

## Introduzione

Il fenomeno migratorio identifica un processo pressoché fisiologico nella normale evoluzione che da sempre interessa ogni organizzazione collettiva, destinato a retroflettersi in maniera naturale ed inevitabile all'interno della struttura della società. Lo sviluppo che negli ultimi decenni ha riguardato tale fenomeno in Italia ed il numero crescente di migranti che sono progressivamente giunti all'interno del nostro territorio, hanno reso l'argomento della mobilità straniera un tema principale nel dibattito contemporaneo, oggetto di crescente attenzione nell'opinione pubblica, altresì rendendo imprescindibile l'impegno statale ad una piena ed organica regolamentazione giuridica della materia.

Il presente elaborato si propone d'indagare la complessiva normativa di riferimento nella gestione del fenomeno, con riguardo particolare alle svariate strategie implementate a livello statale ai fini della prevenzione, nonché contrasto dell'immigrazione irregolare.

All'interno del primo capitolo si farà ricorso alle categorie definitorie che sono state coniate dalla letteratura delle contemporanee criminologie critiche, specificatamente "criminologie della mobilità", avendo cura di considerare, attraverso il particolare approccio che in seno alla dottrina statunitense viene denominato come "*Crimmigration*", le specificità che caratterizzano il disegno di politica criminale interno al nostro ordinamento.

L'approccio politico-criminale connaturato all'esigenza di gestione amministrativa della materia è caratterizzato da un corposo ricorso, quanto spesso incauto, agli strumenti ed alle retoriche del diritto penale: risulta integrato un impianto composito di istituti coercitivi e fattispecie sanzionatorie, dalla natura giuridica ambivalente, polarizzato su una netta distinzione e conseguente differenziazione *de jure* e *de facto* tra il migrante regolare ed il clandestino.

In considerazione delle criticità che inficiano il sistema italiano di regolamentazione e con riguardo ai provvedimenti che si pongono come maggiormente afflittivi, si potrà

riflettere sullo scopo perseguito dal legislatore e sulla *ratio* insiti alla scelta di criminalizzare l'immigrazione irregolare, esplicitandosi, infine, una specifica e ben determinata logica securitaria alla base della costruzione normativa che pertiene lo statuto personale dello straniero.

Il secondo capitolo costituisce introduzione allo strumento più duro d'implementazione statale, ossia la detenzione amministrativa del migrante all'interno di apposite strutture, con la funzione precipua di preparare e rendere perfettibile l'esito espulsivo auspicato nei suoi confronti. Il ricorso a tale metodologia verrà definito alla stregua della "*terza strategia della Crimmigration*", in quanto istituto di proclamazione e perfezionamento del complessivo approccio in esame.

Si tenterà un approfondimento della storia legislativa rilevante alle finalità dell'indagine e con riferimento a quelle che ne costituiscono le principali tappe normative, con premura particolare all'individuazione di una presumibile volontà del legislatore, retrostante alla configurazione e progressiva normalizzazione del provvedimento detentivo nel contesto dell'ordinamento giuridico interno. In tale prospettiva, sarà possibile comprendere la logica sostanziale che si cela dietro un intento normativo volto dichiaratamente alla minimalizzazione, ovvero "abnegazione", della portata afflittiva e limitativa della misura detentiva proposta. Il merito dell'indagine e la riflessione circa la controversa ragionevolezza del dispositivo sarà oggetto principale di analisi nel terzo capitolo dell'elaborato, il quale per logica sistematica sarà diviso in due sezioni.

Nella prima, si rifletterà in ordine al precario equilibrio che investe la fattispecie all'interno del complessivo assetto costituzionale di riferimento, tramite il confronto immediato con l'art. 13 della Costituzione, il quale dispone gli inderogabili principi ai quali deve essere subordinata ogni restrizione della libertà personale che possa considerarsi quale legittima e non arbitraria, con lo scopo principale di sottolineare come si configurino minori e non esaustive le garanzie procedurali che governano l'operatività del provvedimento che dispone il trattenimento dello straniero.

Nella seconda, si tenterà di indagare la realtà sottostante l'impianto normativo, con particolare attenzione all'idoneità concreta dello strumento a perseguire lo scopo

istituzionale al quale viene destinato, nonché rispetto alla finalità politica auspicata di deterrenza dell'immigrazione irregolare. La riflessione risulta doverosa poiché, attraverso l'apprensione delle numerose incongruenze sistematiche e operative che si celano dietro tale impianto, potrebbe apparire chiaro come la detenzione amministrativa si riveli, *de facto*, soltanto una *fictio iuris*, a dispetto di una ben altra sostanzialità simbolica.

Complessivamente, si ritiene che un'indagine mirata a tale dispositivo, possa aiutare a prendere atto di una costruzione giuridica che diviene "orientata": la detenzione amministrativa, infatti, rappresenta il portato più preoccupante, nonché riflesso più evidente, di uno specifico progetto di politica-criminale, che assoggetta i diritti fondamentali dello straniero a logiche securitarie e generalizzate istanze di difesa sociale, *in primis* proprio con il sacrificio della sua libertà personale a dispetto del mero *status* di clandestinità.

Per esaustività, si sottolinea come il presente elaborato sia orientato prioritariamente alla descrizione della cornice normativa che fa da sfondo alla materia dell'immigrazione, nonché al complessivo atteggiamento statale e politico nei confronti dello straniero: come l'ordinamento giuridico decida di fronteggiare la clandestinità, accedendo ad una dimensione di criminalizzazione, *strictu senso*, procedurale del soggetto.

Il processo nella sua sostanza, pur tuttavia, è ben più insidioso: il linguaggio giuridico diviene la conferma, altresì legittimazione, di stereotipi e luoghi comuni negativi che riguardano il "clandestino" come soggetto tendenzialmente pericoloso, nonché destinati a riflettersi nei confronti della categoria dello "straniero" *in toto* considerata. La criminalizzazione normativa funge da giustificazione per l'insorgenza di logiche collettive di stigmatizzazione, diffidenza e sospetto da parte della società, perseguendo, attraverso il consolidamento di politiche fortemente restrittive orientate al rimpatrio del soggetto, la sua esclusione fisica dal territorio nazionale, ma principalmente simbolica, e dal consenso sociale.

Si proclama, in tal modo, il costituirsi di due distinte soggettività: il “noi” ed il “loro”, entità differenziate in un’incolmabile distanza<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> <<Qui la “linea di confine” tra noi e gli altri diventa una linea di esclusione>>, M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell’immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in AA.VV. (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, EUM, Macerata, 2012, p.18.

# **Capitolo I: Il processo di criminalizzazione dell'immigrazione irregolare e la Crimmigration in Italia: approccio di politica-criminale**

1.1. La Crimmigration e specifici approcci di politica criminale 1.2. La prima strategia: il contrasto alla clandestinità e collaudo di un diritto penale d'autore 1.2.1. Excursus normativo: l'emergere dell'etichetta "clandestino" 1.2.2. La circostanza aggravante di clandestinità 1.2.3. Il reato di clandestinità 1.2.4. Altre fattispecie penali per l'illecita permanenza dello straniero irregolare 1.2.5. Criminalizzazione indiretta e distorsione della condotta "favoreggiamento" 1.3. La seconda strategia: il deprezzamento dello straniero 1.3.1. Evoluzione della disciplina e criticità: eco sanzionatorio? 1.4. La terza strategia: lo straniero ed i nuovi confini 1.5. La razionalità della Crimmigration e la sicurezza statale 1.5.1 La retorica dell'emergenza ed il sopraggiungere dello "straniero-massa" 1.5.2. Le traiettorie del panico morale 1.6. Il riflesso della Crimmigration e la categoria della pericolosità presunta 1.6.1. Il significato culturale e istituzionale dietro l'etichetta "clandestino": deviante? 1.6.2. Fino all'emergere di una classe pericolosa 1.7. Lo scopo della Crimmigration: l'allontanamento del soggetto straniero 1.7.1. La disciplina legale dell'espulsione: quando l'accessorio non è più accessorio 1.7.2. L'istituto del respingimento: mancata cautela di regolamentazione.

## **1.1 – La Crimmigration e specifici approcci di politica criminale**

Il dibattito che riguarda l'immigrazione, il suo impatto nel contesto nazionale, e la correlata disciplina giuridica, assume nella nostra contemporaneità una nuova centralità.

Il fenomeno è divenuto infatti oggetto negli ultimi anni di numerosi studi ed indagini specifiche, in particolare nel contesto socio-criminologico, avendo riguardo, nell'area delle criminologie critiche, alla neonascente "*criminologia di frontiera*" o "*border*

*criminology*”<sup>2</sup>.

Tali studi riflettono una nuova prospettiva di indagine<sup>3</sup>, investendo direttamente la sfera della gestione normativa da parte dello Stato del soggetto straniero: mettendo in luce la contraddittorietà di una nuova relazione costituitosi tra il sistema di giustizia penale – con particolar riguardo alla pena detentiva – le frontiere e i controlli migratori, e correlativamente le conseguenze che ne derivano.

Si rendono promotori di una nuova cornice di riferimento per indagare l’impostazione strettamente difensiva assunta dagli Stati, e rispettivi governi, ed insieme un uso meticoloso del diritto orientato a finalità precipuamente securitarie.

La complessiva branca della criminologia della mobilità figura, al contempo, come protagonista di un tentativo di rianimazione di un discorso, che può essere insieme morale e politico, intorno a dinamiche principali e satelliti come la giustizia, il valore dell’inclusione, e al contrario il disvalore dell’esclusione<sup>4</sup>.

Lo studio criminologico inerente alla questione che è stata definita ed individuata come “criminalizzazione del soggetto straniero” trova una propria specifica visuale di riflessione nella dottrina statunitense della c.d. Crimmigration<sup>5</sup> – cornice criminologica privilegiata per la comprensione del dispiegarsi di una logica di sovranità statale, che assume inevitabile portata escludente nei confronti dello straniero.

---

<sup>2</sup> Ambito noto anche come “criminologie della mobilità”; leading case: K.F. AAS E M. BOSWORTH (a cura di), *The Borders of Punishment. Migration, Citizenship and Social Exclusion*, Oxford University Press, Oxford, 2013; v. anche: M. BOSWORTH, *Border Criminology e potere penale*, in C. Rinaldi E P. Saitta (a cura di), *Criminologie critiche contemporanee*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018.

<sup>3</sup> I primi studi criminologici che si concentrarono sul soggetto straniero furono sviluppati ad opera dei sociologi della Scuola di Chicago, pur tuttavia con attenzione predominante nei confronti della categoria della “criminalità”, ed in particolare circa le specifiche condizioni ambientali che potevano favorire la commissione di illeciti ad opera di tali soggetti. Tali studi costituirono base tradizionale per la letteratura criminologica successiva.

<sup>4</sup> Per un inquadramento teorico v. in: C. RINALDI E P. SAITTA (a cura di), *Criminologie critiche contemporanee*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018.

<sup>5</sup> Neologismo coniato dalla letteratura statunitense nel 2006 ad opera di J. STUMPF, *The crimmigration crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign power*, in *American University Law Review*, vol. 56, n. 2, 2006, pp. 367-419.

Suggestivamente crasi di “*crime*” e “*migration*”, ovvero come indicato testualmente “*criminalisation of migration*” – invero la criminalizzazione dell’immigrazione. Il termine ha effettivamente il merito di essere evocativo e schietto, riuscendo a ben figurare quello che risulta delinearci quale approccio complessivo giuridico e statale nei confronti dello straniero.

Si fa riferimento all’emergere di una nuova struttura ibrida di diritto: un diritto speciale e specifico, nato dall’infelice commistione del diritto amministrativo, nucleo principale per la gestione normativa dell’immigrazione e dei flussi migratori, con il diritto penale, che di converso assume le vesti di ausiliare e garante autoritativo del sistema.

In tale ottica, oggetto di indagine critica diviene la progressiva e preoccupante convergenza fra queste due distinte anime del diritto pubblico, che si rendono vicendevolmente funzionali al perseguimento dello scopo statale, ossia la gestione dei flussi migratori, nel suo diverso atteggiarsi fra il controllo delle frontiere materiali, il controllo fisico dello straniero e la vera e propria coercizione di quest’ultimo. Tale intreccio inevitabilmente finisce per rendere esponenzialmente greve la condizione giuridica e personale del soggetto immigrato.

Ne risulta consequenziale il sedimentarsi di una politica migratoria di valenza criminalizzante e (necessariamente) escludente, e per cui si addivene a dare adito ad una nuova immagine di <<*polizia migratoria*>>, intesa << *come dispiegamento di mezzi efficaci per prevenire il pericoloso addensamento dello straniero-massa, o più in generale, come insieme di strategie orientate al mantenimento del buon ordine all’interno dello Stato*>> <sup>6</sup>.

Nonostante tale dottrina sia stata coniata in un contesto sovranazionale, risulta ugualmente passibile di descrivere anche il complessivo atteggiarsi dell’entità statale nazionale nei confronti del fenomeno migratorio.

---

<sup>6</sup> A. SPENA, *Il “gelo metallico dello Stato”*: per una critica della *Crimmigration* come “*nuda forza*”, in “*RTDP*”, n. 2, 2019, p. 456; v. anche F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in AA.VV., *I migranti sui sentieri del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 122.

Infatti, analogie e criticità assimilabili, che risultano quali elementi ben delineati in seno all'indagine criminologica statunitense, risultano percepibili anche con specifico riferimento alla legislazione italiana in materia<sup>7</sup>.

Avendo specifico riguardo allo sviluppo di tale normativa, di fatto si assiste ad un ampliamento complessivo dei reati che concernono un qualche aspetto dell'immigrazione e dell'immigrato, contestualmente ad un progressivo rafforzamento ed inasprimento delle sanzioni a carico, nell'ipotesi di una potenziale loro violazione. È bene tenere in considerazione che nonostante tale criminalizzazione possa direttamente o indirettamente incidere sul generale "status" di straniero, risulta formalmente e prioritariamente destinatario delle varie fattispecie legali il soggetto "clandestino", ossia colui che versa in una condizione di irregolarità giuridica, in virtù del suo illecito ingresso e trattenimento nel suolo nazionale. Risulta impossibile sottacere come tale circostanza finisca inevitabilmente per avvalorare la percezione di una collaudata categoria di straniero sostanzialmente "disfunzionale".

Insieme alla costruzione di un impianto normativo di diritto penale sostanziale a sostegno della regolamentazione amministrativa dell'immigrazione, di cui garantisce nel complesso maggiore effettività, e pur afflittività, si rende coerentemente servente anche l'impianto proprio di procedura penalistica, il quale viene anch'esso, infatti, adattato alle logiche della suddetta politica migratoria.

In tale via, di fronte alle diverse e disparate fattispecie penali di nuovo conio a carico dello straniero, si è proceduto alla semplificazione degli adempimenti procedurali e all'estensione di ipotesi che possano giustificare, ed insieme garantire il più possibile con celerità, l'esito ultimo al quale il sistema sembra essere indirizzato: rendere lo straniero espellibile e conseguire il rimpatrio dello stesso.

Se in prima battuta il destinato – formalmente - al rimpatrio appare essere proprio colui che è "clandestino", non si può sottacere come il complessivo ventaglio preventivo e

---

<sup>7</sup> Nella dottrina italiana, cfr. in particolare: G.L. GATTA, *La pena nell'era della 'cimmigration': tra Europa e Stati Uniti*, in AA.VV., *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Scritti in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, 987 ss., e A. SPENA, *La cimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2017, p. 495. ss.



repressivo così delineato finisce per incidere anche sullo status propriamente “regolare” dello straniero: infatti l’espansione delle fattispecie incriminatrici in senso stretto, si accompagna ad un perfezionamento di corrispondenti modi e circostanze passibili di “deprezzare” anche colui che lecitamente soggiorna nel territorio nazionale.

Ancor più esemplificativa del carattere di fondo che tratteggia la politica statale nei confronti del fenomeno appare la creazione e continua espansione di una rete di luoghi deputati al controllo fisico del migrante, ossia luoghi di detenzione amministrativa, la cui rilevanza appare chiara laddove si tenga in considerazione che questi incidono direttamente nella libertà esistenziale del soggetto, restringendola. Per converso, va considerata la loro diversità rispetto ai luoghi di detenzione penale: essi non sono finalizzati alla punizione di un soggetto reo per la commissione di un reato, ma resi mezzo per l’identificazione, e non dispersione, del migrante, una volta giunto sul territorio nazionale.

Il coordinamento del sistema amministrativistico con strumenti, strutture e logiche di stampo più precipuamente penalistico comporta il mutamento, e la distorsione infine, delle finalità proprie di istituti predisposti a tutela e funzione dell’attività di prevenzione e repressione, connaturata al corretto funzionamento dell’apparato di giustizia. Ne risulta configurato un impianto effettivamente asimmetrico, ove le garanzie che dovrebbero presiederlo risultano di fatto menomate.

Per comodità espositiva si cerca qui di schematizzare quanto suddetto, e consequenzialmente risultano messi a fuoco tre principali approcci di politica migratoria, individuati a partire dai contributi della teoria della crimmigration, che ben si adattano anche al nostro contesto istituzionale di riferimento:

(a) La prima strategia che viene qui in rilievo diviene esemplificativa di ciò che potremmo definire “criminalizzazione” in senso stretto, ossia la stesura di un impianto di diritto penale per la lotta all’immigrazione irregolare.

La disciplina di diritto amministrativo di regolamentazione del fenomeno in tale via si rinvigorisce attraverso il ricorso al diritto penale, funzione del quale diviene quella di braccio ausiliare: ne “ruba” retoriche e strutture argomentative, e soprattutto emula le

stesse logiche punitive che presiedono la ratio di quest'ultimo, finendo per acquisire al contempo inevitabili sfumature di afflittività.

Nella pratica si assiste alla predisposizione di un sistema diretto a punire violazioni proprie della disciplina dell'immigrazione attraverso l'ausilio degli strumenti propri dell'impianto coercitivo: la creazione di un apparato preventivo e repressivo nei confronti dell'immigrato, con contestuale proliferazione di fattispecie incriminatrici dirette a punire il suo status di "clandestino".

La violazione di prescrizioni proprie della normativa amministrativa sulle condizioni per la regolarità dell'ingresso e soggiorno dello straniero sarà anche il presupposto di diritto per l'applicazione della contigua disciplina penalistica.

Il risultato è un diritto penale speciale, su misura, e di conseguenza selettivo ed applicabile al solo soggetto straniero: un approccio mirato che conduce alla creazione di un diritto penale che sembra configurarsi quale "d'autore"<sup>8</sup>.

(b) Una seconda strategia di politica migratoria, accessoria alla criminalizzazione diretta dello status di "clandestino", è orientata a fronteggiare situazioni residuali, ove anche uno straniero regolare può rappresentare per lo Stato un pericolo per la sua sicurezza e per quella della collettività.

Si sostanzia nell'introduzione e progressivo ampliamento di un catalogo variegato di conseguenze sanzionatorie di diritto amministrativo, associate alle già previste conseguenze penalistiche predisposte per la commissione di un reato: lo straniero, se si rende colpevole di determinate condotte penali, ritenute particolarmente gravi, oltre la sanzione corrispondente, sarà destinatario anche di provvedimenti ulteriori e deteriori di natura amministrativa, e variamente collegati alla stessa disciplina dell'immigrazione.

In tale via, alla punizione precipua per la commissione del fatto (penale), conseguirà la regressione e perdita di benefici per il soggetto straniero regolare, con revoca del

---

<sup>8</sup> Si rimanda per apposito approfondimento paragrafo 1.2 del seguente elaborato.

suo permesso di soggiorno o status di rifugiato, e si renderà conseguente il provvedimento di espulsione di quest'ultimo<sup>9</sup>.

(c) La terza strategia, presa in considerazione, riguarda la creazione e l'espansione di una rete di impianto detentivo, appannaggio tipico del sistema di giustizia penale, di natura invece amministrativa ed appositamente predisposta per il soggetto immigrato, diretta alla non dispersione dello stesso – in vista del suo futuro rimpatrio - attraverso una restrizione della sua libertà personale.

Si segnala, sottesa alla stessa razionalità, la predisposizione di altri luoghi di margine, dai contorni legislativi ben meno nitidi, e finalizzati all'accoglimento e identificazione dello straniero appena giunto sul territorio nazionale<sup>10</sup>.

Tali approcci, seppur nella loro sostanza e scopo diretto differenti, risultano reciprocamente funzionali uno all'altro, e così in realtà strettamente collegati, dando nel complesso forma ad una specifica e mirata scelta di politica criminale, perseguita dallo Stato nella dimensione di una generale criminalizzazione della mobilità straniera. Il diritto penale sembra aver fagocitato il diritto amministrativo dell'immigrazione<sup>11</sup>, dando vita ad un sistema doppiamente afflittivo.

## **1.2 - La prima strategia: il contrasto alla clandestinità e collaudo di un diritto penale d'autore**

Si cerca di ricostruire la disciplina legale italiana in materia di immigrazione, avendo particolare riguardo alle categorie designate nel paragrafo precedente, identificate quali "strategie politico-criminali", che figurano, come già espresso, al contempo quali autonome, parallele strategie della Crimmigration italiana.

Il rapporto reciproco che si viene così a delineare fra il diritto dell'immigrazione ed il diritto penale sembra destinato, alla luce dello sviluppo della normativa specifica in

---

<sup>9</sup> Si rimanda per apposito approfondimento al paragrafo 1.3 del seguente elaborato.

<sup>10</sup> Si rimanda allo specifico paragrafo 1.4 del seguente elaborato.

<sup>11</sup> Come suggestivamente evocato in seno alla dottrina crimmigration: <<*criminal law is poised to swallow immigration law*>>, J. STUMPF, *op.cit.*, p.376.