

Il Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture” (DJSGE) è il primo dipartimento dell’Università degli Studi di Bari Aldo Moro con sede a Taranto. Esso nasce dall’aggregazione di docenti e ricercatori della II Facoltà di Giurisprudenza, della II Facoltà di Economia, dei corsi di laurea in Scienze della Formazione (Facoltà di Scienze della Formazione) di Taranto intorno a tematiche di ricerca e di formazione rispondenti alla vocazione mediterranea dell’area ionica: ambiente, tutela della salute e del territorio, diritti ed economie del mare, valorizzazione dei saperi e delle culture dello spazio euro-mediterraneo.

La vita del migrante, nemico pericoloso di una società (in)sicura, è al centro di forti contrasti tra tutela dei diritti individuali e prerogative statali di protezione dei confini dalla minaccia dell’immigrazione irregolare.

Di fronte alla *formless fear* della immigrazione vista come dato emergenziale anziché strutturale, la dimensione della cd. *crimmigration*, in cui il diritto penale talora sacrifica le tradizionali garanzie liberali, investe la materia dei soccorsi in mare.

Nella gestione dei flussi migratori le pretese di criminalizzazione della politica e le ragioni di giustificazione del diritto non trovano facile conciliazione; il nuovo diritto penale della sicurezza, così, nella materia dei soccorsi, “divora tutti i principi dello Stato di diritto” (Naucke).

Dalla analisi del diritto di emigrare e del dovere di soccorrere – seguendo la tripartizione tra obblighi del comandante e obblighi dello Stato di bandiera e costiero – si passa a quella dei noti casi giudiziari, quali “Juventa” e “Sea Watch 3”, visti come i più recenti tentativi della giurisprudenza di estendere la fattispecie di favoreggiamento dell’immigrazione illegale agli ingressi delle navi trasportanti i migranti.

L’ossimoro «*délit de solidarité*», oltre che nel dibattito pubblico, trova riscontro in alcuni provvedimenti dell’Autorità giudiziaria, con cui si dispone il sequestro delle imbarcazioni impegnate nel prestare soccorso ai migranti e la condanna dei comandanti delle ONG, che scelgono di offrire prontamente un *place of safety* ai naufraghi in stato di pericolo in mare.

Il paradigma umanitario dell’ultima giurisprudenza, invece, è in grado di superare i più recenti tentativi dell’azione governativa di contrasto all’operato delle ONG per il tramite di provvedimenti ministeriali in palese contrasto con gli obblighi convenzionali ed europei, proponendo un modello di tutela giuridica più avanzato dei diritti del migrante.

ISBN 979-12-5965-201-0 ISSN 2724-6698



9 791259 652010



9 770272 466989

€ 23,00



F. Pisconti

Profili penalistici del soccorso in mare dei migranti

64

Filomena Pisconti

## Profili penalistici del soccorso in mare dei migranti

DJSGE Collana del Dipartimento Jonico  
in “Sistemi Giuridici  
ed Economici del Mediterraneo:  
società, ambiente, culture”



UniBa

UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI BARI  
ALDO MORO

**Filomena Pisconti**, Dottore di ricerca in “Diritti, economie e culture del Mediterraneo” presso il Dipartimento Jonico in “Sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture” di Taranto, dell’Università degli Studi di Bari “A. Moro”, con una tesi in diritto penale. Docente incaricata di diritto penale 1 nel corso di laurea magistrale in Giurisprudenza (2021/2022) e di diritto penale nel corso di laurea triennale in Scienze e gestione delle attività marittime (2018/2019) presso lo stesso Dipartimento.

Componente di comitati di redazione di diverse riviste scientifiche, vincitrice di diverse *call for papers* e relatrice in diversi convegni (tra tutti, *Student Conference* “La questione “Mediterraneo”. Tradizione, Cambiamenti, Prospettive” – Università di Messina e *X° AIDP Symposium for Young Penalists*, “Criminal Justice in the prism of human rights” – Università di Bologna). Autrice di diverse pubblicazioni su diversi aspetti della cd. *crimmigration* e sui profili di interconnessione tra delitto di caporalato e responsabilità delle persone giuridiche.



CACUCCI  
EDITORE

*Filomena Pisconti*

**Profili penalistici  
del soccorso in mare dei migranti**



CACUCCI  
EDITORE  
2022

*L'Archivio della Casa Editrice Cacucci, con decreto prot. n. 953 del 30.3.2022 della Soprintendenza Archivistica e Bibliografica della Puglia-MiC, è stato dichiarato **di interesse storico particolarmente importante** ai sensi degli articoli 10 c. 3, 13, 14 del d. lgs. 42/2004.*

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2022 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari - Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

**Collana del Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici  
ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture”  
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”**

**1. Francesco Mastroberti** (*a cura di*)

La “Testa di Medusa”. Storia e attualità degli usi civici

**2. Francesco Mastroberti, Stefano Vinci, Michele Pepe**

Il *Liber Belial* e il processo romano-canonico in Europa tra XV e XVI secolo

**3. Bruno Notarnicola, Antonio Felice Uricchio, Giuseppe Tassielli, Pietro Alexander Renzulli, Gianluca Selicato**

Elaborazione di un modello di applicazione dei principi e degli strumenti dell’ecologia industriale ad un’area vasta

**4. Fabio Caffio, Nicolò Carnimeo, Antonio Leandro**

Elementi di Diritto e Geopolitica degli spazi marittimi

**5. Aurelio Arnese**

Usura e *modus*. Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all’attualità

**6. Antonio Uricchio** (*a cura di*)

Azione di contrasto della pirateria: dal controllo dei mari a quello dei flussi finanziari

**7. Andrea Buccisano**

Assistenza amministrativa internazionale dall’accertamento alla riscossione dei tributi

**8. Stefano Vinci**

Regimento et governo. Amministrazione e finanza nei comuni di Terra d’Otranto tra antico e nuovo regime

**9. Francesco Mastroberti**

Costituzioni e costituzionalismo tra Francia e Regno di Napoli (1796-1815)

**10. Mario Angiulli**

I contributi consortili tra beneficio e capacità contributiva

**11. Salvatore Antonello Parente**

Criteri di deducibilità delle passività e limiti quantitativi del tributo successorio

**12. Antonio Felice Uricchio** (*a cura di*)

L’emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo “Magna Grecia”

**13. Paolo Pardolesi**

Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato

**14. Danila Certosino**

Mediazione e giustizia penale

**15. Piergiuseppe Otranto**

Internet nell’organizzazione amministrativa. Reti di libertà

**16. Antonio Felice Uricchio, Mario Aulenta, Gianluca Selicato** (*a cura di*)

La dimensione promozionale del fisco

**17. Claudio Sciancalepore**

Cambiamenti climatici e *green taxes*

**18. Paola Caputi Iambrenghi**

La funzione amministrativa neutrale

**19. Francesco Scialpi**

REF canario e zone franche: la leva fiscale al servizio delle *environmental policy*

**20. Michele Indelicato**

Neuroscienze e scienze umane

**21. Federico Lacava, Piergiuseppe Otranto, Antonio Uricchio (a cura di)**

Funzione promozionale del diritto e sistemi di tutela multilivello

**22. Nicolò Carnimeo**

Fuoco a bordo. *Safety management*, ruoli e responsabilità nel trasporto marittimo passeggeri

**23. Aurelio Arnese**

La *similitudo* nelle *Institutiones* di Gaio

**24. Paola Marongiu**

La responsabilità civile dell'Amministrazione finanziaria fra passato e presente

**25. Angelica Riccardi**

Disabili e lavoro

**26. Filippo Varazi**

Appunti sulla riferibilità soggettiva delle sanzioni amministrative tributarie

**27. Laura Costantino**

La problematica degli sprechi nella filiera agroalimentare. Profili introduttivi

**28. Giovanna Mastrodonato**

Profili procedurali nella nuova amministrazione condivisa in Europa

**29. Laura Tafaro**

Dagli eroi alle celebrità. Icone e diritto civile

**30. Piergiuseppe Otranto**

Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa

**31. Ignazio Lagrotta**

La crisi dei partiti e la democrazia in Italia. *Seconda edizione*

**32. Giovanni Guzzardo**

Decostruzione amministrativa nel governo del territorio

**33. Mario Angiulli**

La disciplina dei fenomeni elusivi/evasivi: dalla collaborazione tra fisco e contribuente alla cooperazione internazionale

**34. Giuseppe Antonio Recchia**

Studio sulla giustiziabilità degli interessi collettivi dei lavoratori

**35. Giulia Chironi**

La tassazione dei beni comuni

**36. Giovanna Petrillo**

L'abuso dello schermo societario nella disciplina fiscale delle società di comodo. Profili sistematici ed effetti distorsivi

**37. Giuseppina Pizzolante**

La lotta alle frodi finanziarie nel diritto penale europeo. Tra protezione degli interessi economici dell'Unione europea e nuove sfide poste da bitcoin e criptovalute

- 38. Giuseppe Sanseverino**  
Ordine pubblico e buon costume nel diritto della proprietà intellettuale
- 39. Antonio Felice Uricchio, Maria Casola (a cura di)**  
*Liber Amicorum* per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona e il diritto
- 40. Salvatore Antonello Parente**  
Il catasto e gli estremi catastali. Regole di governo e funzione impositiva
- 41. Guglielmo Fransoni (a cura di)**  
L'analogia nel diritto tributario
- 42. Corrado Spriveri**  
Il sistema penale tributario in Italia. Dalla teoria alla prassi applicativa. Alla luce delle novità introdotte dal c.d. Decreto Fiscale (d.l. n. 124/2019 convertito con modificazioni dalla legge n. 157/2019)
- 43. Filippo Luigi Giambrone**  
Finanzföderalismus als Herausforderung des Eu-roparechts
- 44. Antonio Felice Uricchio, Filippo Luigi Giambrone**  
Entwicklungen im italienischen Steuerrecht als Herausforderung des neuen europäischen Entwicklungsprozesses
- 45. Antonio Felice Uricchio, Filippo Luigi Giambrone**  
European Finance at the Emergency test
- 46. Flavio Parente**  
Gli steroidi anabolizzanti androgenici nelle discipline sportive: la tossicità per distretto
- 47. Paolo Pardolesi, Anna Bitetto**  
Tutela collettiva e azione di classe. Un'analisi comparativa
- 48. Antonio Felice Uricchio, Giuseppe Riccio, Ugo Ruffolo (a cura di)**  
Intelligenza artificiale tra etica e diritti. Prime riflessioni a seguito del libro bianco dell'Unione europea
- 49. Antonio Felice Uricchio, Gianluca Selicato (a cura di)**  
Atti della Summer School in "Circular Economy and Environmental Taxation"
- 50. Pierre de Gioia Carabellese**  
Cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate. Dallo *shadow banking* al *techno banking*
- 51. Francesco Perchinunno**  
La libertà personale in trasformazione. Genesi, itinerari e mutazioni
- 52. Annamaria Bonomo, Laura Tafaro, Antonio Felice Uricchio (a cura di)**  
Le nuove frontiere dell'eco-diritto
- 53. Guglielmo Fransoni**  
Casi e osservazioni di diritto tributario
- 54. Francesco Sporta Caputi**  
Gli strumenti finanziari partecipativi tra esigenze del finanziamento societario e problemi di *governance*
- 55. Carmela Garofalo**  
Le politiche per l'occupazione tra aiuti di Stato e incentivi in una prospettiva multilivello

**56. Cosima Ilaria Buonocore**

L'arbitrato irrituale

**57. Antonio Felice Uricchio, Gianluca Selicato (a cura di)**

Green Deal e prospettive di riforma della tassazione ambientale. Atti della II Summer School in Circular Economy and Environmental Taxation – Bari 17-24 settembre 2021

**58. Mario Aulenta**

Capacità contributiva ed equilibri finanziari dei soggetti attivi

**59. Gabriella Capozza**

Personaggi, maschere, marionette tra Letteratura e Teatro. Un'interpretazione critico-riflessiva

**60. Michele Indelicato**

L'umanesimo etico-giuridico nel pensiero di Aldo Moro

**61. Carmela Garofalo**

Le politiche per l'occupazione tra aiuti di Stato e incentivi in una prospettiva multilivello. Seconda edizione

**62. Paolo Pardolesi**

Arricchimento da fatto illecito: i rimedi. (Dai *disgorgement damages* alla retroversione degli utili)

**63. M.T. Paola Caputi Jambrenghi e Angelica Riccardi (a cura di)**

La sostenibile leggerezza dell'umano. *Scritti in onore di Domenico Garofalo*

**64. Filomena Pisconti**

Profili penalistici del soccorso in mare dei migranti

**Collana della II Facoltà di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Bari Aldo Moro  
Sede di Taranto**

**1. Antonio Incampo**

Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica

**2. Antonio Uricchio**

Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali

**3. Paola Pierri**

L'ignoranza dell'età del minore nei delitti sessuali

**4. Concetta Maria Nanna (a cura di)**

Diritto vivente e sensibilità dell'interprete

**5. Marta Basile**

Il principio di collaborazione tra fisco e contribuente

**6. Antonio Uricchio (a cura di)**

Nuove piraterie e ordinamenti giuridici interni e internazionali

**7. Paolo Pardolesi (a cura di)**

Seminari di diritto privato comparato

**8. Nicola Triggiani (a cura di)**

La messa alla prova dell'imputato minorenni tra passato, presente e futuro.

L'esperienza del Tribunale di Taranto

**9. Salvatore Antonello Parente**

I modelli conciliativi delle liti tributarie

**10. Nicola d'Amati e Antonio Uricchio (a cura di)**

Giovanni Carano Donvito scritti scelti di scienza delle finanze e di diritto finanziario

**11. Antonio Uricchio**

Il federalismo della crisi o la crisi del federalismo? Dalla legge delega 42/2009 ai decreti attuativi e alla manovra salva Italia

**12. Antonio Uricchio (a cura di)**

I percorsi del federalismo fiscale

**13. Francesco Fratini**

Gli interpellanti tributari tra doveri di collaborazione dell'amministrazione finanziaria e tutela del contribuente. Contributo allo studio delle tutele nei confronti degli atti non autoritativi dell'amministrazione finanziaria nell'ambito di una prospettiva de iure condendo del sistema delle garanzie dei tax payers

**14. Paolo Pardolesi**

Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. Punitive damages

**15. Annamaria Bonomo**

Informazione e pubbliche amministrazioni dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni

- 16. Gaetano Dammacco, Bronislaw Sitek, Antonio Uricchio** (*a cura di*)  
Integrazione e politiche di vicinato. Nuovi diritti e nuove economie  
Integration and neighbourhood policies. New rights and new economies.  
Integracja i polityki sąsiedztwa. Nowe prawo i nowa ekonomia
- 17. Sławomir Kursa**  
La diseredazione nel diritto giustiniano
- 18. Concetta Maria Nanna**  
Doveri professionali di status e protezione del cliente-consumatore. Contributo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione
- 19. Umberto Violante**  
Profili giuridici del mercato dei crediti in sofferenza
- 20. Filippo Rau**  
La procura alle liti nel processo civile e nel processo tributario
- 21. Nicolò Carnimeo**  
La tutela del passeggero nell'era dei vettori low cost. Annotato con la giurisprudenza
- 22. Giuseppe Ingraio**  
La tutela della riscossione dei crediti tributari
- 23. Antonio Incampo**  
Filosofia del dovere giuridico
- 24. Nicolò Carnimeo**  
La pesca sostenibile nel mediterraneo. Strumenti normativi per una politica comune
- 25. Daniela Caterino**  
Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate
- 26. Giuseppina Pizzolante**  
Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione europea
- 27. Vincenzo Caputi Jambrenghi** (*a cura di*)  
Effetti economico sociali del federalismo demaniale in Puglia
- 28. Antonio Perrone**  
Fatto fiscale e fatto penale: parallelismi e convergenze
- 29. Maria Concetta Parlato**  
Le definizioni legislative nel sistema penale tributario
- 30. Antonio Uricchio** (*a cura di*)  
Federalismo fiscale: evoluzione e prospettive
- 31. Maria Rosaria Piccinni**  
Il tempo della festa tra religione e diritto
- 32. Gianluca Selicato**  
Il nuovo accertamento sintetico dei redditi

Collana del Dipartimento Jonico in “Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture” – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

Direzione: Bruno Notarnicola, Paolo Pardolesi, Nicola Triggiani

Comitato Scientifico: Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli.

Comitato Direttivo: Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Angelica Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio\*, Umberto Violante.

Comitato di Redazione: Patrizia Montefusco (Capo redattore), Federica Monteleone, dottorandi di ricerca (Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone).

Il presente volume è stato sottoposto ad una procedura di valutazione basata sul sistema di *Peer Review* a “doppio cieco”.

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso la segreteria del Dipartimento Jonico.

---

\* In aspettativa per incarico assunto presso l’ANVUR.

# Sommario

## INTRODUZIONE

Il fenomeno migratorio tra diritto penale *simbolico* e funzione *securitaria* della pena. Le pretese della *politica*, le ragioni del *diritto* . . . . . 1

## PARTE PRIMA

### DAL DIRITTO DI EMIGRARE AL DOVERE DI SOCCORRERE I MIGRANTI. RICAPITOLAZIONE DELLE FONTI

#### CAPITOLO I

#### LO *IUS MIGRANDI* QUALE FONDAMENTO DEL DOVERE DI SOCCORSO

Premessa . . . . .	17
1. Lo <i>ius migrandi</i> nel quadro generale della tutela dei diritti umani. . . . .	18
1.1 Il diritto alla vita, a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti disumani e diritto alla libertà e alla sicurezza quali garanzie complementari dello <i>ius migrandi</i> . Tracce . . . . .	23
1.2 Il principio di <i>non refoulement</i> quale contenuto “umanitario” essenziale del dovere di soccorso . . . . .	29
2. Tutela del migrante e Unione europea. Cenni. . . . .	43

#### CAPITOLO II

#### IL DOVERE DI SOCCORSO DEI MIGRANTI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

Premessa . . . . .	49
1. Le fonti internazionali. . . . .	50
1.1 L’individuazione del “ <i>Place of safety</i> ” quale contenuto “formale” essenziale del dovere di soccorso. . . . .	58
1.2 Il passaggio inoffensivo e l’obbligo di soccorso in mare . . . . .	66
2. Le fonti e la disciplina europee. . . . .	69
3. Gli attori del soccorso in mare . . . . .	77

PARTE SECONDA

IL SOCCORSO (OMESSO) IN MARE NELLA DIMENSIONE DELLA TIPICITÀ E DELL'ANTIGIURIDICITÀ DEL REATO

CAPITOLO III

L'OBBLIGO DEL SOCCORSO DEI MIGRANTI  
NEL DIRITTO INTERNO

Premessa .....	83
1. Gli artt. 489 e 490 del Codice della Navigazione (R.D. 30 marzo 1942 n. 327).....	84
1.1 La violazione degli obblighi: l'art. 1158 cod. nav. e l'omissione di soccorso dell'art. 1113 cod. nav. ....	88
2. L'art. 593 c.p. riletto alla luce dell'art. 2 della Costituzione. La rilevanza penale dell'omissione.....	91
3. La posizione di garanzia del comandante della nave nei reati omissivi propri e impropri.....	102

CAPITOLO IV

IL SOCCORSO *UMANITARIO* E LA SUA RILEVANZA PENALE

Premessa .....	113
1. Oltre i limiti del soccorso obbligatorio: i concetti di soccorso illecito e soccorso umanitario nella stagione della cd. "patologizzazione" delle operazioni di search and rescue .....	114
2. Oltre i limiti del soccorso legittimo: le cd. consegne concordate di migranti e l'ipotesi del concorso nel delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Il caso "Juventa" .....	126
2.1 La difficile classificazione dello scopo umanitario nel concorso con i trafficanti. La scriminante umanitaria.....	133
3. Dalla tipicità all'antigiuridicità del reato: l'ultimo approdo della giurisprudenza .....	135

CAPITOLO V

IL SOCCORSO IN MARE  
E LA FRONTIERA DELLE SCRIMINANTI

Premessa .....	143
1. Il soccorso in mare <i>ante</i> Rackete. Lo stato di necessità nelle operazioni di salvataggio .....	145
1.1 La giurisprudenza della "reità mediata". Cenni.....	148
2. Il caso "Rackete": l'affermazione di un obbligo/diritto di sbarco?	150

2.1	Le teorie sulla funzione dell'art. 51 c.p. (in particolare di composizione tra norme).....	153
2.2	L'art. 51 c.p.: caratteri del dovere scriminante .....	158
2.3	L'art. 51 c.p.: caratteri dell'ordine scriminante .....	161
3.	L'obbligo di soccorso in mare tra giustificazione di condotte il(legittime) e adempimento di ordini (il)legittimi. ....	171

## CONCLUSIONI

Quale spazio per un esercizio del diritto? .....	191
Riferimenti bibliografici e sitografici .....	195

## Introduzione

### **Il fenomeno migratorio tra diritto penale *simbolico* e funzione *securitaria* della pena. Le pretese della *politica*, le ragioni del *diritto***

La regolamentazione del fenomeno migratorio contemporaneo ha trasformato il garantismo penale liberale in un processo di elaborazione di risposte sanzionatorie verso la colpa di appartenenza del migrante ad una categoria sociale “pericolosa”.

Ciò si spiega in ragione del fatto che – come ben illustrato nel volume di Michele Colucci “Storia dell’immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri”<sup>1</sup> – il fenomeno dell’immigrazione<sup>2</sup> è qualificato come emergenza permanente, anziché dato strutturale, sempre più condizionato da uno spietato *marketing* politico di securitarismo e di *zero tolerance*, che si pongono alla base di una legislazione di settore ossessionata dall’esigenza di garantire ad ogni costo la sicurezza e l’ordine pubblico<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Carocci Editore, Roma, 2020.

<sup>2</sup> Doveroso sembra qui riportare una premessa terminologica: «Ritengo che si debba distinguere il concetto di “immigrazione” da quello di “migrazione”. Si ha “immigrazione” quando alcuni individui (anche molti, ma in misura statisticamente irrilevante rispetto al ceppo di origine) si trasferiscono da un paese all’altro (come gli italiani o gli irlandesi in America, o i turchi oggi in Germania). I fenomeni di immigrazione possono essere controllati politicamente, limitati, incoraggiati, programmati o accettati. Non così accade con le migrazioni. Violente o pacifiche che siano, sono come i fenomeni naturali: avvengono e nessuno le può controllare. Si ha “migrazione” quando un intero popolo, a poco a poco si sposta da un territorio all’altro (e non è rilevante quanti rimangano nel territorio originale ma in che misura i migranti cambino radicalmente la cultura del territorio in cui hanno migrato). (...) È oramai possibile distinguere immigrazione da migrazione quando il pianeta intero sta diventando il territorio di spostamenti incrociata? Credo sia possibile: come ho detto, le immigrazioni sono controllabili politicamente, le migrazioni no; sono come i fenomeni naturali. (...) I fenomeni che l’Europa cerca ancora di affrontare come casi di immigrazione sino invece casi di migrazione. Il terzo Mondo sta bussando alle porte dell’Europa, e vi entra anche se l’Europa non è d’accordo». U. Eco, *Migrazioni e intolleranza*, La nave di Teseo Editore, Milano, 2019, 5 ss.

<sup>3</sup> «Di conseguenza, l’ordine pubblico – che di regola funge da limite esterno (non costitutivo) dei diritti di libertà dei cittadini – quando sono in gioco le libertà

La ricostruzione del fenomeno migratorio quale causa di smarrimento collettivo e di panico securitario si traduce nella necessità di confutare le tradizionali garanzie del diritto penale che cedono il passo a quella idea di protezione della società dallo straniero nemico della collettività<sup>4</sup>.

Associata al controllo delle frontiere e alla gestione dei flussi migratori, l'esigenza di sicurezza delinea in materia di immigrazione un complesso di regole talvolta inefficace e procura cicliche sanatorie emergenziali.

Il sistema penale – non solo in senso proprio, ma anche comprendendo l'apparato punitivo amministrativo costruito dal TUI. – è così del tutto inadeguato a fronteggiare un fenomeno di dimensioni così vaste e complesse, quasi ad avvalorare la massima roxiniana secondo cui «la “fuga nel diritto penale” significa spesso solo un sottrarsi della società ai propri compiti politico-sociali costruttivi»<sup>5</sup>.

---

dei non cittadini opera, invece, come limite interno, costitutivo del diritto: è l'esistenza stessa del diritto, non la sua estensione, che dipende dalla previa verifica di compatibilità con le esigenze di sicurezza dello Stato ospitante». M. Savino, *Immigrazione e sicurezza: due paradigmi*, in V. Militello, A. Spina (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti. Tutele. Criminalizzazione*, Giappichelli, Torino 2015, 62.

<sup>4</sup> A proposito di politica criminale in materia di immigrazione, è stata rivalutata la tesi fondamento del cd. diritto penale del nemico. F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2/3, 2007, 471 ss.: «Il cd. diritto penale del nemico, così dolorosamente presente nella storia umana, è riemerso come oggetto del dibattito penalistico contemporaneo per la ritenuta emersione della categoria del “nemico” nella politica criminale anche attuale ed interna allo stesso sistema penale. Procedendo per schematizzazioni e semplificazioni, col generico concetto di “diritto penale del nemico” si intende indicare – nelle sue versioni più moderne – un diritto penale non tanto del “fatto colpevole” quanto dell’”autore pericoloso”, o, comunque, orientato all'autore pericoloso, non della colpevolezza ma della pericolosità, non della retribuzione proporzionale ma della neutralizzazione, presentato esso come denominatore comune un trattamento discriminatorio, legislativo o prasseologico, rispetto al diritto penale normale, nel senso di un'attuazione delle garanzie, sostanziali e processuali, in ragione del tipo pericoloso d'autore». Cfr., ancora, M. Caterini, D. Zingales, *La rule of lenity nell'Immigration Law statunitense: spunti comparativi per il diritto penale italiano*, in *Archivio penale*, 3, 2022; G. Losappio, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Nuovo revisionismo penale*, Monduzzi editore, Milano, 2007.

<sup>5</sup> C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, 41.

La politica della *zero tolerance* – che denota come il legislatore sia in grado di rispondere “a muso duro” ai fenomeni di nuova emersione e di forte allarme sociale – rappresenta il paradigma di un diritto penale fortemente espressivo ma altrettanto inefficace, inteso come mezzo per placare la paura e rafforzare il senso di sicurezza, prima ancora della necessità di neutralizzare rischi, pericoli ed eventi lesivi.

Mentre l’Unione Europea assegna il controllo e la gestione del fenomeno migratorio al diritto amministrativo, molti legislatori nazionali hanno scelto di utilizzare norme penali che individuano un nemico oggetto di politiche securitarie, che dividono simbolicamente la società tra i buoni, destinatari della protezione legale dal crimine, e i cattivi, da neutralizzare.

Lo *status* di straniero irregolare, di per sè, non comporta una diversa gravità oggettiva del reato commesso, nè un’accentuazione del grado di colpevolezza o una diversa misura nella capacità a delinquere o nella pericolosità sociale.

Eppure, la differenza di valutazione tra il fatto del clandestino e il fatto commesso da chiunque altro è fonte di discriminazione, poiché fondata su di una qualità personale, trasformandola – per riprendere le parole della Consulta – in un «vero segno distintivo delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo *speciale*<sup>6</sup> e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini».<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Proprio con riferimento al reato di cui all’art. 10 bis TUI, la creazione legislativa di una fattispecie penale, seppur contravvenzionale, ruotante intorno lo status di irregolare del soggetto rafforza l’idea di un diritto penale speciale intorno al migrante: «La mancata depenalizzazione della contravvenzione in esame dimostra, ancora una volta, come l’opzione fondamentale della normativa italiana in tema di immigrazione resti “quella di regolare il fenomeno in senso protezionistico o proibizionistico limitandone i flussi”. A fronte delle ondate ormai quotidiane di migranti in fuga dai conflitti bellici o da condizioni di vita indegne, l’Italia – l’Europa più in generale – preferisce trincerarsi all’interno dei propri confini, riducendo il complesso fenomeno delle migrazioni moderne a mero problema di legalità e di ordine pubblico. Assecondando tale logica, si è così progressivamente formato nel nostro ordinamento un vero e proprio “diritto speciale” dei migranti, di natura in parte amministrativa ed in parte penale, dal carattere marcatamente repressivo e poliziesco». C. Ruggiero, *La depenalizzazione del reato di “immigrazione clandestina”: un’occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, 135 ss. Cfr. anche, A. Cavaliere, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Critica al diritto*, 1, 2013; A. Manna, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, in *Cassazione penale*, 2, 2011.

<sup>7</sup> Corte Cost. sent. n. 249 dell’8 luglio 2010.

L'effetto stigmatizzante del *corpus* normativo in materia di diritto penale dell'immigrazione – che prevede l'incriminazione di un mero *status* personale – trascende così nelle inquietanti forme del diritto penale d'autore<sup>8</sup>.

L'affermazione dell'attuale politica criminale<sup>9</sup> in tema di immigrazione clandestina si deve principalmente alla domanda di sicurezza di una collettività disposta a sacrificare le libertà e i diritti degli immigrati che ospita e che rifiuta: così quel fenomeno definito di *crimmigration* definisce l'intreccio tra «logica criminalizzante ed efficientismo amministrativo nel perseguimento di quello che sembra essere ormai diventato l'obbiettivo cruciale delle politiche migratorie di molti paesi occidentali, ossia l'esclusione dello straniero indesiderabile»<sup>10</sup>. Un intreccio che segna un nuovo diritto penale neo-auto-

---

<sup>8</sup> «La legislazione in materia di immigrazione clandestina assume un ruolo importante per il penalista post-moderno. A partire dai pacchetti-sicurezza citati si è, infatti, consolidata una radicale trasformazione di quelli che sono i caratteri e i principi del diritto penale classico o illuminista. Si è assistito al passaggio dal diritto penale del fatto, al diritto penale d'autore. È pur vero che nella costruzione di una fattispecie penale il legislatore si ispira sempre al tipo normativo d'autore, nel senso appunto della figura che sta dietro la fattispecie, ma, in questi corpi normativi, il Legislatore non ha trasformato il "tipo d'autore" in un "tipo di fatto" che sia conforme ai principi costituzionali». A. Manna, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina*, cit., 446.

<sup>9</sup> «To be true, hostile social and political attitudes towards immigrants, strangers and foreigners have always existed: in a way, they constitute a unavoidable step in the social and historical construction of communities and communities' identifies: something like a necessary chapter in the *Bildungsroman* of every social self. There are moments in history, however, in which these attitudes undergo a deterioration, and this is undeniably what has been happening in recent years in Europe – and has now led, as a result, to a 'a shift in the perception regarding the moral worthiness of migrants, those who enter and remain without authorization are increasingly perceived ad criminal in a *mala in se* sense'». A. Spina, *Iniuria migrandi: criminalization of imigrants and the basic principles of the criminal law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 8, 2014, 635-657.

<sup>10</sup> Senza pretesa di esaustività sul tema cfr., innanzitutto, A. Spina, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2017; G.L. Gatta, *La pena nell'era della 'crimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2, 2017, 675 ss.; C. Ruggiero, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal "decreto Minniti" al "decreto sicurezza bis"*, in *Archivio penale*, 2, 2020; A. Caputo, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 11; L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, To-

ritario che assurge l'allontanamento dello straniero quale obiettivo dichiarato.

Nell'ambito della *crimmigration*, la sanzione penale non si impone come atto di autorità ma come esercizio di forza, ha carattere solo espulsivo e non inclusivo, è solo strumento di esclusione e sacrifica il programma sociale educativo dell'art. 27 co. 3 Cost.

Le scelte dell'ordinamento penale nell'ambito dell'immigrazione appaiono in contrasto con taluni principi garantistici del diritto penale e risultano pressoché irragionevoli, se valutate alla stregua delle funzioni proprie del diritto penale<sup>11</sup>.

Al tipo criminologico dello straniero-immigrato è riservato un trattamento penale "differenziato", finalizzato a realizzare un progetto di esclusione, più che di educazione, «attraverso la predisposizione di un apparato repressivo sempre più duro nei confronti degli immigrati irregolari, veri protagonisti dell'emergenza sicurezza»<sup>12</sup>.

L'accanimento punitivo verso il fenomeno migratorio è conseguenza ineludibile dell'etichettamento<sup>13</sup> del migrante come "deviante", da parte di una collettività che reagisce con disapprovazione e stigma e diventa tratto distintivo peculiare di una politica criminale che tende verso l'affermazione di un "nuovo" diritto penale, *nemico* dei principi dello Stato di diritto.

La parabola dell'etichettamento è l'attribuzione al migrante della qualifica di criminale perché straniero irregolare oppure già solo

---

rino, 2019; L. Siracusa, *Sulle tracce della crimmigration in Europa: l'espulsione dello straniero in un confronto fra Spagna, Francia e Italia*, in *Rivista trimestrale diritto penale economia*, 1-2, 2019.

<sup>11</sup> A proposito di una rilevante precisazione terminologica, L. Siracusa, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Rivista trimestrale diritto penale economia*, 4, 2013, 765-786: «La puntualizzazione linguistica è tutt'altro che irrilevante, sol che si consideri come essa serva a scoprire il "travestimento" dietro cui il legislatore italiano ha inteso nascondere lo spirito illiberale che sta alla base dell'intera disciplina penale dell'immigrazione, in effetti, in questo settore il diritto penale si discosta non poco dal modello del diritto penale del fatto, o del diritto penale a tutela di autentici beni giuridici, e assume per converso le sembianze di un vero e proprio diritto penale contro la persona dell'immigrato che sia portatore della qualifica di irregolare».

<sup>12</sup> Cfr. 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 Editore, Torino 2009, 28.

<sup>13</sup> Cfr. M. Nigoevic, S. Caric, *L'etichettamento degli immigrati nella stampa italiana*, in *Italica Belgradensia*, 2014, 115-125.

perché irregolare: si delineano le basi di una sorta di colpevolezza di personalità, anziché del fatto (“ti punisco non per quello che fai, ma per quello che sei”).

Il dato maggiormente appariscente e preoccupante che spicca non è tanto l’uso verosimilmente irragionevole della sanzione penale, quanto l’irragionevole spostamento della prospettiva dal fatto *ut sic* al soggetto che lo realizza.<sup>14</sup>

Con l’introduzione del reato di “immigrazione irregolare”, infatti, non si punisce un fatto ma una condizione personale: il migrante «diventa reato» e dalle disposizioni di questo diritto penale *speciale* traspaiono pulsioni e comportamenti di diffidenza, di rifiuto, di ostilità nei confronti del migrante, nemico e delinquente<sup>15</sup>.

Nella nuova frontiera della *crimmigration* l’incriminazione si rivolge a soggetti che, per fini di solidarietà o assistenza, prestano aiuto ai migranti in prossimità delle frontiere di mare o di terra, vittime – come recentemente affermato dalla Suprema Corte<sup>16</sup> – di *over-criminalization*.

---

<sup>14</sup> Sulla criminalizzazione del migrante per colpa d’autore, cfr. in particolare: M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009; G. Alesci, *(In)-Sicurezza e immigrazione. La “colpevolizzazione” dello straniero nel diritto dell’emergenza*, in *Archivio penale*, 3, 2018; F. Forzati, *Il penale dell’immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della disegualianza sanzionatoria*, in *Archivio penale*, 3, 2019.

<sup>15</sup> La questione dell’approccio securitario alla materia migratoria e della criminalizzazione della condizione di irregolarità del soggiorno è stata oggetto di attenzione, negli ultimi vent’anni, da parte di diversi esponenti della letteratura penalistica: senza pretese di completezza, cfr., in particolare, A. Caputo, *Immigrazione, politiche del diritto, qualità della democrazia. Diseguali, illegali, criminali*, in *Questione giustizia*, 1, 2009, 86 ss.; A. Cavaliere, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Critica al diritto*, 1, 2013, 17 ss.; M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Questione giustizia*, 1, 2009, 101 ss.; L. Ferrajoli, *La criminalizzazione degli immigrati*, in *Questione giustizia*, 5, 2009, 9 ss.; A. Manna, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina tra simbolismo penale e colpa d’autore*, in *Cassazione penale*, 2, 2011, 446 ss.; V. Militello, A. Spina, *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli editore, 2015, 10 ss.; L. Pepino, *Le migrazioni, il diritto, il nemico*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2009, 9 ss.

<sup>16</sup> Proprio in una recentissima pronuncia n. 63 del 10 marzo 2022, la Corte costituzionale dichiarava incostituzionale il comma 3 lett. d) dell’art. 12 T.U.I., nella parte in cui prevedeva quale circostanza aggravante della fattispecie l’utilizzo di «servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti».

Nel pericoloso panorama della cd. “criminalizzazione della solidarietà”<sup>17</sup>, quel che si scorge, in particolare, è un uso sovrabbondante del diritto penale tramite l’estensione dell’area del penalmente rilevante della fattispecie del favoreggiamento dello *smuggling*, a condotte prive di un fine di profitto ed anche attività di puro soccorso e assistenza, che le fonti di diritto internazionale ed europeo ritengono doverose<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> “The origins of the problem of criminalization of solidarity can only partially be found in the most recent populist policies. From a strictly normative point of view, in fact, this problem has much more distant roots. It is clear, however, that the present social context conditioned also by the narratives of a populist mould, has contributed to “activate” criminal legislation that had remained dormant until now. In other words, if the origins of the phenomenon are quite ancient insofar as primary *criminalization* is concerned, its practical and undesirable consequences are experimented with today because the social conditions for *applying the criminalization* have changed». AA.VV., *Migrants’ rights, populism and legal resilience in Europe*, V. Stoyanova, S. Smet (edit.), Cambridge University Press, 2022, 275.

<sup>18</sup> E. La Rosa, *Il governo delle politiche migratorie tra criminalizzazione e giustificazione*, in C. Cesari (a cura di), *Stranieri in Italia. Una riflessione a più voci. Atti convegno Macerata, 25 novembre 2021*, Cedam, 2021, 93 ss.: «Del resto, se nel corso degli ultimi 10 anni si è assistito ad una evoluzione in forza della quale lo strumento penale ha perso la sua centralità nel definire la strategia di contrasto all’immigrazione irregolare e lo straniero non in regola è diventato destinatario di una reazione penale in larga misura simbolica e ineffettiva (con tutto quanto di negativo questo comporta), a partire dal 2017 l’attenzione si è spostata sul nuovo nemico: i membri delle ONG impegnati in operazioni di *search and rescue* nel Mar Mediterraneo. Perché si può usare il plurale? Perché queste dinamiche di criminalizzazione si manifestano su almeno due diversi piani, peraltro destinati a interferire reciprocamente. Il primo, più immediato, è quello della criminalizzazione diretta, cioè la previsione di norme incriminatrici – come quelle appena ricordate e altre su cui si tornerà più avanti – che sono rivolte espressamente e chiaramente nei confronti di chi aiuta il migrante. Accanto a questo fenomeno di criminalizzazione diretta, però, è da tempo in atto anche un fenomeno di criminalizzazione indiretta. Si allude, per esempio, a quell’insieme di meccanismi attraverso i quali il soccorritore, chi aiuta il migrante, viene indicato, a sua volta, all’attenzione dell’opinione pubblica come un “nemico”. Attraverso questa particolare modalità di “narrazione” si finisce col criminalizzare ogni forma di soccorso o di aiuto. È un fenomeno che si è innescato a partire dal 2015/2016. Non c’è dubbio, infatti, che nel corso degli ultimi anni la “narrazione” intorno alle operazioni di soccorso in mare sia progressivamente mutata. Fino a quel momento il soccorso era, nel contesto delle attività che ruotano intorno al fenomeno dell’immigrazione, l’unico aspetto che costituiva oggetto di un’attenzione positiva da parte dell’opinione pubblica. In questa prima fase, il soccorso in mare sembrava rappresentare l’unico aspetto del fenomeno migratorio ad essere guardato – in controtendenza rispetto a tutti gli altri (la gestione dell’accoglienza, l’asilo politico), associati alla paura, all’intolleranza e

In questo quadro il diritto penale, perdendo il suo carattere di *extrema ratio*, diviene strumento cardine nella difesa dei confini messi in pericolo dall'emergenza-immigrazione.

L'importanza della decisione citata è evidente: è la prima volta in Italia (e la seconda in Europa, dopo la decisione del *Conseil constitutionnel* francese nel 2018) che la Corte costituzionale si pronuncia sul delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare con l'effetto di ridimensionare la fattispecie.

Il Giudice delle leggi ravvisa nel comma sottoposto al suo scrutinio una manifesta violazione del principio di proporzionalità della pena – con riferimento ai «due “tipi” criminologici» (trafficienti a scopo di lucro e aiutanti mossi da finalità altruistiche)<sup>19</sup> riconducibili nell'art. 12 TUI – dovuta ad una incriminazione a tutto campo dell'agevolazione di ingressi irregolari, che si presta a critiche di carattere assiologico.

Tali critiche dimostrano al legislatore che è possibile e, anzi, doveroso, distinguere le condotte sulla base della loro concreta offensività, nonché, quando presente, del loro carattere solidaristico.

Il carattere illiberale ed apertamente discriminatorio del diritto penale dell'immigrazione è per la prima volta intravisto nell'ambito della materia dei soccorsi in mare: se, da una parte, il migrante irregolare è condannato, in assenza di giudizio, alla detenzione nei centri di accoglienza ed all'espulsione dal territorio dello Stato, al migrante “marittimo” viene negato il (doveroso) soccorso in situazioni di pericolo.

L'approccio de-umanizzante nella dimensione dei soccorsi in mare estende la nozione di nemico agli operatori del soccorso umani-

---

allo scontro politico – con un certo favore da parte dell'opinione pubblica: è come se i volti e le storie delle persone approdate sulle coste italiane si incorniciassero nel quadro della solidarietà e dell'accoglienza, attribuendo al racconto del soccorso in mare «la potenza espressiva per umanizzare il fenomeno delle migrazioni». Successivamente, a partire dalla fine del 2016, il clima nei confronti dei soccorritori muta rapidamente e, sempre più spesso, i soggetti impegnati nel salvataggio sono accusati di complicità con i trafficanti di migranti».

<sup>19</sup> Per un commento sulla sentenza cfr. S. Zirulia, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *Sistema penale*, 2022; A. Ciervo, *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Rivista AIC*, 3, 2022; A. Spina, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, 2022.

tario: si sovrappone così il (doveroso) contrasto alle prassi illecite ed illegittime che accompagnano l'immigrazione irregolare, con la (altrettanto doverosa) tutela dei diritti del migrante.

La nuova frontiera della *crimmigration* non si rivolge più solo al migrante, ma a tutti quei soggetti che a vario titolo realizzano attività di assistenza agli ingressi irregolari in Italia, visti i ripetuti tentativi di attrarre queste condotte nell'alveo della fattispecie di favoreggiamento, quasi come se l'obiettivo perseguito dalla norma sulle condotte agevolative fosse quello di dotarsi di un nuovo strumento di aggressione e repressione della solidarietà attiva, pur costituendo, quest'ultima, oggetto di specifici obblighi di carattere internazionale ed europeo.

Il tentativo di far rientrare le operazioni di soccorso in mare all'interno dei confini del reato di favoreggiamento dell'ingresso illegale ha spesso incontrato ed incontrerà non poche difficoltà.

Lo stato di necessità delle operazioni di salvataggio o la qualificazione della conduzione di migranti in pericolo in *place of safety* come dovere giuridico scriminante rappresenta il sostrato giuridico del "senso di umanità" di un ordinamento giuridico: così l'interesse al controllo delle frontiere non potrà mai legittimare provvedimenti giudiziari o giustificare testi normativi che, anche solo in maniera celata, tentino di ricondurre nella dimensione punitiva le condotte di salvataggio, ponendosi, dunque, in radicale contrasto con la logica solidaristica che permea le attività di salvare vite umane.

Le scelte *simboliche* del legislatore – con riferimento alle recenti disposizioni in materia di soccorsi in mare – rafforzano l'idea dello straniero criminale il cui aiuto in determinati casi, al pari dell'assistenza offerta al reo, integra un'ipotesi di favoreggiamento, nonostante sia il diritto stesso che impone di salvare le vite umane se esposte ad un grave pericolo per l'incolumità e la vita<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> I. Kant, *Pace Perpetua*, trad. it., R. Bordiga, Feltrinelli, Milano, 2003, 64: «E allora ospitalità significa il diritto che uno straniero ha di non essere trattato come un nemico a causa del suo arrivo sulla terra di un altro. Questi non può mandarlo via, se ciò mette a repentaglio la sua vita, ma fino a quanto sta pacificamente al suo posto non si deve agire verso di lui in senso ostile. Non è un diritto di accoglienza a cui lo straniero possa appallarsi (...) ma un diritto di visita, che spetta. Tutti gli uomini, il diritto di offrire la loro società in virtù del diritto della proprietà comunque della superficie terrestre, sulla quale, in quanto sferica, gli uomini non possono disperdersi all'infinito, ma alla fine devono sopportare di stare l'uno a fianco dell'altro».

L'impatto del securitarismo sulla politica criminale in tema di immigrazione si salda con la tendenza al populismo penale<sup>21</sup> delle democrazie contemporanee che individua nel migrante un nemico interno e naturale, contro il quale si scagliano l'iniziativa politica e la società collettiva<sup>22</sup>.

Quando il tema della sicurezza, dunque, diventa determinante negli slogan elettorali politici e nelle dinamiche generali di acquisizione e mantenimento del consenso politico, il paradigma securitario è compiuto<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> M. Minetti, *The facilitators package, penal populism and the rule of law: Lessons from Italy*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 11(3), 2020, 335-350: «Penal populism at the Italian level, especially in the field of the production and application of criminal law tools to counter irregular migration, nowadays presents three main characteristics: a 'criminogenic' nature, the shift from subjection to constitutional principles towards electoral consent as a legitimation source and the normalization of xenophobic attitudes as source of the aforementioned electoral consent. The criminogenic nature of the populist criminal laws (which refers to the lack of normative foundations of the criminalization of migration and of the facilitation of illegal entry as it is defined in its simple form) results in a hardening of the punitive measures for the breaches of immigration law. It also enables the avoidance of the recognition of trafficking victims and entails a reduction of integration measures and of the channels to obtain international protection. The migrant, consequently, has no other choice but to enter criminality, thus feeding the narrative of the foreigner offender on which the populist rhetoric is based. The shift to the electoral consent as a legitimation source refers to the fact that Salvini characterized as praiseworthy the closure of ports and the failure to assist the migrants in danger among other actions (and non-actions), which might ordinarily be considered veritable human rights violations or, arguably, criminal offences. The pursuit of electoral support through the exhibition of illegal actions results in the shift, in the common sense, from the Rule of Law as source of political and legal legitimacy towards electoral consent».

<sup>22</sup> Su populismo penale e securitarismo cfr., in particolare, A. Caputo, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius Migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2020; L. Ferrajoli, *Migranti. Il nuovo populismo che penalizza i soccorsi*, in *Il Manifesto*, 20 novembre 2020; AA. VV., *Il diritto penale nel guado tra libertà, sicurezza e populismo*, G. Losappio, G. Manca, A. Vichinkeski Teixeira (a cura di), Università degli Studi della Calabria Quaderni "Alimena", 4, 2021; M. Anselmi, I. Corvino, *Populismo e immigrazione: un fatale incontro*, in *Cosmopolis Rivista di filosofia e teoria politica*, XVII/1-2-2020; L. Scuccimarra, *La "crisi dei migranti" e la genesi del populismo antiumanitario*, in *Sociologia e ricerca sociale*, 123, 2020, 88-103.

<sup>23</sup> «Ricorrendo alla terminologia di Luhmann si può allora affermare che le cornici del paradigma securitario e del nemico interno supportino in maniera determinante i

Non stupiscono, dunque, le voci di quanti parlano di un diritto “simbolico” che nasconde l’assenza di ogni progetto di gestione del fenomeno migratorio a lungo termine.

Se la tutela dell’interesse alla sicurezza delle frontiere, da bilanciare con il contrapposto interesse dei migranti alla tutela dei propri diritti fondamentali, si realizza essenzialmente attraverso il diritto internazionale, il diritto UE e quello amministrativo nazionale, chiamati a disciplinare le condizioni di ingresso e soggiorno nello Stato, non è altrettanto pacifico che sia il diritto penale veramente funzionale alla gestione ordinata dei flussi.

Il ricorso alla pena per la tutela della gestione ordinata di quest’ultimi, che si traduce in una restrizione delle garanzie<sup>24</sup>, riempie di contenuto la legislazione di settore con un diritto penale fortemente simbolico, del tutto funzionale a politiche securitarie: proprio in rapporto alla criminalizzazione della clandestinità, supponenza giudiziaria e “simbolismo del diritto penale simbolico”<sup>25</sup> costituiscono le due fac-

---

meccanismi di *riduzione della complessità* indispensabili per il fondamento del sistema politico. Tale riduzione della complessità è descrivibile come un doppio filtro: si realizza infatti in equilibri contingenti tra prassi di *chiusura cognitiva* e di apertura normativa. In sintesi, il sistema promuoverebbe e selezionerebbe le istanze di sicurezza provenienti dalla società aprendo in questo campo un canale effettivo di comunicazione con la cittadinanza e rinunciando a dare risposta ad altre istanze (ad esempio di sicurezza sociale). L’apertura normativa, seguente questa linea ipotetica, tenderà a realizzarsi in prevalenza attraverso risposte di politica criminale». F. Curi, F. Martelloni, A. Braccia, E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Giappichelli Editore, Torino 2021, 31.

<sup>24</sup> Cfr. Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell’Associazione Internazionale di Diritto penale, tenuto nella Sala dei Papi il 23 ottobre 2014: «che con la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali, come se per le più diverse malattie ci venisse raccomandata la medesima medicina. Non si tratta di fiducia in qualche funzione sociale tradizionalmente attribuita alla pena pubblica, quanto piuttosto della credenza che mediante tale pena si possano ottenere quei benefici che richiederebbero l’implementazione di un altro tipo di politica sociale, economica e di inclusione sociale, non si cercano soltanto capri espiatori che paghino con le loro libertà e con la loro vita per tutti i mali sociali, come era tipico nelle società primitive, ma oltre a ciò talvolta e con la loro vita per tutti i mali sociali, come era tipico delle società primitive, ma oltre a ciò talvolta c’è la tendenza a costruire deliberatamente dei nemici: figure stereotipate, che concentrano in sé stesse tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose. I meccanismi di formazione di queste immagini sono i medesimi che, a suo tempo, permisero l’espansione delle idee razziste».

<sup>25</sup> Cfr. A. Sessa, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale sim-*

ce di una stessa medaglia, cioè di quella possibile deriva dell'attuale politica criminale, in materia di immigrazione, che costruisce un diritto penale «destinato ad assolutizzarsi e ad assecondare un modello di incriminazione emotivamente radicato in una domanda sociale di penalità indotta da chiare percezioni soggettive di (in)sicurezza».<sup>26</sup>

Così il diritto penale simbolico promuove una politica criminale simbolica che pone la sanzione penale al servizio della esaltazione di un processo di criminalizzazione di *status* per reati di mera disobbedienza<sup>27</sup> funzionalizzati alla essenziale concretizzazione di esigenze di pura stabilizzazione del consenso sociale, attraverso la valorizzazione di mere percezioni soggettive di insicurezza.

---

*bolica*, AA. VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016, 19.

<sup>26</sup> Id., *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Diritto penale e processo*, 4, 2017, 523.

<sup>27</sup> «Nessuna situazione concreta è richiesta, diversa dalla violazione del dovere, del divieto di ingresso o di permanenza per il clandestino extracomunitario. (...) Tipo d'autore e disobbedienza (...) fondano l'illecito, nella presunzione assoluta della messa in pericolo dell'attività amministrativa di controllo e disciplina dei flussi, in vista di interessi-scopo di sicurezza e ordine pubblico. La sola disobbedienza, come tale non giustifica nessun reato: è solo il collegamento col dovere, con l'obbligo o il precetto violati che struttura una legittimazione penalistica, e qui, ancora una volta, è essenziale alla scelta punitiva che si tratti di clandestini extracomunitari. Siamo nel solco classico di un diritto penale di polizia, di prevenzione e di sicurezza dove però – questo il dato caratterizzante di sicurezza, – l'attenzione al tipo d'autore prevale sul significato offensivo del fatto». M. Donini, *Il cittadino extracomunitario*, cit., 126.

Ancora: «Il diritto penale della disobbedienza e la concezione metodologica inducono coerentemente a sostenere che tale norma abbia lo scopo di regolare i flussi migratori, ovvero di vietare al migrante di entrare o trattenersi irregolarmente nel territorio statale, e che proprio in tale scopo risieda il bene giuridico tutelato: nell'interesse a regolare i flussi migratori. A chi 'faccia del male' il migrante con il suo mero essere irregolare, ovvero, quale interesse di una o più persone venga leso o messo in pericolo dalla sua mera presenza irregolare, è questione che sparisce completamente dal suddetto orizzonte tecnicistico, ovvero tecnocratico, conformista, 'obbediente' – e in questa ipotesi xenofobo –, proprio della concezione metodologica del bene giuridico. Sostenere che si debba intervenire penalmente contro il migrante irregolare in quanto tale non significa altro che apporgli lo stigma di criminale, per il suo solo essere irregolare. In tal modo, condotte individuali completamente inoffensive possono essere punite». A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, 4, 2022, 43 ss.

La risposta sul versante accademico in questo conflitto è di un recupero del primato dei diritti umani come argine a questa deriva, mettendo in guardia dai rischi di soppressione delle libertà individuali dei singoli; sono ricorrenti i moniti al formante legislativo e giurisprudenziale affinché si ergano a paladini dei valori universali e dei diritti umani, che il giurista liberale propugna e difende.

Le libertà fondamentali e i diritti umani sono la premessa necessaria di qualsiasi analisi sul livello di tutela da assicurare al singolo nei confronti dell'autorità del potere pubblico.

Se nel discorso sui diritti il protagonista esclusivo diventa l'individuo, deve comunque evitare che la logica individualista sottesa trascuri gli interessi meta individuali o collettivi, per non correre il rischio di corrodere le fondamenta sulle quali poggia la capacità del potere pubblico di tenere unite e sicure le comunità locali e nazionali.

Nella dialettica tra i diritti individuali del migrante e la dimensione collettiva degli interessi pubblici o meta individuali – entrambi principi costituzionali di pari livello sul piano concettuale oltre che su quello generale e sociale riconosciuto dalla collettività – i diritti fondamentali della persona devono costituire l'angolo di confronto di ogni regola e decisione in materia di immigrazione, fuggendo dalla deriva securitaria.

La sintesi del conflitto è rintracciabile nella necessità di tenere separati i vari ambiti di discussione, lo spazio della politica e le sue pretese securitarie dalle ragioni garantiste del diritto e del diritto penale in particolare, per consentire al legislatore e all'interprete di ricollocare i beni giuridici effettivamente protetti e tutelati dall'ordinamento nella rinnovata dialettica delle varie esigenze costituzionali sottese alle norme in una complessiva armonia di sistema liberale.

In questa dimensione dialettica il fenomeno migratorio rappresenta “perenne emergenza”, di una “legislazione penale compulsiva” che utilizza in maniera simbolica lo strumento punitivo contro il migrante ed “emergenza perenne”<sup>28</sup> di un diritto penale della “distanza assiologica”, che si allontana sempre più dai principi di garanzia costituzionali ed internazionali.

La distanza assiologica rispetto alle fonti internazionali è soprattutto riscontrabile nella materia del soccorso in mare, nella quale le recenti disposizioni normative, in materia di regolamentazione delle

---

<sup>28</sup> Cfr. G. Losappio, *Perenne emergenza, emergenza ed emergenza perenne*, in *Giurisprudenza penale*, 3, 2020.

operazioni di salvataggio, esprimono una carica assiologica del tutto confliggente con quella delle fonti internazionali che individuano in maniera (più o meno) puntuale uno specifico obbligo umanitario verso il migrante, in quanto “persona”.

Così il diritto penale dell’immigrazione ha conquistato il non invidiabile primato di questa distanza: l’attrito con orizzonte dei principi penalistici liberali rappresenta oggi una costante negativa dell’esperienza giuridico-penalistica europea, circostanza che fa comprendere come il *deficit* assiologico della ultima frontiera della *crimmigration*, quella dei soccorsi, interPELLI l’attenzione del mondo accademico, probabilmente chiamato a ristabilire quella unità dialettica tra le pretese criminologiche della politica e le ragioni umanitarie del diritto.