



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

Gli Speciali

Marzo 2020

Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del sud

Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnull – Aldo Bernardini – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Mario Pio Calogero – Zlata Drnas Clement – Jean-Paul Costa – Emmanuel Decaux – Kerstin Von der Decken – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Giancarlo Guarino – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Sergio Marchisio – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile: Carlo Curti Gialdino

Componenti: – Francesco Battaglia – Raffaele Cadin – Nicola Colacino – Luigino Manca – Michele Messina – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Valentina Zambrano

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma assolutamente anonima, a tre *referees*, che decideranno, a maggioranza, sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione.

Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del sud

Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*

Supplemento al n. 1/2020

marzo 2020

ISSN 2284-3531



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

INDICE

LINA PANELLA, <i>Introduzione</i>	I
VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO, <i>Introducción</i>	III

Parte I

Controlli alla frontiera dei flussi migratori e immigrazione

PIETRO GARGIULO, <i>Recenti tendenze della cooperazione internazionale in materia di migrazioni. Contenuto, potenzialità e limiti del Global Compact on Migration</i>	1
FRANCESCA PELLEGRINO, <i>L'obbligo di soccorso e il divieto di respingimento nel diritto internazionale e sovranazionale</i>	11
STEFANO AGOSTA, <i>Dalla certezza del diritto all'incertezza dei diritti (costituzionali) degli stranieri vulnerabili: il rischio della singolare nemesi delle Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale ed immigrazione</i>	24
RABIÀ M'RABET TEMSAMANI, <i>Maghreb-Europe face au controle du flux migratoire: le role du Maroc</i>	36
GIANFRANCO GABRIELE NUCERA, <i>La disciplina italiana sul trattenimento dei richiedenti asilo a fini d'identificazione e la sua conformità agli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani</i>	52
LUCIA IONE PADILLA ESPINOSA, <i>La Guardia europea de fronteras y costas en la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea</i>	66
FRANCESCO LUIGI GATTA, <i>Politiche migratorie respingenti e controllo rafforzato delle frontiere: l'impatto sui diritti umani della gestione della crisi dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	77
GIULIA COLAVECCHIO, <i>L'impatto del Decreto sicurezza sugli istituti di trattenimento dei migranti e dei richiedenti asilo alla luce del Diritto internazionale e dell'Unione europea</i>	89
DANIELE MUSMECI, <i>I diritti umani dei migranti in Libia: due anni di vigenza del Memorandum d'intesa Italia-Libia</i>	103

Parte II

La gestione della migrazione nei Paesi del Sud Europa

MARCO CALABRÒ, <i>La possibile rimodulazione del ruolo degli enti locali nella gestione dei flussi migratori</i>	116
KATARZYNA GROMEK-BROC, <i>Too little too late: assessing the EU's legal framework on the protection of unaccompanied minors in emergency situations</i>	132
ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ, <i>La interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio</i>	151
ADELE MARINO, <i>Salvaguardia della vita umana in mare e poteri del comandante</i>	174
MICHELE MESSINA, <i>Alcuni recenti chiarimenti della Corte di giustizia UE in materia di presa o ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale</i>	189
ANNA PITRONE, <i>La disciplina europea della migrazione economica</i>	205
ANNA LAZZARO, <i>La giurisdizione in materia di immigrazione: criteri di riparto e sindacato del giudice amministrativo</i>	218
FRANCESCO MARTINES, <i>La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia</i>	232
FRANCESCA PERRINI, <i>Principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela dei richiedenti asilo in Italia</i>	244
VALENTINA PRUDENTE, <i>Espulsione prefettizia e tendenze giurisprudenziali. Diritti fondamentali dello straniero, obblighi formali e garanzie processuali</i>	256
FERNANDO LLAGAS GELO, MAGDALENA REIFS LOPEZ, <i>La Coordinación administrativa en la gestión de los flujos migratorios en España, especial consideración a las administraciones locales</i>	273
FRANCESCO SICILIANO, <i>La rilevanza giuridico-amministrativa del "migrante irregolare"</i>	286
LAURA PERGOLIZZI, <i>Administrative cooperation between EU Member States for the application of the "Dublin system"</i>	296
MIRKO FORTI, <i>Le conseguenze giuridiche dell'applicazione del regolamento (UE) 2016/679 nella gestione dei flussi migratori</i>	304

Parte III

Immigrazione irregolare e criminalità organizzata. L'espulsione dei migranti irregolari

MARIA TERESA COLLICA, <i>Il reato di immigrazione clandestina, tra (in)effettività e simbolismo</i>	315
JONATÁN CRUZ ÁNGELES, <i>Estudio del desarrollo e implementación de las denominadas "Fronteras inteligentes" en la Unión europea</i>	339

ANTONINA ASTONE, <i>Esigenze di solidarietà e sicurezza nella tutela civile del minore straniero non accompagnato</i>	355
EMANUELE LA ROSA, <i>Soccorso in mare e criminalizzazione “diretta” e “indiretta” delle ONG.</i>	365
ALBERTO RANDAZZO, <i>Migrazioni e atti politici (prendendo spunto dal caso “Diciotti”)</i>	378
ALBERTO MARCHESE, <i>Diritto all’immigrazione e problematiche sanitarie: le nuove frontiere dell’accoglienza</i>	390
FRANCESCO ANGELONE, ANGELA CARUSO, <i>“La sponda Sud”: Do we really care about them?</i>	411
EUGENIO CARLI, <i>Gestione dei flussi migratori e obbligo di non refoulement: cenni sulla recente prassi italiana in materia di respingimento ed espulsione di presunti migranti irregolari</i>	425
LETIZIA VALENTINA LO GIUDICE, <i>Il “Porto Sicuro” tra negazione dei diritti umani e obblighi internazionali di protezione</i>	442
GIUSEPPE ROMEO, <i>Organizzazioni criminali transnazionali e migranti: “aguzzini” e “vittime” nei traffici illeciti di persone</i>	453

SOCCORSO IN MARE E CRIMINALIZZAZIONE “DIRETTA” E “INDIRETTA” DELLE ONG

EMANUELE LA ROSA *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’evoluzione della giurisprudenza italiana in tema di rilevanza penale delle attività di ricerca e soccorso in mare. – 3. Verso la repressione del soccorso: il c.d. “Decreto Salvini *bis*”. – 4. La criminalizzazione del soccorso in mare entro il paradigma del *Feindstrafrecht*.

1. Premessa

In una comunicazione inviata al Governo italiano il 21 novembre 2018 dai dieci *Special Rapporteurs* delle Nazioni Unite sono state espresse, tra le altre, serie preoccupazioni in merito alla tendenza in atto nell’ordinamento italiano verso una criminalizzazione delle attività di ricerca e soccorso in mare di migranti realizzate dalle ONG nel Mediterraneo¹.

Si tratta di preoccupazioni tutt’altro che prive di fondamento.

Non c’è dubbio, infatti, che nel corso degli ultimi anni (e soprattutto degli ultimi mesi) la “narrazione” intorno alle operazioni di soccorso in mare sia progressivamente mutata.

In una prima fase, il soccorso in mare sembrava rappresentare l’unico aspetto del fenomeno migratorio a essere guardato – in controtendenza rispetto a tutti gli altri (la gestione dell’accoglienza, l’asilo politico), associati alla paura, all’intolleranza e 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»².

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 migranti³.

Una spregiudicata campagna politico-mediatica ha diffuso nell’opinione pubblica il “sospetto” che dietro le attività di ricerca e soccorso in mare si celino non già scopi di natura umanitaria, ma (indicibili) interessi economici e criminali; sospetto che avvince in modo particolare le ONG, il cui ruolo è progressivamente cresciuto a seguito della interruzione, a fine 2014, dell’operazione *Mare nostrum*, che – come noto – prevedeva l’impiego di navi della Marina militare italiana per portare soccorso ai natanti in difficoltà anche

* Ricercatore di Diritto penale, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria.

¹ Per una analitica descrizione del rapporto, v. F. CANCELLARO, *L’Italia è sotto osservazione dell’ONU con riferimento alla criminalizzazione del soccorso in mare, alla politica dei porti chiusi ed al decreto immigrazione e sicurezza*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 12 marzo 2019.

² P. BARRETTA, *Da eroi a trafficanti: le accuse ai protagonisti delle operazioni di ricerca e soccorso in mare*, in *Questione giustizia on line*, 4 aprile 2017 (http://questionegiustizia.it/articolo/da-eroi-a-trafficanti_le-accuse-ai-protagonisti-delle-operazioni-di-ricerca-e-soccorso-in-mare_04-07-2017.php).

³ Per una ricostruzione di questo mutamento negli umori dell’opinione pubblica, L. MASERA, *L’incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 225 ss.

in prossimità delle acque territoriali libiche. Da una parte, i media italiani hanno cominciato a pubblicare articoli che accusavano tali ONG di collusione con gli *smugglers* e di coinvolgimento nel c.d. “*business* del traffico di esseri umani”; dall’altro, anche alcuni esponenti politici hanno accusato le ONG di avere incoraggiato la partenza dei migranti dalla Libia, attraverso le loro attività di salvataggio. In questo senso, particolarmente significative – se non altro perché hanno dato la stura ad una legittimazione pubblica della violenza verbale nei confronti dei “soccorritori” – appaiono le dichiarazioni – riportate anche nel summenzionato Rapporto ONU⁴ – dell’allora vicepresidente della Camera dei Deputati (nonché, successivamente, Ministro del lavoro e delle politiche sociali), che ha etichettato le ONG “taxi del mare”, e quella, del futuro Ministro dell’Interno, che ha definito le ONG che aiutano i migranti come “vice-trafficienti”.

Ad alimentare il clima di crescente criminalizzazione dei difensori dei diritti umani ha, inoltre, contribuito l’avvio di procedimenti penali nei confronti delle ONG e dei loro equipaggi, indagati per il delitto di Favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, di cui all’art. 12 T.U. Immigrazione; fattispecie che, come noto, punisce con pene severe chiunque promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato, ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso nel territorio⁵.

Ed è proprio su possibilità e limiti dell’applicazione alle ONG dell’art. 12 T.U. Immigrazione che è opportuno spendere qualche considerazione.

Ora, *nulla questio* sulla necessità di un intervento penale in caso di prova delle summenzionate collusioni. Nel caso di complicità effettiva (ed accertata) l’applicazione del reato di *Favoreggiamento dell’immigrazione clandestina* è del tutto corretta. A condizione – ovviamente – che si tratti d’ipotesi corroborate da precise risultanze probatorie, e non basate solo su sospetti o presunzioni.

Non ci si può, però, spingere oltre.

Si può condividere (senza, però, enfatizzarla) l’affermazione secondo cui l’implementazione delle attività SAR possa paradossalmente favorire la strategia delle organizzazioni criminali impegnate nel traffico di migranti, le quali abbandonano i soggetti trasportati su imbarcazioni fatiscenti, confidando sull’intervento di salvataggio⁶. Questo, però, non giustifica automatismi punitivi, attesa la mancanza di anti-giuridicità o di colpevolezza del soccorritore rispetto al reato di *Favoreggiamento dell’ingresso irregolare*.

Né su tali valutazioni può incidere la violazione del Codice di Condotta la cui sottoscrizione è stata imposta alle ONG da parte dell’Italia.

2. L’evoluzione della giurisprudenza italiana in tema di rilevanza penale delle attività di ricerca e soccorso in mare

Il tenore letterale dell’art. 12, co. I e III, T.U. Immigrazione non consente di escludere la tipicità di condotte che agevolino, in qualsiasi modo, l’arrivo in Italia di

⁴ V. *supra*, nota 1.

⁵ Vengono menzionate le indagini riguardanti l’equipaggio della nave *Iuventa*, della ONG tedesca *Jugend Rettet*, e l’equipaggio della nave *Open Arms*, della ONG spagnola *Proactiva Open Arms*, nonché l’indagine relativa all’attività della tedesca *Sea Watch*.

⁶ Di «fattore di oggettiva facilitazione del traffico o, più genericamente, di attrazione verso l’Italia di un numero assai cospicuo di migranti (*pull factor*), cui si deve indirettamente l’alto numero di vittime», parla S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico alla tratta e al traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1393.

stranieri privi di titolo per l'ingresso, anche se commesse con finalità solidaristiche. Se, infatti, per il reato di *Favoreggiamento della permanenza* dello straniero irregolarmente presente nel territorio italiano è punibile, ai sensi dell'art. 12, co. 5 e 5 bis, T.U. Immigrazione, solo se commesso con la finalità «di trarre un ingiusto profitto», per il *Favoreggiamento dell'ingresso* la tipicità non è circoscritta da un analogo dolo specifico⁷.

Questo non si traduce, però, nell'automatica rilevanza penale di ogni ipotesi di soccorso. Al contrario, le finalità solidaristiche – se attuate entro i confini di una precisa cornice giuridica – portano a escluderla nella stragrande maggioranza dei casi. La questione è, semmai, l'individuazione dello strumento giuridico per far valere la non punibilità del soccorritore⁸.

La giurisprudenza in materia è oscillante. In caso d'immediato pericolo di naufragio (o comunque per la vita e l'incolumità dei naufraghi), si è ritenuta applicabile la scriminante dell'art. 51 c.p., attesa la doverosità del soccorso sulla base della normativa interna e internazionale⁹. Soluzione, questa, che trova il sostegno della prevalente dottrina penalistica. In altre ipotesi, certamente più numerose, il fatto è stato ricondotto all'ambito di applicazione dell'art. 54 c.p. In particolare, anche allo scopo di estendere la giurisdizione italiana a fatti commessi in acque internazionali, si è configurata una sorta di reità mediata, attraverso l'applicazione del terzo comma dell'ultima disposizione citata: i soccorritori non sono punibili, avendo agito sotto la “minaccia” (*sic!*) dei trafficanti, che hanno creato la situazione di pericolo per i migranti e pertanto meritano di essere puniti¹⁰.

Oltre alle perplessità che questa soluzione solleva dal punto di vista dei principi e delle categorie della dottrina penalistica, bisogna evidenziarne gli effetti indiretti: l'immagine del soccorritore appartenente a un'ONG quale strumento di scafisti e trafficanti contribuisce svalutarne il ruolo agli occhi dell'opinione pubblica. Ciò produce, nell'immaginario collettivo, la trasfigurazione del soccorritore in “nemico”; l'idea solidaristica – della *fraternité*, per usare il linguaggio di una recente decisione del Consiglio Costituzionale francese¹¹ – cede il passo a politiche di “criminalizzazione” delle ONG (con il beneplacito di un'opinione pubblica “anestetizzata”). In questo modo si rafforza la tendenza ad attrarre anche quanti prestino soccorso o aiuto a migranti e/o rifugiati nella logica del diritto penale del nemico; logica che permea la legislazione italiana (e non solo) in materia di immigrazione, ma che, in tempi più recenti, sta contagiando anche le politiche attuate nei confronti di rifugiati e richiedenti protezione internazionale¹².

⁷ In argomento, L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 231 ss.

⁸ In argomento, tra gli altri, L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 225 ss.; S. BERNARDI, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, p. 134 ss.; M. FAZIO, *Giurisdizione e soccorsi in acque internazionali: una resistibile reminiscenza dell'autore mediato*, in www.legislazionepenale.eu, 25 giugno 2018.

⁹ Trib. Agrigento, Uff. GIP, ord. 2 luglio 2019, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 3 luglio 2019 e in www.ilPenalista.it, 19 luglio 2019, con nota di G. SAVIO, *Sea Watch 3 e il difficile bilanciamento tra obblighi internazionali e istanze di sicurezza pubblica nelle operazioni di soccorso dei migranti in mare*.

¹⁰ Per tutte, Cass. pen., 28 febbraio 2014, n. 14510, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 4 giugno 2014, con nota di A. GILIBERTO, *Sussiste la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare quando gli stranieri sono stati soccorsi in acque internazionali*.

¹¹ Conseil Constitutionnel, décision n. 2018-717/718 QPC, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 31 gennaio 2019, con nota di U. ZINGALES, *Il Conseil Constitutionnel “dà vita” al principio di fraternité*. In argomento, A. GATTI, *La fraternité da valore a principio. Considerazioni sulla sentenza del Conseil constitutionnel francese del 6 luglio 2018*, in federalismi.it, 29 ottobre 2018; M. DAICAMPI, *Emergenza di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *Casi e Questioni – DPCE on line*, 2018/3.

¹² V. *infra*, par. 4.

Una corretta applicazione delle norme interne e sovranazionali non dovrebbe cedere il passo ad alcun apriorismo punitivo.

Sole ove non ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 51 c.p., il comportamento dei soccorritori andrebbe valutato attraverso la lente dell'esimente dello "stato di necessità": applicando non già l'art. 54, co. 3, c.p., bensì il primo comma della medesima disposizione, ricomprendendo, per esempio, nella nozione di "*pericolo attuale di danno grave alla persona*" la situazione derivante dal mancato approdo in un porto sicuro (POS)¹³.

Discorso in parte diverso va fatto con riferimento alla legittima difesa. La scriminante è stata riconosciuta in capo ad alcuni migranti che si erano ribellati alla decisione del comandante della nave soccorritrice, assunta su indicazione del centro di coordinamento marittimo italiano, di ricondurli in Libia (con conseguente esposizione al pericolo attuale di offese ingiuste per la vita e l'integrità fisica)¹⁴. Più difficile (se non impossibile) appare ipotizzare un'applicazione dell'art. 52 c.p. a favore del comandante e dell'equipaggio della nave soccorritrice (se non, eventualmente, nelle forme del "soccorso difensivo").

È evidente come, alla luce di tali premesse, gli spazi per una criminalizzazione effettiva dell'attività delle ONG risultino estremamente limitati.

Non è un caso che, a oggi, in un solo caso l'ipotesi di complicità tra ONG e organizzazioni criminali abbia retto al vaglio della magistratura requirente, sia pure in fase cautelare¹⁵.

Il riferimento è a una vicenda che ha coinvolto la nave *Inventa*, in gestione della ONG *Jugend Rettet*. Secondo la ricostruzione accusatoria, l'equipaggio di tale mezzo non avrebbe soccorso imbarcazioni alla deriva, ma avrebbe preso accordi con le organizzazioni criminali che gestiscono le partenze dal nord Africa, in modo da raccogliere da queste i migranti in fuga dalla Libia (restituendo in più occasioni ai trafficanti i natanti utilizzati per il trasferimento).

In effetti, laddove una simile ricostruzione dei fatti dovesse trovare conferma nel giudizio di merito – al momento in corso – parrebbe difficile escludere il concorso nel reato di cui all'art. 12, co. 3 e 3 *bis*, T.U. Immigrazione; *a fortiori* se si tiene conto della tendenza giurisprudenziale a dilatare i già ampi confini della tipicità del delitto¹⁶.

3. Verso la repressione del soccorso: il c.d. "Decreto Salvini bis"

Le dinamiche di criminalizzazione indiretta (simbolico-mediatica), cui si è fatto cenno, sembrano trovare una puntuale conferma in una vicenda legislativa che ha occupato l'attività della "maggioranza" governativa italiana nel maggio scorso, alla vigilia delle elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo; una vicenda che è andata assumendo i tratti di una vera e propria "soap opera", con improvvisati salti in avanti e altrettanto repentini

¹³ L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 234 ss.

¹⁴ G.i.p. Trapani, sent. 23 maggio 2019, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2019, con nota di L. MASERA, *La legittima difesa del migrante e l'illegittimità dei respingimenti verso la Libia (caso Vos-Thalassa)*.

¹⁵ Il riferimento è al provvedimento del G.i.p. presso il Tribunale di Trapani, del 2 agosto 2017 – poi confermato in Cassazione – col quale è stato disposto il sequestro preventivo dell'imbarcazione. Sul punto, R. BARBERINI, *Il sequestro della Inventa: ong e soccorso in mare*, in *Quest. giust. on line*, 18 settembre 2017.

¹⁶ L. MASERA, *L'incriminazione*, cit., p. 228.

(almeno in apparenza) passi in dietro, non senza discutibili forzature della “grammatica costituzionale”¹⁷. Mi riferisco al discusso c.d. “Decreto Salvini *bis*” e, in particolare, al proposito di arricchire l’arsenale repressivo in materia di contrasto all’immigrazione (ma sarebbe forse più corretto parlare di “ingresso”) via mare. Si noti bene: l’omissione dell’aggettivo “illegale” (o “clandestino”), con riferimento all’ingresso, non è frutto di una svista o di una dimenticanza; ma risponde alla precisa volontà politica di “chiudere le porte” (*rectius*, i “porti”), a chiunque tenti di entrare nel territorio italiano, a prescindere dalla sua condizione giuridica (migrante economico, richiedente asilo, bisognoso di protezione umanitaria, minore non accompagnato, ecc..).

Il nuovo intervento legislativo, in particolare, prevede di implementare nel corpo dell’art. 12 d.lgs. 286/98 un nuovo comma – il 6 *bis* – avente ad oggetto la previsione di sanzioni amministrative pecuniarie (più, eventualmente, la confisca del natante), i cui destinatari sono proprio quanti svolgano attività di ricerca o, comunque, di soccorso in mare.

Non è facile esaminare analiticamente – nel poco spazio a disposizione – i dettagli di una disposizione, della quale, peraltro, nel volgere di pochi giorni, si sono succedute almeno tre versioni; l’ultima delle quali è confluita nel d.l. 14 giugno 2019, n. 53¹⁸, poi convertito – con ulteriori e significative modifiche¹⁹ – con la l. 8 agosto 2019, n. 77.

In ogni caso, interessa poco, in questa sede, esaminare le soluzioni di dettaglio (per quanto, in molti casi, decisamente significative), essendo preminente, piuttosto, l’interesse a cogliere le tendenze politico-criminali che stanno dietro queste soluzioni.

Una considerazione preliminare: non deve essere sopravvalutata la constatazione che il modello sanzionatorio prescelto sia l’illecito amministrativo piuttosto che quello penale. Dietro una scelta siffatta s’intravede non tanto la volontà di adeguarsi al principio di *extrema ratio*, quanto quella di sottrarre la competenza al giudice penale (ritenuto, forse, troppo “resistente” all’attuale indirizzo politico-criminale), per trasferirla ad una autorità posta sotto il diretto controllo governativo: la *Capitaneria di porto* nella prima bozza del decreto, il *Prefetto territorialmente competente* nella versione definitiva. Non è certo un caso che uno dei punti cardine dell’iniziativa legislativa sia un potenziamento delle prerogative del Ministro dell’Interno, a scapito di quelle del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti. Ad ogni modo, l’evidente matrice “punitiva” dell’illecito ne determina l’attrazione entro il

¹⁷ Il riferimento è alle dichiarazioni del Presidente del Consiglio Giuseppe Conte secondo cui la scelta di rinviare l’approvazione del Decreto legge sarebbe stata da imputare alla contrarietà del Presidente della Repubblica (e non alle divergenze interne alla maggioranza governativa).

In una prospettiva più generale, anche la scelta dello strumento del decreto legge presenta diversi profili di criticità. In primo luogo la scelta – peraltro tutt’altro che inedita (basti pensare al precedente d.l. n. 113/18) – di accostare nel medesimo testo norme tra loro eterogenee non sembra soddisfare i requisiti di specificità e omogeneità richiesti dalla giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., n. 22/2012); né è sufficiente a surrogare la mancanza il generico riferimento all’ordine pubblico e alla sicurezza pubblica.

A difettare, però, sono soprattutto i presupposti della necessità e urgenza: lo testimoniano non solo i dati del Ministero dell’Interno, che evidenziano una diminuzione del numero di sbarchi di stranieri irregolari, ma anche la lunga e travagliata gestazione del testo normativo e la scelta – tutta politica – di rinviare l’esame ad un momento successivo alle elezioni europee del 26 maggio 2019.

¹⁸ Per un primo commento, S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis: novità e profili critici*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it), 18 giugno 2019.

¹⁹ S. RIZZUTI, *Decreto Sicurezza Bis: il Governo pone la fiducia sul provvedimento voluto da Salvini*, in *www.fanpage.it*, 23 luglio 2019.

perimetro della c.d. “materia penale”²⁰, con conseguente sottoposizione al sistema di principi propri del diritto penale.

E, allora, si prenda in considerazione – come esempio paradigmatico del segnalato approccio “punitivo” alle attività SAR – la prima versione proposta del comma 6 *bis* dell’art. 12 T.U. Immigrazione, contenuta nella bozza circolata il 10 maggio 2019²¹.

Due punti, in particolare, meritano attenzione.

Il primo attiene alla determinazione della sanzione: «*pagamento di una somma da euro 3.500 a euro 5.500 euro per ogni straniero trasportato*». Sanzione alla quale, «*nei casi più gravi e reiterati*» si aggiungeva la sospensione o la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata dall’autorità amministrativa italiana inerente all’attività svolta e al mezzo di trasporto utilizzato.

Dietro una sanzione costruita secondo un meccanismo rigidamente proporzionale, si nasconde, da un lato, una palese (per quanto paradossale) violazione del principio di proporzione delle pene, e, dall’altro, un sovvertimento del principio di umanità: il primo risulta violato nella misura in cui in presenza di un elevato numero di stranieri soccorsi e trasportati si determina un effetto moltiplicatore della sanzione che potrebbe raggiungere livelli abnormi rispetto al disvalore del fatto; il secondo appare completamente svilito nel momento in cui si attribuisce un “prezzo” alla vita di ogni singolo uomo, valore che – alla luce del quadro di valori costituzionali – risulta non negoziabile, né bilanciabile con altre esigenze, men che meno quelle della sicurezza o dell’ordine pubblico.

Il secondo profilo sul quale è utile soffermarsi attiene alla struttura dell’illecito. Nella versione originariamente proposta, il citato comma 6 *bis* avrebbe dovuto sanzionare le navi ovvero le unità da diporto o da pesca che effettuino, in acque internazionali, azioni di soccorso, di recupero di migranti²² o di traino di mezzi, in violazione degli obblighi richiamati dalla medesima disposizione.

Ora delle due l’una:

a) la condotta sanzionata si pone in contrasto con l’ordinamento interno o con le norme sovranazionali; e allora si tratterebbe di un fatto già potenzialmente riconducibile a norme incriminatrici già presenti nel codice penale, in quello della navigazione e nella legislazione complementare; la qual cosa rende ogni ulteriore intervento repressivo alquanto pleonastico (salve le considerazioni che si avrà modo di formulare più avanti)

b) oppure si pretende di sanzionare una condotta conforme alle indicazioni desumibili dalle fonti sovranazionali o dal diritto interno; e allora la norma risulterebbe palesemente incostituzionale.

²⁰ L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

²¹ «*Salvo che il fatto costituisca reato, le navi ovvero le unità da diporto o da pesca, che nel corso della navigazione procedono in acque internazionali, ad azioni di soccorso di mezzi adibiti alla navigazione ed utilizzati per il trasporto irregolare di migranti anche mediante il recupero delle persone ovvero il traino del mezzo, sono tenuti ad attenersi a quanto stabilito dalle convenzioni internazionali vigenti in materia ed alle istruzioni operative emanate dalle autorità responsabili dell’area in cui ha luogo l’operazione di soccorso ovvero dalle rispettive autorità dello Stato di bandiera. In caso di inosservanza anche di uno solo degli obblighi di cui al presente comma, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 3.500 a euro 5.500 per ciascuno degli stranieri trasportati. All’accertamento della violazione ed all’irrogazione della conseguente sanzione amministrativa provvede il competente comando del Corpo delle capitanerie di porto. Nei casi più gravi o reiterati è disposta la sospensione da uno a dodici mesi ovvero la revoca della licenza, autorizzazione o concessione rilasciata all’autorità amministrativa italiana inerente all’attività svolta o al mezzo di trasporto utilizzato. Si osservano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689*».

²² Si trattava di espressione “atecnica” e generica, che non trova riscontro nel linguaggio legislativo di tale materia, ma presentava una forte valenza evocativa per l’opinione pubblica.

Il testo provvisorio diffuso il 10 maggio scorso sembrava indirizzarsi verso questa seconda direzione. L'applicazione della sanzione, infatti, scattava in presenza della violazione di anche uno solo dei seguenti obblighi:

a) quelli stabiliti dalle convenzioni internazionali vigenti in materia;

b) le istruzioni operative impartite dalle autorità responsabili dell'area in cui ha luogo l'operazione di soccorso.

Due cose balzano agli occhi. Innanzi tutto, l'indebita equiparazione tra norme di rango sostanzialmente costituzionale e fonti di livello sub legislativo; quasi che – per assurdo – le direttive di un ministro possano derogare o limitare gli obblighi sanciti dalle prime.

In secondo luogo, colpisce peraltro il mancato riferimento espresso alle norme interne di rango legislativo, ivi comprese quelle in tema di cause di giustificazione.

Ma poco importa: ove ne ricorrano i presupposti queste norme continuano ad essere (*rectius*, a dover essere) applicabili.

Non dimentichiamo che l'art. 4 l. 689/81 stabilisce – per gli illeciti amministrativi – che «non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa».

La prassi giurisprudenziale formatasi intorno all'applicazione dell'art. 12 T.U. Immigrazione dimostra - come si è visto²³ - quanto, alla luce del quadro normativo nazionale e sovranazionale, sia possibile, nella gran parte dei casi, scriminare la condotta dei soccorritori.

Questo gli autori della proposta legislativa non potevano (e non possono) certo ignorarlo.

Se è possibile azzardare un retro-pensiero, non può escludersi che l'obiettivo sia – come detto - quello di affidare l'accertamento dei presupposti (invero non del tutto nitidi) dello stato di necessità, come pure delle altre scriminanti, a un'autorità più direttamente soggetta a un controllo politico.

O forse non sono neppure queste le intenzioni del legislatore, e comunque non è questo l'effetto prodotto dalla norma. Nel momento in cui l'autorità giudiziaria dovesse ritenere la condotta del soccorritore scriminata per effetto dell'applicazione dell'art. 51 o dell'art. 54 c.p. il fatto diventerebbe lecito per l'intero ordinamento giuridico, con conseguente impossibilità di applicare l'illecito amministrativo qui in discussione. In altri termini, il controllo giurisdizionale non verrebbe eliminato, ma solo postergato.

Sul piano pratico e su quello strettamente tecnico-giuridico, quindi, la norma sembrerebbe destinata a non sortire effetti.

Ma ci sono altri profili che meritano considerazione.

Innanzi tutto, sotto il profilo temporale, considerando i tempi della giustizia penale, è ben possibile che la sanzione amministrativa venga irrogata prima che si accerti la liceità della condotta dei soccorritori. Una tale situazione esporrebbe, comunque, questi ultimi ad pregiudizio i cui effetti (in termini di immagine e non solo) non potrebbero essere interamente rimossi.

In secondo luogo, resta in ogni caso l'impatto mediatico: l'opinione pubblica sarebbe informata tempestivamente del fatto che una ONG è stata coinvolta in un procedimento e sanzionata per aver (presuntivamente) violato le norme sull'ingresso di migranti (termine peraltro atecnico e generico, fonte di perplessità sul terreno del rispetto del principio di

²³ V., *supra*, par. 2.

legalità). Gli eventuali successivi sviluppi difficilmente riuscirebbero a rimuovere dalla percezione collettiva l'immagine scolpita di una ONG complice di trafficanti e criminali e (quindi) "criminale" anch'essa.

Da quanto brevemente illustrato emerge un campionario di vere e proprie "abnormità", che hanno indotto ad una progressiva limatura del testo.

Il risultato finale – almeno all'atto dell'entrata in vigore del Decreto legge – è una fattispecie alquanto diversa da quella originariamente ipotizzata.

Innanzitutto, dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, sparisce il riferimento al numero di "migranti" soccorsi in mare come criterio di determinazione della sanzione; sostituito da una più generica cornice editale della «*sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 50.000*», cui si aggiunge «*in caso di reiterazione commessa con l'uso della medesima nave*» la sanzione accessoria obbligatoria della «*confisca della nave*». Quest'ultima, peraltro, dovrà essere preceduta dal preventivo sequestro cautelare della medesima; sequestro che, stante le lungaggini della giustizia italiana rischia di rappresentare la reale sanzione applicata. Un trattamento sanzionatorio, peraltro, destinato ad essere inasprito per effetto delle modifiche approvate in sede di conversione del decreto: la sanzione amministrativa pecuniaria diventa «*da euro 150.000 a euro 1.000.000*», mentre l'obbligo di confisca del natante scatta fin dalla prima violazione²⁴.

Novità ancora maggiori hanno investito la struttura del fatto sanzionato. Nella versione contenuta nel d.l. n. 53 del 2019, il comma 6 *bis* dell'art. 12 T.U. immigrazione diventa norma meramente sanzionatoria della inosservanza del provvedimento adottato ai sensi del comma 1 *ter* dell'art. 11 del medesimo T.U.

Tale ultima disposizione – introdotta anch'essa dal d.l. n. 53 del 2019 – si muove sulla falsa riga dell'art. 83 cod. nav., che attribuisce al Ministro delle infrastrutture e trasporti il potere di «*limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione e, di concerto con il Ministro dell'ambiente, per motivi di protezione dell'ambiente marino, determinando le zone alle quali il divieto si estende*»; potere presidiato a livello penale dalla previsione dell'art. 1102 cod. nav.

Rispetto alla vigente disciplina del codice della navigazione, il nuovo art. 11, co. 1 *ter*, T.U. Immigrazione presenta due significative differenze:

a) il potere di limitare o vietare il transito viene attribuito al Ministro degli Interni e non a quello delle Infrastrutture e dei trasporti;

b) tra i presupposti di esercizio del potere di interdizione compare – accanto ai motivi di ordine e sicurezza pubblica – il riferimento alle condizioni di cui all'art. 19, co. 2, lett. g) della Convenzione di Montego Bay, che individua come ipotesi di passaggio non inoffensivo di nave straniera in acque territoriali quella in cui si effettuino «*il carico o lo scarico di ... persone in violazione delle leggi di immigrazione vigenti nello Stato costiero*».

Si tratta, a tutta evidenza, di dare veste normativa di rango primario ai contenuti di alcune direttive adottate dal Ministro dell'interno e finalizzate a negare l'ingresso a chi – in particolare le navi appartenenti a ONG – avesse effettuato "improprie" (o almeno presuntivamente ritenute tali) attività di soccorso; direttive attraverso le quali si è data attuazione alla c.d. politica dei "porti chiusi". Sennonché, i medesimi motivi di perplessità e profili di illegittimità suscitati da tali provvedimenti non possono essere sanati dalla

²⁴ A tale ultima modifica fa da *pendant* il venir meno dell'inapplicabilità dell'art. 8 bis, co. 4, 5 e 6, l. n. 689 del 1981. Tale limitazione – originariamente sancita dall'ultimo periodo della disposizione in esame – avrebbe reso più frequente e agevole la declaratoria di reiterazione della violazione. Basti pensare che si sarebbe espressamente la possibilità di valutare unitariamente le trasgressioni commesse in tempi ravvicinati.

trasposizione dei loro contenuti in norme di rango primario; ciò al meno nella misura in cui dovesse emergere – come in effetti avviene – la loro incompatibilità con gli obblighi derivanti dalle Convenzioni UNCLOS, SOLAS e SAR²⁵. Del resto, non può sfuggire la radicale differenza tra condotte di *smuggling*, cui fa riferimento la citata Convenzione di Montego Bay, e le attività di soccorso in mare (che si pretende di sanzionare).

Quanto alla prima differenza, cui si è fatto cenno, essa – per quanto edulcorata rispetto alla proposta originaria²⁶ – si inserisce nella (discutibile) tendenza in atto ad accentrare nelle mani del titolare del Viminale l'intera gestione della politica in materia migratoria e di richieste d'asilo, esautorando, di fatto, altri ministri e lo stesso Presidente del Consiglio di competenze precedentemente attribuite loro o comunque loro spettanti per ragioni di equilibrio istituzionale.

Va detto, peraltro, che al di là di talune “migliorie”, rimangono tutte le perplessità di fondo precedentemente segnalate. Anzi, rispetto alla penultima versione, l'ultima è, almeno per un punto, addirittura peggiorativa. Una cosa che balza agli occhi, infatti, è l'anticipazione della soglia dell'intervento punitivo: se nella bozza di testo diffusa il 20 maggio 2019 l'irrogazione della sanzione era subordinata all'effettivo «*sbarco dei migranti in territorio italiano*», il testo adottato nel d.l. n. 53 del 2019 sanziona già il semplice «*ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane*».

Non solo: restano inalterati gli obiettivi e le tendenze politico criminali di cui ho avuto modo di segnalare criticità, tanto di natura intrinseca, quanto di ordine costituzionale e sovranazionale. Criticità prontamente denunciate dai competenti organismi internazionali²⁷.

E resta, soprattutto, il carattere eminentemente simbolico di quest'ultimo intervento repressivo; un carattere che ha trovato immediata conferma già nel primo tentativo della sua applicazione²⁸.

Il riferimento è alla ben nota vicenda della *Sea Watch 3* e del suo carico di migranti soccorsi nella zona S.A.R. libica. Ebbene, nei confronti della sua comandante, Carola Rackete, è stato adottato il primo divieto di ingresso nelle acque territoriali italiane, ai sensi del d.l. n. 53 del 2019. Nondimeno, dopo alcuni giorni di attesa, il 29 giugno, la comandante ha forzato il divieto di approdo nel porto di Lampedusa. A seguito dell'urto, in occasione della manovra di attracco alla banchina con una motovedetta della Guardia di Finanza, ormeggiata al fine di impedirne l'attracco, la donna è stata arrestata per i delitti di cui agli artt. 1100 cod. nav. (per avere compiuto atti di resistenza e violenza nei confronti della motovedetta, ritenuta nave da guerra) e 337 c.p. (per avere usato violenza nei confronti dei finanzieri mentre commettevano atti di polizia marittima, consistenti nell'impedire l'approdo al molo). Nel negare la convalida dell'arresto, il GIP di Agrigento ha escluso la tipicità del fatto previsto dal codice della navigazione e ha ritenuto scriminata

²⁵ S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis*, cit.

²⁶ L'art. 2 della bozza di decreto legge diffusa il 10 maggio 2019 prevedeva un'integrazione dell'art. 83 cod. nav. Che attribuiva al “solo” Ministro dell'Interno il potere di «*limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili o unità da diporto o da pesca nel mare territoriale*», senza il coinvolgimento di altri Ministri o del Presidente del Consiglio.

²⁷ Da ultimo, la raccomandazione – dall'eloquente titolo *Lives Saved. Rights protected. Bridging the protection gap for refugees and migrants in the Mediterranean* – emanata dalla bosniaca Dunja Mijatović, attuale Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa. Per una sintetica analisi di tale provvedimento, S. ZIRULIA, *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa*, in *Dir. pen. cont.*, www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2019.

²⁸ Trib. Agrigento, Uff. GIP, ord. 2 luglio 2019, cit.

la resistenza a pubblico ufficiale per avere l'indagata agito nell'adempimento del dovere di porre in salvo le vite umane; dovere che non si esaurisce con il recupero dei naufraghi, ma si conclude con il loro trasporto in un porto sicuro. Nel passaggio della motivazione che più interessa ai fini del presente contributo, il giudice sottolinea come la suddetta conclusione non possa essere influenzata dal nuovo comma 1 ter dell'art. 11 d.lgs. 286/98 (entrato in vigore con il d.l. n. 53/2019), atteso che il divieto di ingresso, transito e sosta di navi nel mare territoriale può essere disposto per motivi di sicurezza pubblica (divieto emanato e comunicato alla comandante nel caso in esame), ma solo nel rispetto degli obblighi internazionali vincolanti per lo Stato costiero e limitatamente al carico o scarico di persone in violazione delle leggi sull'immigrazione: situazione che non ricorre nel caso della *Sea Watch 3*, trattandosi di salvataggio in mare avvenuto secondo le norme internazionali e nazionali.

Questa vicenda lascia emergere un dato che, a onor del vero, appariva evidente: il quadro normativo vigente non può «essere disatteso con un colpo di spugna dall'autorità nazionale di pubblica sicurezza che, a suo insindacabile giudizio, si arroga il diritto di negare l'accesso ai porti italiani dei migranti soccorsi in mare»²⁹. Lo si dica brutalmente: non può essere un'autorità amministrativa a stabilire se sussistono i presupposti dell'esercizio di un diritto, dell'adempimento di un dovere o dello stato di necessità.

Il suddetto effetto simbolico risulterebbe ulteriormente accentuato nel caso il cui l'inciso «*salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*» dovesse essere interpretato nel senso che l'applicabilità dell'illecito amministrativo viene meno in presenza dei presupposti di un reato (di norma quello dell'art. 12 T.U. Immigrazione),

In realtà sembrerebbe maggiormente fondata la tesi che legge nella clausola in questione una deroga al principio sancito dall'art. 9 l. n. 689 del 1981, nel senso dell'applicazione congiunta delle sanzioni amministrative e penali³⁰. In questa direzione spingono non solo la chiara volontà del legislatore di aumentare gli strumenti di contrasto agli ingressi irregolari, ma anche (e soprattutto) il tenore letterale della previsione: in particolare la abbandonare la classica clausola di sussidiarietà espressa «*salvo che il fatto costituisca reato*», presente in quasi tutte le bozze preliminari del decreto³¹.

Questa seconda lettura si espone, peraltro, al rischio di entrare in conflitto col principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 649 c.p.p. e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 4, Prot. 7 CEDU³².

4. La criminalizzazione del soccorso in mare entro il paradigma del Feindstrafrecht

Volendo tirare le fila del discorso fin qui sviluppato, è possibile concludere che ci si trova di fronte ad ennesimo passo verso la sempre più radicale implementazione nel tessuto normativo (e non solo) del paradigma del diritto penale del nemico³³: un diritto penale

²⁹ G. SAVIO, *Sea Watch 3*, cit.

³⁰ S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis*, cit.

³¹ Fa eccezione la sola bozza diffusa il 21 maggio 2019, nella quale nessuna clausola di sussidiarietà era presente.

³² Nello stesso senso, S. ZIRULIA, *Decreto Sicurezza bis*, cit., cui si rinvia anche per ulteriori approfondimenti.

³³ Nella vastissima letteratura sul tema, si segnalano, senza pretesa alcuna di esaustività, AA.VV., *Diritto penale del nemico*, fascicolo monografico di *Quest. giust.*, n. 4/2006; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.; M. DONINI-M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano

“differenziato”, che, da un lato, si caratterizza per una palese contrazione delle fondamentali garanzie sostanziali e processuali, dall’altro, si contraddistingue per l’essere rivolto verso determinati “tipi d’autore”, ritenuti presuntivamente pericolosi.

È un paradigma esplicativo che ben si adatta all’evoluzione (più o meno recente) del diritto penale del “migrante”³⁴. Se uno degli elementi fondamentali che caratterizzano il “diritto penale del nemico” è l’impossibilità di istituire una comunicazione tra lo Stato (e le comunità che essere rappresenta) e l’infrattore/nemico, al punto che le sanzioni previste assumono una funzione di mera esclusione del soggetto dal corpo sociale, è evidente che ciò sembra rinvenirsi nelle sanzioni previste per gli immigrati irregolari (espulsioni, internamenti, limiti di accesso alle pene alternative): misure ispirate a una filosofia “special preventiva”, cioè l’esclusione dal consesso sociale di un elemento non altrimenti assimilabile.

Un modello di diritto penale autenticamente illiberale, le cui incontrollate potenzialità espansive sono state da tempo denunciate – purtroppo invano – dalla dottrina penalistica internazionale³⁵.

Il paradigma del “diritto penale del nemico” è un virus che – una volta inoculato nel sistema giuridico di un ordinamento “liberale” – ha una capacità di diffusione potenzialmente incontrollata e si presenta di difficilissima eradicazione.

In questo senso, la parabola del pensiero Jacobsiano è emblematica³⁶. Nella sua prima enunciazione (1985) il concetto viene proposto ed utilizzato come mero strumento di analisi critico-descrittiva del vigente diritto penale tedesco. Successivamente, a partire dal 1999 questo approccio muta e Jacobs riconosce al diritto penale del nemico la possibilità di essere utilizzato quale strumento “di lotta” con cui combattere soggetti «che nella propria attitudine (delitti sessuali), nella propria vita economica (criminalità economica, traffico di stupefacenti) o per la loro appartenenza ad una organizzazione criminale (terrorismo, criminalità organizzata) si sono allontanati, suppostamente in modo duraturo, ma comunque piuttosto serio dal diritto, per cui non garantiscono a livello cognitivo quel minimo che è imprescindibile per essere trattati come persona nel diritto». È l’anticamera della piena “legittimazione” di questo modello d’intervento penale che caratterizza l’ultima fase del pensiero del filosofo tedesco (dopo il 2001), in cui si arriva a teorizzare la necessità di un diritto penale a due velocità: una per il cittadino, l’altra per il nemico.

Perché si può affermare senza timore di smentita che il diritto penale del nemico ha potenzialità espansive incontrollate ed è in fin dei conti “pericoloso” per la tenuta di un sistema liberal-democratico?

2007; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.; A. CAVALIERE, *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, p. 125 ss.

³⁴ Sulle derive populistiche e illiberali del diritto penale dell’immigrazione, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 101 ss. Tra i contributi più recenti, A. SPENA, *La Crimmigration e l’espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 495 ss.; A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle “non scelte” alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 522 ss.; S. MANACORDA, *Il contrasto penalistico*, cit., p. 1389 ss.; G.L. GATTA, *La pena nell’era della “Crimmigration”: tra Europa e Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 675 ss.; da ultimo, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 25 ss.

³⁵ V. Autori citati in nota 30.

³⁶ Per una ricostruzione dell’evoluzione del pensiero di G. Jakobs, K. AMOS, *Il diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Diritto penale del nemico*, cit., p. 42 ss.

Da una parte, esso ingenera meccanismi di assuefazione al progressivo sacrificio dei diritti, delle libertà e delle garanzie. Il risultato è che cittadini e operatori del diritto si trovano invischiati della tipica situazione da “*boiled frog syndrome*”³⁷. All’inizio l’adozione di misure “forti” (anche se derogatorie o addirittura eccezionali) nei confronti di soggetti percepiti come “estranei” (se non come “nemici”) determina un sentimento di rassicurazione rispetto alle paure dell’uomo medio (la legislazione americana post 11 settembre – a partire dal c.d. *Patriot Act* – costituisce un esempio emblematico di queste dinamiche); al punto che si è disposti – dietro la promessa di maggiore sicurezza – a mettere in discussione secolari conquiste in termini di diritti e di garanzie. Il cittadino «accetta una restrizione delle sue libertà in nome della “sicurezza”»³⁸; col tempo, però, questa sorta di “stato di eccezione” si normalizza e a quel punto risulta estremamente difficile tornare indietro.

In secondo luogo, il *Feindstrafrecht* presuppone l’individuazione di sempre “nuovi nemici”. Questo perché finisce con l’intersecarsi con un altro (inquietante) *topos* della contemporanea politica criminale: il populismo penale, cioè l’uso simbolico del diritto penale quale strumento di creazione di consenso politico, vuoi attraverso un sistematico assecondare del senso di insicurezza diffuso nelle società contemporanee, vuoi instillando e alimentando la suddetta sensazione di insicurezza (attraverso il sapiente uso dei media e della propaganda in genere)³⁹.

Potremmo dire, anzi – riprendendo una posizione espressa nella dottrina spagnola da Cancio Melia⁴⁰ – che il populismo penale non è semplicemente un meccanismo collaterale e prossimo del diritto penale del nemico, ma ne rappresenta una delle sue matrici originarie. Ciò unitamente al c.d. “diritto penale simbolico” e al c.d. “punitivismo” (la “passione del punitore” di cui ha parlato recentemente Domenico Pulitanò⁴¹).

Da questo punto di vista, tutta la recente legislazione in materia di immigrazione e di rifugiati e richiedenti asilo è affetta da un insuperabile vizio di origine: un coacervo di disposizioni simboliche, utili soltanto a lenire il senso di sgomento generato dall’approdo dello straniero, al punto che «nella loro formulazione le ragioni della paura sono prevalse sulle ragioni della logica, prima ancora che sulle ragioni del diritto»⁴².

³⁷ L’elaborazione e l’applicazione alle scienze sociali di questo modello concettuale si deve al filosofo americano Noam Chomsky.

³⁸ L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza*, cit., p. 3.

³⁹ In argomento, da ultimo, L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 1/2019, p. 79 ss. Fondamentale sul ruolo del diritto penale come strumento di distorsione delle dinamiche di formazione del consenso politico, J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, 2007 (trad. it. *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008). Nella dottrina italiana sulle molteplici interrelazioni tra consenso sociale e diritto penale, fondamentale C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.

⁴⁰ M. CANCIO MELIA, “Diritto penale” del nemico?, in AA.VV., *Diritto penale del nemico*, cit., p. 69 ss.

⁴¹ D. PULITANÒ, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 364.

⁴² L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell’immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Nuove autonomie*, 2013, 368. Per descrivere i meccanismi culturali e politici che tendono ad associare l’immigrazione a tutta un’altra serie di fenomeni criminali, fortemente lesivi dell’ordine pubblico e generanti insicurezza sociale (criminalità organizzata, disordine urbano etc.) si è parlato di “tautologia della paura” (espressione coniata da A. DAL LAGO, *La tautologia della paura*, in *Rass. it. soc.*, 1999, p. 5 e ss.

Adesso – come si è cercato di dimostrare - l'*escalation* punitiva nei confronti dello straniero/nemico si espande verso chi “aiuta” e “soccorre”⁴³. Sembra, quindi, essersi invertito l'ammonimento di Stefano Rodotà, secondo cui: «le perversioni degli ordinamenti giuridici possono nascere in un loro riposto angolo, ma poi irresistibilmente si diffondono e contagiano l'intero sistema»⁴⁴.

ABSTRACT: *Sea Rescue and “direct” and “indirect” criminalization of NGOs*

The contribution analyzes the changed attitude of public opinion and politicians towards SAR activities; a change that has led to the direct and indirect criminalization of NGOs involved in these relief operations. This is also the direction of the recent “Salvini bis” decree, which provides for the application of administrative pecuniary sanctions (plus, possibly, the confiscation of the vessel), whose recipients are precisely those who carry out research or, in any case, rescue operations. This is a rule that is difficult to apply, as it is in contrast with rules of domestic law and international conventions. The real goal is to spread the image of the rescuer as an instrument of smugglers. In this way its identification with the criminal is produced and the tendency to attract even those who help or help migrants and / or refugees in the logic of the “criminal law of the enemy” is strengthened; a logic that permeates Italian (and not only) legislation in the field of immigration, but which, in more recent times, is also affecting the policies implemented against refugees and applicants for international protection.

⁴³ *Nihil sub sole novum!* Già dal 2008, l'art. 22, co. 12, T.U. Immigrazione, punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato il «datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato». In altri termini, nemico è non solo lo straniero irregolare, ma anche chi si limita a dargli lavoro, a prescindere da qualsivoglia forma di lucro o di sfruttamento. In argomento, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario*, cit., p. 130.

⁴⁴ S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. Bovero, (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, p. 56. Di «perversione del diritto penale» con riferimento al “diritto penale del nemico” parla L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico” e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 799.

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 1/2020
marzo 2020

ISSN 2284-3531