto sociale ed umanitario nei confronti degli stranieri irregolari costituisse oggetto di infrazione penale. Ciò anche sul presupposto che punire la solidarietà equivale a fomentare razzismo e intolleranza, pregiudizi e paure nei confronti degli stranieri⁹⁷⁸.

Negli orientamenti formulati il 23 settembre del 2020 la Commissione europea statuisce che «prestare assistenza a chiunque si trovi in pericolo in mare è un obbligo

europea in materia di criminalizzazione dell'assistenza umanitaria ai migranti irregolari: dalla direttiva 2002/90/CE del Consiglio al nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo», *Diritto & Questioni Pubbliche, Special Issue – Il lato oscuro del diritto nella criminalizzazione del soccorso in mare*, XXI, 2021, p. 71.

⁹⁷⁴ Direttiva del Consiglio, 2002/90/CE del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali. Essa, insieme alla decisione quadro del Consiglio 2002/946/GAI, che fissa degli *standards* sanzionatori minimi da rispettare a livello europeo, compone il c.d. *Facilitators Package* mirante al contrasto dei flussi migratori irregolari. Cfr. *ivi*, p. 70.

⁹⁷⁵ Si tratta della c.d. *clausola di eccezione umanitaria* prevista dal comma 2 dell'articolo 1. Quest'ultimo, infatti, dopo aver sancito al primo comma che “ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate: a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri”, aggiunge: “ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata”.

⁹⁷⁶ Fino ad oggi soltanto otto Stati membri hanno previsto a livello interno una specifica normativa volta a preservare dalla criminalizzazione determinate forme di assistenza umanitaria all'ingresso o al transito dei migranti irregolari. Cfr. *ivi*, p. 72.

⁹⁷⁷ PARLAMENTO EUROPEO, risoluzione 2018/2769(RSP) del 5 luglio 2018 recante orientamenti destinati agli Stati membri per prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria, §§ 5-7.

⁹⁷⁸ Cfr. C. LAZERGES, «Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2018, p. 271.

giuridico che incombe agli Stati membri in virtù del diritto internazionale consuetudinario e convenzionale, in particolare della Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (Convenzione SOLAS, 1974), della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS, 1979) e della Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo (Convenzione SAR, 1979), come pure del diritto dell'Unione»⁹⁷⁹. Di conseguenza, le attività di *search and rescue* non dovrebbero essere criminalizzate⁹⁸⁰. Come osservato da attenta dottrina⁹⁸¹, gli orientamenti trascurano però tutte quelle forme di solidarietà che non avvengono in mare ma, ad esempio, come nei casi esaminati nel paragrafo precedente, sulle linee di frontiera interne all'Europa, sicché sotto questo profilo essa costituisce una risposta meramente parziale all'esigenza di non perseguire penalmente le *controcondotte di solidarietà*⁹⁸². Inoltre, va sottolineato che gli orientamenti in questione costituiscono atti di *soft law* (oltretutto atipici) in quanto tali non vincolanti né per i legislatori né per i giudici nazionali né per la stessa Corte di giustizia dell'Unione europea, che non è ad essi vincolata, pur potendone tenere conto ai fini del proprio libero convincimento⁹⁸³. A ben riflettere, però, se da un lato non può farsi a meno di rilevare come la Commissione si sia ben guardata dal definire tali atti come raccomandazioni al precipuo scopo di eludere il principio di diritto formulato nella *sentenza Grimaldi*⁹⁸⁴ in base al quale i giudici nazionali devono prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio⁹⁸⁵, dall'altro si è osservato

⁹⁷⁹ COMMISSIONE EUROPEA, C (2020) 6468 del 23 settembre 2020, p. 2 (testo accessibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H1365&from=it> ; URL consultato il 20 marzo 2023).

⁹⁸⁰ *Ivi*, p. 2.

⁹⁸¹ M. FERRARA, *L'evoluzione del diritto dell'Unione europea*, cit., p. 73.

⁹⁸² Il termine è preso a prestito da M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, 2005, p. 151, secondo cui «la parola controcondotta dà la possibilità di analizzare – senza dover necessariamente sacralizzare qualcuno come dissidente – le componenti del modo di agire effettivo nel campo generale della politica o dei rapporti di potere». Con L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera*, cit., p. 46, si ritiene che questa parola esprima – forse in misura più nitida e netta rispetto a quella di *resistenza* (che, invece, per la sua etimologia «implica l'idea di restare fermo e saldo» e «si propone più in chiave statica che dinamica») – la portata rivoluzionaria delle condotte di solidarietà, che vengono a configurarsi, per l'appunto, come *controcondotte*.

⁹⁸³ COMMISSIONE EUROPEA, C(2020) 6470, cit.

⁹⁸⁴ CGUE, sentenza 13 dicembre 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, causa C-322/88, § 18.

⁹⁸⁵ È il rilievo formulato da M. SAVINO durante il convegno «La mobilità delle persone al bivio tra "Fortezza Europa" e nuovo Patto per le Migrazioni e l'Asilo», organizzato dal *Jean Monnet Center of Excellence* dell'Università degli Studi di Palermo e tenutosi su Microsoft Teams il 12 marzo 2021.

che la giurisprudenza in esame può ritenersi applicabile anche ad altre tipologie di strumenti normativi non vincolanti (come, nel caso di specie, gli orientamenti), giacché la Corte di giustizia è solita propugnare il principio sostanzialistico in base al quale non rileva il *nomen juris* di un atto al fine di identificarne gli effetti⁹⁸⁶. Sicché, i giudici nazionali di volta in volta competenti in materia, potrebbero sollevare questione di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo nella parte in cui le osservazioni della Commissione non si pongono in piena armonia con la direttiva 2002/90/CE laddove prevede la facoltà degli Stati di astenersi dal criminalizzare le attività umanitarie, tra le quali gli orientamenti non prevedono, per l'appunto, quelle poste in essere sulle frontiere terrestri⁹⁸⁷. Sotto questo profilo, gli orientamenti della Commissione potrebbero fungere da *strumento di resistenza*.

Nel merito delle proposte avanzate dalla Commissione, questa, pur prendendo atto della carente o assente volontà degli Stati membri di contribuire ad accogliere i migranti sul suolo europeo, si limita a prevedere un meccanismo flessibile (*ergo*, non vincolante) di solidarietà. Secondo la Commissione, infatti, le esigenze di solidarietà di cui all'art. 80 TFUE⁹⁸⁸ possono essere soddisfatte dagli Stati membri non necessariamente attraverso un'equa redistribuzione dei migranti sul suolo europeo, ma anche attraverso strumenti di supporto tecnico, amministrativo, finanziario, operativo. Uno di questi è il meccanismo della c.d. *sponsorship repatriation* in base al quale uno Stato di frontiera che, in un arco temporale di otto mesi, non sia riuscito a rimpatriare uno straniero irregolare può avvalersi del supporto di un altro Stato dell'Unione europea che abbia stipulato con il Paese di rimpatrio un accordo di riammissione. Sennonché, questo meccanismo, oltre che porre seri problemi sul piano dei rapporti diplomatici tra Stati UE ed extra-UE⁹⁸⁹, di fatto è destinato a fare i conti con la circostanza che la maggior parte dei 320 accordi di riammissione esistenti sono per lo più stati stipulati dagli Stati di frontiera, che sono notoriamente quelli in maggiore difficoltà. Di conseguenza, il *Nuovo Patto sulle Migrazioni e l'Asilo* del 2020 non sembra assumere quella portata rivoluzionaria che invece la Commissione europea dichiarava in premessa di volervi imprimere. La speranza di un reale mutamento di rotta non può che essere prevalentemente rimessa, oltre che alla buona volontà degli Stati

⁹⁸⁶ Cfr. M. STARITA, *Search and Rescue operations under the New Pact*, cit.

⁹⁸⁷ Cfr. M. FERRARA, *L'evoluzione del diritto dell'Unione europea*, cit., p. 77.

⁹⁸⁸ Ai sensi di tale disposizione, "le politiche dell'Unione e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri".

⁹⁸⁹ Il Paese di rimpatrio che abbia deciso di non stipulare un accordo di riammissione con lo Stato di frontiera in difficoltà potrebbe risentirsi della decisione dello Stato con cui invece ha stipulato detto accordo.

membri dell'Unione europea e ad una sempre maggiore diffusione della cultura della solidarietà, nelle mani dei giudici nazionali: l'auspicio è, quindi, che costoro decidano di avvalersi degli orientamenti formulati dalla Commissione quale *strumento di resistenza* nei confronti della tendenza politica (e non solo) alla criminalizzazione della solidarietà.

3. Forme inedite di criminalizzazione della solidarietà. / *Formes inédites de criminalisation de la solidarité.*

Che a porre fine alla criminalizzazione delle *controcondotte di solidarietà* in Europa non bastino le promesse contenute nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo si può evincere anche dalla emersione, nel corso degli ultimi anni, di forme inedite di repressione della solidarietà. In questo senso, secondo la letteratura sul tema, più che di *delitto di solidarietà*, risulterebbe appropriato parlare, al plurale, di *delitti di solidarietà*⁹⁹⁰, espressione maggiormente idonea a ricomprendere anche i casi in cui l'attività solidale viene criminalizzata non direttamente, attraverso la contestazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (sul quale torneremo a soffermarci – per particolari esigenze di sistematicità che tengano conto delle modifiche apportate dal c.d. decreto di Cutro – nell'ultimo capitolo), ma indirettamente attraverso la criminalizzazione di una qualsiasi altra attività umanitaria, come la distribuzione di alimenti che per un lungo periodo è stata vietata attraverso ordinanze sindacali⁹⁹¹: una pratica diffusasi soprattutto a Ventimiglia in seguito all'entrata in vigore del c.d. decreto Minniti che, in nome di un non ben definito concetto di *decoro urbano*⁹⁹², ha attribuito vastissimi poteri ai sindaci e che ha consentito la criminalizzazione di una rete di solidali colpevoli di aver distribuito cibo ai migranti in transito lungo il confine franco-italiano. Nove volontari dell'associazione *Roya*

⁹⁹⁰ L'uso al plurale è preso a prestito da L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera*, cit., p. 23.

⁹⁹¹ In argomento, cfr. R. SELMINI, *Dalla sicurezza urbana al controllo del dissenso politico. Una storia del diritto amministrativo punitivo*, Carocci Editore 2020.

⁹⁹² Per un'analisi critica di questo concetto cfr., *ex multis*, T. PITCH, *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, Laterza, 2013.

Citoyenne sono stati, infatti, sottoposti a misura cautelare e processati per il reato di cui all'art. 650 c.p., cioè per aver violato ingiustificatamente le predette ordinanze⁹⁹³.

Emblematico delle molteplici forme che la criminalizzazione della solidarietà può assumere è anche il procedimento giudiziario intentato nei confronti di una rete di solidali operativa in Val di Susa per il reato di invasione arbitraria (art. 633 c.p.) di alcuni territori siti nel comune valsusino di *Clavière* (al confine con la Francia) al fine di prestare soccorso e assistenza ad alcune persone migranti dirette verso la Francia.

La vicenda, benché conclusasi nel 2022 con una sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, non è andata esente da critiche, non essendo stata riconosciuta l'esimente dello stato di necessità ex art. 54 c.p.⁹⁹⁴ Essa, peraltro, è emblematica del modo in cui alcune fattispecie incriminatrici, sebbene non originariamente animate da questa *ratio*, ben si prestano in chiave di criminalizzazione della solidarietà.

Del resto, come si vedrà nel corso del successivo capitolo, anche il nuovo delitto di morte o lesioni quali conseguenze del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina – introdotto dal decreto di Cutro – potrebbe essere impiegato a questo scopo.

⁹⁹³ Cfr. L. Giliberti, *Abitare la frontiera*, cit., pp. 183-201.

⁹⁹⁴ «Prosciolti 19 anarchici per l'occupazione della casa cantoniera di Oulx e la parrocchia di Clavière», *La Stampa*, 7 dicembre 2022 (articolo pubblicato al seguente link: <https://www.msn.com/it-it/notizie/torino/prosciolti-19-anarchici-per-loccupazione-della-casa-cantoniera-di-oulx-e-la-parrocchia-di-clavi%C3%A8re/ar-AA151sFU>; URL consultato il 23 gennaio 2023).

CAPITOLO III / CHAPITRE III

RIPENSARE LA SICUREZZA NELL'ETÀ DEI POPULISMI. PER UN'ETICA DELLA SOLIDARIETÀ COME NUOVA FRONTIERA DEL DIRITTO PENALE. /

*REPENSER LA SÉCURITÉ EN TEMPS DES POPULISMES.
POUR UNE ÉTHIQUE DE LA SOLIDARITÉ EN TANT QUE NOUVELLE
FRONTIÈRE DU DROIT PÉNAL.*

SEZIONE I / SECTION I

L'ILLUSIONE POPULISTA DI FRONTE ALLA SFIDA DELLA SICUREZZA. /

L'ILLUSION POPULISTE FACE AU DÉFI DE LA SÉCURITÉ.

1. Quale sicurezza? Sicurezza del potere vs. sicurezza dei diritti. /

Quelle sécurité? Sécurité du pouvoir vs. sécurité des droits.

Nel primo e nel secondo capitolo della presente tesi si è tentato di dimostrare come la paura dello straniero e l'*etichettamento*⁹⁹⁵ dello stesso in quanto *presunto criminale* siano il frutto di una rappresentazione e di una trattazione securitarie del fenomeno migratorio che, in nome della sicurezza, finiscono per produrre maggiore insicurezza. Si è tentato, altresì, di illustrare come le stesse politiche migratorie (comprese quelle penali e para-penali) siano funzionali al mantenimento di un *sistema di potere* che crea e, al contempo, perpetua lo *status di vulnerabilità* dello straniero-indesiderabile.

⁹⁹⁵ Il concetto di *etichettamento* è stato già analizzato *supra*, v. nota n. 577.

Che la *sicurezza dei diritti*⁹⁹⁶ dello *straniero vulnerabile-indesiderabile* sia (sempre più) asservita alla *sicurezza del potere* è dimostrato, d'altronde, anche dai dati forniti dalla Commissione europea nel *Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027*, in cui si rende noto che oltre un quarto degli immigrati residenti nel 2019 sul suolo europeo è costituito da persone con un livello di istruzione elevato, le quali – pur potendo mettere a disposizione della comunità le loro risorse, ambizioni e motivazioni – sono costrette in larga misura (circa il 40%) a svolgere mansioni sottoqualificate⁹⁹⁷. Per le persone migranti tra i 18 e i 24 anni che sono nate al di fuori dell'Unione europea, le probabilità di non lavorare, non studiare e non prendere parte a programmi di formazione sono molto più alte (21 %) rispetto agli autoctoni (12,5 %), in particolare per le ragazze e le giovani donne migranti (25,9 %) ⁹⁹⁸.

Come ha osservato l'Esperto indipendente delle Nazioni Unite sui diritti umani e sulla solidarietà internazionale⁹⁹⁹, questi dati dovrebbero indurre ad un ripensamento delle attuali politiche migratorie e a non guardare più al migrante come una minaccia per l'ordine pubblico, ma come una persona con un vissuto e un bagaglio culturale e umano che potrebbe arricchire le nostre società e contribuire alla sicurezza di tutti.

Come tutte le crisi, anche quella democratica rivela un vuoto tra ciò che *non è più* e ciò che *non è ancora*¹⁰⁰⁰, configurandosi quindi, al contempo, come sfida e speranza per il futuro. In tal senso, le crisi sono rivelatrici, ma non di per sé trasformatrici: perché lo diventino occorre infondervi l'energia e la volontà necessarie al rinnovamento¹⁰⁰¹ e ad una

⁹⁹⁶ La sicurezza può essere intesa esclusivamente in senso negativo, in quanto *sicurezza da* (cioè come mera assenza di vulnerabilità da aggressioni o minacce), oppure (o anche) in senso positivo, come *sicurezza di* (cioè come una sicurezza che implica il riconoscimento dei bisogni e delle identità, riguardando la partecipazione inclusiva alla vita sociale e implicante la solidarietà). Cfr. B. PASTORE, *op. cit.*, p. 53.

⁹⁹⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027*, Bruxelles, 24 novembre 2020, p. 2 (scaricabile al link <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/Documents/Piano-azione-per-integrazione-e-inclusione-2021-2027.PDF> ; URL consultato il 7 settembre 2022).

⁹⁹⁸ *Ivi*, p. 6.

⁹⁹⁹ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant, cit.*, 26 juillet 2020, p. 23.

¹⁰⁰⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit III, cit.*, p. 18: «les crises paraissent d'abord conduire à l'impasse, en révélant [...] un vide [...] entre c'est qui n'est plus et ce qui n'est pas encore [...] elles ouvrent aussi à leur manière la voie pour en sortir».

¹⁰⁰¹ *Ivi*, p. 30: «si les crises son révélatrices, elles ne sont pas pour autant transformatrices. Pour qu'elles le deviennent, il faut y puiser l'énergie qui permet le renouvellement».

rifondazione dei poteri¹⁰⁰² che conduca, attraverso un nuovo *contratto sociale mondiale*¹⁰⁰³, a un vero *umanesimo giuridico*¹⁰⁰⁴ fondato sui valori del *pluralismo* e della *reciprocità*¹⁰⁰⁵. Per dirla altrimenti, con Paul Ricoeur, si tratta di «confrontarsi con l'obbligo di associarsi in una relazione di co-fondazione»¹⁰⁰⁶, interrogando il nostro sistema di valori, compresa la base etica a partire dalla quale è stata costruita – ed è tuttora perseguita – l'idea dominante di sicurezza¹⁰⁰⁷. Per far ciò, è necessaria però la responsabilizzazione degli attori giuridici, cioè di uno Stato di diritto opponibile agli abusi di potere, giacché, come ha scritto la filosofa Judith Shklar, il controllo del potere politico è la condizione minima in assenza della quale la libertà non sarebbe neanche immaginabile¹⁰⁰⁸. Una società in cui prevalga l'intimidazione pubblica non è una società aperta e libera: affinché lo sia, sono necessari meccanismi di garanzia idonei a prevenire qualsivoglia possibilità di abuso del potere del più forte sui più deboli. Tra queste garanzie – scrive, ancora, Shklar¹⁰⁰⁹ – vi è anche (e, ancor più a monte), sul piano sociale, l'eguale ed effettiva possibilità di riscatto sociale anche da parte dei più svantaggiati. Ad un liberalismo dei mercati, occorre sostituire un *liberalismo dell'eguaglianza e dei diritti*, giacché «la libertà non è nient'altro che una vana speranza allorché non si disponga, ad armi pari, del potere di proteggersi e di far valere i propri diritti»¹⁰¹⁰.

2. Non c'è sicurezza senza eguaglianza né solidarietà. / *Pas de sécurité sans égalité ni solidarité.*

Sicurezza e solidarietà vengono sovente invocate in termini di contrapposizione nei dibattiti parlamentari che hanno ad oggetto la discussione di provvedimenti in materia di immigrazione. Ciò emerge, ad esempio, dal dibattito che ha preceduto l'approvazione del

¹⁰⁰² *Ibid.*: «il sera sans doute nécessaire d'instituer les pouvoirs publics. Ou plutôt de les réinstaurer».

¹⁰⁰³ S. PAUGAM, *Vers un nouveau contrat social?*, dans *Repenser la solidarité*, cit., p. 949.

¹⁰⁰⁴ M. DELMAS-MARTY, *Une boussole des possibles*, cit.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ P. RICOEUR, *Il dialogo delle culture*, in *Ermeneutica delle migrazioni*, cit., p. 98.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ J. SHKLAR, *Le libéralisme de la peur*, cit., p. 213.

¹⁰⁰⁹ *Ivi*, p. 213.

¹⁰¹⁰ *Ivi*, p. 232.

c.d. decreto Piantedosi, nel corso del quale si è definita la *solidarietà* come *possibile* e la *sicurezza* come *necessaria*¹⁰¹¹.

Quel che, invece, in questa sede si vuol sostenere è che non è possibile sicurezza senza eguaglianze né solidarietà. Basta rileggere il testo costituzionale per avvedersi che i «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»¹⁰¹² sono scolpiti tra i principi fondamentali sui quali si fonda la Repubblica italiana, immediatamente seguiti da quello di eguaglianza sostanziale¹⁰¹³. Si potrebbe, a tal proposito, obiettare che l'articolo 3 della Costituzione, nel sancire il principio di eguaglianza, lo rivolga esclusivamente ai *cittadini*. Sennonché, la vocazione universale di *tutti i diritti* proclamati dalla Costituzione è cristallizzata nella già citata sentenza n. 105/2001 con cui la Corte costituzionale italiana ha chiarito che, «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, *al pari degli altri diritti* che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma *in quanto esseri umani*». Né a scalfire questa tesi varrebbe il richiamo alla condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 preleggi¹⁰¹⁴. Si tratta, infatti, di una tesi ormai isolata dalla giurisprudenza costituzionale in quanto «rovescia la prospettiva costituzionale personalistica in un pericoloso organicismo di ritorno, riducendo le persone e la loro individualità a soldatini di piombo nelle mani della sovranità statale».¹⁰¹⁵

¹⁰¹¹ Cfr. On. Gasparri, RESOCONTO STENOGRAFICO DEL SENATO, seduta di mercoledì 22 febbraio 2023, n° 41, p. 74: «la normativa [...] è assolutamente coerente con la necessità di una *solidarietà possibile*, ma di una *sicurezza necessaria* nel mitigare politiche demagogiche anche di Paesi che danno le bandiere dei loro Stati alle navi delle ONG, ma poi non gli rispondono quando portano i clandestini». Ancora, a p. 75: «l'Italia ha fatto e fa molto in termini di solidarietà, ha tutto il diritto di fare tanto in termini di sicurezza».

¹⁰¹² Art. 2 Cost.: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

¹⁰¹³ Art. 3 Cost., comma 2: «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

¹⁰¹⁴ «lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione che il relativo Stato di appartenenza ci assicuri eguale trattamento».

¹⁰¹⁵ A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano!*», *cit.*, p. 4.

Rimozione delle disegualianze e solidarietà sono, quindi, inscindibilmente connesse e su di esse si basa la *sicurezza dei diritti*, che è a sua volta *condicio sine qua non* della sicurezza collettiva (e, quindi, del *diritto alla sicurezza*). Se un diritto alla sicurezza esiste, esso deve essere declinato innanzitutto come *diritto alla sicurezza dei diritti*. La sicurezza, infatti, come insegnava il filosofo Alessandro Baratta, è da intendersi non come diritto in sé, bensì come diritto strettamente connesso alla tutela di altri diritti fondamentali (diritto alla salute, diritto all'istruzione, diritto ad un'abitazione e ad una vita dignitose, etc.) senza i quali esso non potrebbe neppure esistere¹⁰¹⁶.

La lotta contro le disegualianze sociali passa, a sua volta, necessariamente attraverso la messa in atto di una forma di *solidarietà istituzionale e internazionale*, ovverosia di un impegno da parte degli Stati e della Comunità internazionale nella rimozione di tutti gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (indipendentemente dalla razza e da ogni altro fattore di discriminazione) e, con essa, anche dello sviluppo della intera comunità¹⁰¹⁷.

Come ha osservato l'Esperto indipendente dell'ONU, «solo l'agire insieme e la solidarietà internazionale permetteranno all'umanità di affrontare le sfide con le quali deve attalmente confrontarsi»¹⁰¹⁸.

La crisi attuale della solidarietà internazionale (di cui si è già detto a partire dal paragrafo introduttivo del primo capitolo) si risolve in una mancata equa condivisione delle responsabilità degli Stati a livello globale: i Paesi del Sud (in via di sviluppo) si trovano oggi paradossalmente ad accogliere la più gran parte dei rifugiati di tutto il mondo¹⁰¹⁹.

A livello europeo, la *querelle* tra Italia e Francia nell'accoglienza dell'*Ocean Viking* è un evidente segno della tendenza degli Stati a non assumersi le proprie responsabilità dinanzi al *dovere di solidarietà internazionale*.

¹⁰¹⁶ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, cit.

¹⁰¹⁷ J. STREIFF-FÉNART, *Usages et mésusages de la notion de solidarité*, cit., p. 11: «la solidarité institutionnelle de l'État providence constitue un garde-fou contre la logique du marché créatrice d'inégalités menaçant la cohésion sociale».

¹⁰¹⁸ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale*, cit., 26 juillet 2020, p. 14.

¹⁰¹⁹ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale*, cit., 17 juillet 2019, p. 3: «la crise actuelle de la protection des réfugiés est clairement liée au "partage équitable de la responsabilités"; il s'agit donc par excellence d'une crise de la solidarité internationale».

Non è un caso se il primato della solidarietà, della dignità umana e dell'eguaglianza sostanziale quale premessa per un mondo più sicuro è cristallizzato nella *Draft declaration on the right to international solidarity* dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite¹⁰²⁰, che qualifica la solidarietà internazionale tanto come diritto quanto come dovere. Esso è, più precisamente, qualificato come diritto umano¹⁰²¹, che “tutti gli individui e popoli, indipendentemente dalla razza, dal colore della pelle, dal sesso, dalla lingua, dalla religione, dall'orientamento politico o altra opinione, dalle origini sociali o nazionali, dalla data di nascita, dalla disabilità o altro *status*, hanno il diritto, da soli o in associazione con altri individui, all'interno dello Stato di appartenenza o al di fuori di esso, di reclamare”¹⁰²² e che gli Stati hanno, a loro volta – come del resto già il filosofo Paul Ricoeur ammoniva¹⁰²³ – il *dovere* di garantire¹⁰²⁴.

Non si tratta, quindi, di mere premesse e promesse teorico-filosofiche, ma di diritti e doveri giuridicamente stabiliti, la cui attuazione costituisce il punto di svolta per un passaggio da una *sovranità solitaria* a una *sovranità solidale*¹⁰²⁵, fondata non più sulla paura, ma sul reciproco riconoscimento degli esseri umani come eguali in dignità e diritti.

¹⁰²⁰ GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS, *Draft declaration on the right to international solidarity*, Annex of Report A/HCR/35/35 of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 2017.

¹⁰²¹ Article 4: “The right to international solidarity is a human right by which individuals and peoples are entitled, on the basis of equality and non-discrimination, to participate meaningfully in, contribute to and enjoy a social and international order in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized. The right to international solidarity is grounded in the codification and progressive development of freedoms and entitlements contained in international human rights treaties reflecting civil and political rights, economic, social and cultural rights, the right to development and international labour standards, and complemented by other responsibilities arising from voluntary commitments undertaken in the relevant fields at the bilateral, multilateral, regional and international levels.”

¹⁰²² Articolo 5: “Individuals and peoples, regardless of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, disability or other status, have the right, individually and in association with others, within or beyond their territories and national boundaries, to claim the right to international solidarity, with particular reference to indigenous peoples, minorities, migrants, refugees and other groups, such as civil society groups and other organizations”.

¹⁰²³ P. RICOEUR, «Straniero, io stesso. Il dovere dell'ospitalità», *Vita e pensiero*, 5/2013, pp. 39 – 50. Sul punto, più diffusamente, v. A. SCIURBA, *Le parole dell'asilo*, cit., pp. 6-7, che ricorda come anche per il filosofo Pufendorf la solidarietà fosse un dovere, seppur condizionato ad una serie di stringenti criteri cui lo straniero deve conformarsi.

¹⁰²⁴ Articolo 6: “All States, whether acting individually or collectively, including through international or regional organizations of which they are members, have the primary duty to realize the right to international solidarity”.

¹⁰²⁵ O. ABEL – M. DELMAS-MARTY, *Dans la spirale des humanismes*, cit.

Non può che essere questa la strada da percorrere per conseguire un «liberalismo della paura»¹⁰²⁶, che è la forma più urgente e necessaria di liberalismo¹⁰²⁷.

Di fronte alla rivelazione della fragilità delle società democratiche contemporanee, non possiamo chiudere gli occhi, a meno di non voler essere travolti dalla catastrofe. Urge un ripensamento delle politiche attuali nazionali e globali. Urge, più precisamente, la (re)introduzione dell'*umano* all'orizzonte e al cuore della globalizzazione¹⁰²⁸, in assenza della quale la promessa della sicurezza non può che rimanere vana e illusoria. Urge, in altri termini, una seria «ripresa del linguaggio dei doveri»¹⁰²⁹ dal cui adempimento dipendono l'effettività e la garanzia dei diritti¹⁰³⁰.

I risultati cui le politiche di sicurezza hanno condotto finora ci rivelano che gli Stati-nazione e gli Stati-forzezza non sono nient'altro che rifugi illusori: nessuno Stato, anche fosse una superpotenza, può da solo gestire fenomeni complessi come le diseguaglianze globali, i cambiamenti climatici, le crisi economiche, sociali, sanitarie e migratorie¹⁰³¹. Il principio di fraternità, scolpito all'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948¹⁰³² – e, con esso, l'*etica della solidarietà*¹⁰³³ – possono e devono tornare ad essere – parafrasando Mireille Delmas-Marty – la «bussola dei possibili»¹⁰³⁴, il cammino da percorrere verso la necessaria *umanizzazione* della politica criminale¹⁰³⁵.

¹⁰²⁶ J. SHKLAR, *Le libéralisme de la peur*, cit.

¹⁰²⁷ La filosofa prende come esempio proprio la violenza esercitata nei confronti degli stranieri e afferma che «ribellarsi contro il razzismo, la xenofobia e le brutalità governative sistematiche [...] significa avvicinarsi al liberalismo della paura, allontanandosi al contempo da altre forme più inebrianti di liberalismo, ma meno urgenti» (ivi, p. 233).

¹⁰²⁸ M. DELMAS-MARTY, *Une boussole des possibles*, cit.

¹⁰²⁹ T. GRECO, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, in S. Mattarelli (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, FrancoAngeli, 2007, p. 15.

¹⁰³⁰ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990, p. XIX: «l'affermazione di un diritto implica l'affermazione di un dovere e viceversa».

¹⁰³¹ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme boussole*, Buchet Chastel, 2019, p. 89.

¹⁰³² «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza».

¹⁰³³ Secondo M. SALVATI, «Solidarietà: una scheda storica», *Parolechiave*, 2/1993, pp. 11-22, a differenza della fraternità che allude a forme di legame precostituite e basate principalmente su vincoli di parentela e di sangue, la solidarietà allude ad una forma di legame umano fondato sulla spontaneità, sulla libera scelta.

¹⁰³⁴ M. DELMAS-MARTY, *Une boussole des possibles*, cit.

¹⁰³⁵ EAD., *Les forces imaginantes du droit IV*, cit., p. 216.

Se la *paura dell'Altro-da-sé* indebolisce e divide la comunità, la *paura verso i rischi comuni* che tutti corriamo, può rafforzare e unire i nostri destini¹⁰³⁶. A seconda delle scelte e delle azioni politiche, la paura può infatti agire da fattore di divisione o di coesione sociale¹⁰³⁷. D'altronde, se nel pensiero di Hobbes (così come in quello di Pufendorf)¹⁰³⁸ ogni individuo è per natura nemico del suo simile e nutre nei suoi confronti un sentimento di sopraffazione e di paura, proprio la presa di consapevolezza della comune condizione di precarietà e fragilità¹⁰³⁹ – e, con esse, della *interdipendenza* – può fungere da base per una *rifondazione del contratto sociale* sul nuovo imperativo categorico della solidarietà¹⁰⁴⁰ (o, per dirla con il sociologo Émile Durkheim, della «fraternità umana»¹⁰⁴¹), quindi su un nuovo *percorso di reciproco riconoscimento* che induca a vedere nell'Altro non più l'Altro-da-sé ma il *l'Altro come sé stesso*¹⁰⁴², identificando «ciascuna persona in quanto libera e uguale a ogni altra persona»¹⁰⁴³.

Appellarsi ai principi dello Stato di diritto, dell'eguaglianza e della solidarietà – in breve, di un «diritto fraterno»¹⁰⁴⁴ – non è vana retorica, giacché si tratta di premesse

¹⁰³⁶ *Ivi*, pp. 387-388. In senso analogo, cfr. D. DUEZ, «L'Europe et le clandestins: la peur de l'autre comme facteur d'intégration?», *Politique européenne*, 3/2008, p. 100.

¹⁰³⁷ Cfr. M. NUSSBAUM, *La monarchia della paura. Considerazioni sulla crisi politica attuale*, Il Mulino, 2018, pp. 20-22 (ed. originale: *The Monarchy of Fear. A Philosopher Look at Our Political Crisis*, Simon & Schuster, 2018, trad. it. a cura di M. Giglioli). Come osserva la filosofa, la paura dà un buon orientamento alle democrazie soltanto se filtrata da un'ampia e attenta deliberazione pubblica.

¹⁰³⁸ Cfr. B. PASTORE, *op. cit.*, p. 10 ss.

¹⁰³⁹ *Ivi*, p. 16: «così come gli esseri umani sono simili nell'essere esposti alla ferita e alla violenza dell'altro, allo stesso modo sono simili nella possibilità della cura. Così, la vulnerabilità, come condizione comune, fa emergere la dimensione del legame e della dipendenza, entro una prospettiva ontologica relazionale, che consideri le modalità della soggettivazione in quanto sempre mediate da una relazione umana, nello spazio ineludibile dell'intersoggettività». In senso analogo, v. J. BUTLER, *op. cit.*, pp. 23, 45, 51, secondo cui la consapevolezza della comune condizione di vulnerabilità è premessa per un rinnovato fondamento o – come direbbe Mireille Delmas-Marty – per una rifondazione dei poteri.

¹⁰⁴⁰ Cfr. B. PASTORE, *op. cit.*, p. 8. In senso analogo, cfr. J. STREFF-FÉNART, *Usages et mésusages de la notion de solidarité*, *cit.*, p. 11, «la solidarité se manifeste comme un contrat plus ou moins impératif engageant les États signataires à poursuivre des objectifs communs, qu'il s'agisse de maintenir la paix et la sécurité internationale (ONU) ou d'organiser conjointement leurs actions en matière de politique migratoire (UE)».

¹⁰⁴¹ É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Presses universitaires de France, 1991, p. 401: «c'est un rêve depuis longtemps caressé par les hommes que d'arriver enfin à réaliser dans les faits l'idéal de la fraternité humaine. [...] La seule puissance qui puisse servir de modérateur à l'égoïsme des groupes est celle d'un autre groupe qui les embrasse».

¹⁰⁴² P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990.

¹⁰⁴³ *Id.*, *Percorsi del riconoscimento*, Raffaello Cortina Editore, 2005, p. 223.

¹⁰⁴⁴ E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, 2002.

indispensabili al buon funzionamento di una comunità politica fondata sul reciproco riconoscimento dei diritti¹⁰⁴⁵.

Sorge, però, il problema della garanzia dell'effettività di questi diritti, giacché, come si vedrà nella prossima sezione di questo capitolo, non è sufficiente che essi siano scolpiti sulla carta, foss'anche quella dei trattati internazionali¹⁰⁴⁶.

Un'autentica *etica della solidarietà*, per essere realizzata, necessita di un apparato che ne garantisca l'effettività, giacché «non ci sono diritti del soggetto se non c'è un potere che li formalizzi, li garantisca e li tuteli, rendendoli effettivi»¹⁰⁴⁷. Per dirla con Durkheim, è necessario un *contropotere* che ricordi a ciascun detentore di un «potere secondario»¹⁰⁴⁸ di essere soltanto una parte del tutto e che, nell'esercizio di questo potere, è tenuto a rispettare i diritti umani.

Prima di vagliare l'effettività di questo *contropotere* (che chi scrive identifica nella magistratura) nel garantire l'*etica della solidarietà* (e, con essa, il rispetto dei diritti umani), sia consentita qualche precisazione in merito alla nozione di solidarietà. Questa precisazione, lungi dal debordare dalla tematica in esame, è necessaria, trattandosi di una nozione che talvolta si presta ad usi contrapposti rispetto a quelli che, invece, dovrebbero animare una genuina *etica della solidarietà*.

¹⁰⁴⁵ J.-W. MÜLLER, *La peur ou la liberté*, cit., p. 169.

¹⁰⁴⁶ O. ABEL – M. DELMAS-MARTY, *Dans la spirale des humanismes*, cit.

¹⁰⁴⁷ T. GRECO, *Prima il dovere*, cit., p. 24.

¹⁰⁴⁸ Cfr. É. DURKHEIM, *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, Presses Universitaires de France, 1950.

3. Quale solidarietà? Virtù e vizi della nozione di solidarietà. / *Quelle solidarité? Vertus et vices de la notion de solidarité.*

La nozione di solidarietà si presta a svariati usi, talvolta ambigui¹⁰⁴⁹. Come scrive Anne Gotman, questa parola «può sostenere la rivendicazione degli stranieri a beneficiare di un più ampio diritto di ingresso e soggiorno; o all'opposto, legittimare le classi dominanti a far valere una sovranità selettiva ed escludente»¹⁰⁵⁰. In questo senso, essa si configura come una lente attraverso la quale analizzare il diritto, potendo ampliare il catalogo dei diritti fruibili ma, al contempo, segnalare le derive del diritto¹⁰⁵¹.

La solidarietà, inoltre, «può essere unilaterale o simmetrica, può essere rivolta verso un *Noi* (nel senso durkheimiano dell'integrazione sociale) o verso un *Loro* (nel senso di essere solidali con degli stranieri o con un altro gruppo), svilupparsi orizzontalmente tra pari o verticalmente dall'alto verso il basso»¹⁰⁵². In senso orizzontale, si riferisce a un «insieme multiforme e situato di pratiche, incontri e forme di cooperazione dal basso volte a sostenere i migranti in transito senza alcuna contropartita economica»¹⁰⁵³. In questo senso, essa implica l'esercizio di un *contropotere* (o, volendo ancora una volta utilizzare il lessico foucaultiano, la realizzazione di una *controcondotta*) che contrasti le politiche di ostilità nei confronti delle persone migranti¹⁰⁵⁴.

Purtuttavia, la nozione di solidarietà presenta un lato oscuro e può essere sovente utilizzata per «celare un volto ostile dietro un volto amichevole»¹⁰⁵⁵.

Che quella di solidarietà sia una nozione foriera di vizi e virtù è dimostrato, ad esempio, dall'uso che ne è stato fatto dall'ex direttore esecutivo di Frontex, il quale – nel

¹⁰⁴⁹ Per una ricostruzione della portata polisemica del concetto di solidarietà, cfr. H. BAUDER – L. JUFFS, «'Solidarity' in the migration and refugee literature: analysis of a concept», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 1/2020, pp. 46-65.

¹⁰⁵⁰ A. GOTMAN, *Sous la solidarité et le droit: l'hospitalité*, in S. Paugam (a cura di), *Repenser la solidarité*, Presses Universitaires de France, 2011, p. 616: «elle peut soutenir la revendication des étrangers à bénéficier de droits d'entrée et de séjour accrus ; ou, à l'inverse, légitimer les established à faire valoir une souveraineté sélective et exclusive. À gauche, elle joue du côté de l'accueilli et fonctionne comme paradigme de l'ouverture, à droite, elle joue du côté de l'accueillant, comme paradigme du protectionnisme».

¹⁰⁵¹ *Ibidem*.

¹⁰⁵² J. STREFF-FÉNART, *Usages et mésusages de la notion de solidarité*, cit., p. 14.

¹⁰⁵³ L. GILIBERTI, *Verso i solidarity studies*, cit., p. 28.

¹⁰⁵⁴ J. STREFF-FÉNART, *Usages et mésusages de la notion de solidarité*, cit., p. 20.

¹⁰⁵⁵ Prendo a prestito questa espressione da E. CANETTI, *Massa e potere*, Adelphi, 1960, p. 403.

difendersi dall'accusa mossagli di non aver prestato assistenza a delle persone migranti in pericolo nel Mar Egeo – ha affermato: «Frontex continua a supportare la Grecia alle frontiere esterne, conformemente al proprio mandato e nello spirito della *solidarietà europea*, nel pieno rispetto dei diritti umani e del diritto internazionale»¹⁰⁵⁶.

Ulteriore riprova delle *virtualità escludenti* di un certo uso di questa nozione è la circostanza che essa sia stata invocata, all'indomani della invasione russa in Ucraina, per attivare la direttiva sulla protezione temporanea¹⁰⁵⁷ al fine di garantire un'equa ripartizione tra gli Stati membri degli sfollati ucraini, senza che tuttavia la stessa direttiva fosse stata invocata per l'accoglienza degli sfollati africani¹⁰⁵⁸.

Le ambiguità della nozione in esame emergono anche da un'attenta lettura del *Patto sull'Asilo e l'Immigrazione* del 2020. Esso, come si è visto, non fa alcun riferimento alle operazioni di ricerca e soccorso e alla criminalizzazione della solidarietà sui sentieri di montagna (come quello italo-francese). Peraltro, una semplice ricerca sul documento rivela come la parola *return* (rimpatrio) ricorra ben 62 volte a fronte delle 22 volte in cui ricorre il richiamo alla *solidarity*¹⁰⁵⁹.

Anche il Consiglio europeo, nelle conclusioni del 9 febbraio 2023, in materia di immigrazione sembra adottare un approccio più repressivo che solidale, ponendo l'accento sulla solidarietà tra i Paesi europei nella prevenzione dell'immigrazione irregolare tramite il puro smantellamento della rete dei trafficanti, la necessità di rafforzare i rimpatri¹⁰⁶⁰ e il

¹⁰⁵⁶ V. comunicato su *Twitter* del 23 ottobre 2020 (<https://twitter.com/frontex/status/1319702227464953856>, URL consultato il 21 gennaio 2023). Come dimostrano alcune inchieste, già dal 2013 Frontex forniva assistenza alle autorità greche pur nella piena consapevolezza della violazione, ad opera delle stesse, dei diritti umani delle persone migranti. Cfr. FIDH – MIGREUROP – REMDH, *Frontex entre Grèce et Turquie: la frontière du deni*, 2013, p. 46.

¹⁰⁵⁷ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

¹⁰⁵⁸ Cfr. M. AMBROSINI – M. D'AMICO – E. PERASSI, *op. cit.*, p. 12, che rilevano, a tal proposito, la «selettività, implicita ed esplicita, tra flussi diversi di rifugiati, in cui la buona accoglienza degli ucraini contrasta con le persistenti chiusure verso chi fugge da altre guerre».

¹⁰⁵⁹ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum*, 23 settembre 2020, Brussels, disponibile su eur-lex.europa.eu.

¹⁰⁶⁰ EUCO 1/23, Conclusioni del Consiglio europeo del 9 febbraio 2023, par. 20, p. 9: «L'UE e gli Stati membri intensificheranno in modo coordinato il dialogo con i paesi di origine e di transito, anche attraverso contatti ad alto livello, con l'obiettivo di rafforzare la propria capacità di gestione delle frontiere, prevenire i flussi irregolari, smantellare il modello di attività dei trafficanti, anche mediante campagne di informazione strategiche, e aumentare i rimpatri».

controllo alle frontiere esterne¹⁰⁶¹, senza però far cenno all'ampliamento dei canali legali di ingresso o alla realizzazione di un piano di evacuazione dalla Libia¹⁰⁶², facendo così svanire quel barlume di speranza che sembrava emergere dall'*incipit* del paragrafo sulla questione migratoria, definita come «sfida europea che richiede una risposta europea»¹⁰⁶³.

Non va, peraltro, dimenticato che, in nome della solidarietà, l'Unione europea si è impegnata nel 2015 a inviare ingenti risorse economiche alla Turchia per il contenimento di flussi di rifugiati dalla Siria¹⁰⁶⁴. Analogamente, non vanno dimenticati il *Memorandum* Italia-Libia del 2017, nonché i fondi inviati dall'Unione europea ai Paesi del Nord Africa; accordi che, dietro la proclamata volontà di cooperazione allo sviluppo, celano in realtà l'intento di creare attorno all'Unione europea un anello di sicurezza¹⁰⁶⁵, conducendo una vera e propria «guerra ai migranti»¹⁰⁶⁶, anche incoraggiando i legislatori del Maghreb a

¹⁰⁶¹ *Ivi*, par. 23, pp. 11-12: «L'Unione europea rimane determinata ad assicurare il controllo efficace delle sue frontiere esterne terrestri e marittime. Il Consiglio europeo accoglie con favore gli sforzi compiuti dagli Stati membri a tale riguardo e: a) esprime il suo pieno sostegno all'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) nello svolgimento del suo compito principale, ossia sostenere gli Stati membri nella protezione delle frontiere esterne, nel contrasto alla criminalità transfrontaliera e nell'intensificazione dei rimpatri; ribadisce l'importanza di rendere operativi quanto prima il sistema di ingressi/uscite e il sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi; c) invita a portare rapidamente a conclusione i negoziati relativi ad accordi sullo status, nuovi e riveduti, tra l'Unione europea e i paesi terzi in merito all'intervento di Frontex nel quadro degli sforzi volti a rafforzare la cooperazione in materia di gestione delle frontiere e migrazione; d) invita la Commissione a finanziare misure degli Stati membri che contribuiscono direttamente al controllo delle frontiere esterne dell'UE, quali i progetti pilota per la gestione delle frontiere, nonché al miglioramento del controllo delle frontiere nei paesi chiave sulle rotte di transito verso l'Unione europea; e) chiede alla Commissione di mobilitare immediatamente ingenti fondi e mezzi dell'UE per sostenere gli Stati membri nel rafforzamento delle capacità e delle infrastrutture di protezione delle frontiere, dei mezzi di sorveglianza — compresa la sorveglianza aerea — e delle attrezzature. In tale contesto, il Consiglio europeo invita la Commissione a mettere a punto rapidamente la strategia di gestione europea integrata delle frontiere». Va, però, dato atto che alla lett. f), seppur quale ultima priorità, il Consiglio europeo «riconosce le specificità delle frontiere marittime, anche per quanto riguarda la salvaguardia delle vite umane, e sottolinea la necessità di una cooperazione rafforzata in ordine alle attività di ricerca e soccorso e, in tale contesto, prende atto del rilancio del gruppo di contatto europeo in materia di ricerca e soccorso».

¹⁰⁶² Sono, questi, gli interventi legislativi urgenti che – a parere dell'Avv. Nazzarena Zorzella in sede di audizione in Commissione Affari Costituzionali in merito al c.d. decreto Piantedosi, (cfr. ASGI, Asgi in *Commissione Affari Costituzionali*, cit.) e ampiamente condiviso da chi scrive – si dovrebbero adottare per una gestione razionale e non demagogica del fenomeno migratorio.

¹⁰⁶³ EUCO 1/23, cit., par. 19, p. 8.

¹⁰⁶⁴ Cfr. COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport sur la mise en oeuvre du Plan d'action commun UE-Turquie du 29 novembre 2015*, COM (2016) 85 final, annexe 1, 10 février 2016.

¹⁰⁶⁵ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant*, cit., 26 juillet 2020, p. 21, secondo cui «les efforts accomplis par l'Union européenne et les différents pays de européens pour faire preuve de solidarité internationale avec au moins un État fragile d'Afrique du Nord» sono commessi «afin d'endiguer l'afflux de réfugiés dans l'Union européenne».

¹⁰⁶⁶ C. RODIER, «Derrière l'aide à l'Afrique, la guerre aux migrants», *Plein droit*, 4/2006 (n° 71), pp. 30-32.

criminalizzare l'emigrazione irregolare¹⁰⁶⁷, nonostante una siffatta mossa politico-criminale si ponga in netto contrasto con il diritto di ciascuno di lasciare ogni Paese, compreso il proprio e indipendentemente dalle ragioni che lo spingono a emigrare (diritto già teorizzato da Francisco De Vitoria¹⁰⁶⁸ e proclamato dagli artt. 13 par. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani¹⁰⁶⁹ e 12 par. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁰⁷⁰).

Come scrive l'Esperto indipendente delle Nazioni Unite¹⁰⁷¹, se «è ben lodevole l'intento di porre fine ai naufragi [...] questi programmi [di finanziamento ai Paesi del Nord Africa, Libia compresa, n.d.r.] tendono a manifestare la ferma volontà dell'Unione europea di concentrare la cooperazione in materia sulla logica del controllo. E poiché è ben noto che i diritti umani sono costantemente violati in quegli stessi Paesi del Nord Africa, la focalizzazione calcolata su questi accordi al fine di impedire ai rifugiati e ai migranti di lasciare il proprio Paese per entrare in Europa è molto inquietante dal punto di vista della difesa dei diritti umani». È, questa, una delle prove più evidenti dell'abdicazione della solidarietà internazionale agli interessi egoistici delle Nazioni¹⁰⁷².

Analogamente al concetto di sicurezza, dunque, quello di solidarietà si presta a facili manipolazioni. Parafrasando, ancora una volta, Carl Schmitt, si potrebbe dire che anche *chi dice solidarietà potrebbe volerci ingannare*.

¹⁰⁶⁷ Attraverso la conclusione di accordi di partenariato all'inizio degli anni 2000, Marocco, Tunisia e Algeria si sono impegnati a prevenire e combattere l'emigrazione irregolare per poter beneficiare degli aiuti allo sviluppo da parte dell'Unione Europea. In particolare, dopo il Summit di Siviglia (20-21 giugno 2002), i legislatori del Maghreb hanno rafforzato la loro legislazione penale sull'emigrazione irregolare. A riprova di ciò, in Tunisia è stato introdotto un nuovo reato: il reato di favoreggiamento dell'uscita illegale non solo di stranieri ma anche di cittadini tunisini. Poiché la legge tunisina non subordina la punibilità della condotta all'esistenza di un fine di lucro, molte organizzazioni umanitarie (tra cui l'ONG francese GISTI) hanno paventato il rischio di un'ulteriore criminalizzazione della solidarietà nei confronti di persone in fuga da guerre, torture e persecuzioni. Anche l'Algeria, che all'inizio si era rifiutata di diventare il «gendarme d'Europa», ha introdotto nel 2009 il reato di emigrazione clandestina. Cfr. H. MOALI, «L'Algérie ne veut plus jouer le gendarme de l'Europe», *El Watan*, 2 giugno 2009.

¹⁰⁶⁸ Come mette in luce A. SCIURBA, *Le parole dell'asito*, cit., p. 8, già il pensatore spagnolo aveva teorizzato uno *jus peregrinandi* il cui esercizio non poteva essere impedito «per nessuna ragione tranne quella del danno agli indigeni».

¹⁰⁶⁹ «Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese». Nel senso che la libertà di emigrare non dipende dalle motivazioni che ne sottendono la scelta, si veda il Commento generale del Comitato ONU n. 27/1999. Sul contrasto tra la criminalizzazione dell'emigrazione irregolare e il diritto universale di lasciare ogni Paese, incluso il proprio, cfr. L. RICHEFEU, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁷⁰ «Ogni individuo è libero di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio».

¹⁰⁷¹ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant*, cit., 26 juillet 2020, p. 21.

¹⁰⁷² *Ibidem*.

Ben lungi dal voler aderire ad una lettura scettica del concetto di solidarietà, chi scrive vuol semplicemente invitare a mantenere uno sguardo critico su un certo uso politico del linguaggio, nella consapevolezza delle ripercussioni che esso può avere sul godimento effettivo dei diritti umani¹⁰⁷³.

¹⁰⁷³ Il potere deumanizzante delle parole è emerso, da ultimo, nell'ordinanza emessa dal G.i.p. di Crotona in occasione della tragedia, avvenuta in data 26 febbraio 2023, in cui hanno perso la vita almeno sessanta migranti. Il G.i.p., nel convalidare il fermo dei presunti scafisti, aveva definito la traversata in mare un «viaggio esotico». Lo stile discorsivo ha scosso l'opinione pubblica e provocato l'indignazione di una parte della magistratura. Cfr., *ex multis*, MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Un'occasione per riflettere sull'uso delle parole*, 2 marzo 2023, in www.magistraturademocratica.it, che ha preso le distanze dal linguaggio utilizzato nell'ordinanza del G.i.p., al contempo ricordando che «il rispetto per le persone – e per la funzione stessa del magistrato – si esprime anche attraverso l'uso misurato e pertinente delle parole».

«LA LOI N’A PLUS TOUS LES DROITS»: PER UNO IUS COME (REALE) ARGINE ALLA LEX INIUSTA. / «LA LOI N’A PLUS TOUS LES DROITS»: POUR UN IUS EN TANT QUE (RÉELLE) LIMITE À LA LEX INIUSTA.

1. Quale resistenza da parte dei giudici alla disumanizzazione del diritto penale? / Quelle résistance du pouvoir judiciaire face à la déshumanisation du droit pénal?

Se il diritto penale dello straniero è un «diritto penale al limite»¹⁰⁷⁴, alla società civile e ai giuristi spetta il ruolo di sorvegliare affinché vengano preservati i limiti all’abuso del potere punitivo. In particolare, la prima, in quanto «invisibile politica del quotidiano»¹⁰⁷⁵, è in grado di «esercitare un’influenza e un potere sociale significativi, in grado di controllare e correggere le pretese degli altri attori organizzati, siano essi governativi o non»¹⁰⁷⁶.

Analogamente, il potere giudiziario può (*rectius*: deve tornare ad) essere strumento di tutela dei diritti umani, giacché «è nel giudizio giurisdizionale [...] che i criteri di misura dell’agire, costituiti dai diritti, ricevono una pregnanza di significato»¹⁰⁷⁷. Come ha osservato Mireille Delmas-Marty, affinché ciò si realizzi è necessario, però, che il potere giudiziario non si riveli una *tigre di carta* subordinata alla volontà del più forte, nel qual caso sarebbe selettiva nel modo di far rispettare i diritti umani¹⁰⁷⁸. La democrazia, infatti, presuppone la resistenza dei diritti umani e dello Stato di diritto, nei cui confronti soltanto dei giudici imparziali e indipendenti possono apprestare un’adeguata garanzia¹⁰⁷⁹. In altre

¹⁰⁷⁴ Mutuo questa espressione da M. PELISSERO, «La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione», *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2/2020.

¹⁰⁷⁵ P. SAIITA, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁷⁶ J. SHKLAR, *Le libéralisme de la peur*, *cit.*, p. 218.

¹⁰⁷⁷ B. PASTORE, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁷⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit III*, *cit.*, p. 66.

¹⁰⁷⁹ ABEL O. – M. DELMAS-MARTY, *Dans la spirale des humanismes*, *cit.*

parole, poiché «si è sempre barbari con i deboli»¹⁰⁸⁰, occorre «armare i deboli (con diritti che siano contropoteri effettivi) e depotenziare i forti (con doveri che corrispondano ad una responsabilità effettiva). Il che significa fare in modo che i deboli non siano troppo impotenti e i forti non siano troppo insensibili, cioè che gli uni possano ancora reagire (a ciò che subiscono) e che gli altri possano risentire di ciò che fanno»¹⁰⁸¹.

Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, se è vero che i giudici sono «la chiave di volta dello Stato di diritto»¹⁰⁸², non sempre essi hanno mostrato coraggio nel garantire l'effettività dei diritti, preservandoli dagli abusi del potere e dall'ondata del populismo sovranista. In questi casi, la *resistenza* giurisdizionale al *populismo escludente* è da considerarsi più in senso statico – quindi, come forma di *resistenza passiva* (conformemente al significato originario del termine *resistenza*, nel senso di voler «restare fermo e saldo») ¹⁰⁸³. Ciò non toglie che, in alcuni casi, la giurisprudenza abbia esercitato una *resistenza* in senso dinamico-evolutivo, *sub specie* di *reazione* ad una forma di ingiustizia e ad un ordine preconstituito. In questi casi, possiamo parlare di una *resistenza attiva* o, per dirla ancora con Michel Foucault, di *controcondotta*¹⁰⁸⁴ rispetto alla tendenza escludente del populismo sovranista.

¹⁰⁸⁰ S. WEIL, *Réflexions sur la barbarie*, Abrüpt, 2019, p. 5: «on est toujours barbare envers les faibles. Ou du moins, pour ne pas nier tout pouvoir à la vertu, on pourrait affirmer que, sauf au prix d'un effort de générosité aussi rare que le génie, on est toujours barbare envers les faibles. Le plus ou moins de barbarie diffuse dans une société dépendrait ainsi de la distribution des forces» (testo consultabile al seguente link: https://txt.abrupt.cc/antilibre/microantilibre_abrupt_weil_simone_reflexions_sur_la_barbarie.pdf ; URL consultato il 15 novembre 2022).

¹⁰⁸¹ ABEL O. – M. DELMAS-MARTY, *Dans la spirale des humanismes*, cit.: «nous devons « armer » un minimum les faibles (avec des droits qui soient des contre-pouvoirs effectifs), et « déprotéger » les forts (avec des devoirs qui correspondent à une responsabilité effective). C'est-à-dire que nous devons faire en sorte que les faibles ne soient pas trop impuissants, et les forts pas trop insensibles – que les uns puissent encore agir (ce qu'il subissent), et que les autres puissent un peu sentir (ce qu'ils font)».

¹⁰⁸² J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, LGDJ, 2017, p. 133.

¹⁰⁸³ L. GILIBERTI, *Abitare la frontiera*, cit., p. 46.

¹⁰⁸⁴ La spiegazione di questo concetto è già stata fornita *supra*: v. nota n. 982.

2. Resistenze passive / *Résistances passives*

2.1. (segue): da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. / *de la part de la Cour européenne des droits de l'homme.*

Con riferimento alla Corte europea dei diritti dell'uomo la sentenza *N.B. et autre c. France* del 31 marzo 2022¹⁰⁸⁵ costituisce una prova di *resistenza passiva*. Con essa la Corte europea dei diritti dell'uomo, se da un lato ha condannato per la nona volta la Francia per violazione degli articoli 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti umani a causa del trattenimento di un minore straniero in un CRA, dall'altro ha accertato la non violazione dell'articolo 3 con riferimento al trattenimento amministrativo del genitore del minore, nonostante fosse affetto da una cardiopatia congenita, abdicando così alla tendenza alla disumanizzazione dello straniero irregolare e rinunciando al bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e la tutela dei diritti fondamentali, conferendo alla prima un'assoluta preminenza con un passaggio motivazionale poco articolato e argomentato: la Corte, infatti, ha affermato che, pur essendo accertata la grave cardiopatia congenita di uno dei due genitori e pur essendo consapevole della sofferenza psichica che per un genitore comporta la consapevolezza che il proprio figlio minore stia vivendo la stessa situazione di privazione della libertà personale in un centro di trattenimento amministrativo, non vi erano elementi sufficienti per ritenere superata la soglia di gravità affinché un trattamento (*sub specie*, in tal caso di trattenimento) possa essere considerato inumano e degradante¹⁰⁸⁶. Ragionando in questi termini, i giudici di Strasburgo si sono discostati dalla lettura *umanizzante* che pure era stata offerta da alcune opinioni dissenzienti a sentenze analoghe, quale, ad esempio, quella formulata dalla giudice Power-Forde nel *leading-case Popov c. France*¹⁰⁸⁷, secondo cui «i genitori [nel caso di specie, stranieri irregolari, n.d.r.] non dovrebbero mai scegliere se soffrire per la separazione dai loro bambini affinché questi non siano detenuti insieme a loro o assistere impotenti alla loro detenzione [...] Gli Stati

¹⁰⁸⁵ Per il testo e per un approfondimento dottrinale e giurisprudenziale sia consentito rinviare, ancora una volta, a V. ROMANO, *Inumano e degradante il trattenimento*, cit.

¹⁰⁸⁶ CORTE EDU, sentenza 31 marzo 2022, cit., § 54.

¹⁰⁸⁷ CORTE EDU, sentenza 19 gennaio 2012, *Popov c. France*, ric. 39472/07.

non dovrebbero dimenticare che trattengono degli esseri umani che hanno il diritto assoluto di non essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti».

Ma, a ben vedere, anche sul fronte della tutela delle garanzie e dei diritti fondamentali del minore straniero la sentenza non rappresenta che un «timido tentativo di umanizzazione»¹⁰⁸⁸ del trattamento (*rectius*: trattenimento) amministrativo-punitivo nei confronti dello *straniero indesiderabile*. La Corte ha, infatti, precisato che, ai fini dell'accertamento del superamento della soglia di gravità richiesta per l'integrazione di un trattamento inumano e degradante, occorre prendere in considerazione, oltre all'età del minore, anche il carattere adeguato o meno della struttura alle sue specifiche esigenze e la durata del trattenimento. Nel caso di specie, la circostanza che il minore fosse accompagnato dai genitori non esonerava le autorità dall'obbligo di adottare misure idonee ad evitare che il confinamento dello stesso potesse sfociare in un trattamento contrario all'art. 3 Cedu. L'età di otto anni non può essere, infatti, secondo la Corte, considerata sufficientemente matura per comprendere, senza angoscia, le ragioni del proprio confinamento, a maggior ragione ove si ponga mente alla «onnipresente dimensione securitaria»¹⁰⁸⁹ della struttura che – come certificava la relazione del *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* – oltre ad essere adiacente ad un centro penitenziario e disporre di una torre di guardia, si caratterizzava per un evidente (e sempre più crescente) sovraffollamento, per le scarse condizioni di igiene, per l'assenza di *privacy* e per la mancanza di personale psicologico di supporto in favore delle persone trattenute, le quali peraltro venivano sovente rimesse in libertà all'esito di procedure non formalizzate, in orari notturni e nell'impossibilità di raggiungere la città con i mezzi di trasporto.

Cionondimeno, la Corte sottolinea che le condizioni del centro di trattenimento e la minore età non sono di per sé sufficienti a ritenere integrato un trattamento inumano e degradante, dovendosi tenere conto anche della durata del trattenimento (nel caso di specie eccessiva e non giustificabile, secondo i giudici, neppure alla luce del rifiuto opposto dai ricorrenti al loro imbarco sul volo per la Georgia).

Orbene, proprio questo passaggio argomentativo rivela che anche il ragionare della Corte europea dei diritti dell'uomo non è immune da pulsioni securitarie e sovraniste. Invero, com'è stato osservato dalla dottrina d'oltralpe, assurgere a concorrenti parametri di

¹⁰⁸⁸ È l'espressione che ho utilizzato in V. ROMANO, *Inumano e degradante il trattenimento*, cit.

¹⁰⁸⁹ CORTE EDU, 31 marzo 2022, cit., § 49.

valutazione l'adeguatezza dei centri di trattenimento (*rectius*: detenzione) alle esigenze del minore e la durata del trattenimento stesso, equivale al contempo ad affermare che il confinamento di un minore insieme ai genitori in attesa di espulsione non costituisce di per sé violazione dell'art. 3 Cedu¹⁰⁹⁰, senza contare il rischio di discrezionalità e imprevedibilità dei giudizi della Corte basati sulla combinazione dei suddetti parametri¹⁰⁹¹.

In questo modo, la Corte europea dei diritti dell'uomo vanifica di fatto la protezione del minore, lasciandosi sfuggire la preziosa occasione di concretizzare le indicazioni fornite dalla *Commission nationale consultative des droits de l'homme sur la rétention des mineurs*: questa, infatti, in un parere peraltro citato nella stessa sentenza (ma poi di fatto disatteso), aveva esortato le autorità francesi a vietare *tout court* il confinamento degli infanti nei *centres de rétention administrative*, prevedendo, in nome del superiore interesse del minore, delle misure alternative¹⁰⁹².

Subordinando l'accertamento della violazione dell'art. 3 ai criteri suindicati, i giudici di Strasburgo hanno, di fatto, riconosciuto alle autorità governative un ampio margine di discrezionalità¹⁰⁹³ che consente di mantenere in vita un sistema disumano di detenzione. A tal proposito, si rende noto che il *projet de loi Darmanin*, attualmente in discussione al Senato, proprio invocando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si prefigge di "vietare il trattenimento amministrativo dei minori stranieri accompagnati di età inferiore ai sedici anni", il che, tuttavia, si traduce specularmente nella possibilità di detenere nei CRA i minori aventi un'età compresa tra i sedici e i diciotto anni¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁰ Cfr., seppur con riferimento ad alcuni precedenti giurisprudenziali analoghi, K. PARROT, «Condition des étrangers», *Revue critique de droit international privé*, 4/2012, p. 832.

¹⁰⁹¹ In tal senso, cfr. P. KLÖTGEN, *Présence de mineurs en centre de rétention: les conditions posées par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue critique de droit international privé*, 2/2017, p. 237.

¹⁰⁹² Corte europea dei diritti umani, 31 marzo 2022, cit., § 30.

¹⁰⁹³ In dottrina, rileva come spesso la c.d. *dottrina del margine di apprezzamento* costituisca il viatico per una prevalenza delle pulsioni sovraniste degli Stati membri del Consiglio d'Europa sulla tutela effettiva dei diritti umani, C. HOWARD, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence», *Connecticut Journal of International Law*, 1/1987, pp. 111-160.

¹⁰⁹⁴ ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, cit., 31 gennaio 2023, p. 181.

2.2. (segue): da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea. / de la part de la Cour de justice de l'Union européenne.

Anche la Corte di Lussemburgo non si è astenuta dal donare linfa al populismo sovranista. A questo proposito, viene innanzitutto in rilievo la sentenza *Sagor*¹⁰⁹⁵ con cui la Corte di giustizia, muovendo dalla constatazione per cui dall'art. 8 della direttiva 2008/115/CE (c.d. rimpatri) discende l'obbligo per gli Stati membri di procedere all'allontanamento quanto più celere possibile dello straniero irregolare¹⁰⁹⁶, ha concluso che «irrogare ed eseguire una pena di permanenza domiciliare nel corso della procedura di rimpatrio [...] non contribuisce alla realizzazione dell'allontanamento che detta procedura persegue»¹⁰⁹⁷; sicché, «spetta al giudice del rinvio esaminare se esista, nella normativa nazionale, una disposizione che fa prevalere l'allontanamento sulla esecuzione dell'obbligo di permanenza domiciliare. In assenza di siffatta disposizione, occorrerebbe concludere che la direttiva 2008/115 osta a che un meccanismo di sostituzione della pena dell'ammenda con l'obbligo di permanenza domiciliare, del tipo previsto dagli articoli 53 e 55 del decreto legislativo n. 274/2000, sia applicato a cittadini di paesi terzi in soggiorno irregolare»¹⁰⁹⁸.

In senso conforme, come si è visto, con la pronuncia *El Dridi*¹⁰⁹⁹ la Corte di Lussemburgo ha dichiarato non compatibile con la *ratio* della direttiva 2008/115/CE la pena della reclusione prevista dall'art.14 comma 5-*bis* T.U.I. per il reato di inottemperanza all'ordine questorile di allontanamento.

Da quanto precede, si può trarre la conclusione che se e quando la Corte di giustizia abbia rilevato profili di incompatibilità comunitaria dei reati in materia di immigrazione irregolare, ciò è avvenuto esclusivamente al fine di impedire che le disposizioni potessero fungere da ostacolo ad un allontanamento quanto più celere possibile dello *straniero indesiderato*. Il che dimostra quanto le ragioni dell'efficienza del sistema di rimpatri siano

¹⁰⁹⁵ CGUE, 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor c. Italia*.

¹⁰⁹⁶ A tal proposito, la Corte richiama CGUE, 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian c. Francia*.

¹⁰⁹⁷ CGUE, 6 dicembre 2012, cit., § 44.

¹⁰⁹⁸ *Ivi*, § 46.

¹⁰⁹⁹ Cfr. CGUE, sentenza 28 aprile 2011, cit.

considerate prevalenti su quelle dei diritti, non solo nel dibattito pubblico, ma anche nelle motivazioni delle Corti Supreme¹¹⁰⁰.

2.3. (segue): da parte delle Corti Costituzionali italiana e francese. / *de la part des Cours constitutionnelles italienne et française.*

Non immune dalla logica escludente è anche il ragionamento delle Corti costituzionali (italiana e francese). Ad esempio, con riferimento alla fattispecie italiana volta a punire l'ingresso irregolare, nonostante ne fosse stato denunciato il profilo di incompatibilità con il principio di eguaglianza e di materialità-offensività, sull'assunto che l'incriminazione fosse fondata su una condizione soggettiva del reo (lo *status* di clandestino), esprimendo così una vera e propria intolleranza verso lo straniero, la Corte Costituzionale, nella storica sentenza 5 luglio 2010, n. 250, ha ritenuto «priva di fondamento la tesi [...] stando alla quale l'incriminazione introdurrebbe, nella sostanza, una presunzione assoluta di pericolosità sociale dell'immigrato irregolare, non rispondente all'*id quod plerumque accidit* e perciò stesso arbitraria. [...] la norma impugnata non sancisce alcuna presunzione di tal fatta, ma si limita [...] a reprimere la commissione di un fatto oggettivamente (e comunque) antigiusuridico, offensivo di un interesse reputato meritevole di tutela»¹¹⁰¹. Per la Corte, quindi, la norma non punisce lo straniero irregolare per il suo *status*, ma, conformemente ai canoni del *diritto penale del fatto*, a cagione della sua *condotta* di ingresso e permanenza irregolare nel territorio dello Stato; condotta offensiva in quanto lesiva di un bene giuridico identificabile nell'interesse dello Stato a gestire i flussi migratori¹¹⁰². Tuttavia, anche in seguito alla pronuncia in esame si può dubitare della compatibilità della fattispecie in esame quantomeno con il principio di sussidiarietà dell'intervento penale, dato che, a voler applicare rigorosamente la direttiva rimpatri, l'ambito di pertinenza dovrebbe essere quello dell'illecito amministrativo¹¹⁰³.

¹¹⁰⁰ In tal senso, L. MASERA, *Il diritto penale dei "nemici"*, cit., p. 822.

¹¹⁰¹ C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina"*, cit., pp. 135 ss.

¹¹⁰² Cfr. L. MASERA, *Il diritto penale "dei nemici"*, cit., p. 814.

¹¹⁰³ È il rilievo critico formulato, *ex multis*, da G. SAVIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., p. 293.

In linea con il *dictum* della Corte costituzionale italiana, il *Conseil Constitutionnel* si è dichiarato incompatibile nel decidere se l'art. L 621-1 (oggi L 821-1) del CESEDA (anch'esso volto a punire il reato di ingresso e soggiorno irregolare) fosse conforme all'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, ai sensi del quale "la legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie"¹¹⁰⁴. I giudici costituzionali francesi hanno infatti ritenuto che «una censura relativa al *deficit* di compatibilità di una disposizione legislativa agli impegni internazionali ed europei della Francia non può essere considerata come una censura di incostituzionalità»¹¹⁰⁵ e che «di conseguenza, non spetta alla Corte costituzionale [...] esaminare la compatibilità della disposizione in esame con i trattati e il diritto dell'Unione europea, trattandosi di una materia di competenza dei giudici amministrativi e ordinari»¹¹⁰⁶. Ragionando in questi termini, la Corte costituzionale francese ha tuttavia eluso le argomentazioni proposte dai ricorrenti, i quali avevano chiesto di dichiarare la pena della reclusione prevista per il reato in esame non più strettamente necessaria in quanto non solo non richiesta, ma vietata dalle fonti sovranazionali vigenti in materia¹¹⁰⁷.

Analogamente, la pronuncia con cui il *Conseil Constitutionnel* ha dichiarato la fraternità come principio costituzionale¹¹⁰⁸, sebbene sia stata salutata come un coraggioso esercizio di *contropotere*¹¹⁰⁹ (al punto da essere stata invocata come esempio di attuazione della *teoria della giustizia* di John Rawls)¹¹¹⁰, si è rivelata poco coraggiosa nella misura in

¹¹⁰⁴ È il c.d. *principio di necessità*, il quale rinvia alla misura, alla prudenza nelle scelte di incriminazione penale. In argomento, cfr. R. PARIZOT, *La responsabilité pénale*, cit., p. 156.

¹¹⁰⁵ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n. 2011-217 QPC du 3 février 2012, p. 2 (pdf: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011217qpc/2011217qpc.pdf; URL consultato il 21 marzo 2023): «un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'incostitucionalité».

¹¹⁰⁶ *Ivi*, p. 3: «par suite, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel [...] d'examiner la compatibilité des dispositions contestées avec les traités ou le droit de l'Union européenne, l'examen d'un tel grief relevant de la compétence des juridictions administratives et judiciaires».

¹¹⁰⁷ P. HENRIOT, *Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers*, cit., p. 47.

¹¹⁰⁸ Il riferimento è a CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2018-717/718, cit.

¹¹⁰⁹ Così, L. BOINNARD, «Quel rôle pour le juge face à la désobéissance civile?», *Revue française de droit constitutionnel*, 4/2022, p. 804, secondo cui «la portée de cette décision a dépassé son cadre initial, puisqu'elle a amené à dégager un nouveau principe à valeur constitutionnel».

¹¹¹⁰ Il riferimento è, in particolare, alla dottrina della disobbedienza civile, formulata in J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Éditions Seuil, 2009, p. 426, ove il filosofo osserva che «i giudici dovrebbero tenere conto, in caso di atti di protesta, del fatto che si tratta di disobbedienza civile e che essa può essere giustificata (o sembra esserlo) in base a principi politici che sono alla base della Costituzione. Dovrebbero, pertanto, ridurre o, in alcuni casi, sospendere la sanzione giuridica».

cui non ha riconosciuto eguale dignità alla condotta di agevolazione dell'ingresso. Pertanto, pur condividendosi l'osservazione secondo cui i giudici costituzionali avrebbero mostrato non poco coraggio nel conferire rango costituzionale al valore della fraternità, non si può fare a meno di confermare quanto già anticipato in altra sede¹¹¹¹, cioè che quello esercitato dalla Corte costituzionale francese sia stato un *timido esercizio di contropotere*.

2.4. (segue): da parte dei giudici comuni. In particolare: la sentenza sul caso Gregoretti come eccellente esercizio di difesa della politica dei porti chiusi. / de la part des juges communs. Notamment: l'arrêt sur l'affaire Gregoretti en tant qu'excellent exercice de défense de la politique des ports fermés.

Una delle sentenze più sintomatiche della tendenza di una parte della magistratura ad abdicare al proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali per conferire un'aura di legittimità alla politica di criminalizzazione delle migrazioni è la sentenza relativa al noto caso Gregoretti, di cui ci si è occupati già in anticipata sede¹¹¹².

Come si è detto, decisiva ai fini del proscioglimento del Ministro dell'Interno *pro tempore* (accusato del reato di sequestro di persona aggravato *ex art. 605, commi 1, 2 n. 2 e 3, c.p.*)¹¹¹³ è stata, nelle parole del giudice, la sussistenza di un «clima di condivisione e di valutazione ampiamente positiva [...] tra gli esponenti delle forze politiche che sostenevano il Governo all'epoca dei fatti [...] in merito alle linee guida da tenere nei confronti dell'Europa a proposito del fenomeno della migrazione»¹¹¹⁴. Quest'«ombrello

¹¹¹¹ V. *supra*, Cap. II, Sez. III, § 2.

¹¹¹² V. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.1.

¹¹¹³ Secondo il capo d'imputazione, il Ministro avrebbe, con abuso dei poteri inerenti la sua funzione, privato della libertà personale 131 migranti a bordo della richiamata unità navale dalle ore 00:35 del 27 luglio 2019 fino al pomeriggio del successivo 31 luglio 2019, non consentendo senza giustificato motivo – e in violazione delle Convenzioni internazionali in materia di soccorso in mare e delle correlate norme di attuazione nazionali –, il rilascio del P.O.S. da parte del competente Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione.

¹¹¹⁴ TRIBUNALE DI CATANIA, UFF. G.I.P./G.U.P., sentenza 14 maggio 2021, cit., p. 51.

politico»¹¹¹⁵ – prosegue il decidente – «autorizzava l'imputato ad assumere le determinazioni che poi sono state ritenute come penalmente rilevanti [...] che però erano pienamente apprezzate sotto un profilo politico generale dagli esponenti di maggior peso nella Compagine Governativa guidata dal Professor Giuseppe Conte»¹¹¹⁶. Non si sarebbe verificata, pertanto, «alcuna aperta e profonda violazione dei diritti dell'uomo, tenute presenti anche le necessità di bilanciamento di detti diritti con i valori interpretati dal Ministro dell'Interno in materia di salvaguardia della sicurezza dello Stato e dell'ordine pubblico»¹¹¹⁷. Il Ministro, infatti, lungi dal voler privare arbitrariamente i migranti-naufraghi della loro libertà personale, della quale – sostiene il Giudice, con un'argomentazione che lascia perplessi –, costoro non potrebbero neppure ritenersi pieni titolari, giacché «soffrono di una situazione di libertà limitata ([...] cosiddetta *detenzione amministrativa*)»¹¹¹⁸ –, avrebbe agito al fine di «trovare una reale soluzione ad un problema che l'opinione pubblica avvertiva ed avverte tuttora come un pericolo per la pacifica convivenza»¹¹¹⁹; più precisamente, egli avrebbe inteso «privilegiare i principi della tutela delle frontiere dello Stato e della sicurezza e dell'ordine pubblico [...] con un approccio peculiare; nel senso che riteneva necessario [...] ottenere in un modo o nell'altro la redistribuzione solidaristica, per ovvie esigenze di tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, non potendo lo Stato italiano sobbarcarsi da solo una immigrazione massiccia dall'Africa»¹¹²⁰. Avrebbe, così, «adottato legittimamente – e, quindi, non *contra ius* – atti amministrativi, attraverso le diramazioni del Ministero dell'Interno che da lui dipendono e che da lui hanno preso gli ordini in relazione al singolo accadimento»¹¹²¹.

Queste parole ci interrogano sul limite oltre il quale in uno Stato di diritto possa ritenersi che, in virtù di un *contratto di governo*, si possa concedere ad un Ministro una *delega in bianco* sui diritti e le libertà fondamentali che la nostra Carta costituzionale riconosce non soltanto ai cittadini ma all'essere umano in quanto tale. L'argomento per cui il *deficit* di garanzie del trattenimento amministrativo dello straniero (già, di per sé, non esente da rilievi critici) sarebbe di per sé idoneo a giustificare quella che, di fatto, è una

¹¹¹⁵ *Ivi*, p. 55.

¹¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹¹⁷ *Ivi*, pp. 108-109.

¹¹¹⁸ *Ivi*, p. 109.

¹¹¹⁹ *Ivi*, p. 115.

¹¹²⁰ *Ivi*, pp. 115-117.

¹¹²¹ *Ivi*, p. 89.

deroga alla duplice riserva di legge e di giurisdizione *ex art. 13 Cost.*¹¹²², sembra essere il prodotto di una confusione tra i due differenti piani della titolarità e dell'effettivo godimento di un diritto. Invero, premesso che nel nostro ordinamento il bilanciamento dei diritti fondamentali con il bene-sicurezza deve sempre avvenire alla luce della interpretazione che di essi viene fornita (non già dal Ministro, ma) dalla Corte Costituzionale, non si può non ribadire che, secondo la storica sentenza n. 105/2001 (che pure era stata invocata dalle parti civili), «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi ai flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». Ne deriva che, al pari degli stranieri irregolari trattenuti (in condizioni inumane e degradanti) nei centri di permanenza per il rimpatrio, anche i naufraghi, trattenuti in una nave, sono pieni titolari della libertà personale; quanto, poi, questa libertà venga effettivamente tutelata, sia all'interno della nave sia una volta effettuato lo sbarco, è questione che attiene al piano della effettività, della quale il giudice dovrebbe essere garante, non potendo una già minorata condizione di libertà essere impiegata in una sentenza quale argomento a favore di una ulteriore compressione *extra ordinem*, in quanto effetto dell'esercizio di un potere (quello ministeriale) non subordinato ad uno scrutinio giurisdizionale.

Sia consentito, peraltro, dubitare – a differenza di quanto sostenuto dal decidente – che le condizioni dei naufraghi a bordo della *Gregoretti* (un solo bagno, una sola tenda per ripararsi dal sole cocente di quei giorni, un solo punto acqua per trovare refrigerio dalle temperature elevate), ancorché gli stessi fossero dotati di un *kit* d'emergenza, non fossero decisamente compromesse¹¹²³; v'è da chiedersi, al contrario, se queste condizioni – a maggior ragione perché subite da persone che molto probabilmente erano già state vittime

¹¹²² Ai sensi di tale disposizione, infatti, “la libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, *se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge*”.

¹¹²³ TRIBUNALE DI CATANIA, UFF. G.I.P./G.U.P., sentenza 14 maggio 2021, cit., pp. 109-110.

di torture nei centri di detenzione libici – fossero realmente compatibili con il divieto di trattamenti inumani o degradanti¹¹²⁴.

Non condivisibile risulta anche la duplice osservazione per cui nessun obbligo di assegnazione tempestiva di un POS sarebbe configurabile in capo agli Stati e che, in ogni caso, contestualmente al divieto di rilascio del *place of safety*, il Ministro avesse avviato una trattativa con gli altri Stati europei per la redistribuzione dei naufraghi: «ciò equivarrebbe ad affermare che, in assenza di cooperazione tra gli Stati coinvolti, la realizzazione della loro finalità umanitaria ne risulterebbe frustrata, lasciando i migranti soccorsi in balia degli eventi e senza alcuna prospettiva di sbarco in un luogo sicuro»¹¹²⁵. Sicché, ammesso e non del tutto concesso che la condotta del Ministro non integrasse un illecito penale¹¹²⁶, il mancato raggiungimento, entro tempi ragionevoli, di un accordo per la redistribuzione dei migranti non può essere ritenuto idoneo a giustificare l'impedimento dello sbarco; e ciò, volendo, anche in ragione della legge kantiana che impone di trattare l'essere umano sempre come fine e mai come mezzo.

In ogni caso, una siffatta condotta, per le suesposte ragioni, sarebbe quantomeno suscettibile di integrare un illecito internazionale, certamente non rilevabile dai giudici nazionali ma che – a voler applicare lo stesso ragionamento che gli stessi hanno elaborato con riferimento alla violazione dei codici di condotta – potrebbe rilevare quale indizio dell'elemento soggettivo del reato contestato. La mancata cooperazione tra gli Stati farebbe sorgere, peraltro, in capo al comandante della nave l'obbligo di sbarcare i naufraghi¹¹²⁷ (o,

¹¹²⁴ Cfr., al riguardo, la lettera del Garante nazionale per le persone private della libertà personale (https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG5975&modelId=10019).

¹¹²⁵ C. PITEA – S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi*, cit., p. 678.

¹¹²⁶ Fermo restando il divieto per il giudice di mutare il capo d'imputazione in senso più sfavorevole all'imputato, ci si chiede infatti se nel caso di specie non vi fosse addirittura spazio per l'operatività della più grave fattispecie delittuosa del sequestro di persona a scopo di coazione: ai sensi dell'art. 289-ter c.p. è infatti punito «Chiunque, fuori dei casi indicati negli articoli 289 bis e 630, sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica o una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione».

¹¹²⁷ In tal senso, cfr. C. PITEA – S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi*, cit., pp. 680-681: «quando [...] le indicazioni dello Stato primariamente investito del compito di coordinamento siano inidonee [...] e le autorità degli altri Stati rilevanti [...] vengano meno al proprio obbligo di agire in via sussidiaria omettendo di fornire ragionevoli alternative, è alla comandante stessa che la norma sul salvataggio impone di assumere una condotta [...] che non renda l'obbligo di salvataggio un mero simulacro».

quantomeno, giustificerebbe l'approdo in un *luogo sicuro* per stato di necessità *ex art. 54 Cost.*).

Infine, anche a voler considerare ragionevole il termine di quattro giorni in cui si è registrata la condotta del Ministro, occorre chiedersi cosa sarebbe successo se nessuno degli Stati coinvolti in via diplomatica avesse accettato di collaborare: quanto tempo si sarebbe protratto ancora il divieto di sbarco? Occorre, in definitiva, chiedersi se in uno Stato di diritto sia accettabile e se sia compatibile con l'art. 13 Cost. comprimere la libertà personale per un tempo indefinibile *ex ante* e deciso *ad libitum* da un potere ministeriale. Il principio applicato dal giudice rischia infatti di aprire un pericoloso precedente per tutti quei casi simili in cui non sia possibile stabilire *a priori* quando cesserà la trattativa per la redistribuzione dei migranti sul suolo europeo. Il rischio che si profila all'orizzonte è quello di una zona grigia in cui sarebbe possibile limitare – per un tempo indefinito, nella totale assenza di una garanzia giurisdizionale e dietro lo scudo della impunità (*rectius*: immunità politica) –, la *libertà degli altri*¹¹²⁸.

D'accordo con Luca Masera, si ritiene che la *ragion di Stato* non possa mai fungere da scudo di impunità allorquando si traduca in un *vulnus* irreparabile a quel «“nocciolo duro” di diritti e di principi che rappresenta l'essenza stessa del nostro sistema democratico»¹¹²⁹: tra questi, «il *principio personalistico* per cui [...] la persona non può mai essere strumento per il perseguimento di un interesse collettivo»¹¹³⁰. Questo principio, in quanto fondante l'edificio costituzionale, «deve essere tenuto fermo anche nelle situazioni estreme di pericolo per la nazione»¹¹³¹; di conseguenza, non può subire limitazioni di sorta neppure in forza di un *contratto di governo*, a meno di non voler creare un pericoloso precedente per ulteriori future limitazioni dei diritti umani da parte del potere in nome della sicurezza e dell'ordine pubblico. Nessun contratto, nessun decreto, nessun atto normativo, anche se condiviso e approvato dalla maggioranza politica di turno, può prescindere dal rispetto delle fonti sovranazionali in materia di tutela della vita umana in mare, che sono vincolanti per lo Stato ai sensi degli artt. 10, 11 e 117 Cost. Paradossalmente è lo stesso art. 11 comma 1-*ter* T.U.I. introdotto dal decreto *sicurezza-bis*

¹¹²⁸ Prendo a prestito l'espressione da M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, 2012.

¹¹²⁹ L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, Giappichelli, 2020, p. 168.

¹¹³⁰ *Ibidem*.

¹¹³¹ *Ibidem*.

a subordinare l'esercizio del potere ministeriale al rispetto degli obblighi internazionali¹¹³², confermando quanto scriveva Mireille Delmas-Marty, cioè che «la legge non ha più tutti i diritti»¹¹³³.

Lungi dal costituire un atto di resistenza attiva nei confronti delle insidie del potere politico, la sentenza in esame si palesa quindi quale eccellente esercizio di difesa della persistente *politica dei porti chiusi*.

3. Prove di resistenza attiva. / *Épreuves de résistance active*.

Ciò posto, va però dato atto di alcune prove di *resistenza attiva* da parte della magistratura (e, nel caso che qui ci occupa, della giurisprudenza comune). Essa, infatti, di fronte al mancato esercizio della delega alla depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina, ha posto in essere una depenalizzazione di fatto. In molti casi, ad esempio, si fornisce un'interpretazione talmente ampia della clausola di particolare tenuità *ex art. 34 d.lgs. 274/2000* al punto da escludere la sussistenza del reato ogniqualvolta lo straniero non abbia commesso altri reati diversi da quelli legati alla condizione di irregolarità¹¹³⁴.

In Francia, inoltre, alcuni giudici, chiamati a decidere sulla richiesta di proroga della *rétenion administrative* susseguente ad una condanna per il reato *de quo*, esercitando una forma di *resistenza attiva*, hanno disatteso le indicazioni ministeriali e, in applicazione dell'art. 62-2 del codice di procedura penale francese (che consente l'applicazione della misura precautelare della *garde à vue* ai soli reati puniti con la reclusione), hanno rilevato l'illegittimità della procedura di espulsione sul presupposto che tale misura fosse nulla in quanto disposta nei confronti di individui sospettati di aver commesso un reato (quello francese di ingresso e soggiorno irregolare) la cui pena detentiva doveva ritenersi ormai caducata per incompatibilità con la giurisprudenza di Lussemburgo e, in particolare, con il principio di diritto in base al quale la reclusione contrasta con le esigenze di

¹¹³² G. CATALDI, «L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto "sicurezza bis" alle norme internazionali sul soccorso in mare», *Questione Giustizia*, 26 febbraio 2020.

¹¹³³ M. DELMAS-MARTY, «La loi n'a plus tous les droits», *Sociétés et Représentations*, 2/1996.

¹¹³⁴ Cfr. L. MASERA, *Art. 10 bis TU Imm.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI – G. L. GATTA, p. 2651 ss.

allontanamento dello straniero dall'Unione europea¹¹³⁵. Da questa *resistenza attiva* ha tratto origine la sentenza *Achughbaban*¹¹³⁶, con cui la Corte di giustizia ha affermato che la direttiva rimpatri osta ad una normativa che, come quella in esame, preveda la reclusione del soggetto che soggiorni irregolarmente sul territorio dello Stato (salva la detenzione provvisoria finalizzata ad appurare se il soggiorno sia regolare o meno¹¹³⁷) giacché «l'efficace rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare – risulterebbe compromessa se gli Stati membri non potessero evitare, mediante una privazione di libertà come il fermo di polizia, che una persona sospettata di soggiornare irregolarmente fugga ancora prima che la sua situazione abbia potuto essere chiarita»¹¹³⁸. Ne consegue che «le autorità competenti devono disporre di un termine che, seppur breve, sia anche ragionevole, per [...] ricercare le informazioni che consentono di accertare se tale persona sia un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare. [...] Una volta constatata l'irregolarità del soggiorno, dette autorità devono, ai sensi dell'art. 6 n. 1, di detta direttiva, e fatte salve le eccezioni previste da quest'ultima, emanare una decisione di rimpatrio»¹¹³⁹. La Corte ha precisato, inoltre, che la direttiva non osta alla reclusione di un cittadino di un paese terzo cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio e che, nonostante ciò, continui a soggiornare in modo irregolare in assenza di un giustificato motivo¹¹⁴⁰.

In controtendenza rispetto alla sentenza *Achughbaban*, alcune circolari ministeriali continuavano ad esortare i *procureurs généraux* a perpetuare il meccanismo della *garde à*

¹¹³⁵ L. D'AMBROSIO, «Niente più *garde à vue* per gli stranieri irregolari in Francia in seguito alle sentenze della Corte di giustizia UE sulla direttiva rimpatri», *Diritto penale contemporaneo*, 12 giugno 2012.

¹¹³⁶ CGUE, 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbaban*. Il caso, avente ad oggetto il reato francese di ingresso e soggiorno irregolari, era giunto all'attenzione della Corte dopo che un cittadino armeno, sottoposto a *garde à vue* in quanto sospettato del suddetto reato, aveva proposto appello avverso la decisione con cui il giudice della libertà e della detenzione del *Tribunal de grande instance de Créteil* aveva accolto la richiesta di proroga del fermo e successivo trattenimento. La *Cour d'appel de Paris*, contrariamente al giudice della libertà, ritenendo fondato l'argomento per cui la misura precautelare limitativa della libertà personale fosse in contrasto con quanto statuito nella sentenza *El Dridi*, sospendeva il procedimento e sollevava questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia al fine di verificare se fosse in contrasto con la direttiva in esame una norma nazionale che prevedeva l'irrogazione della pena della reclusione ad un cittadino di un paese terzo esclusivamente in ragione del suo ingresso o soggiorno irregolare sul territorio nazionale così come la possibilità di sottoporlo a *garde à vue* in caso di sospetta irregolarità del soggiorno.

¹¹³⁷ Tale conclusione – spiegano i giudici – non solo «è corroborata dal diciassettesimo 'considerando' di detta direttiva, dal quale si deduce che le condizioni dell'arresto iniziale di cittadini di paesi terzi sospettati di soggiornare in modo irregolare in uno Stato membro rimangono disciplinate dal diritto nazionale». *Ivi*, § 30.

¹¹³⁸ *Ibidem*.

¹¹³⁹ *Ivi*, § 31.

¹¹⁴⁰ *Ivi*, § 50.

vue nei confronti dei sospetti irregolari¹¹⁴¹. Anche in questo caso, alcuni giudici francesi hanno esercitato un forma di *resistenza attiva*, annullando la procedura di espulsione nei confronti di stranieri già sottoposti a *garde à vue*, sulla base dell'art. 62-2 del codice di procedura penale francese¹¹⁴². In particolare, i giudici della *Chambre criminelle*¹¹⁴³ hanno chiarito che uno straniero indiziato del solo reato di ingresso e soggiorno irregolare non può essere sottoposto a *garde à vue*, potendo questa misura essere applicata ai soli reati puniti con la sanzione della reclusione, nel caso di specie non più compatibile con la giurisprudenza comunitaria¹¹⁴⁴.

¹¹⁴¹ I Ministri della giustizia e dell'interno francesi non hanno infatti tardato ad emanare una circolare in cui affermavano che «la CJUE confirme que le recours à la garde à vue en matière de séjour irrégulier est compatible avec le droit communautaire». Cfr. P. HENRIOT, *Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers*, *cit.*, p. 44.

¹¹⁴² Come riporta S. BISIAUX, *op. cit.*, p. 156, il tasso di annullamento delle procedure amministrative di *rétenion* da parte dei giudici si attesta intorno al 40%.

¹¹⁴³ CHAMBRE CRIMINELLE, 5 juin 2012, avis n. 9002.

¹¹⁴⁴ *Ivi*, pp. 1-2: «à la suite de l'entrée en application de la directive du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants d'Etats tiers en séjour irrégulier, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, le ressortissant d'un Etat tiers mis en cause, pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers, n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive [...] il ne peut donc être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef». Cfr. L. D'AMBROSIO, *Niente più garde à vue per gli stranieri irregolari*, *cit.*

SEZIONE III. / SECTION III.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE. PER UN'ETICA DELLA SOLIDARIETÀ COME BUSSOLA DEI POSSIBILI. / REMARQUES FINALES. POUR UNE ÉTHIQUE DE LA SOLIDARITÉ COMME BOUSSOLE DES POSSIBLES.

1. Il decreto di Cutro come riconferma di un approccio fallimentare e mortifero al fenomeno migratorio. / Le décret de Cutro comme reconfirmation d'une approche défailante et mortifère au phénomène migratoire.

Nell'avviarsi alle conclusioni del presente lavoro di ricerca, chi scrive intende innanzitutto precisare che le riflessioni fin qui svolte – e, in particolare, quelle contenute nell'ultimo capitolo – non hanno la pretesa di essere soluzioni, ma più semplicemente elementi per un dibattito necessario al ripensamento delle politiche di sicurezza in materia di immigrazione e sul ruolo che il diritto penale attualmente vi svolge.

L'unica ferma convinzione è che soltanto la «socializzazione del rischio»¹¹⁴⁵ – intesa come condivisione globale delle responsabilità e appianamento delle diseguaglianze sociali – può concretamente porre rimedio alla dilagante insicurezza.

Per dirla con il sociologo Serge Paugam, «prima di punire i più deboli rendendoli responsabili del loro destino, bisognerebbe porsi il problema della loro posizione nel sistema sociale»¹¹⁴⁶. Occorrerebbe, cioè, chiedersi quale politica criminale si voglia adottare per conseguire una reale sicurezza: la risposta meramente punitiva di chi si trova all'ultimo anello della catena sociale (che, come abbiamo visto, si è finora rivelata fallimentare, non avendo garantito la sicurezza promessa) ovvero una nuova politica

¹¹⁴⁵ S. PAUGAM, *Vers un nouveau contrat social?*, cit., p. 951.

¹¹⁴⁶ *Ivi*, p. 954.

criminale che anteponga la sicurezza sociale come effettiva forma di prevenzione del crimine, offrendo ai più svantaggiati una reale possibilità di progresso economico e sociale, quindi un'alternativa all'illegalità?¹¹⁴⁷

La risposta non può che propendere per quest'ultima soluzione, se si vuole adottare – con il filosofo Alessandro Baratta – una politica criminale che, in coerenza con la logica dell'*extrema ratio*, anteponga alla punizione le «riforme sociali ed istituzionali per lo sviluppo dell'eguaglianza, della democrazia, di forme di vita comunitaria e civile alternative e più umane»¹¹⁴⁸. Per dirla con Giuseppe Mosconi, «senza un intervento alle radici e sulle cause strutturali degli squilibri sociali che determinano a monte l'insicurezza, non è possibile pensare a nessuna politica adeguatamente rassicurante»¹¹⁴⁹.

Le discriminazioni razziali e le diseguaglianze di cui sono vittime gli immigrati che oggi tentano di raggiungere le nostre coste dovrebbero indurci a realizzare delle politiche di inclusione sociale ambiziose e a garantire, anche a questa fetta di popolazione mondiale, l'accesso ai diritti sociali¹¹⁵⁰, nonché eguali *chances* di progresso nel miglioramento del proprio *status* economico e sociale¹¹⁵¹ e, conseguentemente, un'eguale possibilità di contribuire al progresso materiale e morale della società tutta.

Come scrive il filosofo Paul Ricoeur, si tratta di riconoscere l'«altrui pari diritto a contribuire al progresso del diritto e dei diritti»¹¹⁵². Ogni discorso intorno alla sicurezza richiede, dunque, un ripensamento delle politiche criminali e una concreta attuazione del principio di eguaglianza e dell'*etica della solidarietà* che passi necessariamente attraverso un'«empatia strategica»¹¹⁵³ volta, in senso soltanto apparentemente paradossale, a «scommettere sugli egoismi e sullo spirito di sopravvivenza degli individui»¹¹⁵⁴; una strategia, questa, che muove dalla presa di consapevolezza che, data la indivisibilità e

¹¹⁴⁷ *Ivi*, p. 955.

¹¹⁴⁸ A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, 1982, p. 204.

¹¹⁴⁹ Così, G. MOSCONI, «La nuova prevenzione e il decreto Minniti», *Studi sulla questione criminale*, XII, n. 1- 2/2017, p. 176.

¹¹⁵⁰ *Ivi*, p. 957.

¹¹⁵¹ J. DONZELOT, *Un État qui rend capable*, dans *Repenser la solidarité*, cit., p. 105: «s'il est devenu difficile de faire de la lutte contre les inégalités sociales la visée déclarée de leur action, il peuvent avantageusement lutter pour la réduction de l'inégalité des chances. Ils ne risquent pas ainsi de heurter la classe émergente de la mondialisation qui se targue de ses mérites [...] Il ne s'agit plus tant de redistribuer passivement que d'investir».

¹¹⁵² P. RICOEUR, *Percorsi*, cit., p. 226.

¹¹⁵³ A. SCIURBA, *Quale sicurezza, quali diritti?*, cit.

¹¹⁵⁴ *Ivi*, p. 211.

interdipendenza dei diritti fondamentali, una sicurezza collettiva effettiva non può prescindere, dalla «necessità della cura, del prendersi cura delle differenze e delle disuguaglianze»¹¹⁵⁵, e quindi dal reciproco riconoscimento dei diritti, che è l'unica bussola in grado di riportarci sulla *rotta dell'umanità* e che è l'unica via da percorrere se ci si vuole *salvare insieme*¹¹⁵⁶.

La *risignificazione*¹¹⁵⁷ della sicurezza e della solidarietà richiedono, però, anche – e ancor più a monte – una riflessione attorno al linguaggio, giacché, come osserva Jean-Luc Richard, «la solidarietà [e, con essa, anche la sicurezza, n.d.r.] si esprim[ono] anche attraverso la scelta delle parole utilizzate nel linguaggio corrente, tanto nel discorso giornalistico quanto nel discorso politico»¹¹⁵⁸. Si tratta, in altri termini, di riappropriarsi del «linguaggio dei diritti nella sua forza inclusiva e sempre potenzialmente rivoluzionaria»¹¹⁵⁹, che non può – come si è accennato *supra* – prescindere, a sua volta, da una ripresa del linguaggio dei doveri.

Lungi dal debordare dalla tematica qui in esame, questa riflessione si ripropone, oggi più che mai, come necessaria. Di fronte alla c.d. *strage di Cutro* – nel corso della quale, come si è detto¹¹⁶⁰, sono morte almeno 91 persone (e molte altre risultano ancora disperse) – il Governo, perseguendo la logica cinica e spietata della colpevolizzazione delle vittime, non ha esitato ad affermare che «la disperazione non può mai giustificare condizioni di viaggio che mettono in pericolo la vita dei propri figli»¹¹⁶¹ e, in un'ottica di deresponsabilizzazione della politica, ha addossato l'intera colpa della strage agli *scafisti*¹¹⁶², assimilandoli *tout court* ai *trafficcanti*¹¹⁶³ di cui, invece, come dimostrano svariate sentenze, sono spesso essi stessi vittime¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁵ *Ivi*, p. 209.

¹¹⁵⁶ A. SCIURBA, *Salvarsi insieme. Storia di una barca a vela sulla rotta dell'umanità*, Ponte alle Grazie, 2020.

¹¹⁵⁷ Prendo in prestito questa espressione, ancora una volta, dall'Autrice da ultimo citata.

¹¹⁵⁸ J.-L. RICHARD, *Immigration étrangère, familles, respect des lois*, cit., p. 557.

¹¹⁵⁹ A. SCIURBA, *Quale sicurezza, quali diritti?*, cit., p. 205.

¹¹⁶⁰ V. *supra*, nota n. 605.

¹¹⁶¹ <https://www.rainews.it/video/2023/02/piantedosi-la-disperazione-non-pu-mai-justificare-viaggi-che-mettono-in-pericolo-i-propri-figli-f170c1a2-6de7-4073-bf02-1cd6e149b86d.html>.

¹¹⁶² Cfr. RESOCONTO STENOGRAFICO, *Informativa urgente del Governo sulla tragica vicenda del naufragio di una imbarcazione carica di migranti al largo delle Coste di Steccato di Cutro*, 7 marzo 2023 p. 28; *contra*, On. R. Provenzano, *ivi*, p. 29: «quei viaggi della speranza esistono non perché ci sono gli scafisti, ma, al contrario, gli scafisti esistono perché, se mancano i corridoi umanitari [...], se mancano le alternative legali, le uniche vie di fuga dall'inferno di guerre, dittature, discriminazioni, torture, miseria, fame, sete, sono proprio quei viaggi della disperazione».

L'assimilazione dello scafista al trafficante è stata, altresì, invocata al fine di conferire un'aura di legittimità ad ulteriori scelte politico-criminali all'insegna del *populismo punitivista*. Impiegando, ancora una volta, il diritto penale come arma di distrazione di massa da un fenomeno che non si vuol governare razionalmente¹¹⁶⁵ – e sfruttando la *natura intrinsecamente populista del diritto penale*¹¹⁶⁶ – il Consiglio dei

¹¹⁶³ On. Tommaso Foti, *ivi*, p. 29: «riguardo agli scafisti io penso che non basti definirli trafficanti di esseri umani, ma bisogna applicare fino in fondo le norme per i trafficanti di essere umani, perché non ci vuole alcuna indulgenza o alcuna forma di comprensione rispetto a persone che speculano economicamente sulle altrui vite, persone che non hanno timore di mettere a repentaglio la vita di altre persone». L'atecnica sovrapposizione tra scafista e trafficante ricorre anche nella Conferenza Stampa che si è tenuta il 9 marzo 2023 a Cutro, subito dopo la riunione del Consiglio dei Ministri (URL: <https://www.youtube.com/watch?v=S6uSQgw9vCc>).

¹¹⁶⁴ Cfr., *ex multis*, G.U.P. Trapani, sent. 9 novembre 2016, che ha assolto un migrante accusato del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, riconoscendo lo stato di necessità *ex art.* 54 c.p. Lo scafista, infatti, è stato assolto in quanto «migrante tra i migranti» che aveva pagato il viaggio ed era stato costretto a guidare: «a quel punto, essendo stato minacciato di morte qualora non avesse obbedito, l'imputato – sebbene senza esperienza – si mise alla guida. [...] Gli organizzatori consegnarono una bussola, indicando la rotta da seguire». La sentenza si inserisce, a ben vedere, nel solco di un orientamento inaugurato da G.I.P. PALERMO, sentenza 7 settembre 2016 (disponibile al link: <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/09/palermo-stato-necessita%C3%A0.pdf>) ed è stata commentata A. GILIBERTO, «Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati», *Diritto penale contemporaneo*, 10 marzo 2017. Per casi analoghi, cfr. il *report* di ARCI PORCO ROSSO e ALARM PHONE, *Dal Mare al Carcere, cit.*, pp. 25 ss.

¹¹⁶⁵ Come non ha esitato ad affermare neppure HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Detailed findings*, § 72, se si volesse combattere il traffico di esseri umani, si dovrebbe innanzitutto porre fine al finanziamento delle milizie libiche che catturano in mare le persone migranti per deportarle verso la Libia, dove – come testimoniano numerose sentenze e *report* già citati nel corso di questa tesi (v. *supra*, nota n. 528) – subiscono violenze inenarrabili. Del resto, il Tribunale di Trapani, pronunciandosi sul già citato caso *Vos Thalassa* con un ragionamento validato dalla Suprema Corte, lo ha dichiarato illegittimo sotto svariati profili. Si legge, infatti, nella sentenza (e, più precisamente, a pagina 38) che «essendo stato stipulato nel 2017, quando il principio in esame [di *non-refoulement*] aveva già acquisito rango di *jus cogens*, è:

- privo di validità, atteso che ai sensi dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (del 1969), "è nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale";

- contrario all'art. 10 primo comma della Costituzione italiana secondo cui "l'ordinamento italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute", tra le quali – proprio per il carattere consuetudinario e cogente – rientra ormai anche il principio di *non-refoulement*».

Inoltre – prosegue il G.i.p. di Trapani – tale accordo, in quanto di natura politica e comportante oneri alle finanze, avrebbe dovuto essere sottoposto alla previa ratifica del Parlamento, ai sensi dell'art. 80 Cost.; ciò che non avvenne, essendo stato siglato dal Presidente del Consiglio pro tempore (Paolo Gentiloni) e dal Ministro dell'interno libico, senza il previo coinvolgimento dell'Assemblea Parlamentare (pagina 39). Il testo integrale della sentenza è consultabile al link <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/4095-sentenza-gip-trapani-con-omissis.pdf> ; URL consultato il 10 marzo 2023).

¹¹⁶⁶ Come scrive X. CHIARAMONTE, *Il diritto penale, cit.*, p. 198, «il diritto penale, per la sua carica simbolica, per le tracce, mai del tutto estinguibili, della antica vendetta che porta con sé, e per la capacità dei diritti e delle pene di "fare notizia", è un bacino cui il discorso populista attinge sistematicamente».

Ministri riunitosi a Cutro il 9 marzo 2023 ha approvato all'unanimità un nuovo decreto-legge¹¹⁶⁷ volto ad inasprire l'apparato sanzionatorio predisposto per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 T.U.I.) e ad introdurre una nuova fattispecie di reato, a vocazione universale, volta a punire la morte o le lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina.

In particolare, sul primo versante, oggetto di modifica sono i commi 1 e 3 dell'art. 12 T.U.I. Con riferimento al comma 1 – che punisce la condotta di chiunque, in violazione delle disposizioni del T.U.I., promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie atti diretti a procurare l'ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato ovvero di altro Stato di cui non siano cittadini o residenti permanenti – la novella in commento prevede la pena della reclusione da due a sei anni, mentre il testo previgente prevedeva la pena della reclusione da uno a cinque anni.

Con riferimento al comma 3 – volto a punire la condotta di chiunque ponga in essere gli atti di cui al comma 1 quando il fatto riguarda l'ingresso di cinque o più persone, la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la vita o l'incolumità o sottoposta a trattamento inumano o degradante, il fatto è stato commesso da tre o più persone in concorso o utilizzando servizi di trasporto internazionali ovvero documenti contraffatti o alterati o illegalmente ottenuti; gli autori del fatto hanno disponibilità di armi o esplosivi – la novella prevede la pena della reclusione da sei a sedici anni, mentre il testo previgente prevedeva la pena della reclusione da cinque a quindici anni.

Resta ferma, rispetto al testo previgente, l'ulteriore pena della multa di 15.000 euro per ogni persona trasportata¹¹⁶⁸.

Come si legge nel *Dossier* di studio presentato al Senato in data 15 marzo 2023, il comma 1, lettera b) introduce nel Testo unico sull'immigrazione l'articolo 12-*bis*, volto a prevedere la nuova fattispecie di reato di morte e lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina. Si tratta di un reato comune, in quanto può essere commesso da chiunque ponga in essere – in violazione delle disposizioni del T.U.I. – una delle condotte descritte dal comma 1 del nuovo articolo, ossia: promuovere, dirigere, organizzare, finanziare o effettuare il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compiere altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato,

¹¹⁶⁷ Decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, cit.

¹¹⁶⁸ DOSSIER XIX LEGISLATURA, *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale*, cit., p. 31.

ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente. Per integrare la fattispecie occorre, inoltre, che il trasporto o l'ingresso siano attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sottoponendole a trattamento inumano o degradante. In relazione a tali condotte, si prevedono le seguenti sanzioni:

- reclusione da 20 a 30 anni, se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, la morte di più persone, oppure la morte di una o più persone e lesioni gravi o gravissime a una o più persone (comma 1, art. 12-*bis*);

- reclusione da 15 a 24 anni, se dal fatto deriva – sempre quale conseguenza non voluta – la morte di una singola persona (comma 2, art. 12-*bis*);

- reclusione da 10 a 20 anni, quando si verificano lesioni gravi o gravissime a carico di una o di più persone (comma 2, art. 12-*bis*)¹¹⁶⁹.

La fattispecie si configura come un'ipotesi speciale della fattispecie incriminatrice generale di cui all'articolo 586 c.p.¹¹⁷⁰ – rubricata, per l'appunto, “morte o lesione quale conseguenza di altro delitto” – e non a caso richiamata dallo stesso *Dossier*¹¹⁷¹. Come scrive Luca Maserà¹¹⁷², «l'elemento specializzante della nuova disposizione rispetto alla norma codicistica risiede nello specifico delitto da cui derivano eziologicamente la morte o le lesioni: mentre l'art. 586, come noto, fa riferimento ad ogni delitto doloso, la norma di

¹¹⁶⁹ *Ivi*, pp. 32-33.

¹¹⁷⁰ Art. 586 c.p. – *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*: “Quando da un fatto prevenuto come delitto doloso deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona, si applicano le disposizioni dell'articolo 83, ma le pene stabilite negli articoli 589 e 590 sono aumentate”.

¹¹⁷¹ *Ibidem*: «per quanto riguarda la “conseguenza non voluta”, si ricorda la sentenza n. 22676 del 2009 delle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione, nella quale la Corte, in relazione al reato previsto dall'art. 586 c.p. che, prevede anch'esso il riferimento alla “conseguenza non voluta”, ha affermato che, perché si possa rispondere per l'appunto di questa conseguenza non voluta, occorre “una responsabilità per colpa in concreto, ossia ancorata ad una violazione di regole cautelari di condotta e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità, in concreto e non in astratto, del rischio connesso alla carica di pericolosità per i beni della vita e dell'incolumità personale” fermo restando che, ai “fini della imputazione della conseguenza ulteriore non voluta di un reato-base doloso, la colpa non può essere presunta in forza della sola violazione della legge incriminatrice del reato doloso” essendo quindi necessario “che l'agente abbia violato una regola cautelare diversa dalla norma che incrimina il delitto base e che sia specificamente diretta a prevenire la morte o le lesioni personali” Occorre pertanto che sia accertata la sussistenza, da un lato, di un nesso di causalità fra il fatto-reato summenzionato “e l'evento morte o lesioni, non interrotto da fattori eccezionali sopravvenuti, e, da un altro lato, che l'evento non voluto sia comunque soggettivamente collegabile all'agente, ovvero sia a lui rimproverabile a titolo di colpa in concreto, valutata secondo i normali criteri di valutazione della colpa nei reati colposi” (CASS. PEN., SEZ. UN., sentenza 22 gennaio del 2009, n. 22676)»

¹¹⁷² L. MASERA, «Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare», *Questione giustizia online*, 3 aprile 2023.

nuovo conio si concentra su una specifica ipotesi di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare, cioè l'ipotesi di cui all'art. 12 co. 3 lett. b) o c), che la norma integralmente riproduce».

Peraltro, il fatto che la nuova fattispecie sia descritta riprendendo letteralmente il tenore letterale dell'articolo 12 comma 3 T.U.I., con l'unica aggiunta dell'elemento specializzante della verifica dell'evento, dovrebbe far propendere, contrariamente a quanto sostenuto nel *Dossier* di studio, per una qualifica della fattispecie non già come fattispecie autonoma di reato, ma come una figura circostanziata aggravata della fattispecie-base, il che consentirebbe al giudice di ritenere la circostanza consistente nella verifica dell'evento morte o lesioni soccombente *ex art. 69 c.p.* con eventuali circostanze attenuanti, con il risultato di non applicare alcun aumento di pena per la causazione di tale evento, frustrando così quello che era l'intento del legislatore¹¹⁷³.

A ben vedere, l'unica utilità che potrebbe avere la fattispecie sarebbe – ad avviso dei primi commentatori della disciplina¹¹⁷⁴ – quella di criminalizzare ulteriormente (o, anche solo, intimidire in un'ottica di *chilling effect*) l'attività delle ONG che, nell'effettuare un'operazione di salvataggio dei migranti, provochino accidentalmente la morte di alcuni di essi¹¹⁷⁵.

Pienamente condivisibili sono, inoltre, le osservazioni già svolte da attenta dottrina penalistica a proposito del *deficit* di proporzionalità della disciplina, giacché «i destinatari della nuova fattispecie saranno, *senza distinzione o specificazione di ruoli*, i “trafficienti che troviamo sulle barche”, i “trafficienti che ci stanno dietro” e gli “scafisti”, che anzi il Governo si propone di andare a cercare “lungo tutto il globo terracqueo”»¹¹⁷⁶.

Il comma 6 del nuovo art. 12-*bis* introduce infatti una norma sulla giurisdizione volta a specificare che, fermo quanto disposto dall'art. 6 c.p. in tema di territorialità, ai fini della sussistenza della giurisdizione italiana, non assume rilievo la circostanza che l'evento si sia

¹¹⁷³ *Ibidem*.

¹¹⁷⁴ Cfr., ad esempio, D. FACCHINI, *I frutti del “Decreto Cutro”, cit.*

¹¹⁷⁵ Quanto al coefficiente soggettivo di imputazione, come scrive L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023, cit.*, «qualora si reputi la nuova ipotesi una circostanza, sarà direttamente il disposto dell'art. 59 co. 2 c.p. ad imporre l'imputazione solo nelle ipotesi di colpa; qualora invece la si ritenga un reato autonomo, sarà l'applicazione dei principi affermati dalle Sezioni Unite Ronci nel 2009 in relazione all'art. 586 c.p. a prescrivere l'accertamento della concreta prevedibilità dell'evento lesivo. Dopo le storiche decisioni della Corte costituzionale del 1988, del resto, non sono più ammissibili forme di responsabilità oggettiva in materia penale».

¹¹⁷⁶ SISTEMA PENALE, *Un nuovo decreto-legge in materia di immigrazione e un nuovo reato per gli “scafisti”*. *Il comunicato stampa del Consiglio dei Ministri dopo la riunione a Cutro*, 10 marzo 2023.

verificato al di fuori del territorio dello Stato italiano ove si tratti di condotte finalizzate a procurare l'ingresso illegale nel territorio italiano. Nel motivare l'introduzione di questa nuova disposizione, il Consiglio dei Ministri ha ricordato che uno degli ostacoli più ingombranti al perseguimento penale degli autori di questi crimini è stato rappresentato dal principio di territorialità di cui all'art. 6 c.p., ai sensi del quale "il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione". A onor del vero, occorre precisare – come d'altronde, si evince da un'attenta lettura dello stesso *Dossier* pubblicato sul sito ufficiale del Senato¹¹⁷⁷ – che l'orientamento giurisprudenziale prevalente della Suprema Corte riteneva già sufficiente «ai fini dell'affermazione della giurisdizione dell'ordinamento penale italiano, che nel territorio dello Stato si sia verificata anche una sola minima frazione (o un frammento) della condotta, pur priva dei requisiti di idoneità ed inequivocità richiesti per il tentativo, il cui obiettivo rilievo sia apprezzabile ed idoneo a collegare la parte della condotta realizzata in Italia a quella realizzata in territorio estero»¹¹⁷⁸. La disposizione, pertanto, sotto questo profilo, si rivela, a parere di chi scrive, superflua, a meno di non voler fungere da barriera a quell'orientamento minoritario che ritiene idonea a radicare la giurisdizione italiana soltanto quella parte della condotta che abbia raggiunto quantomeno gli estremi del tentativo punibile ai sensi dell'art. 56 c.p.¹¹⁷⁹ Eccezion fatta per questo scopo, essa sembra configurarsi per lo più come un'ennesima esibizione dimostrativa di forza da parte del «Governo legislatore»¹¹⁸⁰ a fini di consenso elettorale.

La natura simbolica della vocazione universale della nuova fattispecie incriminatrice sembra, d'altronde, implicitamente e paradossalmente confermata dallo stesso *Dossier*¹¹⁸¹, laddove menziona l'orientamento giurisprudenziale in base al quale «sussiste la giurisdizione dello Stato italiano nei confronti di coloro che, agendo al di fuori del

¹¹⁷⁷ DOSSIER XIX LEGISLATURA, *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale*, cit., p. 35.

¹¹⁷⁸ CASS. PEN., SEZ. IV, sentenza 15 ottobre 2018, n. 57018, con nota di R. CAPPITELLI, «Locus commissi delicti e giurisdizione dello Stato italiano», *Cassazione penale*, 7/2019, pp. 2453 ss.

¹¹⁷⁹ Per quest'orientamento, v. A. MANICCIA, «Gli incerti "confini" del principio di territorialità», *Cassazione penale*, 11/2018, pp. 3717 ss.

¹¹⁸⁰ Prendo a prestito l'espressione da S. CASSESE, «Il Governo legislatore», *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2021, pp. 557-558, per denunciare l'abuso dei decreti-legge.

¹¹⁸¹ Nello stesso senso, v. L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023*, cit.: «non è una disposizione che ha carattere realmente innovativo, in quanto risulta confermativa dell'attuale orientamento giurisprudenziale, che – secondo le parole della Relazione di accompagnamento – la previsione ha il precipuo scopo di convalidare».

territorio nazionale, abbiano abbandonato in acque extraterritoriali dei migranti condotti su natanti del tutto inadeguati, onde provocare l'intervento del soccorso in mare e far sì che i trasportati siano accompagnati nel tratto di acque territoriali dalle navi dei soccorritori, operanti sotto la copertura della scriminante dello stato di necessità»¹¹⁸² e richiama, altresì, un'altra sentenza con cui la Corte di Cassazione ha considerato sussistente «la giurisdizione italiana per il delitto di omicidio doloso plurimo commesso in alto mare a bordo di imbarcazioni prive di bandiera in danno di migranti trasportati illegalmente in Italia, in forza del principio di universalità della legge penale italiana di cui all'art. 3, comma 2 c.p. e – in virtù del rinvio di cui all'art. 7, n. 5 c.p. – della diretta applicazione della Convenzione ONU di Palermo sul contrasto alla criminalità organizzata transnazionale, trattandosi di reato grave, con effetti sostanziali nel territorio italiano, commesso da un gruppo criminale organizzato nell'ambito di una complessa condotta posta in essere allo scopo di commettere i reati previsti dalla Convenzione e dei Protocolli Addizionali, tra i quali rientra il traffico di migranti verso l'Italia»¹¹⁸³.

Meramente simbolica pare anche la modifica *in pejus* dell'apparato sanzionatorio al proclamato fine di consentire condanne più severe (e, più precisamente, fino a trent'anni di reclusione) ai cosiddetti *scafisti*. A onor del vero, numerose sentenze sono già pervenute ad irrogare tale sanzione in virtù del combinato disposto dei delitti di cui agli articoli 12 comma 3, lett. a) e b) del T.U.I. (delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina) e 575 c.p. (omicidio colposo) commessi in concorso (articolo 110 c.p.) e uniti dal vincolo della continuazione (articolo 81 c.p.)¹¹⁸⁴.

Sotto questo profilo, pertanto, l'impatto della riforma si preannuncia pertanto più mediatico che pratico. Come scrive ancora Luca Masera, «dove invece la riforma incide, ed in modo assai significativo, è sui minimi edittali applicabili in ipotesi di morte come conseguenza del reato di favoreggiamento aggravato dell'immigrazione irregolare»¹¹⁸⁵. Invero, «ora [...] la pena minima prevista è la reclusione di 20 anni, che, anche concesse e ritenute prevalenti eventuali attenuanti, non scende comunque sotto i 13 anni»¹¹⁸⁶, sicché

¹¹⁸² CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 28 febbraio 2014, n. 14510.

¹¹⁸³ CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 2 luglio 2021, n. 31652 del 2021, con nota di F. CURI, «La giurisdizione in alto mare: tra universalità tentata e territorialità consumata», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2022, pp. 198-210.

¹¹⁸⁴ Per tutte, cfr. CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 13 agosto 2021, n. 31652.

¹¹⁸⁵ L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023*, cit.

¹¹⁸⁶ *Ibidem*.

«l'effetto della riforma non è allora quello, annunciato dal Governo, di aumentare le pene per i casi più gravi, ma piuttosto quello di uniformare verso l'alto il trattamento sanzionatorio per tutte le ipotesi, gravi e meno gravi, di morte come conseguenza del favoreggiamento»¹¹⁸⁷, con conseguente irrimediabile *vulnus* al principio di proporzionalità.

2. Affinità securitarie tra il decreto di Cutro e il *projet de loi Darmanin*. / *Affinités sécuritaires entre le décret de Cutro et le projet de loi Darmanin*.

Nell'attesa che il decreto venga convertito (si spera con modifiche migliorative) in legge e nella convinzione che il penalista debba guardare oltre gli steccati disciplinari se vuol realmente comprendere la materia in esame, occorre dar contezza che, in data analoga all'inizio della discussione del decreto di Cutro, al Senato francese è stato presentato il *projet de loi Darmanin*, il quale, analogamente al decreto italiano, oltre ad inasprire le pene previste per il *délit d'aide à l'entrée irrégulière*¹¹⁸⁸, si prefigge di indebolire la protezione speciale dello straniero dall'espulsione anche allorquando questi abbia coltivato nello Stato francese legami familiari o abbia raggiunto, in virtù del lungo periodo di residenza, un elevato grado di integrazione sociale.

La similitudine tra i due provvedimenti è fuor di dubbio: l'articolo 7 comma 1 del decreto di Cutro, abrogando il terzo periodo dell'articolo 19 comma 1.1 T.U.I., fa venir meno il divieto di respingimento ed espulsione di una persona in ragione del rispetto della sua vita privata e familiare, che consentiva poi l'ottenimento di un permesso per protezione speciale ai sensi del successivo comma 1.2.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸⁸ Come si è detto, l'art. 14 del disegno di legge, nella sua versione aggiornata al 1° febbraio 2023 e attualmente in discussione al Senato, prevede la pena di quindici anni di reclusione e una multa di un milione di euro quando i fatti sono commessi in banda organizzata e di venti anni di reclusione e una multa di 1,5 milioni di euro per i capi e gli organizzatori del gruppo dedito a queste attività.

¹¹⁸⁹ Tale divieto, abrogato dal provvedimento in esame, trovava applicazione a meno che l'allontanamento dal territorio nazionale si rendesse necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute, nel rispetto della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Conseguentemente, viene abrogata

Benché non si tratti disposizioni di diritto penale, esse non possono sfuggire alla nostra attenzione, prestandosi ad allargare le maglie dell'irregolarità e a provocare, di conseguenza, un maggior rischio di criminalità e insicurezza per tutti: proprio il contrario di quanto gli attori populistici dichiarano di voler raggiungere, tanto che da alcune parti non si è esitato ad affermare che l'unico vero intento di questa disciplina sarebbe quello di «rendere l'Italia un ambiente ostile per i migranti irregolari»¹¹⁹⁰.

In senso pressoché analogo, il *projet de loi Darmanin* prevede che per le persone con “forti legami con la Francia”, come i genitori di bambini francesi o le persone che risiedono in Francia da 10 anni, è sufficiente una grave minaccia all'ordine pubblico per essere sottoposti a un OQTF, mentre oggi ne sono protetti. L'art. L 631-2 nella formulazione non ancora modificata prevede infatti che non può essere espulso, se costituisce una minaccia grave per la sicurezza dello Stato o per la sicurezza pubblica, e salvo che l'art. L 631-3 non vi osti ulteriormente, lo straniero che si trovi in una delle seguenti condizioni:

- non convivente in situazione di poligamia, che è padre o madre di un minore francese residente in Francia, a condizione che contribuisca effettivamente alla sua educazione ai sensi dell'art. 371-2 del codice civile dalla sua nascita ovvero da almeno un anno;

- sposato da almeno tre anni con un francese a condizione che la convivenza non sia cessata dopo un anno di matrimonio e che il congiunto abbia conservato la nazionalità francese;

- risiedente abitualmente in Francia da almeno dieci anni, salvo che sia titolare di una carta di soggiorno temporanea o pluriennale per studenti;

- affetto da invalidità almeno al 20% e accertata da un organismo francese legittimato a farlo.

La nuova disposizione prevederebbe, invece, la possibilità di espellere lo straniero che versi nelle prime due condizioni indipendentemente dai legami familiari e sociali, nonché lo straniero che sia stato già condannato per un *crime* o un *délit* punibile con la

anche la previsione del quarto periodo, la quale, ai fini della valutazione del fondato rischio di violazione del diritto alla vita privata e familiare, dispone che si tenga conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il paese di origine.

¹¹⁹⁰ D. FACCHINI, «I frutti del “Decreto Cutro”, tra nuova irregolarità e ulteriore contenzioso nei tribunali», *Altreconomia*, 16 marzo 2023.

reclusione di almeno cinque anni (c.d. *double peine*). Viene modificato, inoltre, l'art. L 631-3 del CESEDA, prevedendo la possibilità di espellere lo straniero condannato per reati di terrorismo o per atti costituenti una provocazione esplicita e deliberata alla discriminazione, all'odio o alla violenza contro una persona determinata o dei gruppi di persone, anche nel caso in cui lo straniero risieda abitualmente in Francia dall'età di almeno tredici anni o da più di venti anni o da dieci anni in condizione di coniugio con un cittadino francese o di convivenza con uno straniero, a condizione che la convivenza (o, meglio, letteralmente, "comunanza di vita"¹¹⁹¹) non sia cessata dal giorno successivo al matrimonio. La *ratio* dell'inasprimento della disciplina è spiegata dal *Dossier* di studio del progetto: «la protezione di cui beneficiano alcuni stranieri, in ragione del *contratto sociale* sul quale riposa il funzionamento di una società democratica come la Francia, non dovrebbe essere mantenuta allorquando lo straniero deliberatamente si astenga dal soddisfare gli obblighi discendenti da questo *contratto sociale*, primo tra i quali, il rispetto dell'ordine e della sicurezza pubblica»¹¹⁹². La similitudine con il brano, già citato supra, di *Sorvegliare e Punire* del filosofo Michel Foucault non può non saltare all'occhio di un attento lettore: lo straniero «ha rotto il patto, dunque è nemico dell'intera società, e tuttavia partecipa alla punizione che subisce. [...] Ed è necessario sia proprio così, ne va della sicurezza di ciascuno»¹¹⁹³.

A temperare il rischio di un mancato bilanciamento tra le esigenze di allontanamento dello straniero e la tutela della vita privata dovrebbe valere – ma si vedrà nella prassi con quale grado di effettività – il nuovo articolo L 631-5 ai sensi del quale “le decisioni prese in applicazione del presente capitolo tengono conto in maniera proporzionata della

¹¹⁹¹ Questa locuzione, come dimostra un *report* de *La Cimade*, ha dato spesso adito a delle ingerenze notevoli da parte delle forze di polizia nella vita privata delle persone. Cfr. LA CIMADE, *Refuser la fabrique de sans-papiers*, cit., p. 10, dove si racconta la storia di una donna che, coniugata con un cittadino francese, aveva richiesto il permesso di soggiorno. Dopo la formalizzazione della richiesta, gli agenti di polizia avevano perquisito la loro casa alla ricerca di prove della convivenza: tipi di vestiti nell'armadio, biancheria sporca, numero di spazzolini da denti, etc. Seguì un colloquio separato alla stazione di polizia dove venne chiesto la frequenza dei rapporti sessuali.

¹¹⁹² ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, cit., 31 gennaio 2023, p. 151: «la protection dont bénéficie certains étrangers, en raison du contrat social sur lequel repose le fonctionnement d'une société démocratique comme la France, ne saurait être maintenue lorsque, délibérément, l'étranger s'abstient de remplir les obligations qui résultent de ce contrat social, au premier rang desquelles, le respect de l'ordre et de la sécurité publique».

¹¹⁹³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, cit., p. 98.

minaccia rappresentata dallo straniero e delle circostanze relative alla sua vita privata e familiare”.

Inoltre, si prevede la possibilità di revocare o rifiutare il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno nel caso in cui lo straniero abbia dimostrato di rinnegare i principi della Repubblica (e vien da chiedersi, a questo proposito, provocatoriamente, se tra questi principi rientri quello di fraternità). Infine, viene aggiunta la condizione di residenza per il rinnovo dei permessi di soggiorno di durata inferiore a un anno¹¹⁹⁴.

3. Punire i crimini di sistema? La sentenza del Tribunale penale di Roma sulla c.d. *strage dei bambini* come punto di partenza per un ripensamento del diritto penale nel contesto delle politiche migratorie. / Punir les «crimes de système»? L'arrêt du Tribunal pénal de Rome sur le «massacre des enfants» comme point de départ pour repenser le droit pénal dans le contexte des politiques migratoires.

Nel concludere il presente lavoro di ricerca, non si può non dar conto dell’apertura, all’indomani della strage di Cutro, da parte della Procura di Crotone, di un fascicolo contro ignoti al fine di verificare se, nella catena di comando, vi siano stati eventuali errori od omissioni suscettibili di acquisire rilevanza penale. A onor del vero, non si tratterebbe del primo caso in cui le nostre autorità vengono chiamate a fare i conti con le proprie responsabilità.

¹¹⁹⁴ Per alcune considerazioni critiche su questa ed altre disposizioni del *projet de loi Darmanin*, cfr. INSTITUT CONVERGENCE MIGRATION, «Décryptage: projet de loi Immigration et Intégration», *De facto migrations*, Revue dirigée par Tania Racho, Marie-Caroline Saglio-Yatzimirsky et Emeline Zougbedé, Mars 2023 (pubblicato al seguente link: <https://www.icmigrations.cnrs.fr/defacto/defacto-actu-001/> ; URL consultato il 2 aprile 2023), che, tra le altre cose, conferma che la maggior parte dei reati commessi dagli stranieri (il 98%) è strettamente connessa alla situazione di irregolarità (cfr. *ivi*, p. 19). Per un’ulteriore analisi critica del disegno di legge, cfr. FRANCE TERRE D’ASILE, *Projet de Loi asile et immigration – Décryptage*, 15 marzo 2023, su www.france-terre-asile.org.

Già con sentenza n. 14998 del 16 dicembre 2022, il Tribunale Penale di Roma ha avuto modo di appurare le responsabilità (*sub specie*, di rifiuto di atti d'ufficio e omicidio colposo in cooperazione colposa) delle autorità italiane (nella persona del Capitano di Vascello del Corpo delle Capitanerie di Porto e in quella del Capitano di Fregata della Marina Militare) nel mancato soccorso, in acque internazionali, di una nave trasportante 259 migranti, provocandone – o, comunque, non impedendone – il naufragio (c.d. strage dei bambini dell'11 ottobre 2013). La sentenza – benché di proscioglimento per decorso del termine di prescrizione – ritiene «pienamente dimostrate [...] le condotte omissive rubricate a carico degli imputati per l'evento, così come verificatosi, che sarebbe stato altrimenti evitato o comunque non avrebbe avuto le stesse proporzioni e funeste conseguenze»¹¹⁹⁵. Secondo l'organo giudicante, «ribaltamento – dispersione in mare – annegamento dei migranti rappresentano proprio la concretizzazione del rischio specifico che le doverose cautele mancate miravano a prevenire, un evento preventivabile e che si sarebbe potuto impedire/contenere ex art. 43 c.p., secondo il giudizio *ex ante* rapportato all'agente modello di riferimento»¹¹⁹⁶.

Tale sentenza può (*rectius*: deve) essere la lente attraverso cui analizzare la realtà odierna. Essa, infatti, oltre a (ri)mettere in luce la vocazione universale dell'obbligo di soccorso in mare, che «è norma di diritto consuetudinario chiara, precisa e incondizionata, idonea a vincolare qualsiasi soggetto pubblico e privato in qualsiasi lembo di mare del pianeta Terra»¹¹⁹⁷, contiene due precisazioni che possono rivelarsi utili per prevedere gli scenari del procedimento attualmente pendente dinanzi alla Procura di Crotone che indaga sul naufragio di Cutro, nonché per analizzare gli eventi (o, meglio, i non-eventi) che hanno condotto, a pochi giorni di distanza (più precisamente nella notte tra il 10 e l'11 marzo 2023) ad un altro naufragio al largo della Libia¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ TRIBUNALE DI ROMA, SEZ. II, sentenza 15 dicembre 2022, n. 14998/2022, p. 83.

¹¹⁹⁶ *Ivi*, p. 84.

¹¹⁹⁷ *Ivi*, p. 23.

¹¹⁹⁸ Il naufragio è avvenuto dopo che l'IMRCC di Roma era stato avvisato dell'imminente pericolo dalla piattaforma di *Alarm Phone* e, purtroppo, aveva deciso di temporeggiare nell'attesa che le motovedette libiche (*sic!*) si decidessero ad intervenire (ciò che non è avvenuto, con conseguente annegamento di 30 delle 47 persone a bordo). A. ZANITI, «Un'altra strage, Italia sotto accusa: "Ventisette ore prima dei soccorsi"», *Repubblica*, 12 marzo 2023. Sulla vicenda si veda anche il RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, seduta di mercoledì 15 marzo 2023, n. 69, pp. 34-36, nonché il comunicato di ASGI, *É un dovere giuridico soccorrere chiunque sia in pericolo in mare, anche se fuori dalla nostra area di intervento*, 13 marzo 2023, su www.asgi.it.

Con riferimento al naufragio di Cutro, può rivelarsi utile, in particolare, quella parte della sentenza in cui si distinguono le fasi dell'incertezza, dell'allerta e della situazione di pericolo, precisando come già nella prima fase – che si configura quando esiste un dubbio sulla sicurezza di un mezzo navale o di una persona in mare e che non coincide ancora con la fase di allerta (che si configura, invece, quando il tentativo di raggiungere la nave, anche per condizioni meteorologiche avverse, sia fallito) – è ascrivibile, in capo alle autorità che dubitano della situazione di pericolo, un obbligo di «approfondimento dell'attività di raccolta delle informazioni e di ricerca delle notizie, con preallerta dei mezzi e dei servizi di soccorso per l'eventuale successivo impiego»¹¹⁹⁹, ciò che non sembra essersi verificato in occasione del naufragio di Cutro sul quale la magistratura sta, nel momento in cui si scrive, indagando: il Ministro dell'Interno ha, infatti, riferito in sede di informativa alle Camere di avere predisposto – subito dopo la ricezione da parte di Frontex della presenza di una barca con una persona visibile sopra coperta e una consistente risposta termica sottocoperta – l'attivazione di una nave della Guardia di Finanza per effettuare un'attività di *law enforcement*, che era stata tuttavia interrotta per le condizioni metereologiche avverse, senza che, nel frattempo, venisse attivato alcun meccanismo di soccorso, nonostante – come riferito dallo stesso Ministro dell'Interno – «le attività di *law enforcement* e di polizia, che fanno capo al Ministro dell'interno, e quelle di soccorso in mare, che competono al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, esigono la cooperazione e la sinergia tutte le volte che i contesti operativi concreti lo richiedono ed in primis quando si tratta di salvaguardare l'incolumità delle persone»¹²⁰⁰.

Con riferimento al naufragio recentemente verificatosi al largo della Libia, invece, particolare rilievo potrebbe assumere quella parte della sentenza in cui si afferma che «la “sicurezza pubblica” – che imponeva di agire altrimenti alla data dell'evento, salvaguardando l'incolumità dei migranti in pericolo conclamato – non è soltanto riferibile ad aree di pertinenza del nostro Paese ovvero rientranti nella nostra competenza SAR e da garantirsi all'interno dell'ambito territoriale (e giurisdizionale) italiano, ma rappresenta piuttosto il bene/interesse tutelato penalmente sia che si assuma il coordinamento delle operazioni di salvataggio, sia che si debba prestare assistenza ai coordinatori degli altri

¹¹⁹⁹ TRIB. ROMA, SEZ. II, sentenza 15 dicembre 2022, cit., p. 28.

¹²⁰⁰ RESOCONTO STENOGRAFICO, *Informativa urgente del Governo*, cit., p. 10.

Stati richiedenti»¹²⁰¹. Va, peraltro, ricordato che alle autorità libiche non dovrebbe neppure essere consentito di intervenire per effettuare quelli che, *de jure et de facto*, si configurano come respingimenti verso un Paese (la Libia, appunto) in cui i diritti umani delle persone migranti vengono calpestati, non solo in virtù delle inenarrabili violenze da costoro subite (e accertate, come si è già dimostrato anticipatamente, dai nostri giudici), ma anche in virtù della mancata ratifica della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato. Consentire queste operazioni di *refoulement* equivale ad una *violazione per procura* dei diritti umani da parte dell'Italia, della Francia e dell'Europa tutta, mentre esse dichiarano di fondarsi sul rispetto dei diritti umani, della democrazia e sul valore della solidarietà.

La sentenza in esame, nel passo da ultimo citato, offre inoltre un importante spunto di riflessione sul concetto di sicurezza, avvalorandone la sua accezione di *sicurezza dei diritti* (*sub specie*, di diritto all'incolumità personale delle persone migranti), contro la *sicurezza del potere* ad ogni costo.

È da questa *risignificazione* del concetto di sicurezza che bisogna ripartire per disegnare una nuova frontiera: la frontiera dei diritti umani e dello Stato di diritto – o, in altre parole, dell'*etica della solidarietà* – quale frontiera invalicabile dal diritto penale affinché essi tornino ad essere – come auspicava Alessandro Baratta – *oggetto e limiti del diritto penale*¹²⁰². Si tratta, cioè, per dirla nuovamente con Luca Masera, di riconoscere nei diritti umani quel «“nocciolo duro” di diritti e di principi che rappresenta l'essenza stessa del nostro sistema democratico»¹²⁰³.

Se oggi il diritto penale è un diritto forte con i deboli e debole con i forti, nonché arma per eccellenza di riproduzione delle diseguaglianze (come dimostra la composizione delle nostre carceri¹²⁰⁴), l'auspicio è che esso possa tornare ad essere strumento di garanzia del più debole dagli abusi del potere, se del caso perseguendo penalmente i cosiddetti «crimini di sistema»¹²⁰⁵, cioè le «violazioni massicce dei diritti umani»¹²⁰⁶, costituenti «il

¹²⁰¹ TRIB. ROMA, SEZ. II, sentenza 15 dicembre 2022, cit., p. 71.

¹²⁰² A. BARATTA, «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», *Dei delitti e delle pene*, 3/1985, 443 ss.

¹²⁰³ L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali*, cit., p. 168.

¹²⁰⁴ Cfr. L. FERRAJOLI, «Il garantismo come legge del più debole e dell'oppresso, contro il potere», 21 febbraio 2021, su www.antigone.it.

¹²⁰⁵ ID., «I crimini di sistema e il futuro dell'ordine internazionale», *Teoria politica*, 9/2019 (URL: <https://journals.openedition.org/tp/878>, consultato il 17 marzo 2023).

¹²⁰⁶ *Ibidem*.

prodotto dell'odierna globalizzazione, la quale ha investito i mercati e l'economia, ma non la politica e il diritto»¹²⁰⁷.

Se nel pensiero del filosofo Luigi Ferrajoli questi illeciti, seppur gravissimi, non sono perseguibili attraverso lo strumento penale classico in quanto riconducibili ad una responsabilità, per l'appunto, di sistema (principalmente, quello anarco-capitalista) che per le sue macro-dimensioni sfugge ai principi garantisti che dovrebbero governare il diritto penale (primo fra tutti, il principio della responsabilità penale personale), e se per questo motivo andrebbero tenuti distinti dai «crimini dei potenti»¹²⁰⁸ (i quali sarebbero, invece, penalmente perseguibili), la sentenza del Tribunale penale di Roma, nell'accertare le responsabilità penali in capo alle nostre autorità marittime per la c.d. *strage dei bambini* dell'11 ottobre 2013, sembra dimostrare che, in alcuni casi, come quello dei naufragi in mare, i *crimini di sistema* – che, in casi come questi, si pongono, a ben vedere, al confine con i *crimini dei potenti* – non sfuggono alle maglie del diritto penale.

Non si può certamente negare che, nella peculiare ipotesi dei naufragi in mare si finisce per punire soltanto una parte del sistema, essendosi ribadito, nel corso di questa tesi, che la causa primaria delle tragedie del Mediterraneo – così come di quelle al confine tra Italia e Francia o, ancora, tra Francia e Regno Unito (come l'annegamento di 47 persone nel canal della Manica, che ha portato all'apertura di un'indagine per il *délit de non-assistance à personne en danger*¹²⁰⁹ tuttora in corso) – è politica e deve ravvisarsi, a livello globale, nelle sempre più crescenti diseguaglianze sociali ed economiche tra individui e sperequazioni tra Sud e Nord del mondo, nella esternalizzazione dei confini ad ogni costo, nell'assenza di un meccanismo idoneo a garantire ingressi legali e sicuri, nella perpetrazione di un sistema che legittima e riproduce le diseguaglianze¹²¹⁰.

¹²⁰⁷ *Ibidem*.

¹²⁰⁸ *Ibidem*.

¹²⁰⁹ A. EL IDRISSE – J. PASCUAL, «Mort de 27 migrants dans la Manche: les enquêteurs évoquent la non-assistance à personne en danger», *Le Monde*, 21 novembre 2022.

¹²¹⁰ Basti pensare, ad esempio, che è ancora in vigore la c.d. Legge Bossi-Fini (n. 189 del 30 luglio 2002) mediante la quale si continua a vincolare il permesso di soggiorno ad un contratto di lavoro, nonché a tenere in vita l'ipocrisia dell'incontro a distanza tra la domanda di lavoro di un imprenditore italiano e l'offerta promanante da un lavoratore di una persona che risiede all'estero: come denunciato più volte dagli esperti in materia, si tratta di una *factio* che inevitabilmente riduce questo meccanismo ad una «regolarizzazione mascherata» di lavoratori stranieri già presenti sul territorio italiano, seppur in modo irregolare. Cfr. D. FACCHINI, «I vent'anni della "Bossi-Fini", l'ipocrisia fatta legge sull'immigrazione», *Altresconomia*, 29 luglio 2022.

E, purtuttavia, come si è anticipato in sede di introduzione, citando Massimo Donini, se la politica si nutre «di persuasione, di logiche elettorali, di consenso»¹²¹¹ (e, a questi fini, può ritenersi legittimata a tacere la verità), «la scienza [giuridica, n.d.r.] no, perché quando quest'ultima cede agli opportunismi, o al populismo, è già strumento di consenso, “tecnica del potere”»¹²¹². Ecco che lo *ius* deve tornare ad essere quell'«isola della ragione»¹²¹³ nella quale non c'è spazio per la *lex iniusta*. Gli spazi per un appello alla ragione nell'esercizio della giurisdizione non sono, del resto, mancati di recente. A questo proposito, non si può ignorare il comunicato con cui Magistratura Democratica, all'indomani della emanazione dell'ordinanza con cui il G.i.p. di Crotona aveva convalidato il fermo di uno dei presunti *scafisti*, definendo la traversata dei naufraghi un «viaggio esotico»¹²¹⁴, ha redarguito il linguaggio stigmatizzante e deumanizzante del giudice, ricordando che «il rispetto per le persone – e per la funzione stessa del magistrato – si esprime anche attraverso l'uso misurato e pertinente delle parole»¹²¹⁵.

Le parole – lo si è detto più volte nel corso della presente tesi – non solo rispecchiano la realtà sociale in cui siamo immersi, ma hanno il potere terribile di creare ciò che dicono, come in una sorta di profezia che si autoavvera¹²¹⁶.

È dalle parole che bisogna ripartire per ricostruire l'*etica della solidarietà*: per dirla allora con il poeta Giacomo Leopardi, soltanto uniti da uno spirito di *comune fratellanza* e di «vero amor»¹²¹⁷, è possibile ricostruire una società più sicura.

Ripercorrendo i sentieri tracciati dai vari studiosi e attivisti citati nel corso di questa tesi, si tratta di riconvertire in un'ottica di *empatia strategica necessaria*, la *paura-esclusione* in *paura-solidarietà*. Solo una presa di consapevolezza della *comunità di destini* in cui sono immerse le nostre vite può condurci verso un autentico *liberalismo della paura*. È, questa, l'unica *bussola dei possibili*.

¹²¹¹ M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, cit., p. 104.

¹²¹² *Ibidem*.

¹²¹³ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità*, cit.

¹²¹⁴ Nella indisponibilità del provvedimento, sia consentito rinviare a G. FASANO, «Viaggi esotici alla volta di Crotona. L'ordinanza choc del giudice che convalida l'arresto degli scafisti», *Corriere della Sera*, 2 marzo 2023.

¹²¹⁵ MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Un'occasione per riflettere*, cit.

¹²¹⁶ Fra tutti, ricordo D. FASSIN, «*Clandestins*» ou «*exclus*»? *Quand les mots font les politiques*, cit.

¹²¹⁷ *La Ginestra* (o *Il Fiore del Deserto*), 130.

BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHIE

I. LETTERATURA, FILOSOFIA, SCIENZE POLITICHE, SCIENZE UMANE / LITTÉRATURE, PHILOSOPHIE, SCIENCE POLITIQUE, SCIENCES HUMAINES.

A. Letteratura / Littérature.

CANETTI E., *Massa e potere*, Adelphi, 1960.

GIRARD R., *Le bouc émissaire*, Grasset, Paris, 1982.

HERROU C., *Une terre commune*, Éditions du Seuil, Paris, 2023.

LEVI P., *I sommersi e i salvati*, Einaudi, 1986.

SCIURBA A., *Salvarsi insieme. Storia di una barca a vela sulla rotta dell'umanità*, Ponte alle Grazie, 2020.

B. Filosofia / Philosophie

1. Opere / Ouvrages

AGAMBEN G., *Lo Stato di eccezione*, Bollati Berlinghieri, 2003.

ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Editions Cujas, 1954.

ARENDT H., *The Origins of Totalitarianism*, Schocken Books, 1951.

BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in Anastasia Stefano – Palma Mauro (a cura di), *La bilancia e la misura*, Franco Angeli, 2001.

ID., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, 1982.

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990.

BOURDIEU P., *Méditations pascaliennes*, Seuil, Paris, 1987 (trad. it.: *Meditazioni pascaliane*, trad. di A. Serra, Feltrinelli, 1988).

BRIGAGLIA M., *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale Scientifica, 2019.

BUTLER J., *Vite precarie. Contro l'uso della violenza come risposta al lutto*, Meltemi, 2004.

BUZAN B. – WAEVER O. – DE WILDE J., *Security. A new framework for analysis*, Lynne Rienner Publishers, 1997.

CASADEI T., *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, 2016.

CHEVALLIER J., *L'État de droit*, LGDJ, 2017.

DONZELOT J., *Un État qui rend capable*, dans *Repenser la solidarité*, dans S. Paugam (a cura di), *Repenser la solidarité*, Presses Universitaires de France, 2011.

DURKHEIM É., *De la division du travail social*, Presses universitaires de France, 1991.

FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. II, Laterza, 2007.

FOESSEL M., *La sécurité: paradigme pour un monde désenchanté*, Esprit, 2006.

FOUCAULT M., *Bisogna difendere la società. Corso al Collège de France (1975-1976)*, trad. it. M. Bertani, A. Fontana, Milano, Feltrinelli Editore, 2020, p. 220.

ID., *Che cos'è l'illuminismo?*, p. 38, in I. Kant – M. Foucault, *Che cos'è l'illuminismo*, Mimesis, 2017.

ID., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, trad. it. A. Talchetti, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 2014

ID., *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, 2005.

ID., *Illuminismo e critica*, donzelli, 1997.

ID., *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Gallimard, Paris 1976; trad. it. *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, a cura di P. Pasquino e G. Procacci, Feltrinelli, Milano 1978.

GRECO T., *Dimensioni della sicurezza*, Giappichelli, 2009.

ID., *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, in S. Mattarelli (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, FrancoAngeli, 2007, p. 15.

ISENSEE J., *Fronteras: sobre la territorialidad del Estado*, Tirant lo Blanch, 2020.

ID., *Il diritto fondamentale alla sicurezza. A proposito dei doveri di protezione dello stato liberale di diritto*, Editoriale Scientifica, 2017 (ed. or.: *Das Grundrecht auf Sicherheit Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, De Gruyter, 1982, trad. it. a cura di Fulvio Fenucci).

NUSSBAUM M., *La monarchia della paura*, Il Mulino, 2018, p. 18 (ed. originale: *The Monarchy of Fear. A Philosopher Look at Our Political Crisis*, Simon & Schuster, 2018, trad. it. a cura di M. Giglioli).

EAD., *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Il Mulino, 2014.

OLIVIER L., *La question du pouvoir chez Foucault: espace, stratégie et dispositif*, Cambridge University Press, 2009.

PAUGAM S., *Vers un nouveau contrat social?*, dans *Repenser la solidarité*, cit.

PULCINI E., *La cura del mondo. Paura e responsabilità nell'età globale*, Bollati Berlinghieri, 2009.

RAWLS J., *Théorie de la justice*, Éditions Seuil, 2009.

RESTA E., *Il diritto fraterno*, Laterza, 2002.

RICHARD P., *Immigration étrangère, famille, respect des lois: hospitalité et solidarité*, dans *Repenser la solidarité*, cit.

RICOEUR P., *Percorsi del riconoscimento*, Raffaello Cortina Editore, 2005.

ID., *Soi-même comme un autre*, Seuil, 1990.

SCHAUER F., *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the “Chilling Effect”*, in 58 Boston University Law Review 685 (1978).

SCHMITT C., *Le categorie del politico [1922-1953]*, tr. it. di P. Schiera – G. Miglio, Il Mulino, 2009.

SHKLAR J., *Le libéralisme de la peur*, in J.-W. Müller, *La peur ou la liberté*, cit., (ed. or.: *Liberalism and the Moral Life*, Harvard University Press, 1989; trad. fr. a cura di Frédéric Joly).

SVENDSEN L., *Filosofia della paura. Come, quando e perché la sicurezza è diventata nemica della libertà*, Castelvecchi, 2010.

WEIL S., *Réflexions sur la barbarie*, Abrüpt, 2019.

2. Riviste / Revues

PONCELA P., «Droit de punir et pouvoir de punir: une problématique de l'État», *Archives de philosophie du droit*, vol. 28, «Philosophie pénale», 1983.

RICOEUR P., «Straniero, io stesso. Il dovere dell'ospitalità», *Vita e pensiero*, 5/2013.

SCIURBA A., «Quale sicurezza, quali diritti? Oltre la compassione, per un'empatia strategica necessaria», *Democrazia e Diritto*, 3/2018.

C. Scienze politiche / *Science politique*

1. Dizionari / *Dictionnaires*

DARD O. – BOUTIN C. – ROUVILLOIS F., *Le dictionnaire des populismes*, Les Éditions du Cerf, 2019.

DE CLEEN B., *Populism and Nationalism*, in *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, 2017.

KALTWASSER ET AL., *Populism: an overview on the concept and the state of the art*, in *The Oxford Handbook of Populism*, cit.

2. Opere / *Ouvrages*

ALGAN Y. – BEASLEY E. – COEHN D. – FOUCAULT M., *Les origines du populisme. Enquête sur un schisme politique et social*, Seuil, 2019.

ARDENI P. G., *Le radici del populismo. Disuguaglianze e consenso elettorale in Italia*, Laterza, 2020.

BRAUD P., *Petit traité des émotions, sentiments et passions politiques*, Paris, Armand Colin, 2007.

BETZ H., *Contro la globalizzazione: xenofobia, politica dell'identità e populismo escludente nell'Europa occidentale*, in M. Tarchi (a cura di), *Anatomia del populismo – Antologia dalla Rivista “Trasgressioni”*, Diana Edizioni, 2019.

CORNELLI R., *Politiche della paura*, in R. Cornelli – A. Ceretti, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, paura e politica* (a cura di), Feltrinelli, Milano, 2013.

DELMAS-MARTY M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Themis Droit, 1992.

EAD., *Les chemins de la répression*, Presses Universitaires de France, 1980.

DENEEN P., *Why liberalism failed*, Yale University Press, 2019.

FERRAJOLI L., *Democrazia e paura*, in M. Bovero – V. Pazè (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, 2010.

FINCHELSTEIN F., *Dai fascismi ai populismi. Storia, politica e demagogia nel mondo attuale*, Donzelli, 2019.

GRAZIANO P., *Neopopulismi. Perché sono destinati a durare*, Il Mulino, 2018.

LACCHÉ L., *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Donzelli editore, 2015.

LACLAU E., *Populism: What's in a name?*, in F. Panizza (a cura di), *Populism and the Mirror of Democracy*, London, Verso, 2005.

LATOUR B., *Où atterrir? Comment s'orienter en politique*, Paris, La Découverte, 2017.

MARINI R., *Tensioni plurime. Le strategie giornalistiche di fronte al tema dell'immigrazione*, in R. Marini – S. Tusini – M. Gerli – A. Marcaccio (a cura di), *Immigrazione e sicurezza. Riflessioni sociologiche su politiche, rappresentazioni e linguaggi*, Maggioli editore, 2019.

MASALA A.– VIVIANI L., *L'età dei populismi. Un'analisi politica e sociale*, Carocci, 2020

MUDE C – KALTWASSER C. R., *Populism. A very short introduction*, Oxford University Press, 2017 (trad. it.: *Populismo. Una breve introduzione*, Mimesis, 2020).

MÜLLER J.-W., *La peur ou la liberté. Quelle politique face au populisme?*, Premier Parallèle, 2020.

ID., *Cos'è il populismo*, Egea, 2017 .

PADOVANO S., *La Questione Sicurezza. Genesi e sviluppo di un concetto equivoco*, Rubbetino, 2011.

ROBERTS J. V. – STALANS L. J. – INDERMAUR D. – HOUGH M., *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, Oxford University Press, 2003.

ROBIN C., *La peur. Histoire d'une idée politique*, Armand Colin, Paris, 2006.

ROMANO V., *Dagli indesiderabili ai loro soccorritori: vecchi e nuovi nemici pubblici nella politica dei porti chiusi*, in *La Questione Mediterraneo: tradizione, cambiamenti, prospettive*, Messina University Press, 2023, pp. 255-275.

STEFANIZZI S., *Il teatro della sicurezza. Attori, pratiche e rappresentazioni*, Et al. Edizioni, 2012.

TAGUIEFF P., *La scienza politica di fronte al populismo*, in M. Tarchi (a cura di), *Anatomia del populismo*, Diana Edizioni, 2019.

ID., *L'illusion populiste: essai sur les démagogies de l'âge démocratique*, Flammarion, 2007.

TARCHI M., *Una scarpa per il principe. Come liberare lo studio del populismo dal "complesso di Cenerentola"*, in ID. (a cura di), *Anatomia del populismo, cit.*

TARRAGONI F., *L'esprit démocratique du populisme*, La Découverte, 2019.

URBINATI N., *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Il Mulino, 2020, p. 19 (ed. or. *Me, The People. How populism transforms democracy*, Harvard University Press, 2019, trad. it. a cura di C. Bertolotti).

WILES P., *A syndrome, not a doctrine. Some elementary theses on Populism*, in E. Gellner (a cura di), *Populism: its meaning and national characteristics*, Nicolson, 1969.

3. Riviste / Revues

GREBLO E., «Neopopulismi e democrazia illiberale», *Ragion pratica*, 3/2019.

ID., «GEOGRAFIE DELLA SICUREZZA», *Etica & Politica*, XXI, 2019, 1.

MUDDE C – KALTWASSER C. R., «Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America», *Government and Opposition*, vol. 48, n. 2, 2013.

VASILOPOULOS G. E. M. – NICHOLAS A. V. – FOUCAULT M., «Fear, anger, and voting for the far right: Evidence from the November 13, 2015 Paris terror attacks», *Political psychology*, 4/2019.

D. Scienze umane / Sciences humaines

1. Dizionari / Dictionnaires

GALIMBERTI U., *Diccionario de psicología*, siglo xxi editores, 2002.

2. Opere / Ouvrages

AGIER M., *Gérer les indésirables. Des camps de réfugiés au gouvernement humanitaire*, Flammarion, 2008.

AMBROSINI M. – D'AMICO M. – PERASSI E., *Migrazioni, confini, diritti umani*, Milano University Press, 2022.

AMBROSINI M., *Il ritorno dei confini. Politiche della sicurezza e flussi migratori*, in A. Panebianco (a cura di), *Democrazia e sicurezza. Società occidentali e violenza collettiva*, Il Mulino, 2021.

ID., *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Laterza Roma-Bari, 2020.

BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Laterza, 2006.

ID., *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, 2000.

BENASAYAG M. – SCHMIT G., *Les passions tristes. Souffrance psychique et crise sociale*, La Découverte, 2007.

BARBERIS M., *La scatola delle meraviglie. Tre spiegazioni del populismo*, Carocci, 2020.

BARONCELLI E., *L'opinione pubblica e le paure sulla sicurezza*, in A. Panebianco (a cura di), *Democrazia e sicurezza. Società occidentali e violenza collettiva*, Il Mulino, 2021.

BARTOLI C., *Razzisti per legge. L'Italia che discrimina*, Laterza, 2012.

EAD., *La teoria della subalternità e il caso dei dalit in India*, Rubettino, 2008.

BATTISTELLI F., *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, Donzelli, 2016.

BIANCHETTI R., *La paura del crimine, Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Giuffré, 2018.

BIANCHI M. – BUONANNO P. – PINOTTI P., *Immigration and crime: an empirical analysis*, 2008.

BIGO D., *Terror, insecurity and liberty: illegal practices of liberal regims after 9/11*, Routledge, 2008.

- BISIAUX S., *En finir avec les idées fausses sur les migrations*, États Généraux des Migrations, 2021.
- BOCCALI R. – RICOEUR P., *Ermeneutica delle migrazioni. Saggi, discorsi, contributi*, Mimesis, 2013.
- BOTTIROLI G., «Il perturbante è l'identità divisa. Un'interpretazione di Der Sandmann», *Enthymema*, XII, 2015.
- BOUCHARD M., «Un processo può curare il trauma del crimine?», *Questione Giustizia*, 21 settembre 2021.
- BRANCHARD E., «Étrangers incarcérées, étrangers délinquants?», *Plein Droit*, n° 50, juillet 2001.
- BOUVET L., *L'insécurité culturelle. Sortir du malaise identitaire français*, Fayard, 2015.
- BUTLER J., *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Verso, 2006.
- CAMUS R., «La negation du Remplacement est le négationnisme moderne», *L'incorrect* n° 19, aprile 2019.
- CASTEL R., *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Éditions du Seuil, Paris, 2023.
- ID., *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi, 2011.
- CATTARINUSI B., *Sentimenti, passioni, emozioni. Le radici del comportamento sociale*, FrancoAngeli, 2007.
- CIOTTI L., *Droga. Storie che ci riguardano*, Edizioni Gruppo Abele, 2020.
- CUTTITTA P., *Lo spettacolo del confine. Lampedusa tra produzione e messa in scena della frontiera*, Mimesis, 2012.
- DAL LAGO A., *Non-persons: The Exclusion of Migrants in a Global Society*, Ipoc Press, 2009.

DE LA VEGA X., *Vivre dans la modernité liquide. Rencontres avec Zygmunt Bauman*, dans V. Bedin (sous la direction de) *Philosophies et pensées de notre temps*, Éditions Sciences Humaines, 2011, pp. 141-148.

DELMAS-MARTY M., *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Éditions du Collège de France, 2020.

EAD., *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme boussole*, Buchet Chastel, 2019.

EAD., *Le durcissement du contrôle des migrations – Sens et non sens de l'humanisme juridique*, Cours au Collège de France, 19 janvier 2011.

EAD., *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Seuil, Paris, 2010.

DUBET F., *Le temps des passions tristes: inégalités et populisme*, Editions du Seuil, 2019.

DUPUY J.-P., *Pour un catastrophisme éclairé*, Paris, Seuil, 2002.

DURKHEIM É., *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, Presses Universitaires de France, 1950.

FASANI F. – MASTROBUONI G. – OWENS E. G. – PINOTTI P., *Does immigration increase crime? Migration Policy and the Creation of the Criminal Immigrant*, Cambridge University Press, 2019.

FASSIN D., *De l'inégalité des vies*, Fayard, 2020.

ID., *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, 2018.

FASSIN E., *Populisme: le grand ressentiment*, La Découverte, 2017.

FREUD S., *Il perturbante*, ed. or. *Das Unheimliche*, trad. it. a cura di S. Daniele, in *Saggi sull'arte, la letteratura e il linguaggio*, Bollati Boringhieri, 1991.

GALIOTO E., *Immigrazione e sicurezza. Discorsi parlamentari e paradigma securitario*, in A. Forgione – R. Massucci – N. Ferrigni (a cura di), *Per una cultura della sicurezza condivisa. Trattato di sicurezza pubblica*, Franco Angeli, 2020.

GILIBERTI L., *Abitare la frontiera. Lotte neorurali e solidarietà ai migranti sul confine franco-italiano*, Ombre Corte, 2020.

GOTMAN A., *Sous la solidarité et le droit: l'hospitalité*, dans *Repenser la solidarité*, cit.

GUILD E., *Les étrangers en Europe, victimes collatérales de la guerre contre le terrorisme*, in D. Bigo – L. Bonelli – T. Deltombe (a cura di), *Au nom du 11 septembre. Les démocraties à l'épreuve du terrorisme*, La Découverte, Paris, 2008.

HARRÉ R., *La costruzione sociale delle emozioni*, Giuffrè, 1992.

HOLT T.-C., *Pouvoir, savoir et race. À propos du cours de Michel Foucault «Il faut défendre la société»*, dans Jean-Claude Zancarini (sous la direction de), *Lectures de Michel Foucault*, ENS éditions, 2014.

MACPHARSON W., *The Stephen Lawrence Inquiry. Report of an inquiry by Sir William Macpherson*, C. 4262-I, London, 1999.

MANCONI L. – GRAZIANI F., *Per il tuo bene ti mozzero la testa. Contro il giustizialismo morale*, Einaudi, 2020.

MBEMBE A., *Necropolitica*, Ombre Corte, 2016.

MELOSSI D., *Una teoria dello Stato (europeo) senza Stato: democrazia, controllo sociale, lingua*, in S. Anastasia – T. Pitch (a cura di), *Legalità, giustizia, disuguaglianze. Una crisi contemporanea*, Carocci editore, 2022.

KHOSRAVI S., *Io sono confine*, Elèuthera, 2019.

SAITTA P., *Resistenze. Pratiche e margini del conflitto nel quotidiano*, Ombre corte, 2015.

SAYAD A., *La double absence: des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Éditions du Seuil, Paris, 2016, VLeBooks.

ID., «Immigration et pensée d'État», *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 129, septembre 1999, *Délits d'immigration*.

SBRACCIA A., *Immigrazione e criminalità: alla ricerca di nessi causali*, in *I migranti sui sentieri del diritto*, cit.

SBRACCIA A. – VIANELLO F., *Sociologia della devianza e della criminalità*, Laterza, 2010.

SCIURBA A., *Parole che discriminano: "clandestini". L'invenzione di una "razza"*, in M. Mannoia (a cura di), *Il silenzio degli altri. Marginali, esclusi e altri invisibili*, 2011.

WACQUANT L., *Les prisons de la misère*, Paris, Éditions Raisons d'agir, 2006, 9e édition.

3. Riviste /Revue

ARMENTA A., «Racializing Crimmigration: Structural Racism, Colorblindness, and the Institutional Production of Immigrant Criminality», *Sociology of Race and Ethnicity*, 2017, Vol. 3 (I).

BARATTA A., «Che cos'è la criminologia critica?», *Dei delitti e delle pene*, 1/1991.

BAUDER H. – L. JUFFS, «'Solidarity' in the migration and refugee literature: analysis of a concept», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 1/2020.

BESCHE C. – RICHARD J.-L., «Analyse de textes autour du concept de "race". Une analyse de discours de Jean-Marie Le Pen», *Psychologie française*, XLIV, n° 2, 1999.

CASANOVA R., «Bouc émissaire. Chronique d'une violence ordinaire», *Les cahiers dynamiques*, 2/2014.

FASSIN D., «Clandestins ou exclus? Quand les mots font les politiques», *Revue des sciences sociales du politique*, 34/1996.

GENTILI D., «Hic sunt leones. Confine/frontiera: genealogia politica di un dispositivo spaziale», *Teoria politica. Nuova serie Annali* [Online], 10/2020.

GILIBERTI L., «Verso i solidarity studies. Nuove prospettive di ricerca su migrazioni e frontiere», *Mondi Migranti – Rivista di studi e ricerche sulle migrazioni internazionali*, 3/2021.

GILIBERTI L. – FILIPPI D., «La solidarietà in frontiera: le reti di supporto ai migranti in transito in Val di Susa», *Mondi Migranti – Rivista di Studi e Ricerche sulle migrazioni internazionali*, 3/2021.

MEYER J.-B., «Le lien entre migration et terrorisme. Un tabou à deconstruire», *Revue française de référence sur les dynamiques migratoires*, 1 juillet 2016.

MUCCHIELLI L., «Immigration et délinquance: réalités, amalgames et racismes», dans *Migrations et mutations de la société française*, 2014.

OLIVERI F., «Governare attraverso la paura: le politiche migratorie emergenziali e securitarie come paradigma», *Jura Gentium*, XVIII 1/2021.

RODIER C., «Derrière l'aide à l'Afrique, la guerre aux migrants», *Plein droit*, 4/2006 (n° 71).

SALVATI M., «Solidarietà: una scheda storica», *Parolechiave* 2/1993.

SAYAD A., «La doppia pena del migrante. Riflessioni sul “pensiero di Stato”», *Aut Aut*, 275/1996.

STREIFF-FÉNART J., «Usages et mésusages de la notion de solidarité en contexte migratoire», *Mondi Migranti – Rivista di studi e ricerche sulle migrazioni internazionali*, 3/2021.

YVAN F., «L'inquiétante étrangeté de l'étranger», *Savoir et clinique*, 1/2018, pp. 141-149.

II. DIRITTO / DROIT

1. Trattati, manuali e atti di convegno / Traités, manuels et actes de colloque.

ADAM R. – TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2020.

ALIX J. – CAHN O. – ARLETTAZ J., *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme: implications juridiques – Actes du colloque organisé les 9 et 10 février 2017 à l'Université de Lille 2*, Dalloz, 2017.

CAVALLARO M. C., *Verso un diritto amministrativo del nemico?*, «Un nuovo sguardo al diritto penale del nemico», Università degli Studi di Palermo, 28 maggio 2021.

CHILSTEIN M. D., «Droit pénal et émotion», Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, 16 aprile 2021.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Presses universitaires de France, 6ème édition, 2018.

PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, 2022.

PUGIOTTO A., «“Purché se ne vadano!” La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero», Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti «Lo statuto costituzionale del non cittadino», Cagliari, 16-17 ottobre 2009.

SAVINO M., «La mobilità delle persone al bivio tra "Fortezza Europa" e nuovo Patto per le Migrazioni e l'Asilo», Università degli Studi di Palermo, 12 marzo 2021.

2. Opere / Ouvrages

AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020.

AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa giallo-verde*, Donzelli editore, 2019.

BACCO F., *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale*, G. Giappichelli, 2018.

BARBERIO L., *Il diniego e la revoca della protezione internazionale*, in A. Conz – L. Levita (a cura di), *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Dike, 2019.

CAPUTO A., *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, FrancoAngeli, 2020.

CONZ A. – LEVITA L., *Il decreto Salvini su immigrazione e sicurezza. Commento organico al D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, come convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132*, Dike giuridica editrice, 2019.

CORSI C., *L'incessante disciplina "emergenziale" dell'immigrazione e dell'asilo*, in G. Alpa – G. Spangher (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pacini Giuridica, 2021.

EAD., *Il diritto penale speciale del Testo Unico Immigrazione*, in F. Curi – F. Martelloni – A. Sbraccia – E. Valentini (a cura di), *I migranti sui sentieri del diritto*, Giappichelli, 2020.

EAD., *Uno sguardo ad alcune fattispecie criminose*, in *I migranti sui sentieri del diritto*, cit.

DEGL'INNOCENTI L., *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffré, 2013.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit IV. Vers une communauté de valeurs?*, Seuil, 2011.

EAD., *Les forces imaginantes du droit III. La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007.

EAD., *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 1^o édition «Quadrige», 2004.

DONINI M., *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi, 2019.

DUPUY M.-P., *Les "considérations élémentaires d'humanité" dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice*, in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, Pedone, 1999.

FERRAJOLI L., *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, 2022.

ID., *Le politiche contro i migranti tra disumanità e illegalità*, in M. Giovannetti – N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi, cit.*

FERRERO G., *Contro il reato di immigrazione clandestina. Un'inutile, immorale, impraticabile minaccia*, Ediesse, 2009.

FIANDACA G., *Nulla di nuovo sotto il sole (o buio) penalistico: Manzini precursore di Jakobs nella teorizzazione di un "diritto penale del nemico"*, 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*, Giuffrè, 2018.

ID., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017.

ID., *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti religiosi nella genesi e nelle applicazioni delle leggi penali*, in AA.VV. a cura di Di Giovine O., *Diritto penale e neuroetica*, Cedam, 2013.

FORZATI F., *La sicurezza tra diritto penale e potere punitivo*, Edizioni scientifiche italiane, 2020.

GALLARDO E., *Le défi migratoire*, in *Europe(s) et justice pénale – XXVe congrès de l'Association française de droit pénal*, Dalloz, 2023.

GENNARI L. – CECCHINI C. L. – CRESCINI G., *Esternalizzazione delle frontiere e gestione della rotta mediterranea tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ius migrandi, cit.*

JAKOBS G., *I terroristi non hanno diritti*, in R. E. Kostoris – R. Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, 2006.

JANSEN Y. – R. CELIKATES, *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: Detention, Deportation*, Rowman & Littlefield International, 2014.

INSOLERA G., *Quando la difesa è legittima? Il diritto della paura e la paura del diritto*, Raffaello Cortina, 2020.

LAGARDE P., *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, 4e édition.

LÉCUYER Y., *La perpétuité perpétuelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Presses Universitaires de Renne, 2012.

MASERA L., *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei Ministri*, Giappichelli, 2020.

ID., *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. Mazza – F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Giappichelli, 2009.

MILETTO E. – TALLIA S., *Vite sospese. Profughi, rifugiati e richiedenti asilo dal Novecento a oggi*, FrancoAngeli, 2021.

OLIVERI F., *I "poteri di confine" e i loro limiti. Per una genealogia del diritto italiano dell'immigrazione*, in F. Biondi Dal Monte – E. Rossi (a cura di), *Diritti oltre frontiera: migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa University Press, 2020.

PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ, 2010, n° 395.

PARROT K., *Carte blanche. L'État contre les étrangers*, La Fabrique Éditions, Paris, 2019.

PASTORE B., *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, in T. Casadei – G. Zanetti (a cura di) – Collana di Studi e Ricerche del CRID UniMore, Giappichelli, 2021.

PASTORE M. – ZORZELLA N., *30 anni di legislazione italiana in materia di condizione giuridica della persona straniera. Alcune chiavi di lettura*, in M. Giovannetti – N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi, cit.*

PITCH T., *Contro il decoro. L'uso politico della pubblica decenza*, Laterza, 2013.

PRATT J., *Penal populism*, Routledge, New York, 2007.

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

SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Fayard, 2012.

SAVINO M., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffré, 2012.

SAVIO G., *Diritto penale dell'immigrazione*, in P. M. Della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, 2021.

SCIURBA A., *Le parole dell'asilo. Un diritto di confine*, Giappichelli, 2021.

EAD., *Poverta, diritti umani e cittadinanza. Presentazione e analisi dei risultati del progetto del Consiglio d'Europa. I diritti umani delle persone in situazione di poverta*, in

D. Costantini, F. Perocco, & L. Zagato (a cura di), *Trasformazioni e crisi della cittadinanza sociale*, Edizioni Ca' Foscari, 2015.

SELMINI R., *Dalla sicurezza urbana al controllo del dissenso politico. Una storia del diritto amministrativo punitivo*, Carocci Editore 2020.

TESAURO A., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, 2013.

VALENTINI E., *L'accompagnamento coattivo alla frontiera*, in *I migranti sui sentieri del diritto cit.*

4. Riviste (articoli, contributi, note a sentenza) / Revues (articles, contributions et notes de jurisprudence)

ABEL O. – DELMAS-MARTY M., «Dans la spirale des humanismes», *Revue européenne du droit*, mars 2021.

AIMI A., «Il “decreto sicurezza” 2018: i profili penalistici», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2019.

AMENDOLA G., «Migranti e traffico illecito di rifiuti. Prime note a caldo su un caso anomalo», *Questione Giustizia online*, 29 novembre 2018.

ANASTASIA S., «L'uso populista del diritto e della giustizia penale», *Ragion pratica* 1/2019.

BARATTA A., «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», *Dei delitti e delle pene*, 3/1985.

BENAZETH E., «Délit de solidarité – immunité humanitaire: où sont les frontières de la notion?», *Juris Associations*, 2020, n° 616.

BERNARDI S., «Una condanna della Corte d'Assise di Milano svela gli orrori dei “centri di raccolta e transito” dei migranti in Libia», *Diritto penale contemporaneo – online*, 16 aprile 2018.

BETZ H., «Exclusionary populism in Austria, Italy and Switzerland», *International journal*, 2001.

BOINNARD L., «Quel rôle pour le juge face à la désobéissance civile?», *Revue française de droit constitutionnel*, 4/2022.

CAPPITELLI R., «Locus commissi delicti e giurisdizione dello Stato italiano», *Cassazione penale*, 7/2019, pp. 2453 ss.

CASSESE S., «Il Governo legislatore», *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2021.

CATALDI G., «L'impossibile “interpretazione conforme” del decreto “sicurezza bis” alle norme internazionali sul soccorso in mare», *Questione Giustizia online*, 26 febbraio 2020.

CAVALIERE A., «Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?», *Critica del diritto*, 2009.

CAVASINO E., «“Ridisegnare il confine tra “noi” e “loro”. Interrogativi sulla revoca della cittadinanza», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2019.

CHASSANG C., «La fin du délit de solidarité à la française?», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2019.

CHIARAMONTE X., «Il diritto penale è intrinsecamente populista?», *Azimuth: philosophical coordinates in modern and contemporary age*, 1/2021.

CHIRULLI P., «L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza», *Rivista AIC*, luglio 2014, www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it.

CONSULICH F., «La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.», *Giurisprudenza Penale*, 5/2019 .

CURI F., «La giurisdizione in alto mare: tra universalità tentata e territorialità consumata», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2022.

CUSIMANO E. – VILLA M., «From “Angels” to “Vice Smugglers”: the Criminalization of Sea Rescue NGOs Italy», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2021.

D’AMBROSIO L., «Niente più *garde à vue* per gli stranieri irregolari in Francia in seguito alle sentenze della Corte di giustizia UE sulla direttiva rimpatri», *Diritto penale contemporaneo*, 12 giugno 2012.

DE ALBUQUERQUE P. P., «‘Figli di un dio minore’: migranti e rifugiati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell’uomo», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2021.

DELAGE P.-J., «Mireille Delmas-Marty, ou la résistance à la déshumanisation du droit pénal. À propos de Libertés et sûreté dans un monde dangereux», *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 3/2022.

DELANOË-DAOUD C. – DE VAREILLE-SOMMIÈRES B. – ROTH I., «Les mineurs isolés étrangers devant le tribunal pour enfants de Paris», *AJ Pénal*, 2016.

DELMAS-MARTY M., «Sécurité, je lis ton nom... De la peur-exclusion à la peur-solidarité», in *Politique(s) Criminelle(s). Mélanges en l’honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, pp. 163 ss.

EAD., «Violences et massacres: entre droit pénal de l’ennemi et droit pénal de l’inhumain», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2009.

EAD., «La loi n’a plus tous les droits», *Sociétés et représentations*, 2/1996.

DERRIDA J., «Quand j’ai entendu l’expression ‘délit d’hospitalité’», *Plein Droit*, 34/1997.

DE SENA – M. STARITA, «Navigare fra istanze “Stato-centriche” e “Cosmopolitiche”: il caso “Sea-Watch” in una prospettiva conflittuale», *SIDIBlog*, 14 luglio 2019.

DE VITTOR F., «Questioni di interpretazione e applicazione delle Convenzioni internazionali sulla sicurezza in mare: il fermo amministrativo della nave Sea-Watch 4 al vaglio della giustizia amministrativa siciliana», *Diritto & Questioni Pubbliche, Special Issue – Il lato oscuro del diritto nella criminalizzazione del soccorso in mare*, XXI, 2021.

ID., «Il Port State Control sulle navi delle ONG che prestano soccorso in mare: tutela della sicurezza della navigazione o ostacolo alle attività di soccorso?», *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2021.

DONINI M., «Populismo penale e ruolo del giurista», *Sistema penale*, 7 settembre 2020.

ID., «Mafia e terrorismo come «parte generale» del diritto penale», *Meridiana*, n° 97 (2020).

ID., «Scienza penale e potere politico», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015.

ID., «Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione», *Questione giustizia online*, 1/2009.

ID., «Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito intorno al diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare», *Studi sulla questione criminale*, 2/2007.

DI FLORIO A., «L'influenza del diritto europeo ed internazionale sui diritti fondamentali dei migranti: a proposito del d.l. 1/2023», *Questione giustizia*, 6 febbraio 2023.

DONNARUMMA M. R., «Le “délit de solidarité”, un oxymore indéfendable dans un État de droit», *Revue française de Droit constitutionnel*, 117/2019.

DORNEL L., «Bohémiens, Tsiganes et nomades: la construction d'une figure particulière de l'étranger au XIXe siècle», *Études Tsiganes*, 2011/3 (n° 47).

DUEZ D., «L'Europe et le clandestins: la peur de l'autre comme facteur d'intégration?», *Politique européenne*, 3/2008.

DURKHEIM É., «Définitions du crime et fonction du châtement», in D. Szabo (a cura di), *Déviance et criminalité*, 1970.

- FIANDACA G., «Populismo politico e populismo giudiziario», *Criminalia*, 2013.
- FERRARA M., «L'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di criminalizzazione dell'assistenza umanitaria ai migranti irregolari: dalla direttiva 2002/90/CE del Consiglio al nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo», *Diritto & Questioni Pubbliche, Special Issue – Il lato oscuro del diritto nella criminalizzazione del soccorso in mare*, XXI, 2021.
- FERRAJOLI L., «I crimini di sistema e il futuro dell'ordine internazionale», *Teoria politica*, 9/2019.
- FERRI F., «Il codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee», *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2018.
- FOEGLE J.-P. – KLAUSSER N., «La zone grise des notes blanches», *Délibérée*, 2/2017.
- FORZATI F., «Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona», *Archivio penale*, 3/2019.
- GALISSON M., «Calais ou l'escalade répressive», *Plein Droit*, 2/2021, n° 129.
- GATTA G. L., «La pena nell'era della “crimmigration” tra Europa e Stati Uniti», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2017.
- GENNARI L., «Navi in porto, naufragi nel Mediterraneo: la dimensione amministrativa del contrasto alle operazioni di soccorso», *Diritto & Questioni Pubbliche, Special Issue, cit.*
- GENTILUCCI P., «Il rebus politico-giuridico della nave Gregoretti. Una bussola per i futuri governi», *Giurisprudenza penale web*, 28 febbraio 2020.
- GILIBERTO A., «Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati», *Diritto penale contemporaneo*, 10 marzo 2017.
- GULLO N., «Prevenzione del terrorismo, tutela dell'ordine pubblico e diritti fondamentali degli stranieri», *Diritto & questioni pubbliche*, XVII, 2017/2 (dicembre).

HENRIOT P., «Delit de solidarité: militant ou humanitaire, il faut choisir!», *Plein Droit*, 4/2017, n° 115, p. 37.

ID., «Dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers: La résistance française (de l'arrêt El Dridi à la loi du 31 décembre 2012)», *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2013.

HENRIOT P. – PARROT K., «Un espace-temps sécuritaire: l'assignation à résidence à durée illimitée», *Archives de politique criminelle*, 1/2021.

HOWARD C., «The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence», *Connecticut Journal of International Law*, 1/1987.

JAKOBS G., «Aux limites de l'orientation par le droit: le droit pénal de l'ennemi», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2009.

LA ROSA M., «Diritto penale e immigrazione in Francia: *cui prodest?*», *Diritto penale contemporaneo*, 1 febbraio 2012.

LAZERGES C., «Des modèles de politique criminelle aux mouvements et systèmes de politique criminelle», *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 3/2022 (n° 3).

EAD., «Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1/2018.

EAD., *Fallait-il constitutionnaliser la déchéance de nationalité?*, in *Politique(s) Criminelle(s)*, cit.

EAD., «De la fonction déclarative de la loi pénale», *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2004.

KLÖTGEN P., «Présence de mineurs en centre de rétention: les conditions posées par la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue critique de droit international privé*, 2/2017.

MASERA L., «Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare», *Questione giustizia online*, 3 aprile 2023.

ID., «Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione», *Sistema penale*, 15 febbraio 2023.

ID., «La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia», *Sistema penale*, 28 luglio 2022.

ID., «Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante», *Questione Giustizia*, 15 giugno 2021.

ID., «I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement», *Sistema penale*, 21 luglio 2020.

ID., «Il diritto penale “dei nemici”. La disciplina in materia di immigrazione irregolare», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2020.

ID., «La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico», *Federalismi.it*, 2/2019.

ID., «I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti», *Diritto penale contemporaneo*, 10 marzo 2017

ID., «Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo», *Gli speciali di Questione Giustizia*, 9/2016.

MASERA L. – VIGANÒ F., «Abolire la legge Bossi-Fini?», *Diritto penale contemporaneo*, 14 ottobre 2013.

MANICCIA P., «Gli incerti “confini” del principio di territorialità», *Cassazione penale*, 11/2018, pp. 3717 ss.

MELOSSI D., «La “sovrarappresentazione” degli stranieri nei sistemi di giustizia penale europei e italiano», *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4/2003, pp.11-27.

MENTASTI G., «Il decreto ‘immigrazione-sicurezza’ (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione», *Sistema penale*, 15 gennaio 2021.

EAD., «Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis c.p.). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori», *Sistema penale*, 2 ottobre 2020.

MOSCONI G., «La nuova prevenzione e il decreto Minniti», *Studi sulla questione criminale*, XII, n. 1- 2/2017.

ID., «La sicurezza dell’insicurezza. Retoriche e torsioni della legislazione italiana», *Studi sulla questione criminale*, 2/2010.

MUSSI F., «Sulla controversa natura giuridica del codice di condotta del Governo italiano relativo alle operazioni di salvataggio dei migranti in mare svolte da organizzazioni non governative», *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017.

PALAZZO F., «Immigrazione e criminalità. Una lettura di dati statistici», *Diritto penale contemporaneo*, 24 ottobre 2016.

PALEOLOGO F. V., «Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell’ordinamento interno», *Questione Giustizia – Rivista trimestrale di Magistratura Democratica*, 2/2018.

PALADINI L., «La Corte di giustizia dell’UE e l’obbligo internazionale di soccorso in mare: sul caso del fermo delle navi della Sea Watch eV», *DPCE online*, v. 53, n. 3, sep. 2022.

PALMIERI A., «Il Conseil d’État avalla la decisione del governo francese di prolungare per un altro semestre i controlli alle frontiere», in < foroitaliano.it >, 2 agosto 2022.

PARIZOT R., «Contre l’indignité nationale», *Recueil Dalloz*, 2015.

PARROT K., «La fabrique du droit contre les étrangers», dans O. Slaouti éd., *Racismes de France*, Paris, La Découverte, «Cahiers libres», 2020.

EAD., «Condition des étrangers», *Revue critique de droit international privé*, 4/2012.

PAVARINI M., «La giustizia penale ostile», *Studi sulla questione criminale*, 2/2007.

PELISSERO M., «La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2020

ID., «Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione», *Politica del diritto*, 2/2011.

ID., «Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione», *Questione giustizia*, 4/2007

PISA P., «La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?», *Diritto penale e processo – Speciale Immigrazione*, 2009.

PITEA C. – ZIRULIA S., «L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch», *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2020.

ID., «“Friends, not foes”»: qualificazione delle attività delle Ong di soccorso in mare alla luce del diritto internazionale e tipicità della condotta», in www.sidiblog.it, luglio 2019.

PUGIOTTO A., «Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019.

PULITANÒ D., «La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Introduzione», *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016.

RENOUX S.-T., «Contrôle de constitutionnalité de la loi du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale [Note sous décision n° 93-334 DC]», *Recueil Dalloz*, 1995, n° 40.

ROMANO S., «L'(ab)uso del diritto penale contro le azioni di soccorso delle ONG», *Diritto & Questioni Pubbliche, Special Issue – Il lato oscuro, cit.*

ROMANO V., «Osservazioni a *Cour d'assises spéciale de Paris*, 29 juin 2022, Salah Abdeslam e altri», *Foro it.*, IV, 1/2023, pp. 48 ss.

EAD., «Incompatibile con gli articoli 3, 8 e 13 della Cedu il collocamento di un minore straniero non accompagnato in un centro per adulti: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia», in <foroitaliano.it>, 29 luglio 2022.

EAD., «Inumano e degradante il trattenimento amministrativo di un minore straniero accompagnato: la Corte di Strasburgo condanna nuovamente la Francia», nota a Corte Edu, sentenza 31 marzo 2022, ric. 49775/20, *N.B. e altri c. Francia*, in < foroitaliano.it >, 7 aprile 2022.

RUGGIERO C., «La depenalizzazione del reato di “immigrazione clandestina”: un'occasione mancata per il sistema penale italiano», *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017.

SAAS C., «Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité», *Recueil Dalloz*, 4 ottobre 2018, n° 34.

SACCUCCI A., «Divieto di tortura ed esigenze di sicurezza nel contesto della *war on terror*: verso una flessione ‘al ribasso’ degli obblighi internazionali?», *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2009.

SIRACUSA L., «Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 4/2013.

SPENA A., «Smuggling umanitario e scriminanti», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/2019.

ID., «La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017.

STARITA M., «Search and Rescue operations under the New Pact on Asylum and Migration», *SidiBlog*, 8 novembre 2020.

ID., «Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata», *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2019.

STUMPF J., «The crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power», *American University Law Review*, 2006.

VENTURI F., «La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020», *Quaderni costituzionali*, 1/2021.

VIGANÒ F., «Un'altra deludente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative punitive», *Diritto penale contemporaneo*, 10 aprile 2017.

ZIRULIA S., «Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese": nuove norme, vecchie politiche criminali», *Diritto penale e processo*, 5/2021.

ID., «Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici», *Diritto penale contemporaneo*, 18 giugno 2019.

5. Tesi di dottorato in diritto / Thèse de doctorat en droit

CHASSANG C., *L'étranger et le droit pénal: étude sur la pertinence de la pénalisation*, Thèse pour le doctorat en Droit – Université "Paris Nanterre Ouest – La Défense, présentée et soutenue publiquement le 6 décembre 2013.

RICHEFEU L., *Le droit pénal face à la migration transfrontière*, Mare Martin, 2021, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en Droit Présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2018 à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne.

III. RAPPORTI, PARERI, RACCOMANDAZIONI, DOSSIERS, ÉTUDES D'IMPACT E INCHIESTE / RAPPORTS, AVIS, RECOMMANDATIONS, DOSSIERS, ÉTUDES D'IMPACTS, ENQUÊTES.

ACCARDO Y. – MAZZUZI F. – VITALE G. – BOTTAZZO R., «Dietro le mura. Abusi, violenze e diritti negati nei Cpr d'Italia», *LasciateCIEntrare*, 2022.

AMNESTY INTERNATIONAL, “*No alla politica dei porti lontani*”. *Chiediamo al Parlamento di non approvare il decreto-legge sulla gestione dei flussi migratori*, 16 gennaio 2023, in www.amnesty.it .

EAD., *Italia – una china pericolosa per i diritti umani: il caso Iuventa*, 2021.

EAD., *Punishing Compassion. Solidarity on Trial in the Fortress Europe*, 2020.

ANAFÉ, *Persona non grata. Conséquence des politiques sécuritaires et migratoires à la frontière franco-italienne, Rapport d'observations 2017-2018*.

ARCI PORCO ROSSO e ALARM PHONE (con la collaborazione di Borderline Sicilia e borderline-europe), *Dal Mare al Carcere La criminalizzazione dei cosiddetti scafisti*, Creative Commons BY-SA, 15 ottobre 2021.

ASGI, *É un dovere giuridico soccorrere chiunque sia in pericolo in mare, anche se fuori dalla nostra area di intervento*, 13 marzo 2023.

EAD., *Asgi in Commissione Affari Costituzionali: il decreto legge 1/2023 non va convertito perché viola la Costituzione*, 25 gennaio 2023, in www.asgi.it.

EAD., *Le precisazioni della Corte europea di giustizia sui controlli degli Stati di approdo alle NGO impegnate nel soccorso in mare*, 11 agosto 2022, in www.asgi.it.

EAD., *Le modifiche in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1 d.l. 113/2018. Prime osservazioni*, 25 ottobre 2018, in www.asgi.it.

EAD., *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, 15 ottobre 2018, in www.asgi.it.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Rapport de l'Expert indépendant sur les droits de l'homme et la solidarité internationale*, Obiora Chinedu Okafor, 26 juillet 2020, A/75/180.

ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Vies perdues en Méditerranée: qui est responsable?*, Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées, 29 mars 2012.

BAN KI-MOON, «Refugees and migrants: a crisis of solidarity», 9 mai 2016, su www.on.org/en.

CENSIS, 54° rapporto sulla situazione sociale del Paese al 2020.

ID., 53° rapporto sulla situazione sociale del Paese al 2019.

ID., 52° rapporto sulla situazione sociale del Paese al 2018.

CEVIPOF, *Enquête électorale française*, mars 2020.

ID., *Enquête électorale française*, avril 2019.

ID., *Enquête électorale française*, juin 2017.

COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE, *Compte rendu de l'audition (par visioconférence) de M. Fabrice Leggeri, directeur exécutif de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (FRONTEX)*, 25 septembre 2019.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport sur la mise en oeuvre du Plan d'action commun UE-Turquie du 29 novembre 2015, COM (2016) 85 final, annexe 1*, 10 février 2016.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers*, 19 novembre 2009.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, 18 février 2006.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027*, Bruxelles, 24 novembre 2020.

COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Letter to the Minister of the Interior of Italy*, 26 January 2023.

CONSIGLIO EUROPEO DI LAEKEN, *Dichiarazione di Laeken sul futuro dell'Unione europea*, 15 dicembre 2011.

CORLEONE F. – L. FIORENTINI – M. PERDUCA - G. ZUFFA, *Droghe e carcere al tempo del coronavirus. Gli effetti della legge antidroga*, XI Libro Bianco sulle Droghe, 2020.

CUSUMANO E. – M. VILLA, *Sea Rescue NGOs: a Pull Factor of Irregular Migration?*, European University Institute, November 2019.

DÉFENSEUR DES DROIT, «Enquête sur l'accès aux droits», volume 1: «Relations police/population: les cas des contrôles d'identité», 2017.

DEMOS, XI rapporto sulla sicurezza e l'insicurezza sociale in Italia e in Europa, 2019.

DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, «International Migration Report 2017. Highlights», New York, United Nations, 2017.

DIRECTION DE LA PROTECTION JUDICIAIRE DE LA JEUNESSE, *Rapport annuel d'activité 2019 – Mission mineurs non accompagnés*, Mai 2020.

DOSSIER XIX LEGISLATURA, *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare – D.L. n. 20/2023 – A.S. n. 591*, Senato della Repubblica, 15 marzo 2023.

DOSSIER XIX LEGISLATURA, *Disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori. D.L. n. 1/2023 – A.S. n° 553*, Senato della Repubblica, 17 gennaio 2023.

ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI POUR CONTRÔLER L'IMMIGRATION, AMÉLIORER L'INTÉGRATION, 31 janvier 2023.

ÉTUDE D'IMPACT SUR LE PROJET DE LOI D'ORIENTATION ET DE PROGRAMMATION DU MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, 16 mars 2022.

EUCO 1/23, Conclusioni del Consiglio europeo del 9 febbraio 2023.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a New Pact on Migration and Asylum*, 23 settembre 2020.

FERRAJOLI L., *Audizione alla Camera sulla questione migranti*, 6 novembre 2020.

FIDH – MIGREUROP – REMDH, *Frontex entre Grèce et Turquie: la frontière du deni*, 2013.

FRANCE TERRE D'ASILE, *Projet de Loi asile et immigration – Décryptage*, 15 marzo 2023.

FRONTEX, *Annual Risks analysis for 2017*.

GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE O PRIVATE DELLA LIBERTÀ PERSONALE, *Parere sul decreto-legge 4 ottobre 2018*, 15 ottobre 2018.

GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS, *Draft declaration on the right to international solidarity*, Annex of Report A/HCR/35/35 of the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, 2017.

HELLER C. – PEZZANI L., *The Crime of Rescue – The Iuventa case*, Forensic Oceanography and Forensic Architecture (with the support of Borderline Europe), 2018.

ID., *Blaming the rescuers – Accusare i soccorritori. Criminalizzare la solidarietà, rafforzare la deterrenza*, Forensic Oceanography, 2017.

HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Detailed findings of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, A/HRC/52/CRP.8, 24 March 2023.

IKONOMU M., LEONE A., MANDA S. – BIAZZO S., «Sulla loro pelle», Premio Roberto Morrione, 2022.

INFOMIE, *Les mineurs non-accompagnés, victime d'un traitement judiciaire expéditif*, 15 settembre 2022.

INSTITUT CONVERGENCE MIGRATION, «Décryptage: projet de loi Immigration et Integration», *De facto migrations*, Revue dirigée par Tania Racho, Marie-Caroline Saglio-Yatzimirsky et Emeline Zougbedé, Mars 2023.

ID., «Les migrations dans l'œil des médias: infox, influence et opinion», *De facto migrations*, Revue dirigée par Barbara Joannon, Audrey Lenoël, Héléne Thiollet et Perin Emel Yavuz, Janvier 2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Missing Migrants. Tracking Deaths Along Migratory Routes*, 19 agosto 2022.

ID., *Arrivées de migrants en Europe par la Méditerranée en 2019: 104.644; décès en mer: 1.246*, 13 décembre 2019.

LA CIMADE, *Décryptage du projet de loi asile et immigration*, 3 mars 2023.

EAD., *En finir avec les violations des droits des mineurs isolés*, janvier 2023.

EAD., *Politique d'expulsion: des déclarations du gouvernement qui sèment la confusion*, 7 novembre 2022.

EAD., *29 propositions de La Cimade pour protéger les enfants en danger en France*, mai 2021.

EAD., *La double peine: une situation absurde et injuste pour les personnes étrangères*, 4 octobre 2021.

EAD., *Refuser la fabrique de sans-papiers*, septembre 2021.

EAD., *Lutter contre les amalgames et la désinformation visant les personnes étrangères*, janvier 2021.

EAD., *Rapport d'activité*, 2021.

EAD., *Interventions en prison. Synthèse nationale des actions menées*, 2021.

EAD., *Centres et locaux de rétention administrative*, 2020.

LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, *Le Conseil d'État enterre l'espace Schengen et s'oppose à la Cour de justice de l'Union européenne*, 28 luglio 2022.

MAGISTRATURA DEMOCRATICA, *Un'occasione per riflettere sull'uso delle parole*, 2 marzo 2023.

EAD., *Le stragi dei migranti, i conti con la Storia, il bisogno di scelte lungimiranti*, 26 febbraio 2023.

MIGREUROP, *Atlas des migrations dans le monde. Liberté de circulation, frontières, inégalités*, Armand Colin, 2022.

MISSION D'INFORMATION présidée par MM. J.-F. Elliaou et A. Savignat, *rapport sur les problématiques de sécurité associées à la présence sur le territoire de mineurs non accompagnés*, 10 mars 2021.

PARLAMENTO EUROPEO, risoluzione 2018/2769(RSP) del 5 luglio 2018 recante orientamenti destinati agli Stati membri per prevenire la configurazione come reato dell'assistenza umanitaria.

RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, seduta di mercoledì 15 marzo 2023, n. 69.

RESOCONTO STENOGRAFICO, *Informativa urgente del Governo sulla tragica vicenda del naufragio di una imbarcazione carica di migranti al largo delle Coste di Steccato di Cutro*, 7 marzo 2023.

RESOCONTO STENOGRAFICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, seduta di giovedì 2 febbraio 2023, n. 48.

RESOCONTO STENOGRAFICO DEL SENATO, seduta di mercoledì 22 febbraio 2023, n° 41.

SCAVO N., *Libyagate. Inchieste, dossier, ombre e silenzi*, Avvenire e VitaePensiero, 2023.

SISTEMA PENALE, *Un nuovo decreto-legge in materia di immigrazione e un nuovo reato per gli "scafisti". Il comunicato stampa del Consiglio dei Ministri dopo la riunione a Cutro*, 10 marzo 2023.

UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement in 2019*, Geneva, 2020.

UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement in 2017*, Geneva, 2018.

UNICEF, *Registrazione alla nascita, un bambino su quattro rimane "invisibile"*, 11 dicembre 2019

UNITED NATIONS, *Italy: proposed new sea rescue law puts more lives at risk*, 16 february 2023.

ID., *Italy: criminalisation of human rights defenders engaged in sea-rescue missions must end, says UN expert*, 9 february 2023.

VEGLIO M., *L'attualità del male. La Libia dei Lager è verità processuale*, Edizioni SEB27, 2018.

VILLA M., *Fact-checking: migrazioni 2021*, ISPI, 13 luglio 2021.

ID., *Fact Checking: migrazioni (e Covid-19)*, ISPI, 29 luglio 2020.

IV. STAMPA (RIVISTE NON ACCADEMICHE) / PRESSE (REVUES NON ACADEMIQUES)

CAMILI A., «Meno partenze, meno morti in mare: cosa c'è di vero», *Internazionale*, 9 ottobre 2019.

CARBONI K., «L'inutile braccio di ferro tra Italia e Francia sulla pelle dei migranti», *Wired*, 10 novembre 2022.

DA ROLD C., «Il 2019 dei migranti: uno su quattro è morto in mare», *Il Sole 24 ore*, 28 aprile 2019.

EL IDRISSE A. – PASCUAL J., «Mort de 27 migrants dans la Manche: les enquêteurs évoquent la «non-assistance à personne en danger»», *Le Monde*, 21 novembre 2022.

FACCHINI D., «I frutti del "Decreto Cutro", tra nuova irregolarità e ulteriore contenzioso nei tribunali», *Altreconomia*, 16 marzo 2023.

ID., «I vent'anni della "Bossi-Fini", l'ipocrisia fatta legge sull'immigrazione», *Altreconomia*, 29 luglio 2022.

FASANO G., «Viaggi esotici alla volta di Crotona. L'ordinanza choc del giudice che convalida l'arresto degli scafisti», *Corriere della Sera*, 2 marzo 2023.

FERRAJOLI L., «Il nuovo populismo responsabile delle stragi in mare», *Il Manifesto*, 12 marzo 2023.

ID., «Il garantismo come legge del più debole e dell'oppresso, contro il potere», 21 febbraio 2021, su www.antigone.it.

«Fortezza Europa. Dall'Italia altre 5 motovedette alla Libia contro i migranti», www.dirittiglobali.it, 29 gennaio 2023.

LE MONDE AFP, «En Italie, le nouveau bilan d'un naufrage de migrants au large des côtes grimpe à 86 morts», *Le Monde*, 15 mars 2023.

LE MONDE AFP, «L'Ocean-Viking accueilli à titre exceptionnel par la France, qui critique le manque de solidarité de l'Italie», *Le Monde*, 10 novembre 2022.

MILELLA L., «Roberti: il reato di immigrazione clandestina? Legge che ha solo ostacolato le indagini sui trafficanti», *La Repubblica*, 8 gennaio 2016.

MOALI, «L'Algérie ne veut plus jouer le gendarme de l'Europe», *El Watan*, 2 giugno 2009.

MOLLOY, «What is populism, and what does the term actually mean?», *BBC News*, 6 March 2018.

«Naufragio di Cutro, le vittime salgono a 91. Recuperato il corpo di un 30enne», *Corriere della Calabria*, 26 marzo 2023.

«Ong, primo fermo e multa alla nave Geo Barents», *Il Sole 24 Ore*, 24 febbraio 2023.

PALEOLOGO F. V., *I fermi amministrativi per rafforzare la collaborazione con la Guardia costiera "libica"*, www.a-dif.org, 20 aprile 2021.

PASCUAL J. – KAVAL A., «Le sort du navire humanitaire « Ocean-Viking », avec 234 migrants à bord, provoque des tensions entre la France et l'Italie», *Le Monde*, 9 novembre 2022.

«Prosciolti 19 anarchici per l'occupazione della casa cantoniera di Oulx e la parrocchia di Clavière», *La Stampa*, 7 dicembre 2022.

ROGER P., «Une notion flou et polysémique», *Le Monde*, 10 février 2012.

SALAS D., «Gare au populisme pénal», *Libération*, 24 juin 2005.

SAVIO G., *Espulsioni e respingimenti. La fase esecutiva*, scheda pratica ASGI, 2016.

ZAGREBELSKY W., «La vergogna dei “porti sicuri” di Wladimiro Zagrebelsky», *La Stampa*, 12 gennaio 2023.

ZANITI A., «Un'altra strage, Italia sotto accusa: "Ventisette ore prima dei soccorsi"», *Repubblica*, 12 marzo 2023.

GIURISPRUDENZA / JURISPRUDENCE

A. Giurisprudenza internazionale ed europea / *Jurisprudence internationale et européenne*

CORTE EDU, 21 luglio 2022, ric. 5797/17, *Darboe e Camara c. Italia*.

CORTE EDU, 31 marzo 2022, ric. 49775/20, *N.B. e altri c. Francia*.

CORTE EDU, 23 febbraio 2016, ric. n. 44883/09, *Nasr e Ghali c. Italia*.

CORTE EDU, sentenza 9 luglio 2013, ricorsi n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

CORTE EDU, 19 gennaio 2012, *Popov contre France*, ric. 39472/07.

CORTE EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10.

CORTE EDU, 23 novembre 2010, *Mouline contre France*, n. 37104/06.

CORTE EDU, 23 novembre 2006, *Jussila contro Finlandia*, n. 73053/01.

CORTE EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, n. 17440/90.

CORTE EDU, sentenza 7 luglio 1989, ric. n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*.

CORTE EDU, 21 febbraio 1986, *Öztürk c. Germania*, n. 8544/79

CORTE EDU, 6 novembre 1980, ric. n° 7367/76, *Guzzardi c. Italia*.

CORTE EDU, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*.

CGUE, sentenza 1° agosto 2022, cause riunite C-14/21 e C-15/21, *Sea Watch 3 e 4*.

CGUE, sentenza 26 aprile 2022, *NW c. Landespolizeidirektion Steiermark e Bezirkshauptmannschaft Leibnitz*, cause riunite C-368/20 e C-369/20.

CGUE, 1 ottobre 2015, causa C-290/14, *Celaj c. Italia*.

CGUE, 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor c. Italia*.

CGUE, 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian c. Francia*.

CGUE, 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi c. Italia*.

CGUE, 2 marzo 2010, *Rottmann v. Freistaat Bayern*, causa C-135/08.

CGUE, 13 dicembre 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, causa C-322/88.

B. GIURISPRUDENZA FRANCESE / JURISPRUDENCE FRANÇAISE.

1. Giurisprudenza costituzionale / Jurisprudence constitutionnelle

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n. 2011-217 QPC du 3 février 2012.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 9 juin 2011, n° 2011-631 DC.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 2004-492 DC del 2 marzo 2004.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision n. 93-334 QPC du 20 janvier 1994.

2. Giurisprudenza amministrativa / *Jurisprudence administrative.*

CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, n° 406543, 26 janvier 2023.

CONSEIL D'ÉTAT, 12 avril 2022, n° 449684.

CONSEIL D'ÉTAT, 27 juillet 2022, n° 463850, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et autres.*

CONSEIL D'ÉTAT, 28 décembre 2017, n° 415291, n° 5, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers et autres.*

CONSEIL D'ÉTAT, 21 octobre 2013, n° 367107.

CONSEIL D'ÉTAT, 30 décembre 2011, n° 350458.

CONSEIL D'ÉTAT, 21 mars 2011, n° 345978.

CONSEIL D'ÉTAT, ass. 30 octobre 2009, n° 298348.

3. Corte di Cassazione / Cour de Cassation

3.1. Pénale / Penale

COUR DE CASSATION, Chambre Criminelle, 31 mars 2021, n° 20-84.112.

COUR DE CASSATION, Chambre Criminelle, 26 février 2020, n° 19-81.561.

COUR DE CASSATION, Chambre Criminelle, 12 décembre 2018, n° 17-85737.

COUR DE CASSATION, Chambre criminelle, 5 juin 2012, avis n. 9002.

3.2. Civile / Civile

COUR DE CASSATION, Chambre Civile, 21 novembre 2012, arrêt 11-30.459.

COUR DE CASSATION, Chambre Civile, 21 novembre 2015, arrêt 11-30.459.

COUR DE CASSATION, Chambre Civile, 5 juillet 2012, arrêt n. 11-19250.

COUR DE CASSATION, Chambre Civile, 1, 14 juin 2005, arrêt 04-50.063

4. Cours d'appel et tribunaux divers / Corti d'appello e tribunali vari

COUR D'APPEL, TOULOUSE, 17 août 2017, n. 17/320.

COUR D'APPEL, AIX-EN-PROVENCE, 8 août 2017, n° 2017-568.

TRIBUNAL CORRECTIONNEL DE GAP, 13 dicembre 2018.

TGI NICE, Chambre correctionnelle n°6, Jugement du 10 février 2017, n° 16298000008.

C. Giurisprudenza italiana / *Jurisprudence italienne.*

1. Giurisprudenza costituzionale / *Jurisprudence constitutionnelle*

CORTE COSTITUZIONALE, 7 aprile 2017, n. 68.

CORTE COSTITUZIONALE, 4 giugno 2010, n. 196.

CORTE COSTITUZIONALE, 24 marzo 1988, n. 364.

2. Giurisprudenza amministrativa / *Jurisprudence administrative*

TAR SICILIA, SEZIONE III, *Sea-Watch c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Capitaneria di Porto di Palermo*, ricorso n. 1596/2020, ordinanza del 22 dicembre 2021.

3. Corte di Cassazione / *Cour de Cassation*

3.1. Pénale / *Penale*

CASS. PEN., SEZ. UN., sentenza 22 gennaio del 2009, n. 22676.

CASS. PEN., SEZ. VI, sentenza 26 aprile 2022, n. 15869, *Vos Thalassa*.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 13 agosto 2021, n. 31652.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 2 luglio 2021, n. 31652 del 2021.

CASS. PEN., SEZ. III, sentenza 16 gennaio 2020, n. 6626, *Rackete* .

CASS. PEN., SEZ. V, sentenza 14 maggio 2019, n. 25598.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 16 febbraio 2018, nn. 19430, 19432, 19433, 19434.

CASS. PEN., SEZ. IV, sentenza 15 ottobre 2018, n. 57018.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 12 giugno 2018 n. 36448.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 11 giugno 2018, n. 29837.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 12 ottobre 2017, n. 7915.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 25 febbraio 2016, n. 36305.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 28 febbraio 2014, n. 14510.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 5 luglio 2013, n. 35742.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 15 aprile 2009, n. 18537.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 25 maggio 2006, n. 30774.

CASS. PEN., SEZ. I, sentenza 9 maggio 2006, n. 19086.

3.2. Civile / Civile

CASS. CIV., SEZ. I, sentenza 23 febbraio 2018, n. 4455.

4. Cours d'appel et tribunaux divers / Corti d'appello e tribunali vari.

CORTE D'APPELLO DI PALERMO, sez. IV pen., sentenza n. 1525/2020, *Vos Thalassa*.

TRIBUNALE CATANIA, Sezione Immigrazione, ordinanza 6 febbraio 2023.

TRIBUNALE DI ROMA, SEZ. II, sentenza 15 dicembre 2022, n. 14998/2022.

TRIBUNALE DI PALERMO, Collegio per i reati ministeriali, relazione 30 gennaio 2020.

TRIBUNALE DI ASCOLI PICENO, sentenza 2 aprile 2020, n.109.

TRIBUNALE DI CATANIA, Collegio per i reati ministeriali, relazione 7 dicembre 2018.

TRIBUNALE DI AGRIGENTO, sentenza 7 ottobre 2009, n. 954, *Cap Anamur*.

G.I.P CATANIA, sentenza 14 maggio 2021 (dep. 9 agosto 2021), *Gregoretti*.

G.I.P TRAPANI, sentenza 23 maggio 2019, *Vos Thalassa*.

G.I.P RAGUSA, decreto 16 aprile 2018, *Open Arms*.

G.I.P CATANIA, decreto 27 marzo 2018, *Open Arms*.

G.U.P. TRAPANI, sentenza 9 novembre 2016.

G.I.P. PALERMO, sentenza 7 settembre 2016.

TRIBUNALE FIRENZE, SEZ. II, sentenza 26 novembre 2014, n.5421

INDICE

RINGRAZIAMENTI.....	5
RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS.....	11
ELENCO DELLE PRINCIPALI SIGLE E ABBREVIAZIONI.....	53
SOMMARIO.....	58
INTRODUZIONE.....	61
CAPITOLO I. RETORICA SECURITARIA E USO POPULISTA DEL DIRITTO PENALE NELL’EPOCA DELLE PASSIONI TRISTI	77
SEZIONE I. PAURA, (IN)SICUREZZA E POLITICA CRIMINALE: UNA BREVE RICOGNIZIONE DELLE ORIGINI DEL POPULISMO PENALE.....	77
1. Paura, ansia, sfiducia, diseguaglianze e sovranismo psichico: qualche dato sullo stato socio-economico ed emotivo della società odierna.	77
2. Paura e (in)sicurezza come fonti di legittimazione ed espansione del potere punitivo.	84
3. Populismi politici e uso populista del potere punitivo. Un tentativo di teorizzazione.	87
SEZIONE II. IL DIRITTO PENALE DI FRONTE AI NEOPOPULISMI SECURITARI: UN DIRITTO PENALE DEL NEMICO.....	93
1. Costruire il nemico attraverso la mossa securitaria: il discorso sulla sicurezza come strategia (o tecnica o dispositivo) di potere.....	93
2. Il ruolo degli attori politici, massmediatici e giuridici nel processo di identificazione e costruzione dei nemici della sicurezza.....	97
3. La paura dello straniero tra percezione, rappresentazione e realtà: chi dice sicurezza vuole ingannarci?	100
CAPITOLO II. SICUREZZA MEDIANTE ESCLUSIONE. IL DIRITTO PENALE COME ARMA DI MARGINALIZZAZIONE E DEUMANIZZAZIONE.....	117
SEZIONE I. FORME DI CRIMINALIZZAZIONE-ESCLUSIONE DIRETTA.....	117

1. Stranieri alla frontiera del diritto penale. Genealogia ed evoluzione di un lungo processo di criminalizzazione ed esclusione.....	117
2. La bandiera del «populismo penale escludente»: la contravvenzione in Italia (o délit in Francia) di immigrazione clandestina e le principali fattispecie ad esso connesse.	137
2.1. L'inottemperanza all'ordine di esibizione del documento di identificazione e del titolo di soggiorno.....	145
2.2. La contraffazione dei documenti di soggiorno in Italia e i délits de faux et usage de faux in Francia.....	147
2.3. L'inottemperanza all'ordine di allontanamento e la violazione del divieto di reingresso.....	154
3. La tutela giurisdizionale carente o assente nei procedimenti contro lo straniero indesiderabile.....	161
3.1. In Italia.....	161
3.2. In Francia. In particolare: l'assignation à résidence a durée illimitée quale emblema del diritto amministrativo punitivo.....	165
SEZIONE II. FORME DI CRIMINALIZZAZIONE-ESCLUSIONE INDIRETTA E DI REPRESSIONE PARA-PENALE DELLA SOLIDARIETÀ.....	169
1. La progressiva estensione del catalogo dei reati ostativi alla concessione del visto d'ingresso e di quelli che comportano la revoca o il diniego dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria.	169
2. Cittadini precari: la progressiva estensione della revoca della cittadinanza nell'età del populismo escludente..	172
2.1. (segue) Una comparazione con l'istituto francese della <i>déchéance de nationalité</i>	178
3. Dagli indesiderabili ai loro soccorritori: vecchi e nuovi nemici pubblici tra porti chiusi e porti lontani.....	184
3.1. Una narrazione disumana dell'umano: la legittimazione della politica dei porti chiusi tra Frontex, politica nazionale e magistratura.	184

3.2. La criminalizzazione dei soccorsi in mare tra codici di condotta, direttive ad navem e decreto (in)sicurezza-bis.....	186
3.3. La persistente (e latente) chiusura dei porti tra decreto Lamorgese e fermi amministrativi.	191
3.3.1. (<i>segue</i>) La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso <i>Sea Watch</i> : un reale argine al potere amministrativo-punitivo?.....	196
3.4. Dalla <i>stagione dei porti chiusi</i> alla <i>stagione dei porti lontani</i> : lo scontro diplomatico tra Italia e Francia e il decreto Piantedosi come nuova frontiera del populismo punitivo.....	199
SEZIONE III. FORME PENALI DI REPRESSIONE DELLA SOLIDARIETÀ.....	207
1. La progressiva militarizzazione del confine italo-francese: dalla retorica dell' <i>allarme terrorismo</i> alla <i>necropolitica</i>	207
2. Il <i>délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers</i> al banco di prova del principio di fraternità.....	213
2.1. (<i>segue</i>) Quale futuro per la (criminalizzazione della) solidarietà in Europa all'indomani del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo?	220
3. Forme inedite di criminalizzazione della solidarietà.....	224
CAPITOLO III. RIPENSARE LA SICUREZZA NELL'ETÀ DEI POPULISMI. PER UN'ETICA DELLA SOLIDARIETÀ COME NUOVA FRONTIERA DEL DIRITTO PENALE.....	227
SEZIONE I. L'ILLUSIONE POPULISTA DI FRONTE ALLA SFIDA DELLA SICUREZZA.	227
1. Quale sicurezza? Sicurezza del potere vs. sicurezza dei diritti.....	227
2. Non c'è sicurezza senza eguaglianza e solidarietà.....	229
3. Quale solidarietà? Virtù e vizi della nozione di solidarietà.....	236
SEZIONE II. «LA LOI N'A PLUS TOUS LES DROITS»: PER UNO IUS COME (REALE) ARGINE ALLA LEX INIUSTA	241
1. Quale <i>resistenza</i> da parte dei giudici alla <i>disumanizzazione</i> del diritto penale?.....	241

2. Resistenze passive.....	243
2.1. (<i>segue</i>): da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	243
2.2. (<i>segue</i>): da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea.....	246
2.3. (<i>segue</i>): da parte delle Corti Costituzionali italiana e francese.....	247
2.4. (<i>segue</i>): da parte dei giudici comuni. In particolare: la sentenza sul caso Gregoretti come eccellente esercizio di difesa della politica dei porti chiusi.....	249
3. Prove di resistenza attiva.....	254
SEZIONE III. RIFLESSIONI CONCLUSIVE. PER UN'ETICA DELLA SOLIDARIETÀ COME BUSSOLA DEI POSSIBILI.....	257
1. Il decreto di Cutro come riconferma di un approccio fallimentare e mortifero al fenomeno migratorio.....	257
2. Affinità securitarie tra il decreto di Cutro e il <i>projet de loi Darmanin</i>	266
3. Punire i «crimini di sistema»? La sentenza del Tribunale penale di Roma sulla c.d. <i>strage dei bambini</i> come punto di partenza per un ripensamento del diritto penale nel contesto delle politiche migratorie.	269
BIBLIOGRAFIA	277
GIURISPRUDENZA	319
INDICE.....	327

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	5
RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS.....	11
TABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABBRÉVIATIONS.....	53
SOMMAIRE.....	57
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	61
CHAPITRE I. RHÉTORIQUE SÉCURITAIRE ET USAGE POPULISTE DU DROIT PÉNAL DANS L'ÉPOQUE DES PASSIONS TRISTES	77
SECTION I. PEUR, (IN)SÉCURITÉ ET POLITIQUE CRIMINELLE: UN BREF APERÇU DES ORIGINES DU POPULISME PÉNAL.....	77
1. Peur, anxiété, méfiance, inégalités et souveraineté psychique: quelques données sur l'état socio-économique et émotionnel de la société actuelle..	77
2. Peur et (in)sécurité en tant que sources de légitimation et expansion du pouvoir punitif.	84
3. Populismes politiques et usage populiste du pouvoir punitif. Une tentative de théorisation.....	87
SECTION II. LE DROIT PÉNAL FACE AUX NÉOPOPULISMES SÉCURITAIRES: UN DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI	93
1. Construire l'ennemi par le biais de la sécurité: le discours sur la sécurité en tant que stratégie (ou technique ou dispositif) de pouvoir.....	93
2. Le rôle des acteurs politiques, médiatiques et juridiques dans le processus d'identification et de construction des ennemis de la sécurité.....	97
3. La peur de l'étranger entre perception, représentation et réalité: qui dit sécurité veut tromper?	100
CHAPITRE II. SÉCURITÉ VIA EXCLUSION. LE DROIT PÉNAL EN TANT QU'ARME DE MARGINALISATION ET DÉSHUMANISATION	117

SECTION I. FORMES DECRIMINALISATION-EXCLUSION DIRECTE.....	117
1. Étrangers à la frontière du droit pénal: Généalogie et évolution d'un long processus de criminalisation et d'exclusion.	117
2. Le drapeau du «populisme pénal excluant»: la <i>contravvenzione</i> en Italie (ou délit en France) d'immigration illégale et les principales infractions accessoires	137
2.1. La violation de l'ordre de production d'une pièce d'identification et du titre de séjour.	145
2.2. La falsification des titres de séjour en Italie et les délits de faux et usage de faux en France.....	147
2.3. La violation de l'ordre de quitter le territoire et de l'interdiction de réentrée	154
3. La protection judiciaire insuffisante ou absente au sein des procédures contre les étrangers indésirables.....	161
3.1. En Italie.....	161
3.2. En France. Notamment: l'assignation à résidence à durée illimitée en tant que emblème du droit administratif punitif.	165
SECTION II. FORMES DE CRIMINALISATION-EXCLUSION INDIRECTE ET DE RÉPRESSION PARA-PÉNALE DE LA SOLIDARITÉ	169
1. L'extension progressive du catalogue des infractions empêchant l'octroi de visas et de celles entraînant la déchéance ou le refus du statut de réfugié ou de protection subsidiaire.	169
2. Citoyens précaires: l'extension progressive de la déchéance de nationalité en temps de populisme excluant..	172
2.1. Une comparaison avec la <i>déchéance de nationalité</i>	178
3. Des indésirables à leurs sauveurs: anciens et nouveaux ennemis publics entre ports fermés et ports loins..	184
3.1. Un récit inhumain de l'humain: la légitimation de la politique des ports fermés entre Frontex, politique nationale et pouvoir judiciaire....	184

3.2. La criminalisation du sauvetage en mer entre codes de conduite, directives ad navem et décret (in)secrité-bis.....	186
3.3. La fermeture persistante (et latente) des ports entre décret Lamorgese et blocages administratifs.....	191
3.3.1. L'arrêt de la Cour de Luxembourg dans l'affaire <i>Sea Watch</i> : un véritable frein au pouvoir administratif punitif?.....	196
3.4. De la <i>saison des ports fermés</i> à la <i>saison des ports loins</i> : la querelle diplomatique entre l'Italie et la France et le décret Piantedosi en tant que nouvelle frontière du populisme punitif.....	199
SECTION III. FORMES PÉNALES DE RÉPRESSION DE LA SOLIDARITÉ.....	207
1. La progressive militarisation de la frontière franco-italienne: de la <i>rhétorique sur le terrorisme</i> à la <i>nécropolitique</i>	207
2. Le <i>délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers</i> saisi par le principe de fraternité.....	213
2.1. Quel avenir pour la (criminalisation de la) solidarité après le Nouveau Pact sur l'immigration et l'asile?.....	220
3. Formes inédites de criminalisation de la solidarité.....	224
CHAPITRE III. REPENSER LA SÉCURITÉ EN TEMPS DES POPULISMES. POUR UNE ÉTHIQUE DE LA SOLIDARITÉ EN TANT QUE NOUVELLE FRONTIÈRE DU DROIT PÉNAL.....	227
SECTION I. L'ILLUSION POPULISTE FACE AU DÉFI DE LA SÉCURITÉ.....	227
1. Quelle sécurité? Sécurité du pouvoir vs. sécurité des droits	227
2. Pas de solidarité sans égalité ni solidarité	229
3. Quelle solidarité? Vertus et vices de la notion de solidarité.....	236
SECTION II. «LA LOI N'A PLUS TOUS LES DROITS»: POUR UN <i>IUS</i> COMME (RÉELLE) LIMITE À LA <i>LEX INIUSTA</i>	241
1. Quelle <i>résistance</i> du pouvoir judiciaire face à la déshumanisation du droit pénal?.....	241
2. Résistances passives.....	243

2.1. De la part de la Cour européenne des droits de l’homme.....	243
2.2. De la part de la Cour de justice de l’Union européenne.....	246
2.3. De la part des Cours constitutionnelles italienne et française.....	247
2.4. De la part des juges communs. Notamment: l’arrêt sur l’affaire Gregoretti en tant qu’excellent exercice de défense de la politique des ports fermés	249
3. Épreuves de résistance active.....	254
SECTION III. REMARQUES FINALES. POUR UNE ÉTHIQUE DE LA SOLIDARITÉ COMME BOUSSOLE DES POSSIBLES.....	257
1. Le décret de Cutro comme reconfirmation d’une approche défailante et mortifère au phénomène migratoire.	257
2. Affinités sécuritaires entre le décret de Cutro et le projet de loi Darmanin.	266
3. Punir les «crimes de système»? L’arrêt du Tribunal pénal de Rome sur le «massacre des enfants» comme point de départ pour repenser le droit pénal dans le contexte des politiques migratoires.	269
BIBLIOGRAPHIE	277
JURISPRUDENCE	319
TABLE DES MATIÈRES.....	333