

LA “CRIMMIGRATION” ITALIANA TRA POLITICA CRIMINALE E POLITICHE CRIMINALI

di Stefano Zirulia

(Professore associato di diritto penale,
Università degli Studi di Milano Statale)

Sommario: 1. Introduzione e tesi di fondo. – PARTE I: POLITICA CRIMINALE. – 2. La prima direttrice della *crimmigration*. – 2.1. Un diritto penale artificiale. – 2.2. Criticità sul piano politico-criminale e profili di illegittimità. – 3. La seconda direttrice della *crimmigration*. – 3.1. Status dello straniero: le cause ostative all’ingresso e al soggiorno. – 3.2. (segue): le cause ostative alla concessione della protezione internazionale. – 3.3. (segue): la revoca della cittadinanza. – 3.4. Espulsioni con funzione preventiva e sanzionatoria. – 4. La terza direttrice della *crimmigration*. – 4.1. Detenzione amministrativa: CPR e *hotspot*. – 4.2. (segue): la violazione della riserva assoluta di legge accertata (ma non dichiarata) dalla sent. n. 96/2025 della Corte costituzionale. – 4.3. (segue): i centri di trattenimento dislocati in Albania. – 4.4. La disciplina delle operazioni di ricerca e soccorso in mare e il relativo apparato sanzionatorio. – 4.5. Considerazioni sulla natura punitiva delle misure rientranti nella terza direttrice della *crimmigration*. – PARTE SECONDA: POLITICHE CRIMINALI. – 5. Politiche criminali e impunità. – 5.1. Trattenimenti *de facto* (i casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*). – 5.2. *Refoulement* (il caso *Asso 28*). – 5.3. Naufragi (i casi *Sibilla-Kater I Rades*, *Libra* e *Cutro*). – 6. Rilievi conclusivi.

1. Sono trascorsi ormai vent’anni da quando un noto studio americano ha coniato l’espressione “*crimmigration*”¹, categoria concettuale che ha offerto chiavi di lettura della gestione securitaria del fenomeno migratorio anche in Europa² e in Italia³.

¹ J. Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review* 2006, 2, 367 ss.

² Per una prospettiva di taglio comparatistico, v. gli scritti raccolti in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (eds.), *Controlling Immigration through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on “Crimmigration”*, Hart 2021.

³ Tra gli studi che hanno raccolto, con taglio diverso, la suggestione di Stumpf, v. A. Spena, *La crimmigration e l’espulsione dello straniero massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2017, 2, 495 ss.; G.L. Gatta, *La pena nell’era della “crimmigration”: tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, tomo II, Giuffrè 2018, 987 ss.; L. Masera, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in www.la legislazione penale.eu, 24.7.2019; G. Mentasti, *The criminalisation*

Durante questo ampio arco temporale, l'evoluzione delle politiche di controllo delle frontiere da parte dei Paesi del *Global North* ha sostanzialmente confermato la tesi di fondo di quell'importante scritto, secondo cui, a dispetto della loro apparente lontananza concettuale e funzionale, diritto penale e diritto dell'immigrazione sono a ben vedere sistemi normativi tra loro affini, entrambi rappresentando, in ultima analisi, *meccanismi di inclusione ed esclusione*, mediante la costruzione di categorie di persone tra loro incompatibili: innocenti e colpevoli; ammessi o non ammessi al territorio⁴. Parlare di *crimmigration* significa allora riconoscere che, alla base dei congegni di controllo delle frontiere e di *lotta* all'immigrazione irregolare⁵, vi è una compenetrazione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione, a sua volta funzionale ad amplificare i rispettivi profili repressivi, comprimendo parallelamente le garanzie e i diritti fondamentali dei destinatari di questa ibrida disciplina⁶.

Si tratta di direttrici confermate, e per certi aspetti portate alle estreme conseguenze, dal c.d. Patto UE sulla migrazione e l'asilo, che include una serie di strumenti (nove regolamenti e una direttiva) entrati in vigore nel 2024 e divenuti applicabili dal 12 giugno 2026⁷. Le principali novità di questo controverso pacchetto di

of migration in Italy: Current tendencies in the light of EU law, in *New Journal of European Criminal Law* 2022, 4, 502 ss.; nonché, da ultimo, L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo. La crimmigration nel decreto sicurezza 2025*, in www.la-legislazione-penale.eu, 10.4.2026.

⁴ V. ancora J. Stumpf, *The Cimmigration Crisis*, cit., 396-402. Sul carattere “escludente” del diritto dell'immigrazione italiano, v. R. Bartoli, *Il diritto penale dell'immigrazione. Strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Eum - Centro Edizioni Università di Macerata, 2012, 277 ss.; A. Spena, *Il “gelo metallico dello Stato”: per una critica della crimmigration*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2019, 456-461.

⁵ Sulla nozione di diritto penale di lotta e la sua incompatibilità con il garantismo penale costituzionalmente fondato, v., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale* 2007, 2, 55 ss.; A. Cavaliere, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, 265 ss.

⁶ I profili critici del connubio immigrazione-sicurezza sono stati messi in luce da numerose autorevoli voci della dottrina. Cfr., *ex multis*, M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *QuestG* 2009, 1, 101 ss.; M. Pelissero, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi*, cit., 35 ss.; A. Cavaliere, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in F. Rocchi, E. Rosi (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Jovene 2013, 221 ss.; A. Spena, *La crimmigration e l'espulsione*, cit., 501-504; A. Algostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto-legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it* 2018, 2, 173-175; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli 2019, 25-48; A. Caputo, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *DPP* 2019, 1492 ss.

⁷ Per un quadro delle novità, cfr.: E. Karageorgiou, *Implementing the Pact on Migration and Asylum: Efficiency, Responsibility and The Future of Protection in the EU*, Delmi Policy Brief, 2026, 5; E. Celoria, F. Rondine, *Escludere e disciplinare: linee di tendenza emergenti dal regolamento accertamenti, dal regolamento procedure e dalla*

riforme riguardano, infatti, l'*enforcement* delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare: anziché intervenire sulle discipline che creano irregolarità, rendendo pressoché impossibile l'ingresso regolare in Europa per certe categorie di stranieri, si è scommesso sull'armonizzazione dell'apparato coercitivo a tutela dell'integrità delle frontiere (in coerenza con il «*border-centered model of migration governance*»⁸), introducendo nuovi istituti, come la finzione di non ingresso sul territorio (che colloca le persone in attesa di *screening* in una sorta di limbo giuridico, prima del loro indirizzamento verso la procedura ritenuta appropriata), e potenziando gli strumenti esistenti, come le procedure di frontiera e i trattenimenti amministrativi, anche delocalizzati. Il presente contributo è stato elaborato alla luce del quadro normativo e degli orientamenti giurisprudenziali maturati fino al 12 giugno: esso, pertanto, rappresenta un ideale ponte tra il sistema precedente e quello delineato dal Patto, del quale verranno via via segnalati i profili di novità che incidono direttamente sugli istituti qui trattati.

Il lavoro è suddiviso in due parti, ciascuna delle quali sviluppa uno dei due concetti che compongono la dicotomia *politica criminale* / *politiche criminali* racchiusa nel titolo. La prima parte si avvale delle tre tradizionali direttrici della “crimmigration” – segnatamente: (i) la previsione di conseguenze penalistiche per violazioni del diritto dell'immigrazione, (ii) la previsione di conseguenze di diritto dell'immigrazione connesse alla prevenzione e alla repressione dei reati, (iii) l'utilizzo, nel governo dei fenomeni migratori, di misure privative o limitative della libertà personale mutate dal diritto penale – per esaminare criticamente l'evoluzione del diritto dell'immigrazione italiano nel XXI secolo, assumendo il nostro Paese come “caso di studio” rispetto ad approcci rintracciabili nei loro tratti essenziali in gran parte degli Stati membri europei. Ricalcando, con i dovuti aggiornamenti (includere le più significative previsioni del d.l. 24.2.2026 n. 23, conv. con modif. dalla l. 24.4.2026 n. 54, d'ora in avanti “decreto sicurezza 2026”⁹), un'impostazione metodologica già autorevolmente proposta in dottrina¹⁰, questa prima parte affronta questioni di “politica criminale” in senso tradizionale, dove “criminale” è utilizzato come aggettivo di relazione, descrittivo di un ambito tematico (quello, appunto, del diritto *punitivo*).

direttiva accoglienza del nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2025, n. 1; F. Biondi Dal Monte, *L'accoglienza dei richiedenti asilo nella direttiva 2024/1346. Profili di continuità, qualche luce e persistenti ombre*, *ivi*, n. 2; P. Bonetti, *Il diritto d'asilo nel nuovo patto europeo. Profili costituzionali*, *ivi*, n. 3.

⁸ E. Karageorgiou, *Implementing the Pact on Migration and Asylum*, cit., 2.

⁹ Il testo coordinato con la legge di conversione, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 95 del 24 aprile 2026, è disponibile anche su *Sistema penale*, 28.4.2026.

¹⁰ Il riferimento è, ancora, a G.L. Gatta, *La pena nell'era della “crimmigration”*, cit., 992 ss.

La seconda parte del lavoro si focalizza su alcune specifiche misure/iniziative di controllo dei flussi in ingresso, in parte coincidenti con quelle trattate nella prima parte, selezionate in quanto suscettibili, ad avviso di chi scrive, di essere ricondotte all'interno di fattispecie di reato. In questo caso, dunque, l'aggettivo “criminali” è da intendersi come qualificativo in senso stretto delle “politiche” adottate, ossia indicante la *rilevanza penale* come loro particolare attributo.

Nel passaggio dalla prima alla seconda parte del lavoro, dovrebbe cogliersi il ruolo ancipite al quale il diritto penale è oggi chiamato in materia di migrazioni: da un lato, strumento di controllo e repressione dei migranti irregolari e di coloro che ne favoriscono l'ingresso; dall'altro lato, strumento sanzionatorio di condotte che si traducono in gravi violazioni dei diritti fondamentali delle persone in movimento. Come vedremo nel corso della trattazione, mentre sul primo fronte assistiamo a fenomeni di *over-criminalisation*, censurabili, tra l'altro, alla luce dei canoni di offensività e proporzionalità; sul secondo fronte assistiamo, all'opposto, a situazioni di sostanziale *impunità*.

Obiettivo ultimo del presente studio è dunque mettere a fuoco questa contrapposizione di fondo, ponendo così, auspicabilmente, le basi per rifondare il diritto penale dell'immigrazione: sottraendogli, da un lato, il ruolo di difensore dei confini che gli è stato impropriamente assegnato; e restituendogli, dall'altro lato, il suo più naturale ruolo di strumento di tutela dei diritti fondamentali, nella specie quelli delle persone in movimento¹¹.

2. La prima direttrice – ossia, come già ricordato, la previsione di conseguenze penalistiche per la violazione della disciplina amministrativa in materia di immigrazione – consente a nostro avviso di inquadrare pressoché *tutte* le figure di reato contemplate dal testo unico immigrazione¹². Nel prosieguo, dopo avere dimostrato questo assunto, verranno svolte una serie di considerazioni critiche sull'assetto normativo vigente.

¹¹ Sul diritto penale come strumento di tutela di diritti, e segnatamente dei diritti fondamentali, v. per tutti F. Viganò, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene 2011, 2645 ss.; Id., *Diritto penale e diritti della persona*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè 2023, 845 ss.

¹² L'unico reato che forse sfugge a questa classificazione è la contravvenzione di cui all'art. 6, co. 3 TuImm, che punisce l'inottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti di identità e di quelli attestanti la regolarità del soggiorno, fattispecie che il diritto vivente considera applicabile solo agli stranieri *regolarmente presenti* i quali rifiutino di esibire i documenti indicati (cfr. Cass. SU 24.2.2011 n. 16453, Alecev, CED 249546, in *DPP* 2011, 1348 ss., con nota di G.L. Gatta, *Inottemperanza del “clandestino” all'ordine di esibire i documenti: davvero abolitio criminis?*).

2.1. La tesi poc'anzi enunciata è facilmente dimostrabile rispetto alla c.d. contravvenzione di clandestinità (art. 10-*bis* TuImm), che si limita a corredare di sanzione penale due illeciti amministrativi già autonomamente sanzionati con l'espulsione (l'ingresso o la permanenza irregolari nel territorio nazionale), e che, come tale, è espressione paradigmatica di un diritto penale accessorio¹³. Analoga conclusione, a nostro avviso, può essere estesa alle fattispecie del testo unico il cui fatto tipico è più riccamente descritto, incluse quelle plurioffensive, in ragione della considerazione che il *nucleo del disvalore* risiede pur sempre nella violazione delle regole amministrative sull'ingresso e la permanenza di stranieri: ci riferiamo, da un lato, agli ulteriori *reati propri dello straniero*, ossia la trasgressione del divieto di reingresso, l'inosservanza delle misure disposte in luogo del trattenimento o poste a presidio dell'allontanamento volontario, l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, nonché, da ultimo, la rivolta nei centri di trattenimento amministrativo (figura introdotta dal d.l. 11.4.2025 n. 48, conv. dalla l. 9.6.2025 n. 80, d'ora in avanti “decreto sicurezza 2025”)¹⁴; dall'altro lato ai *reati comuni di agevolazione dell'immigrazione irregolare*, ossia il favoreggiamento dell'ingresso o della permanenza irregolari, le falsità documentali, l'impiego illecito di lavoratori stranieri, nonché il delitto di morte o lesioni come conseguenza del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (introdotto dal d.l. 10.3.2023, n. 20, conv. con modif. dalla l. 5.5.2023, n. 50, d'ora in avanti “decreto Cutro”)¹⁵. La maggior parte delle menzionate figure ruotano attorno a *condotte giuridicamente neutre* (ad esempio entrare o rientrare nel Paese, permanere sul territorio, compiere atti di resistenza passiva, trasportare o dare alloggio a qualcuno, assumere lavoratori), le quali acquistano rilevanza penale *soltanto* in ragione della sottesa irregolarità amministrativa. Le restanti figure sono, è vero, costruite a partire da condotte dotate di autonoma rilevanza penale ai sensi di

¹³ Sui profili di incostituzionalità, e sulle criticità politico-criminali, inerenti alla criminalizzazione della “clandestinità”, cfr., *ex multis*, G.L. Gatta, *Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *DPP* 2009, 1330; L. Ferrajoli, *La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della l. n. 94/2009)*, in *QuestG* 2009, n. 5, 9 ss.; M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore*, cit., 126; M. Pelissero, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 48-51; L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., 32-39; A. Caputo, *Sicurezza e immigrazione*, cit., 1497-1499; A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale* 2022, 4, 58-62.

¹⁴ Per un'analisi aggiornata di ciascuna di queste figure di reato, cfr. L. Masera, *I reati propri dello straniero irregolare*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, Lefebvre Giuffrè 2026, 191 ss.; per un'approfondita disamina critica delle novità in materia di immigrazione introdotte dal decreto sicurezza 2025, v. L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo*, cit.

¹⁵ Su questa categoria di fattispecie sia consentito rinviare a S. Zirulia, *I reati di agevolazione dell'immigrazione irregolare*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 315 ss.

fattispecie comuni (resistenza attiva, falsità documentali, omicidio colposo e lesioni colpose); eppure, anche rispetto ad esse l'irregolarità amministrativa risulta decisiva per la determinazione del *titolo* di reato, che muta e si accompagna, salvo eccezioni¹⁶, a un più severo trattamento sanzionatorio. Nell'uno e nell'altro caso ci troviamo, pertanto, di fronte a reati in tutto o in parte *artificiali*, connotati da una marcata dipendenza amministrativa, la cui oggettività giuridica principale – quella, cioè, che determina il *nomen criminis* e la cornice edittale, a prescindere da eventuali profili di plurioffensività – è rappresentata da un interesse intermedio, meramente strumentale alla tutela di interessi finali, comunemente descritto, con l'autorevole avallo della Corte costituzionale¹⁷, in termini di *ordinata gestione dei flussi migratori*.

2.2. Ricondurre tutti (o quasi) i reati del testo unico alla prima direttrice della *crimmigration* non costituisce un esercizio meramente descrittivo, bensì il punto di partenza per lo sviluppo di due ordini di considerazioni gravide di conseguenze pratiche.

Anzitutto, serve a illuminare una precisa scelta politico-criminale, quella consistente nel piegare la sanzione penale a una funzione tipicamente amministrativa, ossia il controllo delle frontiere. A sua volta, la messa a nudo di questa scelta di fondo rappresenta una solida base per sviluppare una serie di critiche inerenti al carattere inefficace, criminogeno e in ultima analisi disfunzionale dei reati in esame¹⁸. Non vi è chi non veda, infatti, come un così pervasivo utilizzo della sanzione penale non solo contribuisca alla costruzione normativa dello straniero-criminale senza al contempo ridurre l'irregolarità migratoria (l'effetto deterrente essendo pari a zero, ed anzi lo svolgimento del processo penale potendo ostacolare, nella prospettiva statale, il rimpatrio delle persone espulse, come riconosciuto dalla sentenza *El Dridi*¹⁹); ma

¹⁶ Fa eccezione il delitto di rivolta nei CPR, di cui all'art. 14 co. 7.1. Tulmm, che prevede, come pena massima, la reclusione pari a 4 anni, e dunque sotto tale profilo – forse per una svista del legislatore, considerate le finalità repressive della riforma che l'ha introdotto – presenta un trattamento più mite rispetto ai reati comuni di violenza e resistenza a pubblico ufficiale (il cui massimo edittale è pari a 5 anni).

¹⁷ In questo senso C. cost., 8.7.2010 n. 250, pronunciandosi con riferimento all'art. 10-*bis* Tulmm, ma esplicitamente riferendosi a un «bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998» (cons. in dir., n. 6.3.). In senso analogo, con riferimento all'art. 12 Tulmm, C. cost., 10.3.2022 n. 63 (cons. in dir., n. 4.2). Su queste sentenze v. anche *infra*, nt. 21, 22.

¹⁸ Cfr. A. Spena, *Il “gelo metallico dello Stato”*, cit., 454, secondo il quale il circolo vizioso irregolarità/criminalità è il prodotto di due «movimenti accumulativi»: «per un verso (primo movimento), irregolarità produce criminalità, attraverso la multiforme criminalizzazione, diretta e indiretta, della condizione irregolare dello straniero; per altro verso (secondo movimento), criminalità produce irregolarità, attraverso la molteplice serie degli effetti di irregolarizzazione (o di preclusione dell'accesso ad uno status regolare) che ricadono sullo straniero che per avventura incappi nella rete — per lui quanto mai larga — della giustizia penale».

¹⁹ C.G.U.E., 28.4.2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU. Si tratta della celebre sentenza che ha ravvisato l'incompatibilità tra la

finisca per distogliere risorse utili a perseguire le condotte produttive di un ben più fondato allarme sociale, come quelle riconducibili ai *network* del traffico organizzato di migranti e di esseri umani.

In secondo luogo, evidenziare la dipendenza amministrativa dei reati in materia di immigrazione spalanca la porta a possibili censure di illegittimità costituzionale. La prima di esse si fonda sul canone di offensività, che secondo un'autorevole scuola di pensiero risulta irrimediabilmente leso ogniqualvolta il bene giuridico venga sostituito con un qualche *escamotage* retorico, finalizzato a celare indebite presunzioni di pericolosità o la punizione di mere disobbedienze²⁰.

Anche laddove, in linea con l'orientamento prevalente e ribadito dalla Corte costituzionale proprio nella materia che ci occupa²¹, si ritenesse legittima (o non necessariamente illegittima) la tutela penale di beni giuridici strumentali, le fattispecie in esame non dovrebbero sfuggire alla scure dell'illegittimità, in ragione del *vulnus* che arrecano al canone della proporzionalità: vuoi sul versante del *quantum* sanzionatorio, vuoi, più in radice, sul versante dell'*an* della scelta di criminalizzazione.

Rispetto alla proporzionalità *della pena*, la Corte costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi sul reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, censurandone due circostanze aggravanti speciali che ricollegavano un significativo aumento di pena a fattori (segnatamente l'utilizzo di documenti contraffatti o di servizi di trasporto internazionale) non univocamente indicanti un corrispondente incremento del

direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri), avente come obiettivo ultimo quello di garantire il rapido allontanamento degli stranieri irregolari dal territorio europeo, e le severe pene detentive comminate per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14, comma 5-ter Tulumm, che in ultima analisi finivano per dilatare i tempi dei rimpatri: cfr. L. Masera, F. Viganò, *Addio articolo 14*, in *Diritto penale contemporaneo* (Archivio 2010-2019), 4.5.2011; A. di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: “direttiva rimpatri” e diritto penale italiano*, ivi, 26 luglio 2011; C. Amalfitano, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazioni dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni del c.d. direttiva rimpatri*, in *CP* 2011, 2786 ss.

²⁰ Sul tema, in termini generali e per ulteriori riferimenti bibliografici, v. F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, il Mulino 1990, 16-26; S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *RIDPP* 1995, 347 ss.; con specifico riferimento al diritto penale dell'immigrazione, v. A. Cavaliere, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., 230 ss.

²¹ Il riferimento è alla già richiamata sent. n. 250/2010, la quale, come già ricordato, ha individuato, quale «bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998», «l'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo [...]». A proposito del contenuto di tale interesse, la Corte ha ribadito la propria posizione secondo cui «La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è [...] “collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione” (sentenze n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla “sostenibilità” socio-economica del fenomeno».

disvalore delle condotte²². In quell'occasione, la Consulta ha insistito sulla necessità che l'entità della pena edittale rifletta coerentemente i sottesi tipi criminologici, onde evitare di sottoporre al medesimo trattamento sanzionatorio condotte ontologicamente diverse, come invece accade là dove il favoreggiamento occasionale, magari a sfondo altruistico, venga punito allo stesso modo del traffico di migranti vero e proprio. Si tratta di conclusioni che, a ben vedere, consentono di evidenziare la manifesta sproporzione anche di altre circostanze aggravanti speciali previste dall'art. 12 TuImm, *in primis* l'ipotesi fondata sul dolo specifico di profitto, significativamente non menzionata dalla Consulta tra quelle evocanti scenari di criminalità organizzata; nonché, ad un più approfondito esame, anche quelle fondate sul numero di concorrenti o di stranieri trasportati (che ben possono coesistere con la natura umanitaria della condotta agevolatrice dell'ingresso), e financo quelle fondate sul pericolo per la vita e l'incolumità dei migranti (posto che, in assenza di vie di ingresso legale, intraprendere un percorso pericoloso rappresenta spesso l'unica via per raggiungere un Paese sicuro).

La sproporzione della pena viene inoltre in rilievo rispetto a tutte le fattispecie, precedentemente citate, in cui l'irregolarità amministrativa determina, assieme al mutamento del titolo di reato, una più severa cornice edittale rispetto all'ipotesi comune²³. Si pensi, anzitutto, al recentemente introdotto art. 12-*bis* TuImm, recante sanzioni detentive di inusitata severità rispetto ad eventi di natura colposa, e per questo oggetto di un coro di critiche da parte della dottrina²⁴, da ultimo confluite in un'ordinanza di rimessione alla Consulta, pendente nel momento in cui si scrive²⁵. Parimenti, sono rintracciabili due profili di irragionevolezza nella disciplina dei falsi documentali di cui all'art. 5, co. 8-*bis* TuImm: da un lato, si fatica a giustificare la scelta

²² C. cost., 8.2.2022 n. 63. Tra i commenti, v. 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* 2022, n. 3, 238 ss.; F. Parisi, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: la Corte costituzionale dichiara illegittima l'aggravante per chi agevola l'immigrazione utilizzando servizi di trasporto internazionale o documenti falsi*, in *FI* 2022, 9, 2661 ss.; A. Ciervo, *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Oss. AIC* 2022, 3, 314 ss.

²³ Sui criteri di accertamento delle sperequazioni sanzionatorie, nella prospettiva del diritto fondamentale a non subire pene sproporzionate, v. per tutti F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, 224-324.

²⁴ L. Masera, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *QuestG*, 3.4.2023; N. Granocchia, *L'imputazione dell'evento non voluto nella fattispecie di “morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina”*, in www.archiviopenale.it 2023, n. 3; nonché, volendo, S. Zirulia, *Il reato di «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina» (art. 12-*bis* TuImm). Uno strumento sproporzionato e inefficace per il contrasto al traffico di migranti*, in *QuestG* 2025, n. 3, 91 ss.;

²⁵ Trib. Siracusa ord.16 ottobre 2025, in www.giurisprudenzapenale.com, 11.2.2026.

di punire più gravemente la falsificazione materiale dei documenti di ingresso o soggiorno di stranieri, rispetto alla medesima condotta avente ad oggetto documenti di identificazione di cittadini dell’Unione europea (art. 476 Cp); dall’altro lato, appare discutibile la scelta di sanzionare lo straniero che utilizza documenti falsi con la stessa pena prevista per chi realizza la falsificazione, obliterando una distinzione ben radicata nel codice penale, dove il mero utilizzatore è punito meno gravemente rispetto a chi ha formato il documento (artt. 489, 497-bis Cp).

La criminalizzazione di condotte incentrate su una violazione amministrativa produce distorsioni anche sul versante della proporzionalità *del reato*. Il tema è riconducibile a quello, più ampio, del sindacato sulla legittimità delle norme suscettibili di comprimere i diritti fondamentali: norme non per questo necessariamente illegittime, ma rispetto alle quali si impone una delicata verifica in ordine al corretto esercizio della discrezionalità legislativa²⁶. Nella materia che ci occupa, la Corte di giustizia dell’Unione europea si è avvalsa del canone di proporzionalità di cui alla Carta dei diritti fondamentali UE (art. 52, par. 1) per restringere in via interpretativa l’ambito di applicazione dell’obbligo di incriminare il favoreggiamento dell’ingresso irregolare, previsto dal combinato disposto della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI. In particolare, a partire dal caso di una richiedente asilo che aveva tentato di introdurre irregolarmente in Italia due minorenni sotto la sua custodia (la figlia e la nipote), la sentenza *Kinsa* ha stabilito che l’obbligo di incriminazione non ricomprende tale categoria di condotte, posto che altrimenti risulterebbe leso il «contenuto essenziale» del diritto alla vita familiare e dei diritti del minore (previsti, rispettivamente, dagli artt. 7 e 24 della Carta)²⁷. Tale ragionamento potrebbe essere esteso anche ad altre norme sanzionatorie (si pensi alle sanzioni amministrative previste per i navigli privati che disattendono le regole sulla conduzione delle operazioni di *search and rescue*, sulle quali v. *infra*, 4.4.);

²⁶ Per una recente disamina della giurisprudenza costituzionale in materia, v. F. Viganò, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in L. Casseti, F. Fabrizzi, A. Morrone, F. Savastano, A. Sterpa (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, Vol. I, Editoriale Scientifica 2024, 1113 ss., disponibile anche in *Sistema penale*, 8.1.2025. Con specifico riguardo alla proporzionalità delle scelte di criminalizzazione, v. N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli 2020; con riferimento all’applicazione del canone di proporzionalità alla criminalizzazione del favoreggiamento dell’immigrazione irregolare, sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell’immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli 2023, 320-395.

²⁷ C.G.U.E, Grande Sezione, 3.6.2025, *Kinsa*, C-460/23. Per un commento sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell’immigrazione irregolare sotto la lente della proporzionalità. Nota a Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 3 giugno 2025, Kinsa*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2026, 1.

nonché, come più estesamente illustrato in altra sede²⁸, ad altri diritti fondamentali (*in primis*, il diritto alla vita e il diritto a richiedere asilo), purché beninteso la materia rientri nell'esercizio di competenze dell'Unione, condizione di applicabilità della Carta dei diritti UE. Parimenti, puntuali limiti alle scelte di criminalizzazione potranno discendere anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ogniquale volta l'illecito penale impatti su un diritto convenzionale al di fuori dei limiti entro i quali tale diritto può essere limitato. Si pensi, ancora, alla criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, qualora si estenda a condotte di soccorso e in tal modo possa generare un *chilling effect* pregiudizievole per il diritto alla vita²⁹; o ancora alla criminalizzazione di condotte di ingresso o re-ingresso, suscettibile di ledere in maniera sproporzionata il diritto alla vita familiare³⁰.

3. La seconda direttrice della *crimmigration* – ossia, come già ricordato, la previsione di conseguenze di diritto dell'immigrazione connesse alla prevenzione e alla repressione dei reati – pervade diversi ambiti del diritto dell'immigrazione e del diritto d'asilo. Per ragioni di chiarezza, conviene suddividere la trattazione in due aree: quella riguardante lo status dello straniero e quella relativa alla disciplina delle espulsioni.

3.1. Cominciando dalla prima area, giova preliminarmente ricordare che il testo unico in materia di immigrazione prevede, tra le cause ostative all'ammissione al territorio ovvero al rilascio/rinnovo/mantenimento di un permesso di soggiorno, il fatto che lo straniero costituisca una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, ovvero che abbia riportato una condanna, in talune ipotesi anche non definitiva, per una serie di reati tassativamente elencati (artt. 4, co. 3 e 5 co. 5 Tulumm). Il binario delle “ostatività” è dunque duplice, basandosi, alternativamente, su un accertamento di pericolosità in concreto ovvero su una presunzione (assoluta) discendente dalla condanna per determinati reati. Siffatto automatismo ostativo subisce, peraltro, alcuni

²⁸ V. ancora a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare sotto la lente*, cit., 13-16.

²⁹ Un simile assetto normativo risulterebbe infatti incompatibile con gli obblighi positivi di tutela della vita discendenti dall'art. 2 Cedu, obblighi sulla cui estensione la Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi anche in vicende relative a operazioni di controllo delle frontiere sfociate nella morte dei migranti: cfr. C. eur., 7.7.2022, *Safi e altri c. Grecia*; 2.2.2023, *Alhowais c. Ungheria*; 16.1.2024, *Alkhatib e altri c. Grecia*; 25.3.2025, *Almukhlis e Al-Maliki c. Grecia*.

³⁰ Pur non sussistendo, a quanto ci risulta, precedenti negli esatti termini indicati, la Corte europea ha avuto modo di ravvisare la violazione dell'art. 8 Cedu in presenza di misure sanzionatorie per il controllo dell'immigrazione giudicate sproporzionate: cfr. C. eur., 28.6.2011, *Nunez c. Norvegia*; 12.11.2024, *Sharafane c. Danimarca*.

temperamenti normativi³¹, che la Corte costituzionale ha esteso a tutti gli stranieri aventi legami familiari sul territorio³².

Da ultimo, e per quanto maggiormente rileva in questa sede, la stessa Consulta (sent. 9.3.2023, n. 88) ha ritenuto illegittimo l'automatismo ostativo al rinnovo del permesso di soggiorno discendente dalla condanna per i reati di spaccio di lieve entità (art. 73, co. 5 TuStup) e di commercio di prodotti con segni falsi (art. 474, co. 2 Cp). Pur non prendendo posizione in ordine alla natura giuridica della preclusione, e dunque su questo specifico aspetto non superando il proprio precedente che ne aveva esclusa la natura penale (sent. 7.5.2008, n. 148), la Consulta ha giudicato l'effetto ostativo derivante dalla condanna irragionevole e sproporzionato al metro degli artt. 3 Cost. e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu. Alla base della disposizione, infatti, non vi sarebbe un ragionevole bilanciamento tra l'interesse ad allontanare lo straniero autore di reati e le confliggenti ragioni dell'interessato, riconducibili all'alveo dell'art. 8 Cedu, a non essere sradicato dal luogo in cui intrattenga la parte più significativa dei propri rapporti sociali, lavorativi, familiari, affettivi. Con specifico riguardo all'art. 73, co. 5 TuStup, secondo la Corte l'irragionevolezza è insita nel far discendere il diniego da un reato per il quale è previsto l'arresto meramente facoltativo, e dunque che per definizione non è considerato sintomatico della pericolosità di colui o colei che l'ha commesso, la sua applicazione essendo subordinata alla valutazione di elementi ulteriori (tra cui la pericolosità soggettiva) rispetto a quelli consistenti nella mera prova della commissione del fatto. A rafforzamento dell'argomento, la Corte richiama il principio in base al quale le presunzioni assolute sono irragionevoli «tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa», soggiungendo che è agevole immaginare situazioni nelle quali, per le circostanze del fatto, per il tempo ormai trascorso dalla sua commissione ovvero per il percorso rieducativo eventualmente seguito alla condanna, quest'ultima non sia tale da comportare un giudizio di pericolosità attuale riferito alla persona del reo. La Corte ha poi gioco facile nell'evidenziare che analoghe considerazioni valgono, *a fortiori*, per l'art. 474 Cp, reato per il quale l'arresto non è nemmeno ammesso.

³¹ Per quanto riguarda gli stranieri che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento familiare la questura è chiamata a operare un bilanciamento tra l'interesse pubblico all'adozione del provvedimento negatorio e appunto i legami familiari (v. ancora art. 5 co. 5 TuImm); per quanto riguarda i soggiornanti UE di lungo periodo, le condanne rappresentano un mero indicatore di cui tenere conto ai fini del giudizio di pericolosità in concreto, esso sì decisivo per il provvedimento negatorio (art. 9 co. 4 TuImm).

³² Cfr. C. cost., 3.7.2013 n. 202, che ha esteso il giudizio di bilanciamento in concreto di cui all'art. 5 co. 5 (v. nota precedente) a tutti i casi in cui lo straniero «abbia legami familiari nel territorio dello Stato», indipendentemente dall'esercizio del ricongiungimento familiare.

La pronuncia appare significativa da due diverse, ma complementari, prospettive: da un lato, in termini generali, si tratta di un’ulteriore conferma, in aggiunta a quanto già osservato nel precedente paragrafo, di una certa tendenza del legislatore a rafforzare le politiche migratorie al punto da comprimere in maniera manifestamente sproporzionata i diritti fondamentali degli stranieri; dall’altro lato, e con specifico riguardo a una novità introdotta dal decreto sicurezza 2026, offre spunti utili a sviluppare un’ulteriore censura di illegittimità. L’art. 1, co. 2, del decreto ha infatti aggiunto alcuni delitti in materia di armi al catalogo dei reati automaticamente ostativi all’ammissione al territorio o alla titolarità di permesso di soggiorno³³. Ebbene, trattandosi di ipotesi punite (nel massimo) meno gravemente rispetto allo spaccio di lieve entità, e per le quali è del pari previsto l’arresto meramente facoltativo, ad esse paiono trasferibili le considerazioni sviluppate dalla Consulta in punto di inattitudine a evidenziare in maniera univoca la pericolosità attuale del condannato, e dunque anche la conclusione in ordine all’illegittimità, per manifesta sproporzione, dell’automatismo ostativo che dalle stesse discende.

3.2. Automatismi ostativi sono previsti anche per quanto riguarda le cause di diniego dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria (artt. 12 e 16 d.lgs. 19.11.2007, n. 251, come modificato per recepire la direttiva 2011/95/UE, c.d. direttiva qualifiche, che dal 12 giugno 2026 è stata sostituita dal regolamento 2024/1347). In questi casi, infatti, la legge contempla, quali cause ostative, la sussistenza di «fondati motivi» per ritenere che il richiedente, alternativamente, si è reso responsabile di una delle gravi condotte illecite, penalmente rilevanti e non, espressamente elencate³⁴; ovvero «costituisce un pericolo per la sicurezza dello Stato»³⁵; ovvero ancora – e per quanto maggiormente

³³ I reati ostativi sono quelli indicati all’art. 381 co. 2 lett. m e m-sexies Cpp. Nel dettaglio, la lett. m richiama i delitti di «alterazione di armi» e di «fabbricazione di esplosivi non riconosciuti» (a loro volta previsti dagli artt. 3 e 24 co. 1 l. 18.4.1975 n. 110). La lett. m-sexies richiama testualmente il delitto di «porto di armi per cui non è ammessa licenza, di cui all’articolo 4-bis, comma 1, della legge 18 aprile 1975, n. 110». Quest’ultima formulazione, interpretata alla lettera, porta a nostro avviso a escludere dal catalogo dei reati ostativi la nuova fattispecie di porto di ulteriori strumenti di offesa inserita nel secondo periodo del medesimo art. 4-bis co. 1 l. 110/1975 dal decreto sicurezza 2026 (si tratta, nello specifico, del porto di «strumenti con lama pieghevole di lunghezza pari o superiore a centimetri cinque, a un taglio e a punta acuta, muniti di meccanismo a scatto, indipendentemente dalla presenza del blocco della lama, nonché strumenti dotati di lama affilata o appuntita del tipo “a farfalla” oppure camuffati da altri strumenti od occultati in altri oggetti»).

³⁴ Ai sensi dell’art. 10 d.lgs. 251/2007, richiamato dall’art. 12 co. 1 lett. a, nonché ai sensi dell’art. 16 co. 1 lett. a, b, c, d.lgs. 251/2007, tali condotte includono: crimini contro la pace, crimini di guerra o crimini contro l’umanità; reati commessi all’estero, anche se con obiettivo politico, purché possano considerarsi “gravi” tenuto anche conto della pena prevista dalla legge italiana (non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni); atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite.

³⁵ Art. 12 co. 1 lett. b e art. 16 co. 1 lett. d d.lgs. 251/2007.

rileva in questa sede – «costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), Cpp», nonché per una serie di ulteriori reati ostativi aggiunti dal d.l. 4.10.2018 n. 113, conv. con modif. dalla l. 1.12.2018, n. 132 (d'ora in avanti, “decreto sicurezza 2018”)³⁶. Una recente pronuncia della Cassazione civile sembrerebbe avere affermato che, in presenza di tali condanne, il giudice di merito debba considerarsi sollevato dall'obbligo di valutazione in concreto della pericolosità del soggetto richiedente³⁷. Tale esegesi, ancorché compatibile con il tenore testuale della disposizione, rischia di esporla a censure per violazione del canone di uguaglianza-ragionevolezza: da un lato, sul versante della ragionevolezza intrinseca, si fatica a cogliere il legame tra la realizzazione di reati quali, ad esempio, la violenza a pubblico ufficiale o il furto aggravato, e il giudizio di non meritevolezza della protezione internazionale; dall'altro lato, in base al criterio del *tertium comparationis*, appare manifestamente irragionevole la previsione di identiche conseguenze *lato sensu* sanzionatorie a fronte di illeciti portatori di livelli incomparabili di disvalore (basti pensare che i reati dotati di effetto preclusivo includono, accanto a quelli appena menzionati, anche la strage, l'omicidio volontario, i crimini contro l'umanità). Muovendo da tali premesse, appare preferibile un'interpretazione costituzionalmente orientata che consideri la condanna per i reati indicati alla stregua di un *mero indicatore di pericolosità*, del quale il giudice debba tenere conto nell'ambito di un giudizio da condurre, comunque, in concreto, rifuggendo da qualsivoglia automatismo.

3.3. Un ulteriore effetto riconducibile alla seconda direttrice della *crimmigration* è la revoca della cittadinanza italiana, misura introdotta dal decreto sicurezza 2018 dopo quasi un secolo di assenza dal nostro ordinamento³⁸. Il nuovo art. 10-bis della legge sulla cittadinanza (l. 5.2.1992 n. 91) prevede la denazionalizzazione in caso di condanna definitiva per i reati indicati dall'art. 407 co. 2 lett. a n. 4 Cpp (ossia i delitti commessi

³⁶ Art. 12 co. 1 lett. c e art. 16 co. 1 lett. d-bis d.lgs. 251/2007. Si tratta dei reati di cui agli artt. 336, 583, 583-bis, 583-quater, 624 nell'ipotesi aggravata di cui all'articolo 625, primo comma, n. 3, e 624-bis, primo comma, del codice penale.

³⁷ Cfr. Cass. civ. 20.2.2025 n. 5855. La Corte si riferisce, nel caso di specie, a reati ricompresi tra quelli di cui all'art. 407 co. 2 lett. a Cpp, e osserva che rispetto ad essi «è stata predeterminata una soglia di eccezionale gravità, sollevando il giudice da un obbligo di valutazione concreta della pericolosità del soggetto».

³⁸ Attenta dottrina ha evidenziato come la disciplina in esame rappresenti la prima, in epoca repubblicana, ad utilizzare lo strumento della “revoca” rispetto alla cittadinanza, il primo precedente storico risalendo a un decreto fascista del 1926, che prevedeva tale provvedimento nei casi di “indegnità politica” (E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”: interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 2019, 1, 16 ss.).

con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, nonché la partecipazione a banda armata), per il reato di assistenza ai partecipi di associazioni sovversive o con finalità di terrorismo (art. 270-ter Cp), per il reato di sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento del terrorismo (art. 270-quinquies.2 Cp). La revoca è limitata ai casi di cittadinanza acquisita (dunque non è applicabile nei confronti dei cittadini *iure sanguinis*³⁹); inoltre – per effetto di una modifica introdotta dal decreto sicurezza 2025 in risposta alle critiche che avevano evidenziato l'incompatibilità della novella con la disciplina sovranazionale per il contrasto all'apolidia⁴⁰ – può essere disposta solo se l'interessato già possiede o può acquisire un'altra cittadinanza. La revoca non costituisce un effetto automatico della condanna, bensì un provvedimento amministrativo discrezionale, adottato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza⁴¹.

La natura dei reati che possono portare alla denazionalizzazione consente di collocare la sanzione in esame nel catalogo degli strumenti di contrasto al terrorismo, specie internazionale e di natura jihadista, in base a una massima di esperienza – le cui basi empiriche meriterebbero, peraltro, ulteriori approfondimenti⁴² – secondo cui tali condotte sarebbero statisticamente riconducibili, oltre che agli stranieri, anche a persone naturalizzate italiane. L'intento del legislatore, del resto, era proprio quello di

³⁹ Secondo L. Maserà, *La crimmigration*, cit., 41, tale disparità di trattamento è da ritenersi irragionevole, in quanto generatrice di «cittadini di prima e di seconda classe»; nello stesso senso, E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”*, cit., 5; M. Ruotolo, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto “sicurezza e immigrazione”)*, in *Rivista AIC* 2018, 3, 176; L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo*, cit., 34-36.

⁴⁰ A. Algostino, *Il decreto “Sicurezza e immigrazione”*, cit., 192; E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”*, cit., 30. Come puntualmente osservato da L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo*, cit., 37, il divieto di revoca nel caso in cui ciò determini l'apolidia del destinatario appare funzionale a mettere la disposizione al riparo da censure di sproporzione, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo che attribuisce un significativo peso a tale limite nel giudizio di bilanciamento tra le esigenze di sicurezza nazionale e quelle di tutela del diritto alla vita privata (cfr., da ultimo, C. eur., dec. 1.2.2022, *Johansen c. Danimarca*, §53).

⁴¹ Sulla natura di provvedimento amministrativo discrezionale v. L. Viola, *La revoca della cittadinanza e il giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 18.11.2020, 272-275; E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”: interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, cit., 3. Quest'ultimo contributo, peraltro, così prosegue: «Ciò che non è possibile affermare con certezza è se si tratti di un provvedimento di secondo grado, inquadrabile nella figura della revoca, soggetto dunque alle norme generali in materia di statuto giuridico dei provvedimenti amministrativi di questo genere, oppure se si tratti di una forma atipica di decadenza dal diritto di cittadinanza per punizione, sancita con un atto presidenziale su proposta ministeriale e se tale forma atipica di perdita della cittadinanza assuma la natura ed i caratteri dell'atto politico».

⁴² Cfr. L. Vidino, *Home-Grown Jihadism in Italy: Birth, Development and Radicalization Dynamics*, ISPI – Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, 76 s., secondo cui gli studi sui terroristi *home-grown* selezionano le persone in quanto “socializzate” sul territorio italiano (c.d. “*Sociological Italians*”), a prescindere dalla naturalizzazione, risultato quest'ultimo reso difficoltoso dalla rigidità della normativa sulla cittadinanza.

allineare la disciplina italiana a quella dei numerosi altri Paesi, europei e non solo, che già prevedevano per fatti analoghi la perdita dello status di cittadino⁴³.

In aggiunta ai numerosi profili di criticità già messi in luce dai commentatori della riforma, ai cui contributi in questa sede ci limitiamo a rinviare⁴⁴, preme evidenziarne uno ulteriore, finora non emerso ma a nostro avviso di una certa rilevanza. Ci si chiede, in sintesi, se la revoca della cittadinanza possa essere considerata *idonea* al perseguimento dello scopo che la stessa si prefigge. Si tratta di una questione che non attiene soltanto al piano politico, cioè della scelta in ordine alla misura ritenuta più efficace e/o opportuna per ottenere un determinato risultato, bensì anche al piano della legittimità, nel quadro, di nuovo, del sindacato di proporzionalità sull'esercizio della discrezionalità legislativa. Come è noto, infatti, una misura può considerarsi sproporzionata non solo quando non è necessaria e/o non riflette un ragionevole temperamento tra gli interessi in gioco (profilo quest'ultimo rispetto al quale, come abbiamo accennato poc'anzi – v. nota 40 –, la disposizione potrebbe essere stata almeno in parte “riequilibrata” dall'inserimento del limite dell'apolidia); ma anche, a monte, quando, pur perseguendo un interesse meritevole di tutela, non appare idonea a soddisfarlo, e perciò la sua implementazione comporta un sacrificio di eventuali contro-interessi *di per sé* ingiustificato⁴⁵. Rispetto alla denazionalizzazione del cittadino italiano (acquisito), ci si potrebbe seriamente chiedere: da un lato, in che modo tale misura possa contribuire alla prevenzione di atti di terrorismo, tenuto tra l'altro conto del termine *decennale* per disporla (così esteso, rispetto all'originario termine triennale, dal decreto sicurezza 2025) e del fatto che difficilmente una persona con un radicamento sufficiente ad acquisire la cittadinanza potrà essere espulsa⁴⁶; dall'altro lato, se la sua applicazione non rischi di produrre un effetto contrario a quello auspicato, spingendo il destinatario ancora più ai margini della società italiana e dunque favorendo la sua permeabilità psicologica alle teorie che ne predicano l'annientamento. Si tratta di valutazioni complesse, che meriterebbero un'attenzione

⁴³ E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”*, cit., 12-16; L. Viola, *La revoca della cittadinanza e il giudice amministrativo*, cit., 246-249.

⁴⁴ L. Viola, *La revoca della cittadinanza*, cit., p. 250 ss.; E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”*, cit., 22 ss.; M. Ruotolo, *Brevi note*, cit., p. 176; L. Masera, *La crimmigration*, cit., 39-41; A. Algostino, *Il decreto “Sicurezza e immigrazione”*, cit., 191 s.; A. Ciervo, *Le modifiche in materia di cittadinanza*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini*, cit., 186-188.

⁴⁵ Sulle verifiche che compongono il giudizio di proporzionalità, v. F. Viganò, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente*, cit., 4; nonché, *amplius*, N. Recchia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 122-207.

⁴⁶ Sulla natura più simbolica che realmente preventiva della misura v. ancora L. Viola, *La revoca della cittadinanza*, cit., 249.

ben maggiore rispetto a quella che è possibile dedicarvi in queste pagine, ma dietro le quali ci pare innegabile l’agitarsi dello spettro di una perigliosa eterogenesi dei fini.

3.4. Un importante “effetto” di diritto dell’immigrazione discendente da esigenze di prevenzione o repressione di illeciti penali è rappresentato dall’espulsione. Come è noto, l’espulsione prefettizia per ingresso o soggiorno irregolare dello straniero si ricollega, appunto, a una mera irregolarità amministrativa (art. 13 co. 2 lett. *a* e *b* TuImm). A questa funzione “originaria” dell’espulsione – la quale a sua volta non si sottrae a compiti di stampo securitario⁴⁷, come indirettamente conferma la stretta impressa del decreto sicurezza 2026 alla disciplina sul gratuito patrocinio⁴⁸ – si sono nel tempo affiancate ulteriori funzioni a carattere dichiaratamente preventivo e/o sanzionatorio, le quali assumono di volta in volta diversa natura: misura di prevenzione *ante delictum*⁴⁹, recentemente applicata – a titolo esemplificativo dei suoi poliedrici utilizzi, inclusa la repressione del dissenso – all’imam di una moschea torinese in ragione delle posizioni espresse a sostegno della resistenza palestinese, posizioni ritenute sintomo di pericolosità in quanto riflesso di radicalizzazione religiosa, fondamentalismo islamico e antisemitismo⁵⁰; misura di sicurezza personale non detentiva (prevista dagli artt. 235 e 312 Cp⁵¹, dall’art. 86 TuStup, nonché dall’art. 15 TuImm⁵², in ogni caso da eseguirsi a pena espiata e comunque subordinata, per regola

⁴⁷ Sul tema si rinvia all’incisiva analisi di A. Spena, *La crimmigration e l’espulsione*, cit., 504 ss., che riconduce l’espulsione dello straniero *in quanto irregolare* a una funzione di tutela della «sicurezza/sovranità esterna», rispetto alla “minaccia” rappresentata (*rectius*, percepita come proveniente) dalla massa dei migranti diretti verso il nostro Paese.

⁴⁸ Il riferimento è all’abrogazione dell’art. 142 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30.5.2002 n. 115), che, nel procedimento avverso il provvedimento di espulsione, consentiva allo straniero l’accesso al gratuito patrocinio indipendentemente dai limiti reddituali.

⁴⁹ Si tratta di tre ipotesi: quella di cui all’art. 13 co. 1 TuImm, secondo cui il Ministro dell’interno può disporre l’espulsione dello straniero per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato; quella di cui all’art. 13 co. 2 lett. *c* TuImm, che consente al prefetto di espellere lo straniero che appartenga alle categorie richiamate dagli artt. 1, 4 e 16 del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 6.9.2011 n. 159); quella di cui all’art. 3 d.l. 27.7.2005 n. 144, conv. dalla l. 31.7.2005 n. 155, che consente al Ministro dell’interno, ovvero, su sua delega, al prefetto, di espellere lo straniero per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale.

⁵⁰ In particolare, tra quelle indicate alla nota precedente, è stata disposta l’espulsione per motivi di sicurezza dello Stato ex art. 13 co. 1 TuImm. Su questa vicenda v. anche *infra*, 4.1.

⁵¹ L’art. 235 Cp prevede l’espulsione come misura di sicurezza in caso di condanna alla reclusione superiore a due anni; l’art. 312 Cp, dal canto suo, la prevede in caso di condanna per un delitto contro la personalità dello Stato.

⁵² Ai sensi di tale disposizione l’espulsione è disposta in caso di condanna per uno qualsiasi dei delitti previsti dagli articoli 380 e 381 Cpp. La norma è stata oggetto di modifiche sia da parte del d.l. 5.10.2023 n. 133 conv. in l. 1.10.2023 n. 176, che ha trasformato l’espulsione da facoltativa a obbligatoria (ma sul punto v. *infra*, nt. 55); sia da parte dell’articolo 28 co. 2 del decreto sicurezza 2026, che ha precisato che «Ai fini della valutazione di pericolosità si tiene conto anche del mancato rispetto dell’obbligo di cooperare di cui all’articolo 32, sesto comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354»; disposizione, quest’ultima, a sua volta aggiunta dal medesimo decreto sicurezza, in base alla quale internati e detenuti hanno «l’obbligo di cooperare ai fini dell’accertamento

generale, all'accertamento in concreto della pericolosità sociale); pena sostitutiva (art. 16 co. 1 TuImm); misura alternativa alla detenzione (art. 16 co. 5 TuImm).

Rispetto al sistema delle espulsioni qui brevemente tratteggiato sono state formulate, nel corso degli anni, numerose critiche⁵³, in parte sfociate in importanti correzioni del sistema, mediante declaratorie di illegittimità⁵⁴ o interpretazioni conformi⁵⁵. Permangono, tuttavia, alcuni profili problematici.

Anzitutto, come è noto, si registra una consolidata resistenza giurisprudenziale, avallata dalla Consulta, a considerare le espulsioni di cui all'art. 16 TuImm alla stregua di sanzioni penali⁵⁶. Si tratta di un orientamento che, proprio facendo leva sulla natura asseritamente amministrativa di tali misure, le ha finora messe al riparo dalle censure che le sono state rivolte, tra l'altro, per violazione della presunzione di non colpevolezza, considerata l'applicabilità dell'espulsione sostitutiva prima della condanna definitiva, e per incompatibilità con la funzione rieducativa della pena (art. 27 co. 2 e 3 Cost.)⁵⁷. A tale orientamento, la cui principale argomentazione è l'asserita

dell'identità e di esibire o produrre gli elementi in loro possesso, relativi all'età, all'identità e alla cittadinanza, nonché ai Paesi in cui hanno soggiornato o sono transitati».

⁵³ A proposito della fragilità costituzionale dei meccanismi espulsivi, cfr., *ex multis*, P. Bonetti, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1994, 3, 2372 ss.; Id., *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2000, 4, 11-43; A. Pugiotto, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Diritto e società* 2009, 3-4, 481 ss. Sul tema dei limiti alle espulsioni giudiziali, v. A. Natale, *Lo straniero e il processo penale*, cit., 551-555.

⁵⁴ Cfr. C. cost., 20.2.1995 n. 58, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 86 TuStup nella parte in cui obbligava il giudice ad applicare la misura di sicurezza dell'espulsione ai reati in materia di stupefacenti a prescindere dalla pericolosità sociale del reo.

⁵⁵ Cfr. C. cost., 7.4.2025 n. 73, che, pur rigettando le censure formulate rispetto all'art. 16 co. 5 TuImm, ha colto l'occasione per ribadire, richiamando la pertinente giurisprudenza costituzionale e di legittimità, l'ampia estensione e l'applicabilità in via analogica dei divieti di espulsione per rischio di persecuzioni e condizioni di vulnerabilità di cui all'art. 19 TuImm (per un commento, v. A. Ciervo, *La quarantunesima ora. Sulla recente giurisprudenza costituzionale in materia di trattenimento amministrativo degli stranieri*, in *Oss. AIC* 2025, 6, 236 ss.); Cass. 7.11.2024 n. 46801 Cybi, in *CEDCass*, m. 287289, la quale, a dispetto del tenore letterale dell'art. 235 Cp, secondo cui il giudice «ordina» l'espulsione a titolo di misura di sicurezza nei confronti dello straniero condannato alla reclusione superiore ai due anni, ha affermato che tale espressione non preclude un accertamento in concreto in ordine alla adeguatezza di misure meno afflittive, come ad esempio la libertà vigilata. Il principio pare estendibile all'art. 15 TuImm, che pure, come riformulato dal precitato d.l. 133/2023, prevede testualmente l'obbligatorietà della misura di sicurezza. In questo senso A. Natale, *Lo straniero e il processo penale*, cit., p. 538.

⁵⁶ Cfr., con riferimento all'art. 16 co. 1 TuImm, v. C. cost., 14.7.1999 ord. 369; Cass. 7.11.2019 n. 48950, in *CEDCass*, m. 277824; Consiglio di Stato 2.12.2014 n. 5960. Con riferimento all'art. 16 co. 5, v. C. cost., 8.7.2004 ord. 226 e C. cost., 7.4.2025 n. 73.

⁵⁷ Il tema dell'universalità della funzione rieducativa e, ciò malgrado, della sua inattuazione rispetto agli stranieri irregolari, è certamente più ampio e non può essere affrontato compiutamente in questa sede. Tra gli studi in materia si segnalano: M. Ruotolo, *Può la rieducazione assumere connotati “nazionalistici”? Appunti sulla condizione giuridica del detenuto privo di permesso di soggiorno*, in *Costituzionalismo.it* 2006, 3; E. Fiorini, *L'esecuzione penale dello straniero tra funzione rieducativa della pena e norme sull'espulsione dal territorio*

coincidenza sostanziale tra l'espulsione in esame e le tradizionali espulsioni amministrative, si possono opporre una serie di argomentazioni contrarie, che nel complesso, specie se considerate cumulativamente, appaiono meritevoli di un'attenzione ben maggiore rispetto a quella concessa finora. Schematizzando, la qualificazione in termini amministrativi presta il fianco alle seguenti critiche: (i) cozza con il dato normativo, l'art. 16 essendo inequivocabilmente rubricato «Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione»; (ii) mal si concilia con l'assegnazione del potere di disporre l'espulsione sostitutiva al giudice di cognizione e quella alternativa al magistrato di sorveglianza; (iii) ignora il carattere prevalentemente afflittivo di entrambe queste espulsioni, carattere a sua volta riconducibile: (a) alla loro funzione essenzialmente punitiva, anziché ripristinatoria di una situazione di legalità, come risulta dalla loro applicabilità anche a stranieri *regolarmente soggiornanti* sul territorio (segnatamente nelle ipotesi di cui all'art. 13 co. 2 lett. c Tulmm); (b) alle loro peculiari *modalità esecutive*, che non contemplano, a differenza dell'espulsione (autenticamente) amministrativa, la partenza volontaria, bensì consistono esclusivamente nell'accompagnamento coattivo alla frontiera⁵⁸, così incidendo *necessariamente sulla libertà personale* ⁵⁹ ; (c) alla obbligatorietà dell'espulsione alternativa, la quale è pertanto destinata a prevalere sulle altre misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario, eseguibili sul territorio italiano⁶⁰.

Un ulteriore, e a quanto ci risulta non ancora direttamente affrontato, profilo problematico riguarda la già ricordata possibilità, sussistente per tutte le forme di espulsione indicate ad accezione di quella ordinaria, di espellere anche le persone straniere *regolarmente soggiornanti* in Italia. La *ratio* di questa disciplina potrebbe a prima vista essere ricondotta al venire meno delle condizioni che rendono lo straniero meritevole di permanere sul territorio. Sennonché, questa spiegazione si scontra con il dato normativo complessivamente considerato, non essendovi piena coincidenza tra

nazionale, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 2006, 1.

⁵⁸ In questo senso l'art. 16 co. 2 e 7 Tulmm. Non si pongono profili di frizione con la direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri), che prevede l'accompagnamento coattivo come *extrema ratio*, giacché la stessa direttiva prevede che gli Stati possano non applicarla in caso di espulsioni disposte come sanzioni penali o come conseguenza di sanzioni penali (art. 2 par. 2 lett. b).

⁵⁹ Sull'accompagnamento alla frontiera come misura incidente sulla libertà personale e dunque rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., si veda la nota pronuncia C. cost., 22.3.2001 n. 105: «l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione» (cons. in dir., n. 5)

⁶⁰ Mentre infatti l'art. 16 co. 1 Tulmm stabilisce che il giudice «può sostituire» la pena detentiva con l'espulsione, l'art. 16 co. 5 Tulmm prevede che, quando ricorrono i requisiti per la misura alternativa, nei confronti dello straniero «è disposta l'espulsione».

i presupposti che legittimano il rimpatrio dello straniero regolarmente soggiornante e quelli, più restrittivi, che legittimano il diniego o la revoca del permesso di soggiorno, sopra esaminati. A titolo esemplificativo, lo straniero titolare di permesso di soggiorno condannato a una pena non superiore a due anni di reclusione per un'ipotesi di furto che prevede l'arresto facoltativo in flagranza non potrà vedersi revocato il permesso, ma al contempo potrà essere espulso, anche prima della condanna definitiva, a titolo di pena sostitutiva, ovvero, una volta che la condanna sia divenuta irrevocabile, a titolo di misura alternativa. In questo ed analoghi casi, dunque, ci si deve interrogare sulle ragioni che giustificano l'espulsione, le quali potrebbero essere rinvenute o in una sorta di presunzione assoluta di pericolosità del reo *in quanto straniero* (ma ciò esporrebbe la disciplina a una censura di illegittimità costituzionale⁶¹); oppure in ragioni di *deflazione processuale e/o carceraria*, come del resto esplicitamente riconosciuto dalla Consulta⁶². Quest'ultima giustificazione – e qui veniamo al punto che vorremmo evidenziare – solleva a sua volta un inedito profilo di possibile illegittimità, sul piano del canone di proporzionalità: ci si potrebbe infatti chiedere se risponda a un ragionevole bilanciamento di interessi il perseguimento di finalità di tipo deflattivo mediante l'adozione di un provvedimento di forte impatto sui diritti fondamentali come l'espulsione del soggetto regolarmente soggiornante; un provvedimento, si badi, dagli effetti verosimilmente deteriori rispetto ad altre pene sostitutive o misure alternative che potrebbero essere eseguite sul territorio, oltretutto applicabile anche in assenza del consenso dell'imputato (il quale, in linea di principio, ben potrebbe preferire scontare una pena detentiva in Italia, anziché essere rimpatriato⁶³) e, come già ricordato, da eseguirsi necessariamente mediante accompagnamento coattivo alla frontiera.

⁶¹ Sulla falsariga di quanto affermato da Corte cost. n. 58/1995, cit., relativa all'art. 86 TuStup.

⁶² Così, da ultimo, sent. n. 73/2025, cit. A proposito del bilanciamento tra le istanze di deflazione carceraria e la vita privata e familiare del detenuto straniero, v., con riguardo alle novità introdotte dal c.d. decreto Lamorgese (art. 1 co. 1 lett. e, n. 1, d.l. 21.10.2020 n. 130, conv. con modif. in l. 18.12. 2020 n. 173), L. Siracusa, *L'espulsione dello straniero tra apparenza e realtà*, in *Foro it., Gli Speciali*, 3/2021, 329 ss. Successivamente, tuttavia, il c.d. decreto Cutro, cit., ha modificato l'art. 19 co. 1.1 TuImm, eliminando i riferimenti ai vincoli familiari e sociali di cui al terzo e al quarto periodo, modifica che dunque ha riaperto il problema relativo alla possibilità di bilanciarli con le esigenze deflative.

⁶³ Per la significativa considerazione secondo cui «l'espulsione possa costituire in concreto per lo straniero, non già un beneficio, ma una sanzione alternativa dal contenuto ancor più afflittivo di quello proprio di una pena detentiva», v. C. cost., 10.2.1994 n. 62, relativa a un'ipotesi di espulsione giudiziale, sostitutiva della pena detentiva o della custodia cautelare, oggi non più in vigore (art. 7 d.l. 30.12.1989 n. 416, conv. dalla l. 28.2.1990 n. 39). Il passaggio riportato è stato testualmente richiamato, con specifico riguardo all'art. 16 co. 1 TuImm, da Cass. 1.12.2012 n. 52, *CEDCass*, m. 249435.

4. L'utilizzo, nel governo dei fenomeni migratori, di misure mutate dal diritto penale, costituisce la terza e ultima direttrice della *crimmigration*. All'interno di questa direttrice si collocano gli strumenti in grado di incidere sulla libertà personale e su altri diritti fondamentali con modalità coattive tipiche delle misure penali. Di seguito ci occuperemo, in particolare, della detenzione amministrativa di stranieri e richiedenti asilo, nonché delle sanzioni pecuniarie e reali previste dalla recente disciplina sullo svolgimento di attività di ricerca e soccorso in mare.

4.1. Una costante delle politiche migratorie italiane degli ultimi (ormai quasi) trent'anni è rappresentata dal trattenimento amministrativo degli stranieri irregolari o il cui status è in fase di definizione. Il decreto sicurezza 2026, autorizzando la costruzione di nuovi centri di trattenimento anche in deroga alla disciplina vigente fino al 31 dicembre 2028, riflette l'intento del legislatore di coltivare questa strategia, anche con interventi a carattere straordinario⁶⁴.

Sono due le tipologie di centro nelle quali di regola si svolge l'*immigration detention* italiana: i «centri di permanenza per i rimpatri» (CPR), destinati ad ospitare i migranti irregolari oggetto di provvedimenti espulsivi, allorquando non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione o il respingimento alla frontiera (art. 14 TuImm), ovvero alcune categorie di richiedenti asilo (art. 6, 6-bis e 6-ter. d.lgs. 18.9.2015 n. 142); i «punti di crisi» (e le «strutture analoghe»), destinati ad ospitare, in attuazione del c.d. approccio *hotspot* europeo⁶⁵, tanto «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera esterna o a seguito di operazioni di salvataggio in mare» (art. 10-ter co. 1 TuImm), quanto, anche qui, alcune categorie di richiedenti asilo (artt. 6 e art. 6-bis d.lgs. 142/2015). La disciplina del trattenimento in fase di ingresso è stata peraltro oggetto di recentissime modifiche ad opera del d.l. 12.6.2026 n. 100, non ancora convertito nel momento in cui si scrive, finalizzato a dare

⁶⁴ La novella è racchiusa nell'art. 30 del decreto: «Al fine di assicurare l'efficace attuazione del Patto europeo sulla migrazione e l'asilo, adottato dal Consiglio dell'Unione europea in data 14 maggio 2024, il Ministero dell'interno è autorizzato a derogare, fino al 31 dicembre 2028, per la localizzazione, la costruzione, l'acquisizione, il completamento, l'adeguamento e la ristrutturazione delle strutture e infrastrutture destinate all'assistenza, all'accoglienza e al trattenimento dei cittadini stranieri, ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea».

⁶⁵ A proposito del c.d. approccio *hotspot*, v. G. Maccarrone, *Il trattenimento de facto all'interno ed oltre il sistema hotspot alla luce della giurisprudenza nazionale e della CEDU*, in A. Del Guercio, F. Rondine (a cura di), *Frontiere, solidarietà, diritti. Il governo delle migrazioni in Europa e in Italia*, Editoriale Scientifica 2025, 243-246; G. Campesi, *Normalising the hotspot approach. An Analysis of the Commission's Most Recent Proposals*, in S. Carrera, D. Curtis, A. Geddes (eds.), *Twenty Year Anniversary of the Tampere Programme: Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, EUI, 2020, 93 ss.

attuazione del Patto UE sull’immigrazione e l’asilo e segnatamente alla nuova direttiva accoglienza (2024/1346), al regolamento accertamenti (2024/1356), nonché ai regolamenti sulle procedure di asilo e di rimpatrio alla frontiera (rispettivamente 2024/1348 e 2024/1349)⁶⁶. In questa sede ci si limita a segnalare che, sul piano sostanziale, sono state ampliate le ipotesi in cui il richiedente asilo può essere privato della libertà (in particolare, introducendo un’ampia nozione di «rischio di fuga» all’art. 5-*sexies* d.lgs. 142/2015), nonché la durata massima del trattenimento, che passa da quattro a dodici settimane (art. 6-*bis* d.lgs. 142/2015); sul piano procedurale, con specifico riguardo ai trattenimenti disposti ai sensi dell’art. 10-*ter* Tulmm, è stata introdotta una nuova figura di «fermo», della durata massima di 72 ore, soggetta a convalida da parte del giudice di pace e, in caso di «rischio di fuga», destinata a evolvere in un trattenimento fino a 28 giorni.

La durata del trattenimento ha oscillato, nel corso degli anni e a seconda delle categorie di stranieri coinvolti, tra i 20 *giorni* e i 18 *mesi*; quest’ultima rappresenta la durata massima attualmente consentita dalla direttiva rimpatri⁶⁷, ed è prevista per i migranti irregolari oggetto di espulsione.

Le criticità di questo strumento, da sempre oggetto di sferzanti critiche da parte della dottrina e delle organizzazioni per la tutela dei diritti dei migranti, cominciano dal piano normativo e si riversano su quello pratico-applicativo, e possono agevolmente inquadrarsi in una più ampia tendenza all’indebolimento dell’*habeas corpus* per finalità securitarie⁶⁸.

Per quanto riguarda il trattenimento negli *hotspot* dei migranti rintracciati alle frontiere o soccorsi in mare (art. 10-*ter* Tulmm), il *vulnus* alla libertà personale è stato determinato, nel corso degli anni, dalla manifesta laconicità della disposizione in relazione ai presupposti del trattenimento, nonché dalla radicale assenza di forme di

⁶⁶ Sul nuovo *iter* procedimentale alla frontiera tracciato dagli strumenti citati, v. E. Celoria, F. Rondine, *Escludere e disciplinare*, cit., 7-13. Sul nuovo Patto UE, in generale, v. *supra*, 1.

⁶⁷ La direttiva rimpatri non è stata toccata dal nuovo Patto UE sull’immigrazione e l’asilo, ma è comunque destinata a essere sostituita dal regolamento sui rimpatri, sul quale l’1 giugno 2026 è stato raggiunto un accordo politico provvisorio da parte di Parlamento e Consiglio UE (cfr. Council of the EU, *Council and Parliament reach deal on returns of illegally staying third-country nationals*, 1.6.2026, in www.consilium.europa.eu). Il termine massimo di trattenimento è fissato dall’art. 15 co. 6. Per completezza si ricorda che, in Italia, il termine massimo pari a 18 mesi è stato introdotto dal d.l. 19.9.2023 n. 124, conv. con modif. in l. 13.11.2023, n. 162. In precedenza era stato fissato a 120 giorni dal d.l. 21.10.2020 n. 130, cit. (c.d. decreto Lamorgese). Per le modifiche dei termini succedutesi fino al decreto sicurezza 2018 compreso, v. A. Algotino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione”*, cit., 167 ss.; F. Cancellaro, *La libertà personale dello straniero: l’estensione della durata massima del trattenimento amministrativo nei C.P.R. e disposizioni per la realizzazione dei centri*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pacini 2019, 60.

⁶⁸ Su questo tema si veda l’articolato studio di M. Daniele, *Habeas Corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Giappichelli 2017.

controllo giurisdizionale⁶⁹. Le modifiche, sopra richiamate, introdotte in attuazione del nuovo Patto UE, dovrebbero quanto meno porre fine a una prassi di detenzioni *de facto*, ma generano a loro volta numerosi dubbi in ordine all’effettività della tutela giurisdizionale, tenuto conto, oltre che della natura onoraria dell’organo accertante, anche dell’estrema complessità della disciplina, frutto di intricati richiami tra fonti nazionali e fonti regolamentari UE. In relazione agli stranieri in attesa di espulsione, la disciplina risulta comunque carente sia in ragione della mancata previsione dei *modi* del trattenimento (anche qui, dunque, in violazione dell’art. 13 Cost., profilo sul quale si tornerà a breve); sia alla luce del depotenziamento della tutela giurisdizionale, affidata in fase di convalida del trattenimento a giudici non togati, i quali nella stragrande maggioranza dei casi effettuano, in tempi contingentati e nel corso di udienze prive di assistenza linguistica e legale adeguate, un controllo meramente cartolare dal quale scaturiscono sentenze “prestampate” anziché individualizzate⁷⁰.

Numerose, infine, le criticità relative alla disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo⁷¹. Ci limitiamo in questa sede a segnalarne due, venute di recente all’attenzione della prassi. La prima criticità, riguardante le misure alternative al trattenimento, nasce in un contesto normativo che è stato superato dalla disciplina attuativa del nuovo Patto UE; a nostro avviso, tuttavia, è destinata a ripresentarsi anche in futuro. Fino al 12 giugno 2026, l’art. 6-bis del d.lgs. 142/2015 prevedeva due misure alternative al trattenimento che i richiedenti asilo non potevano quasi mai soddisfare, ossia la consegna del passaporto o la prestazione di una garanzia finanziaria. Ritenendo che tale assetto frustrasse la logica della detenzione come *extrema ratio*, sancita dalla direttiva accoglienza e da un’importante sentenza della Corte di giustizia⁷², un giudice

⁶⁹ Cfr. S. Cassibba, *Il “trattenimento” del migrante irregolare nei «punti di crisi» ex art. 10-ter d.lgs n. 286 del 1998 nel prisma della convenzione europea*, in *QuestG*, 24.7.2017.

⁷⁰ In merito alle criticità inerenti al meccanismo della convalida e più in generale allo svuotamento di contenuto della libertà personale degli stranieri, v. A. Pugiotto, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali* 2014, 3, 588; M. Pelissero, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 63-66; G. Savio, *I trattenimenti*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell’immigrazione*, cit., 84-88.

⁷¹ Sul tema, con particolare riguardo al giro di vite impresso dal decreto sicurezza 2018, v. A. Algostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione”*, cit., 184-188; E. Valentini, L. Gennari, *Le ulteriori novità concernenti la libertà personale dello straniero: il trattenimento del richiedente protezione internazionale e le nuove disposizioni sulle modalità di esecuzione dell’espulsione*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini*, cit., 67 ss. Per una più recente disamina di ampio respiro, v. E. Celoria, *La detenzione del richiedente asilo alla frontiera: evoluzioni giurisprudenziali in cerca del principio di proporzionalità*, in A. Del Guercio, F. Rondine (a cura di), *Frontiere, solidarietà, diritti*, cit., 187 ss.

⁷² L’art. 8, par. 4 della direttiva 2013/33/UE (oggi sostanzialmente riprodotto nell’art. 10, par. 5 della nuova direttiva accoglienza 2024/1346) imponeva agli Stati membri di prevedere «disposizioni alternative al trattenimento, come l’obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l’obbligo di dimorare in un luogo assegnato». Tali disposizioni sono state oggetto di interpretazione

italiano aveva rigettato la richiesta di convalida del trattenimento e disposto il rilascio dell'interessato⁷³. Oggi, il d.l. 100/2026 ha aggiunto al d.lgs. 142/2015 l'art. 6-*quater*, che estende il ventaglio delle misure alternative al trattenimento, aggiungendone due, mutate dalla nuova direttiva accoglienza 2024/1346 (la quale, sul punto, ha sostanzialmente riprodotto la precedente): l'obbligo di dimora e l'obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica. Tuttavia, l'applicabilità di entrambe tali misure è subordinata all'ulteriore condizione che «il richiedente abbia attivamente collaborato per la sua identificazione»: un requisito, quest'ultimo, non previsto dalla direttiva, che dunque getta un'ombra di illegittimità anche sulla nuova disciplina italiana.

La seconda criticità sulla quale si intende portare l'attenzione riguarda la formulazione dell'art. 6 co. 2 d.lgs. 142/2015, che alle lett. *b* e *c* (rimaste immutate dopo il 12 giugno 2026) prevede, quali cause alternative di trattenimento del richiedente, rispettivamente che questi si trovi nelle condizioni di cui all'art. 13, co. 1 TuImm (si tratta, come si ricorderà, della disposizione che prevede l'espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato) ovvero che costituisca un pericolo per l'ordine o la sicurezza pubblica. Testualmente, la disposizione sembrerebbe pertanto prevedere solo in quest'ultimo caso la verifica in concreto della pericolosità, rimandando invece, nel primo caso, alla valutazione “incorporata” nel provvedimento espulsivo ministeriale. Il tema si è posto nella già ricordata vicenda relativa all'imam torinese, il quale aveva richiesto asilo in Italia, ed era stato trattenuto ex art. 6 co. 2 lett. *b* d.lgs. 142/2015, dopo essere stato raggiunto nel novembre 2025 da un provvedimento di espulsione per motivi di sicurezza dello Stato ex art. 13 co. 1 TuImm⁷⁴. A dispetto del riportato dato letterale, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'accertamento in concreto della pericolosità debba essere eseguito anche in queste

da parte della Corte di giustizia, la quale, tra l'altro, ha sancito il principio secondo cui «Gli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33 devono essere interpretati nel senso che ostano, in primo luogo, a che un richiedente protezione internazionale sia trattenuto per il solo fatto che non può sovvenire alle proprie necessità, in secondo luogo, a che tale trattenimento abbia luogo senza la previa adozione di una decisione motivata che disponga il trattenimento e senza che siano state esaminate la necessità e la proporzionalità di una siffatta misura» (C.G.U.E, Grande Sezione, 14.5.2020, *Országos Idegenrendeszeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19).

⁷³ Trib. Catania, 29.9.2023, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2023, 2. Per un commento v. C. Favilli, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedure di frontiera: commento al decreto del tribunale di Catania del 29 settembre 2023*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2023, 3.

⁷⁴ V. *supra*, 3.4.

ipotesi, cosicché il trattenimento risponda ai requisiti di necessità e proporzionalità in senso stretto, in conformità alla Costituzione e al diritto dell’Unione europea⁷⁵.

Passando al piano empirico, il trattenimento risulta *inefficace* rispetto al dichiarato scopo di facilitare il rimpatrio⁷⁶, profilo a sua volta suscettibile di riverberarsi sul piano della stessa *legittimità* della detenzione, in ragione del venire meno di quel nesso di *strumentalità*, imposto dalla direttiva rimpatri, tra la privazione della libertà e l’allontanamento dello straniero⁷⁷. Al contempo, le condizioni di vita nei CPR italiani risultano scandalosamente carenti in termini igienico-sanitari, con punte di degrado che raggiungono la soglia dei trattamenti inumani e degradanti⁷⁸. Questioni come gli spazi di permanenza, la possibilità di comunicare con l’esterno, l’accesso alle cure mediche, il trattamento delle persone vulnerabili e la gestione del disagio psichico, rimangono ad oggi prive non solo di soluzioni soddisfacenti ma anche, a monte, di un’attenzione istituzionale che lasci intravedere l’adozione di rimedi nel prossimo futuro.

Sebbene la drammaticità della *immigration detention* italiana sia oramai acclarata, relativamente pochi e ancora non del tutto risolutivi sono stati gli interventi della Corte costituzionale che hanno finora provato a porvi rimedio. Il primo in ordine cronologico è rappresentato dalla già citata sentenza n. 105/2001, la quale, se da un lato ha avuto il merito di riconoscere l’ovvio, cioè che il trattenimento amministrativo è

⁷⁵ Cass. 27.2.2026 n. 8261. La Corte ha respinto il ricorso presentato dal Ministero dell’interno e dalla Questura di Torino avverso il decreto con il quale la Corte d’appello di Torino, in sede di riesame del trattenimento inizialmente disposto ed eseguito presso il CPR di Caltanissetta, aveva negato la sussistenza dei presupposti di pericolosità e aveva ordinato il rilascio dell’imam. Per una più ampia ricostruzione della vicenda, v. C. Pasini, *Trattenimento del richiedente protezione internazionale in CPR: la Cassazione valorizza il sindacato del giudice del trattenimento a garanzia dell’effettività della tutela della libertà personale*, in *Sistema penale*, 21.4.2026.

⁷⁶ I dati dimostrano, in particolare, che il prolungamento dei termini massimi di trattenimento non determina un aumento dei tassi di rimpatri eseguiti. Sul punto v. il report *Trattenuti. Una radiografia del sistema detentivo per stranieri*, a cura di ActionAid Italia e del Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università di Bari, 30.9.2024: «I dati che abbiamo raccolto suggeriscono che nel periodo 2014-2023 sia sensibilmente aumentato il periodo di tempo che le persone spendono in detenzione. All’aumento del tempo mediamente speso in detenzione non corrisponde tuttavia una maggiore efficacia della politica di rimpatrio» (p. 28).

⁷⁷ Nesso di strumentalità ribadito dalla Corte di giustizia in due importanti pronunce: C.G.U.E, 30.11.2009, *Kadzoev*, C-357/09 PPU, nonché C.G.U.E, 5 giugno 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU. A proposito dell’intrinseca sproporzione di una privazione di libertà inidonea a garantire il risultato perseguito, A. Algostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione”*, cit., 183.

⁷⁸ Per una recente e approfondita inchiesta, v. L. Figoni, L. Rondi, *Gorgo CPR. Tra vite perdute, psicofarmaci e appalti milionari*, Altraeconomia, 2024. Le precarie condizioni di trattenimento nei centri per stranieri sono altresì dettagliatamente descritte, e in alcuni casi esplicitamente qualificate come inumane e degradanti, nell’ultimo rapporto pubblicato dal Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d’Europa, all’esito della visita *ad hoc* condotta dal 2 a 12 aprile 2024 ([CPT/Inf \(2024\) 34](#)). Da ultimo, il perdurare della situazione è stato confermato da Mario Serio, membro del Collegio del Garante dei diritti delle persone private della libertà personale, nell’intervista intitolata «*CPR come carceri, ma non c’è tutela per i diritti dei prigionieri*», pubblicata dal quotidiano *L’Unità* il 15 aprile 2026, p. 7.

una forma di privazione della libertà personale⁷⁹, dall'altro lato, è bene ricordarlo, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità del meccanismo di convalida giurisdizionale ex art. 14 TuImm, che i rimettenti consideravano una mera ratifica dell'operato dell'autorità di pubblica sicurezza, come tale incompatibile con la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. La questione, forse, avrebbe avuto maggiori *chances* di accoglimento laddove i rimettenti avessero enfatizzato la violazione del rapporto regola/eccezione stabilito dall'art. 13 Cost., violazione insita nella previsione del decreto del questore (anziché di un atto dell'autorità giudiziaria) come unica modalità attraverso cui disporre il trattenimento dello straniero irregolare⁸⁰.

Nella successiva sentenza n. 222/2004 la Corte ha giudicato illegittima, per violazione degli artt. 13 e 24 Cost., la disposizione, successivamente oggetto di modifica legislativa, che prevedeva che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera fosse *eseguito prima* della convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Ancora, la sentenza n. 275/2017, pur dichiarando inammissibili le questioni, ha incidentalmente riconosciuto la necessità che anche il respingimento differito con accompagnamento alla frontiera sia disciplinato in conformità all'art. 13 Cost., e dunque subordinato alla previa convalida giurisdizionale. Arriviamo, così, alla più recente sentenza n. 39/2025, la quale, con riferimento al regime delle impugnazioni contro i provvedimenti di convalida e proroga del trattenimento, come ridisegnato dal d.l. 11.10.2024 n. 145, conv. con modif. dalla l. 9.12.2024 n. 187 (d'ora in avanti “decreto flussi 2024”), ha dichiarato l'illegittimità del rinvio operato dall'art. 14 co. 6 TuImm alla procedura in materia di mandato d'arresto europeo *consensuale*, anziché a quella in materia di mandato d'arresto europeo *ordinario*, ritenendo manifestamente irragionevole l'estensione al giudizio di legittimità sulla convalida del trattenimento una disciplina caratterizzata, proprio in ragione del consenso dell'interessato, da speditezza e semplificazione, come tale strutturalmente inidonea ad assicurare alle parti del procedimento di convalida

⁷⁹ Si riporta il passaggio rilevante della motivazione: «se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle 'altre restrizioni della libertà personale', di cui pure si fa menzione nell'art. 13 della Costituzione. Lo si evince dal comma 7 dell'art. 14, secondo il quale il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata. Si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (cons. in dir., n. 4). Il principio è stato successivamente ribadito, con riferimento al trattenimento dei richiedenti asilo, da C. cost. 25.10.2023 n. 212 (cons. in dir. n. 2.1.).

⁸⁰ Cfr., tuttavia, Cass. 29.5.2025 n. 20181, che ha ritenuto manifestamente infondata una questione sollevata proprio in questi termini, ancorché con riferimento al trattenimento di un richiedente asilo ex art. 6 d.lgs. 142/2015, disciplina che peraltro segue la medesima scansione dell'art. 14 TuImm (decreto del questore, seguito da convalida giurisdizionale, in questo caso da parte della Corte d'appello).

del trattenimento un momento di confronto dialettico scritto o orale⁸¹. Rinviano al prossimo paragrafo la trattazione della sentenza n. 96/2025, si segnala che, da ultimo, la sentenza n. 40/2026, pur dichiarando le questioni inammissibili per difetto di rilevanza, ha richiamato l'attenzione del legislatore sulla necessità di conformare uno specifico segmento della disciplina sul trattenimento dei richiedenti asilo all'art. 13 della Costituzione: si tratta, in particolare, di emendare la disciplina di cui all'art. 6 co. 2-bis d.lgs. 142/2015, al fine di evitare che, nelle quarantotto ore intercorrenti tra la mancata convalida di un primo provvedimento di trattenimento (disposto ex art. 6 co. 3 d.lgs. 142/2015, in ragione della ritenuta natura pretestuosa della domanda di asilo) e la successiva la convalida di un secondo provvedimento (adottato ex art. 6 co. 2 d.lgs. 142/2015, ad esempio per rischio di fuga o pericolosità per l'ordine o la sicurezza pubblica) lo straniero venga trattenuto appunto *ex lege*, in assenza di convalida giurisdizionale.

4.2. Con quasi trent'anni di ritardo rispetto all'introduzione dell'*immigration detention* in Italia, la Corte costituzionale ha di recente accertato che la disciplina sui CPR arreca un *vulnus* alla riserva assoluta di legge di cui all'art. 13 Cost., dal momento che non contiene un'adeguata definizione dei *modi* del trattenimento⁸². In particolare, l'art. 14 co. 2 TuImm, si limita ad un generico riferimento alla necessità di garantire «adeguati standard igienico-sanitari e abitativi» e il rispetto della «dignità» dei ristretti, rinviando per il resto all'art. 21 co. 8 d.P.R. 31.9.1999 n. 394; disposizione quest'ultima che, tuttavia, non solo non è un atto con forza e valore di legge, ma a sua volta demanda all'autorità amministrativa⁸³ l'adozione delle «disposizioni occorrenti per la regolare convivenza all'interno del centro, comprese le misure strettamente indispensabili per garantire l'incolumità delle persone, nonché quelle occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite»⁸⁴. Alla luce di questo quadro normativo, la Corte costituzionale ha osservato quanto segue: «Rimettendo, pertanto, pressoché l'intera

⁸¹ Per un commento v. A. Stevanato, *Il trattenimento amministrativo delle persone straniere nella sentenza n. 39 del 2025 della Corte costituzionale. Una conclusione ancora interlocutoria*, in Oss. AIC 2025, 5, 65 ss.

⁸² C. cost., 9.6.2025 n. 96. Tra i commenti, oltre a quelli di seguito citati, v. A. Natale, *I CPR e la Costituzione. Il rischio di una impasse. Il rischio di zone franche*, in *QuestG*, 7.7.2025.

⁸³ Segnatamente il «prefetto, sentito il questore, in attuazione delle disposizioni recate nel decreto di costituzione del centro e delle direttive impartite dal Ministro dell'interno».

⁸⁴ Con riferimento all'inadeguatezza delle fonti secondarie a disciplinare i modi del trattenimento nei CPR, si veda anche, sul versante amministrativo dei capitolati d'appalto, M. Ragusa, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sui CPR*, in *Giustizia Insieme*, 18.2.2026.

disciplina della materia a norme regolamentari e a provvedimenti amministrativi discrezionali, il legislatore è venuto meno all’obbligo positivo di disciplinare con legge i “modi” di limitazione della libertà personale, eludendo la funzione di garanzia che la riserva assoluta di legge svolge in relazione alla libertà personale nell’art. 13, secondo comma, Cost.»⁸⁵.

All’accertamento del *vulnus* costituzionale non ha fatto seguito, tuttavia, l’attesa declaratoria di illegittimità. La Corte, infatti, ha ritenuto che gli strumenti di controllo di costituzionalità delle leggi non le consentissero di colmare la lacuna riscontrata, non sussistendo, a suo giudizio, soluzioni rintracciabili nel diritto vigente estendibili alla disciplina sotto scrutinio. Significativamente, la Corte ha chiarito che «Non può in tale prospettiva offrire precisi punti di riferimento nemmeno l’ordinamento penitenziario, dovendo la detenzione amministrativa presso il CPR restare estranea a ogni connotazione di carattere sanzionatorio»⁸⁶. La conclusione è coerente con le premesse: «Ricade, perciò, necessariamente sul legislatore [...] l’ineludibile dovere di introdurre una disciplina compiuta che detti, in astratto e in generale per tutti i soggetti trattenuti, contenuti e modalità delimitativi della discrezionalità dell’amministrazione, in maniera che il trattenimento degli stranieri assicuri il rispetto dei diritti fondamentali e della dignità della persona senza discriminazioni (quanto, indicativamente, alle caratteristiche degli edifici e dei locali di soggiorno e pernottamento, alla cura dell’igiene personale, all’alimentazione, alla permanenza all’aperto, all’erogazione del servizio sanitario, alle possibilità di colloquio con difensore e parenti, alle attività di socializzazione)»⁸⁷.

Sul piano dei rimedi esperibili, la Corte ha altresì ritenuto inammissibile la questione che censurava, per violazione, tra l’altro, degli artt. 24, 111 Cost. e 5 Cedu, la mancata previsione di una disciplina volta ad approntare una tutela giurisdizionale specifica delle posizioni soggettive dei soggetti trattenuti nei CPR. Anche su questo fronte la Consulta ha ritenuto indispensabile l’intervento del legislatore, specificando che, nel frattempo, i trattenuti potranno avvalersi degli ordinari rimedi civilistici ex art. 2043 Cc e 700 Cpc.

La pronuncia, pur costituendo una tappa fondamentale nella ricostruzione dello statuto costituzionale della libertà personale degli stranieri irregolari, da anni sotto la lente della dottrina più sensibile⁸⁸, presta il fianco a diversi ordine di critiche.

⁸⁵ Cons. in dir., n. 10.2.

⁸⁶ Cons. in dir., n. 11.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Cfr. A. di Martino, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo* (Archivio 2010-2019), 11.5.2012; A. Pugiotto, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 580; A. Cavaliere, *Le vite dei migranti*

Discutibile, in primo luogo, appare l'affermazione relativa all'inesistenza di *tertia comparationis* idonei a colmare le lacune riscontrate. A tale riguardo, l'argomento relativo al carattere “non sanzionatorio” del trattenimento dei CPR, oltre che dichiarato in termini piuttosto apodittici (sul punto v. anche *infra*, 4.5.), non pare sufficiente ad escludere in radice l'applicabilità in via analogica di almeno alcune disposizioni dell'ordinamento penitenziario⁸⁹. In ogni caso, anche a volere ritenere che l'ordinamento non offra soluzioni precostituite utilizzabili, ciò a nostro avviso non comportava, quale unico sbocco possibile, l'avallo di fatto di prassi detentive illegittime⁹⁰, accompagnato dall'incoraggiamento ad attivare i comuni strumenti civilistici in attesa dell'intervento del legislatore (strumenti la cui inadeguatezza è recentemente emersa in una vicenda giunta all'attenzione della Corte di Strasburgo)⁹¹. Invero, a volere fare sul serio con il principio, dalla medesima pronuncia scolpito a chiare lettere, secondo cui «Gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione non possono [...] scalfire il carattere universale della libertà personale»⁹², la Corte ben avrebbe potuto dichiarare l'incostituzionalità *tout court* del trattenimento nei CPR, per violazione dell'art. 13 Cost.; o alternativamente porre un termine al Parlamento per legiferare, percorrendo una strada già spianata rispetto a diverse materie⁹³, così provando quanto meno a ridurre il lasso temporale durante il

e il diritto punitivo, cit., 66-71; L. Masera, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei “modi” del trattenimento nei CPR*, in *QuestG*, 10.5.2022.

⁸⁹ Nel senso della percorribilità della strada che la Corte invece nega v. anche F. Pallante, *L'incerta tutela della legalità costituzionale nel caso degli stranieri irregolari*, in *QuestG*, 25.7.2025.

⁹⁰ Per uno sguardo ai primi orientamenti espressi dai giudici successivamente alla sentenza, v. F. Biondi Dal Monte, *La detenzione amministrativa viola la riserva di legge (ma spetta al legislatore rimediare)*, in *Quaderni costituzionali* 2025, 3, 714.

⁹¹ C. eur., 9.4.2026, *H.D. c. Italia*, in *Sistema penale*, 13.4.2026, con nota di G.L. Gatta, *La Corte EDU condanna l'Italia per la detenzione di un minore non accompagnato in un centro per stranieri adulti e per il ritardo del rimedio ex art. 700 c.p.c.* La Corte, pur richiamando adesivamente l'intervento della Consulta e dunque mostrando di ritenere astrattamente adeguato il rimedio da essa suggerito (§51), ha dovuto constatarne l'inefficacia nel caso concreto, e ha conseguentemente dichiarato la violazione, oltre che dell'art. 5 Cedu, anche dell'art. 13 Cedu (§105). Per una critica di ordine generale in merito all'efficacia dei rimedi civilistici comuni nella materia che ci occupa, cfr. P. Biavati, *Tutela d'urgenza e trattenimento amministrativo*, in *QuestG*, 25.9.2025; nonché, con toni più radicali, F. Pallante, *L'incerta tutela*, cit.

⁹² Cons. in dir., n. 9.

⁹³ In questo senso, ancora, F. Pallante, *L'incerta tutela*, cit.; A. Ciervo, *La quarantanovesima ora*, cit., 247, che critica in maniera netta l'opzione a favore della sentenza “monito”, a valle della quale continueranno verosimilmente a essere convalidati trattenimenti illegittimi; nonché A. Natale, *I CPR e la Costituzione*, cit., il quale sul punto soggiunge: «la (eventuale) rimozione della disciplina dei CPR (la cui incostituzionalità è stata accertata ma non dichiarata) non avrebbe pregiudicato in modo irrimediabile l'interesse alla ordinata gestione dei flussi migratori [...]: anche laddove la Consulta avesse optato per un intervento demolitivo, infatti, sarebbe restata sempre salva la possibilità di disporre l'allontanamento immediato alla frontiera (ove ne sussistano i presupposti) o quella di imporre al cittadino straniero irregolarmente presente nel territorio dello Stato le misure alternative al trattenimento previste dall'art. 14, co. 1-bis, d. lgs. n. 286 del 1998».

quale i giudici si troveranno ad applicare una disciplina la cui incostituzionalità è stata pienamente accertata (ancorché non dichiarata)⁹⁴.

4.3. Di recente, come è noto, la detenzione amministrativa è stata elevata a strumento di *esternalizzazione* delle frontiere nazionali, mediante l'avvio della collaborazione con uno Stato esterno all'UE, l'Albania, finalizzata alla realizzazione di centri per il trattenimento di stranieri sul suolo albanese⁹⁵.

Giova preliminarmente ricordare che l'etichetta “esternalizzazione” viene utilizzata per indicare misure di contenuto eterogeneo, e di impatto profondamente diverso sui diritti fondamentali, quali, ad esempio, il sistema dei visti, la creazione di zone d'attesa, ovvero gli accordi con Paesi terzi finalizzati, a loro volta, a contenere le partenze o i transiti, oppure, come nel caso che ci occupa, a ospitare temporaneamente i migranti per conto dello Stato di destinazione⁹⁶. La maggior parte di queste strategie sono accomunate dall'obiettivo di *prevenire* gli ingressi irregolari (si parla infatti di politiche *non-entrée*), in questo modo evitando che gli esuli acquisiscano la titolarità di una serie di diritti e garanzie giudicati disfunzionali – nella prospettiva statale – al loro successivo allontanamento⁹⁷. Il nuovo Patto UE sull'immigrazione e l'asilo riflette questa logica là dove prevede, mediante diverse disposizioni disseminate tra alcuni degli strumenti che lo compongono (*in primis*, l'art. 6 del regolamento *screening*, 2024/1356 e l'art. 54 del regolamento procedure, 2024/1348), la c.d. finzione di non ingresso, ossia la regola in virtù della quale la persona straniera, pur essendo fisicamente presente in uno spazio territoriale controllato dallo Stato membro, giuridicamente non è ancora considerata autorizzata a entrare nel territorio nazionale⁹⁸. Inoltre, il nuovo regolamento sui rimpatri, non ancora in vigore nel

⁹⁴ Su questo paradosso, v. ancora A. Natale, *I CPR e la Costituzione*, cit., anche per alcune considerazioni sulle soluzioni già percorse e possibilmente percorribili da parte dei giudici chiamati a convalidare i trattenimenti.

⁹⁵ Sul tema v. E. Celoria, A. De Leo, *Il Protocollo Italia-Albania e il Diritto dell'Unione europea: una relazione complicata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2024, 1; F. Mussi, *Il Protocollo Italia-Albania in materia migratoria: verso un inedito modello di “de-territorializzazione” delle procedure di frontiera e di rimpatri?*, in A. Del Guercio, F. Rondine (a cura di), *Frontiere, solidarietà, diritti*, cit., 351 ss.; A. Del Guercio, *Lasciate ogni speranza, o voi che... sperate di entrare. Osservazioni a margine dell'intesa Italia-Albania*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2024, 2, 548 ss.; L. Masera, *L'esternalizzazione della detenzione: i centri in Albania*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 137 ss.

⁹⁶ Per un inquadramento del tema, v., *ex multis*, J.C. Hathaway, T. Gammeltoft-Hansen, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law* 2015, 2, 235 ss.; S.F. Nicolosi, *Externalisation of Migration Controls: A Taxonomy of Practices and Their Implications in International and European Law*, in *Netherlands International Law Review* 2024, 1 ss.; V. Mitsilegas, *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *European Law Journal* 2022, 4-6, 263 ss.

⁹⁷ In questi termini, J.C. Hathaway, T. Gammeltoft-Hansen, *Non-Refoulement*, cit., 241 s.

⁹⁸ Si è parlato, in dottrina, di «disarticolazione tra la presenza fisica del cittadino di Paese terzo sul territorio e la sua autorizzazione formale all'ingresso [...] uno spazio giuridico liminale, in virtù del quale soltanto l'ammissione

momento in cui si scrive, dovrebbe in futuro fornire la base giuridica per la stipulazione di accordi interstatali destinati, tra l'altro, a disciplinare il trattenimento *offshore*⁹⁹.

L'intesa italo-albanese – che in tale prospettiva rappresenta un esperimento in piccola scala di politiche di esternalizzazione destinate a generalizzarsi a livello europeo – si fonda su un Protocollo, siglato nel 2023¹⁰⁰ e ratificato con legge ordinaria l'anno seguente¹⁰¹, in base al quale l'Albania concede all'Italia il «diritto all'utilizzo» di porzioni di territorio, definite «Aree», a titolo gratuito, per la durata di cinque anni e tacitamente rinnovabile per altri cinque. Il Protocollo conferisce all'Italia la facoltà di realizzare, sulle «Aree», le «strutture» indicate nell'Allegato 1 del Protocollo stesso, ossia Shëngjin (all'interno dell'omonimo porto), «per le procedure di ingresso»; e Gjadër (ex base militare nell'entroterra), «per l'accertamento dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale e per il rimpatrio dei migranti non aventi diritto all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano». I «migranti» sono a loro volta definiti «cittadini di Paesi terzi e apolidi per i quali deve essere accertata la sussistenza o è stata accertata l'insussistenza dei requisiti per l'ingresso, il soggiorno o la residenza nel territorio della Repubblica Italiana»¹⁰². Il Protocollo non usa il termine “trattenimento”, tanto meno “detenzione” o equivalenti, bensì espressioni più sfumate come «permanenza» e «accoglienza», ma è univoco nel prevedere che i centri costituiscano luoghi chiusi: in particolare, è previsto che le autorità italiane impediscono l'uscita dei migranti e che in caso di fuga le autorità albanesi li debbano ricondurre nel centro¹⁰³.

Uno dei pilastri sui quali si regge l'intesa italo-albanese è rappresentata dall'applicabilità della legge italiana, a sua volta in larga parte di derivazione europea,

formale dello straniero sul territorio conferisce al soggetto uno status che lo sottopone al regime giuridico ordinario»: così E. Celoria, F. Rondine, *Escludere e disciplinare*, cit., 5, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti su questo istituto.

⁹⁹ La disposizione chiave, nel testo di compromesso attualmente disponibile (pubblicato congiuntamente al *press release Council and Parliament reach deal on returns of illegally staying third-country nationals*, 1.6.2026, in www.consilium.europa.eu), è l'art. 17, rubricato «*Return to a third country with which there is an agreement or arrangement*». La disposizione consente il rimpatrio di stranieri irregolari verso un Paese terzo diverso da origine/transito, quando appunto esista un accordo con quel Paese. È espressamente previsto che l'accordo possa includere le condizioni per la detenzione nel Paese terzo.

¹⁰⁰ Il nome completo dell'atto, allegato alla legge di ratifica (v. nota seguente), è «Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria».

¹⁰¹ L. 21.2.2024 n. 14, recante «Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno».

¹⁰² Art. 1 par. 1 lett. d.

¹⁰³ Art. 6 par. 5 e 6.

e dalla sussistenza della giurisdizione italiana¹⁰⁴. Ciò significa che la natura giuridica delle aree e delle strutture, nonché lo status delle persone ivi trattenute, sono determinati in base al testo unico immigrazione e alla disciplina in materia di asilo; inoltre, significa che per le convalide dei trattenimenti e per le eventuali controversie è competente l'autorità giudiziaria italiana, e segnatamente gli uffici giudiziari di Roma. Contestualmente, viene introdotto un nuovo criterio speciale di applicabilità della legge penale italiana per i reati eventualmente commessi all'interno delle strutture, accompagnato dalla previsione della giurisdizione (penale) italiana e della realizzazione di sotto-strutture per l'esecuzione della custodia cautelare¹⁰⁵.

La natura giuridica delle aree dove sorgono le strutture di Shëngjin e Gjadër è precisata dalla legge di ratifica, che, all'art. 3 co. 3, le equipara alle zone di frontiera o di transito di cui all'articolo 28-bis co. 4 d.lgs. 28.1.2008 n. 25, a loro volta istituite ai fini dell'applicabilità della procedura accelerata di valutazione della domanda di protezione internazionale¹⁰⁶. Sul punto occorre precisare che il recentissimo d.l. 100/2026, attuativo di alcuni strumenti inclusi nel Patto UE sull'immigrazione e l'asilo, è intervenuto anche sull'art. 28-bis, abrogando le disposizioni sulle procedure accelerate (che dal 12 giugno 2026 sono disciplinate dal regolamento 2024/1348, sostitutivo della direttiva procedure), ma lasciando in vigore il menzionato co. 4, e dunque preservando la validità del rinvio ad esso operato dalla legge di ratifica in esame. Quanto, poi, alla natura giuridica delle strutture collocate in Albania, l'art. 3 co. 4 della legge di ratifica le equipara ai c.d. *hotspot* di cui all'art. 10-ter Tulmm ed i CPR di cui all'art. 14 Tulmm.

Originariamente, in base all'art. 3 co. 2 della legge di ratifica, era previsto che le strutture potessero ospitare esclusivamente i migranti imbarcati su mezzi delle autorità italiane in acque internazionali, anche a seguito di operazioni di soccorso. Tale impostazione originaria da un lato rifletteva la previsione del Protocollo secondo cui solo le autorità italiane (e non, ad esempio, le ONG) sono legittimate a introdurre stranieri sul territorio albanese (art. 4, par. 4); dall'altro lato, era in linea con la già ricordata logica della *non-entrée* propria delle politiche di esternalizzazione, e dunque

¹⁰⁴ Art. 4 Prot.; art. 4 co. 1 l. 14/2024. Secondo L. Masera, *L'esternalizzazione della detenzione*, cit., 144, ciò comporta che le «Aree» possano essere definite una vera e propria «enclave italiana in territorio albanese», ancorché limitatamente alle descritte funzioni di trattenimento e accertamento dello status.

¹⁰⁵ Art. 4 co. 6-18 l. 14/2024.

¹⁰⁶ Le procedure accelerate, così definite proprio in virtù della ristrettezza dei termini procedurali, erano disciplinate dall'art. 28-bis d.lgs. 28.1.2008 n. 25, introdotto dal d.lgs. 142/2015 in attuazione della direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure). Le ipotesi di cui all'art. 28-bis co. 2 lett. b e b-bis erano definite procedure (accelerate) di frontiera in quanto riguardavano, rispettivamente, i richiedenti che avessero tentato di introdursi nel territorio eludendo i controlli di frontiera, ovvero che fossero risultati provenire da Paesi sicuri.

con l'obiettivo di ridurre il fascio di diritti rivendicabili dagli stranieri nei confronti dell'Italia.

Sennonché, dopo che i primi trattenimenti di questa categoria di migranti non erano stati convalidati – avendo i giudici italiani smentito il carattere “sicuro” dei Paesi di provenienza dei ricorrenti¹⁰⁷, nell'esercizio di un potere di sindacato riconosciuto da due importanti sentenze della Corte di giustizia UE¹⁰⁸, e dunque negato, in quei casi, l'applicabilità delle procedure accelerate di frontiera realizzabili in Albania¹⁰⁹ – il d.l. 28.3.2025 n. 37 è intervenuto sull'art. 3 co. 2 e 4 della legge di ratifica aggiungendo la possibilità di trasferire nelle aree albanesi, senza ulteriore convalida, anche le persone già trattenute nei CPR italiani ai sensi dell'art. 14 TuImm¹¹⁰. In sede di conversione del decreto (da parte della l. 23.5.2025, n. 75), e nuovamente per aggirare un ostacolo al trattenimento emerso nella prassi (segnatamente, l'ipotesi in cui il trattenuto in Albania presentasse, lì, domanda di protezione internazionale¹¹¹), è stato precisato che, laddove uno straniero proveniente da un CPR italiano presenti domanda di protezione nella struttura albanese, la sua permanenza in quest'ultima sede possa giustificarsi al ricorrere delle condizioni fissate da una disposizione nella quale ci siamo già imbattuti, ossia l'6 co. 3 d.lgs. 142/2015, e dunque in presenza di «fondati motivi per ritenere che la domanda di protezione internazionale sia stata ivi presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione».

La *querelle* sui trattenimenti in Albania è destinata a prolungarsi negli anni a venire, in ragione della sua centralità nelle politiche migratorie italiane (ed europee), nonché

¹⁰⁷ V. in particolare Trib. Roma, sez. imm., 18.10.2024, in *QuestG*, con nota di A. Natale e F. Filice, nonché in *Sistema penale*, 23.10.2024, con nota di G. Mentasti.

¹⁰⁸ C.G.U.E, Grande Sezione, 4.10.2024, C-406/2022; CGUE, Grande Sezione, 1.8.2025, cause riunite Alace e Canpelli, C-758/24 e C-759/24. Il tema è peraltro destinato a riproporsi, poiché l'art. 61, par. 2 del regolamento 2024/1348, applicabile dal 12 giugno 2026, adotta una nozione di Paese sicuro diversa e più ampia di quella prevista dalla direttiva del 2013, oggetto del giudizio della Corte, nozione che ammette la possibilità di definire un Paese come sicuro anche con eccezioni per determinate parti del suo territorio o categorie di persone. Per uno sguardo d'insieme sull'incidenza del nuovo Patto UE rispetto al quadro delineato dalla Corte di giustizia, v. M. Savino, *Le nuove norme sui Paesi sicuri: dal giudice saggio al modello delle regole*, in *ADiM Blog*, marzo 2026.

¹⁰⁹ Come già osservato, la provenienza da un Paese definito “sicuro” rappresentava, ai sensi dell'allora vigente art. 28-bis co. 2 lett. b-bis d.lgs. 25/2008, una delle ipotesi nelle quali trovava applicazione la procedura accelerata di frontiera, procedura a sua volta richiamata dalla legge di ratifica del protocollo italo-albanese.

¹¹⁰ Per un commento v. R. Cherchi, *Il trattenimento dello straniero in Albania ex art. 14 d.lgs. 286/1998 alla luce delle nuove norme del decreto-legge n. 37 del 2025*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2025, 2.

¹¹¹ L'assenza di base legale per il trattenimento a Gjadër di richiedenti asilo è stata messa in luce da App. Roma 19.4.2025, in www.asgi.it, che non ha convalidato il trattenimento di un richiedente asilo di nazionalità marocchina. Tale sentenza è stata poi annullata da Cass. 8.5.2025 n. 17510. Successivamente, tuttavia, la Corte d'appello ha nuovamente negato la convalida del trattenimento di richiedente asilo nel centro albanese, disattendendo l'orientamento della Cassazione (App. Roma 19.5.2025 in www.asgi.it). Per un serrato confronto tra le contrastanti motivazioni delle pronunce citate, v. E. Valentini, *La nuova frontiera del contrasto: il trattenimento secondario a Gjadër*, in *ADiM Blog*, maggio 2025.

della sfilza di rinvii pregiudiziali sollevati dalla Corte d'appello di Roma¹¹² e, in un caso, dalla Corte di cassazione¹¹³.

Cominciando proprio da quest'ultimo (causa *Sedrata*), la Suprema corte ha anzitutto chiesto alla Corte di giustizia se la disciplina nazionale che consente di trattenere gli stranieri in Albania sia compatibile con la direttiva rimpatri¹¹⁴ e in particolare: i) con le previsioni della direttiva che subordinano la legittimità del trattenimento alla sua finalizzazione al rimpatrio¹¹⁵, dal momento che né nel Protocollo, né nella legge di ratifica, si rinvenivano disposizioni attuative sulla base delle quali risulti possibile effettuare l'allontanamento direttamente dal territorio albanese; ii) con l'obbligo, parimenti sancito dalla direttiva, di liberare lo straniero «immediatamente» allorché vengano meno le condizioni che ne giustificavano il trattenimento¹¹⁶, il Protocollo vietando il rilascio dei migranti sul territorio albanese¹¹⁷, e dovendosi pertanto procedere al rilascio previa riconduzione sul territorio italiano. In secondo luogo, e in via subordinata, i giudici di legittimità hanno interrogato i colleghi di Lussemburgo in merito alla compatibilità tra l'art. 9, par. 1 della direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure, dal 12 giugno 2026 sostituita dal regolamento 2024/1348), che consente al richiedente asilo di rimanere nello Stato in cui ha chiesto protezione, e la disciplina nazionale che, come visto poc'anzi, a fronte del ritenuto carattere strumentale della domanda di protezione, consente di mantenerne il trattenimento in Albania. Si segnala che, nelle conclusioni del 23 aprile 2026, l'avvocato generale Emiliou ha ritenuto la disciplina italiana in linea di principio compatibile con il diritto dell'Unione, proponendone al contempo un'interpretazione conforme ai diritti e alle garanzie fondamentali spettanti agli stranieri irregolari o richiedenti asilo¹¹⁸.

¹¹² Cause C-706/25, Comeri; C-707/25, Sidilli; C-736/25, Peordi; C-737/25, Peordi II; C-11/26, Peordi III; C-178/26, Peordi IV; C-226/26, Peordi V; C-377/26, Peordi VI. Sul tema v. M. Borraccetti, *Il Protocollo Italia-Albania e il diritto dell'Unione: note al rinvio pregiudiziale della Corte di Appello di Roma*, in *Eurojus* 2026, 1. Per costanti aggiornamenti, consultare www.eurojusitalia.eu.

¹¹³ Causa C-414/25, *Sedrata*. La questione è stata sollevata da Cass., ord. 29.5.2025, n. 23105 (iscritta al registro della Corte di giustizia il 24.6.2025). Si ricorda che la già richiamata legge 187/2024, di conversione del decreto flussi 2024, ha assegnato alle sezioni penali della Cassazione la competenza funzionale sulla convalida del trattenimento dello straniero espulso o richiedente protezione internazionale.

¹¹⁴ Come già osservato, la direttiva è al momento ancora in vigore, in attesa dell'approvazione del nuovo regolamento sui rimpatri (v. *supra*, nt. 67).

¹¹⁵ La Corte richiama, al riguardo, l'art. 15 par. 1 e il considerando n. 16.

¹¹⁶ Art. 15 par. 1 ultimo periodo.

¹¹⁷ La Corte richiama l'art. 6 par. 5 e 6 del Protocollo, che, come già ricordato, determinano il regime “chiuso” dei centri. Rilevante, ancorché non menzionato nell'ordinanza, anche l'art. 4 par. 3, secondo cui «Nel caso in cui venga meno, per qualsiasi causa, il titolo della permanenza nelle strutture, la Parte italiana trasferisce immediatamente i migranti fuori dal territorio albanese».

¹¹⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Nicholas Emiliou, presentate il 23 aprile 2026, Causa C-414/25, *Sedrata*.

Un cenno meritano anche i rinvii pregiudiziali relativi alle cause *Comeri* e *Sidilli*, formulati dalla Corte d'appello di Roma, non foss'altro perché, rispetto ad essi, l'avvocata generale Medina ha invece ravvisato profili di illegittimità tra il Protocollo e il diritto UE¹¹⁹. Secondo l'AG, pur non essendo in linea di principio vietata agli Stati membri la stipula di accordi in materie nelle quali l'UE non gode di competenza esclusiva, ciò deve comunque avvenire senza ledere le garanzie sostanziali e procedurali minime previste dal diritto dell'Unione. Rispetto al Protocollo italo-albanese e alla sua disciplina attuativa, l'AG ritiene che siffatto pregiudizio si manifesti sia sul versante del diritto di difesa (in ragione della separazione fisica tra difensore e assistito, che a sua volta compromette il rapporto di riservatezza; della regola delle udienze a distanza in modalità di collegamento audiovisivo; dei limiti ai rimborsi delle trasferte del difensore, laddove eccezionalmente consentite); sia – come già ravvisato dalla Corte di cassazione italiana – in ragione dell'impossibilità di procedere al rilascio immediato dello straniero al venire meno delle condizioni che ne avevano inizialmente legittimato il trattenimento.

Alle criticità finora evidenziate, si affiancano ulteriori dubbi di legittimità su piano costituzionale, tra cui, anche qui, la compatibilità con il diritto di difesa, in ragione degli ostacoli di ordine normativo e pratico al suo effettivo esercizio¹²⁰, con evidenti riflessi sul piano dei rimedi esperibili nel caso in cui, come già accade per i CPR italiani, le condizioni materiali di trattenimento si rivelassero carenti o addirittura incompatibili con il divieto di trattamenti inumani e degradanti.

Un altro profilo di incostituzionalità potrebbe essere agganciato al principio di uguaglianza-ragionevolezza, sotto due distinti profili¹²¹: da un lato, non risultano specificati in alcuna fonte i criteri in base ai quali distinguere i migranti da trattenere in Italia rispetto a quelli da trasferire in Albania; dall'altro lato, e in ogni caso, risulta arduo cogliere l'utilità pratica dell'operazione consistente nello svolgere in un territorio extraeuropeo procedure che soggiacciono, sul piano sostanziale e procedurale, alla disciplina italiana. Sebbene quest'ultimo profilo tenda ad avvicinarsi a insindacabili questioni di merito politico, è anche vero che lo stesso potrebbe acquisire connotati di legittimità declinando il sindacato di ragionevolezza in termini, anche qui, di proporzionalità¹²²: ci si potrebbe infatti interrogare sia in ordine all'*idoneità* della misura di esternalizzazione a garantire il risultato di una più efficace

¹¹⁹ Conclusioni dell'avvocata generale Laila Medina, presentate l'11 giugno 2026, Cause riunite C-706/25 e C-707/25.

¹²⁰ Così L. Masera, *L'esternalizzazione della detenzione*, cit., 168-170.

¹²¹ V. ancora L. Masera, *L'esternalizzazione della detenzione*, cit., 172 s.

¹²² Sulle sotto-verifiche che compongono il giudizio di proporzionalità, v. i contributi citati *supra*, nt. 45.

gestione dei flussi migratori; sia, preso atto delle limitazioni dei diritti fondamentali che l'operazione reca con sé (libertà personale, salute, difesa, vita privata e familiare), in ordine alla sua *necessità* (ossia se si tratti della misura meno lesiva disponibile, a parità di efficacia), e infine alla sua conformità al canone della *proporzionalità in senso stretto* (ossia se la misura sia il frutto di un ragionevole contemperamento tra tutti gli interessi in gioco, incluso quello economico, conto tenuto degli ingenti costi che comportano il suo avvio e il suo mantenimento¹²³).

4.4. Secondo l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, da inizio 2026 sono morti quasi 1000 migranti nel Mediterraneo, di cui oltre 700 nel Mediterraneo centrale, con un aumento del 150% rispetto allo stesso periodo lo scorso anno¹²⁴. Al contempo, sono diminuiti gli arrivi di stranieri irregolari via mare (in Italia sono 6.200 a inizio aprile 2026, contro i 9.400 dell'anno passato). Ciò significa che la rotta del Mediterraneo centrale diventa sempre più pericolosa per i *sans papiers* che tentano di raggiungere l'Europa. Questi dati non fanno che confermare quanto è già da tempo noto, ossia la necessità di potenziare le attività di ricerca e soccorso, peraltro oggetto di puntuali obblighi sanciti dal diritto internazionale¹²⁵, e al contempo avviare una seria riflessione sull'apertura di vie d'accesso regolare ai cittadini di Paesi terzi. Il legislatore italiano, tuttavia, non pare intenzionato a discostarsi dalla tradizionale strategia di protezione incondizionata delle frontiere marittime, portata avanti con particolare pervicacia a partire dalla c.d. crisi dei rifugiati del 2015. In anni recenti sono state infatti introdotte misure finalizzate a disciplinare in maniera sempre più restrittiva le attività di ricerca e soccorso condotte dalle organizzazioni non governative, attività di cui, nel frattempo, la giurisdizione penale confermava in diverse occasioni non solo la legittimità bensì la *doverosità* al metro delle rilevanti fonti di diritto internazionale¹²⁶.

Procedendo con ordine, occorre anzitutto ricordare come la normativa in esame sia il frutto della stratificazione di diversi interventi succedutisi negli ultimi anni: il c.d. “decreto sicurezza-bis” (2019), che ha conferito forza di legge, e un corredo

¹²³ Il Protocollo prevede che tutte le spese di costruzione e gestione delle strutture, inclusi i servizi sanitari essenziali, nonché gli alloggi per il personale albanese addetto alla sorveglianza esterna delle aree, siano a carico dell'Italia. Parimenti a carico dell'Italia sono vitto e alloggio di ospiti e personale, nonché il trasporto dei migranti da e verso l'Italia.

¹²⁴ OIM, *Over 180 Feared Dead as Mediterranean Death Toll Nears 1.000 in 2026*, www.iom.int, 7.4.2026.

¹²⁵ Sui quali v. F. De Vittor, *La migrazione via mare nel diritto internazionale. Libertà di movimento, obblighi di soccorso e rispetto dei diritti umani delle persone migranti*, Editoriale Scientifica 2023; I. Papanicolopulu, *International law and the protection of people at sea*, Oxford 2018; Id., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2017, 3.

¹²⁶ Sul tema sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., 245-315.

sanzionatorio di natura amministrativa, a previsioni fino a quel momento oggetto di un mero «Codice di condotta»¹²⁷; il “decreto Lamorgese” (2020), che ha trasformato le sanzioni amministrative in penali, aggiungendo alcune significative limitazioni alla loro applicabilità¹²⁸; infine, il “decreto Piantedosi” (2023)¹²⁹, ritoccato dal già richiamato decreto flussi 2024¹³⁰, dai quali è scaturita la disciplina vigente, di seguito illustrata.

In sintesi, l’art. 1 co. 2 d.l. 21.10.2020 n. 130, conv. con modif. dalla l. 18.12.2020 n. 173, nella versione attualmente vigente, conferisce al Ministro dell’interno, di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti e «previa informazione» al Presidente del Consiglio, il potere di «limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale», laddove sussistano «motivi di ordine e sicurezza pubblica». La genericità del presupposto è solo in parte compensata dall’elenco delle condizioni di legittimità dell’attività di ricerca e soccorso elencate al successivo co. 2-bis. Ai soccorritori si richiede, in sintesi: di comunicare immediatamente l’operazione sia al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo nella cui area di responsabilità ricade l’intervento, che allo Stato di bandiera; di effettuare le operazioni nel rispetto delle certificazioni e dei requisiti in materia di sicurezza della navigazione, prevenzione dell’inquinamento, addestramento del personale, condizioni di vita e di lavoro a bordo; di informare le persone prese a bordo in ordine alla possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, di raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità; di richiedere, nell’immediatezza dell’evento, l’assegnazione del porto di sbarco; di raggiungere senza ritardo il porto di sbarco assegnato; di fornire alle autorità per la ricerca e il soccorso in mare italiane e a quelle di pubblica sicurezza le informazioni richieste ai fini dell’acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell’operazione di soccorso posta in

¹²⁷ Art. 2 co. 1 d.l. 14.6.2019 n. 53, conv. con modif. dalla l. 8.8.2019 n. 77, che ha inserito nell’art. 11 TuImm il co. 1-ter e nell’art. 12 TuImm i co. 6-bis, -ter e-quater. Su questa riforma v. Natale A., *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *QuestG*, 20.6.2019

¹²⁸ Art. 1 co. 2 d.l. 21.10.2020 n. 130, conv. con modif. dalla l. 18.12. 2020, n. 173. A proposito di questa riforma v. A. di Martino, L. Ricci, *L’inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, www.lalegislaZIONEpenale.eu, 1.3.2021; F. Venturi, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell’art. 1 co. 2 del d.l. n. 130/2020*, *Forum Quaderni cost.* 2021, 1, p. 87 ss.; L. Masera, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti al decreto Salvini-bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, *QuestG*, 15.6.2021.

¹²⁹ Art. 1 co. 1, d.l. 2.1.2023 n. 1, conv. con modif. dalla l. 24.2.2023 n. 15, che ha modificato l’art. 1 co. 2 del decreto 130/2020, cit. (c.d. decreto Lamorgese) e introdotto i commi da 2-bis a 2-septies. Cfr. L. Masera, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l’ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sistema penale*, 2023, 2, 83 ss.

¹³⁰ Art. 11 co. 1 d.l. 11.10.2024 n. 145, conv. con modif. dalla l. 9.12.2024 n. 187, che ha modificato i commi 2-bis, -quater e-sexies e introdotto i commi 2-octies e ss., dedicati alla disciplina degli aeromobili.

essere; di condurre l'operazione con modalità che non determinino situazioni di pericolo per l'incolumità dei migranti né impediscono di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco.

Quanto alle sanzioni, mentre il decreto Lamorgese (2020), come accennato, aveva elevato a illecito penale l'originario illecito amministrativo introdotto dal decreto sicurezza-bis (2019), con il decreto Piantedosi (2023) si è tornati al regime delle sanzioni (almeno formalmente) amministrative, applicabili dal Prefetto territorialmente competente al comandante della nave, nonché, in via solidale, all'armatore, al proprietario e agli altri soggetti indicati dall'art. 6 della l. n. 689/1981. La depenalizzazione, tuttavia, ha prodotto effetti solo apparentemente *in bonam partem*¹³¹: sia perché è stata accompagnata dalla re-introduzione di sanzioni reali *ad hoc* (il fermo dell'imbarcazione e, in caso di reiterazione dell'illecito, la confisca); sia perché il ritorno al regime amministrativo si riflette in una maggiore speditezza del procedimento sanzionatorio, riducendo al contempo le garanzie processuali.

In caso di trasgressione del provvedimento ministeriale che vieta il transito o la sosta nel mare territoriale è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro, nonché quella accessoria del fermo amministrativo della nave da trenta a sessanta giorni (co. 2-quater). La commisurazione deve avvenire avuto riguardo «alla gravità della violazione e all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione stessa». In caso di reiterazione infraquinquennale della violazione, commessa con la medesima nave, la stessa è oggetto di confisca (co. 2-quinquies).

Il successivo co. 2-sexies ricollega ulteriori sanzioni, meno gravi, alle trasgressioni elencate nella medesima disposizione, ossia: la mancata condivisione delle informazioni richieste dall'autorità SAR competente per la zona dove si è verificato l'evento, o dall'autorità nazionale che coordina la polizia di frontiera; la violazione delle istruzioni ricevute dalle medesime autorità; il mancato rispetto, accertato dopo l'assegnazione del porto di sbarco, delle condizioni di legittimità dell'operazione di ricerca e soccorso dettate dal precitato co. 2-bis. Queste violazioni comportano: la sanzione pecuniaria da 2.000 a 10.000 euro; il fermo amministrativo della nave da dieci a venti giorni; in caso di reiterazione, il fermo amministrativo da trenta a sessanta giorni; in caso di seconda reiterazione, la confisca di cui al comma 2-quinquies.

Le regole sin qui sinteticamente richiamate, spesso accompagnate dalla prassi di assegnare porti di sbarco irragionevolmente lontani rispetto alle zone degli interventi

¹³¹ Il punto è ben evidenziato da L. Masera, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit., 100-103.

(ad esempio Marina di Carrara, Ravenna, Livorno, Genova), sono state nel complesso oggetto di aspre critiche tanto da parte delle stesse organizzazioni non governative che svolgono attività di *search and rescue*, secondo le quali il loro unico effetto è stato quello di ostacolare i soccorsi e dunque impedire il salvataggio di vite umane¹³²; quanto da parte di commentatori e osservatori istituzionali, che ne hanno messi in luce i profili di incompatibilità con la Costituzione e il diritto internazionale¹³³. Analoghe critiche ci paiono estendibili alle regole e alle sanzioni (anche qui, sia pecuniarie che reali), introdotte dal decreto flussi 2024 per gli aeromobili che supportano le attività di *search and rescue* attraverso la ricerca dall’alto di imbarcazioni *in distress*¹³⁴.

Di recente, questi rilievi critici sono filtrati nel tessuto motivazionale di un’importante sentenza interpretativa della Corte costituzionale¹³⁵, avente ad oggetto la disciplina di cui all’art. 1, co. 2-sexies precitato¹³⁶. Con l’eccezione della questione relativa al carattere fisso della durata del fermo della nave, sulla quale la Consulta ha restituito gli atti al rimettente in ragione del *jus superveniens* (il decreto flussi 2024 ha infatti nel frattempo introdotto le cornici edittali di cui si è dato conto), tutte le questioni sono state dichiarate infondate. Nondimeno, i giudici delle leggi hanno colto l’occasione per chiarire la natura giuridica e delimitare il perimetro applicativo della disposizione sotto scrutinio.

In primo luogo, la sentenza ha riconosciuto al fermo della nave *natura sostanzialmente penale*, sulla scorta della considerazione che tale misura non persegue finalità ripristinatorie e nemmeno preventive (essendo obbligatoria e dunque

¹³² Cfr., da ultimo, SOS Méditerranée, *Il decreto Piantedosi e la prassi dei porti lontani visti da vicino: quante persone avremmo potuto salvare?*, febbraio 2025. Dal par. n. 5 del rapporto si apprende che, dall’entrata in vigore del decreto Piantedosi alla fine del 2024, sono stati emessi ventisei provvedimenti di fermo di navi soccorritrici, per un totale di oltre 500 giorni di interruzione delle loro attività. Dal successivo par. 6 si apprende che tra le principali ragioni di applicazione del fermo vi è il mancato rispetto delle indicazioni provenienti dalla c.d. Guardia costiera libica.

¹³³ Sul versante dottrinale, v. L. Masera, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit.; L. Masera, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., 7 ss.; 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 www.archiviopenale.it, 2019, 3, 13 ss.; L. Gennari, *Gli strumenti normativi, le prassi amministrative e i procedimenti penali per il contrasto al soccorso civile in mare dal 2017 a oggi*, in *QuestG*, 22.10.2025; G. Cataldi, *Migrazioni nel Mediterraneo, obbligo di soccorso e criminalizzazione della solidarietà. Sviluppi recenti*, in A. Del Guercio, F. Rondine (a cura di), cit., 26-32. Sul versante istituzionale, v. Commissario per i diritti umani del Consiglio d’Europa, *Lettera al Ministro dell’interno italiano*, 26.1.2023, in www.coe.int; Consiglio d’Europa, *Expert Council on NGO Law, Opinion on the compatibility with European standards of Italian Decree Law no. 1 of 2 January 2023 on the management of migratory flows*, 30.1.2023, in www.coe.int.

¹³⁴ Cfr. l’art. 1 co. da 2-octies a 2-quaterdecies d.l. 130/2020, introdotti dal decreto flussi 2024.

¹³⁵ C. cost., 21.5.2025 n. 101. Per un commento v. I. Papanicolopulu, *Di norme astratte e problemi concreti: breve commento alla sentenza della Corte costituzionale nel caso Ocean Viking*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2025, 3.

¹³⁶ La questione era stata sollevata da Trib. Brindisi, ord. 10.10.2024, in *Sistema penale*, 10.12.2024.

svincolata dalla prognosi di ulteriori utilizzi illeciti del bene), bensì presenta «l'obiettivo principale di sanzionare l'inosservanza delle indicazioni o delle richieste dell'autorità competente, esprimendo la riprovazione dell'ordinamento per la condotta del trasgressore»¹³⁷. La Corte, inoltre, ha attribuito «valenza emblematica» alle «ripercussioni del fermo», trattandosi di misura che, pur inerendo a una *res*, impatta considerevolmente sulla «sfera giuridica» e sul «campo d'azione» degli autori dell'illecito, rivelando così una «vocazione marcatamente dissuasiva»¹³⁸.

Da tutto ciò consegue, ha osservato il collegio, l'estendibilità alla misura in esame di larga parte dello «statuto costituzionale» delle sanzioni penali, incluso il canone di determinatezza (art. 25 co. 2 Cost.), che secondo il rimettente risultava violato in ragione del rinvio in bianco operato dalla norma sanzionatoria agli ordini impartiti dalle autorità (nazionali o straniere) competenti per la zona SAR di volta in volta rilevante. Ad avviso della Consulta, tuttavia, la disposizione sotto scrutinio risulta sufficientemente chiara nello stabilire i presupposti dell'illecito e non configura una delega in bianco alle autorità straniere, le quali in ogni caso sono chiamate a emanare ordini e istruzioni conformi al diritto internazionale del mare, conformità a sua volta sindacabile del giudice dinanzi al quale la sanzione viene impugnata.

In secondo luogo, e venendo a quello che può considerarsi il cuore della pronuncia, la Corte ha respinto la censura secondo cui la minaccia della sanzione avrebbe obbligato i comandanti a rispettare anche gli ordini incompatibili con il diritto internazionale del mare e con gli obblighi assunti dall'Italia in materia di protezione dei diritti fondamentali degli stranieri. Secondo i giudici delle leggi, infatti, il co. 2-*sexies* può e deve essere interpretato tanto alla luce delle norme sovranazionali che garantiscono la salvaguardia della vita in mare e lo sbarco in un porto sicuro, senza distinzioni inerenti alla nazionalità, allo status dei naufraghi, ovvero alle circostanze del loro ritrovamento; quanto alla luce dei divieti di *refoulement* e di espulsioni collettive. All'esito di un'esaustiva ricostruzione sistematica delle rilevanti fonti pattizie e consuetudinarie, la Corte è giunta ad affermare perentoriamente che «Non è vincolante [...] un ordine che conduca a violare il primario obbligo di salvataggio della vita umana e che sia idoneo a metterla a repentaglio e non può esserne sanzionata l'inosservanza»¹³⁹.

¹³⁷ Cons. in dir., n. 11.3. Sulla tripartizione delle finalità della sanzione (preventiva, ripristinatoria, punitiva) nella giurisprudenza costituzionale, v. F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in RIDPP 2020, 1970 s.

¹³⁸ V. ancora cons. in dir., n. 11.3.

¹³⁹ Cons. in dir., n. 26

In terzo luogo, ad ulteriore delimitazione dell’ambito di applicazione della disciplina sotto scrutinio, la Corte ha precisato che non può essere oggetto di sanzione la mera disobbedienza a ordini e istruzioni emanati da autorità straniera. Al contrario, il concreto esercizio della potestà sanzionatoria «presuppone pur sempre un collegamento della vicenda con il territorio dello Stato italiano», collegamento che a sua volta «si instaura quando l’imbarcazione faccia comunque rotta verso i porti italiani e dunque anche nel territorio nazionale si ripercuotano le conseguenze della violazione [...]»¹⁴⁰.

Infine, la Corte ha respinto le censure fondate sugli artt. 3 e 27 Cost., basate sulla considerazione che il carattere obbligatorio del fermo costringesse l’autorità amministrativa (e il giudice) a trattare in modo uguale situazioni tra loro eterogenee, osservando che l’interpretazione restrittiva degli illeciti sopra proposta consente di ritagliare un’area di responsabilità sufficientemente omogenea. Qui si colloca un altro passaggio decisivo della motivazione, poiché (sorprendentemente) la Corte non individua lo scopo della disposizione ricorrendo alla consueta formula dell’ordinata gestione dei flussi migratori, ma si spinge ad affermare che oggetto di sanzione sono (soltanto) «quelle trasgressioni che pregiudichino la stessa finalità di salvaguardia della vita umana in mare, insita nella Convenzione SAR, e si rivelino idonee a compromettere, in carenza di motivi legittimi, il sistema di cooperazione che tale Convenzione ha istituito»¹⁴¹. La finalità di tutela delle frontiere marittime originariamente impressa dal legislatore alla disciplina in esame ne esce così completamente stravolta e riscritta in senso orientato alla tutela di beni giuridici personali.

Le cristalline indicazioni ermeneutiche della Consulta, già peraltro affiorate in precedenti sentenze di annullamento dei provvedimenti sanzionatori¹⁴², sono state pienamente recepite dalla giurisprudenza successiva, tenuto (anche) conto della quale è oggi possibile individuare quattro punti fondamentali. In primo luogo, gli ordini e le indicazioni rivolti dagli organismi statali ai Comandanti sono legittimi solo se compatibili con le Convenzioni in materia di soccorsi in mare (SAR, SOLAS,

¹⁴⁰ Cons. in dir., n. 29.

¹⁴¹ Cons. in dir., n. 34.2.

¹⁴² Cfr., ad esempio, Trib. Crotone 26.6.2024 e App. Catanzaro 11.6.2025 (annullamento del fermo imposto alla nave *Humanity 1*); Trib. Roma 7.4.2025 (annullamento del fermo della *Sea Watch 5*); App. Ancona 9.4.2025 (annullamento del fermo della *Geo Barents* e della sanzione pecuniaria irrogata nei confronti della società armatrice e del comandante). Tutte le pronunce citate sono pubblicate in www.asgi.it (sezione banca dati giurisprudenza).

UNCLOS)¹⁴³, incluso l'obbligo di sbarco in un *place of safety*¹⁴⁴. Ciò significa che non è sanzionabile la mancata ottemperanza a ordini che ostacolino il soccorso o che comunque possano avere esiti non sicuri per i naufraghi e/o per l'equipaggio (ad esempio, quando dietro l'ordine vi sia solo un'intimazione di allontanamento o una pretesa di cooperazione con autorità libiche rimaste inerti e in ogni caso non in grado di garantire un porto sicuro)¹⁴⁵. In secondo luogo, in quanto garante della vita in mare e unico soggetto con esperienza diretta e ravvicinata della situazione a bordo, il Comandante non può essere ridotto a passivo esecutore di istruzioni e ordini, tanto meno se meramente indirizzati alla protezione delle frontiere marittime, bensì è chiamato a interloquire attivamente con le autorità e all'occorrenza a compiere scelte autonome, basate su valutazioni professionali che tengano conto di tutte le circostanze oggettive e soggettive del caso concreto, perseguendo primariamente la tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone sotto la sua responsabilità¹⁴⁶. In terzo luogo, in caso di impugnazione della sanzione, grava sull'amministrazione resistente l'onere di dimostrare tutti gli elementi dell'illecito, segnatamente l'esistenza di un ordine legittimo, la sua effettiva violazione, nonché, ai sensi dell'art. 3 della legge 689/1981, l'elemento soggettivo della colpa del trasgressore¹⁴⁷. In quarto e ultimo luogo, stante la natura punitiva delle sanzioni amministrative, alle stesse si estende larga parte dello statuto sostanziale e processuale delle sanzioni penali, incluso il principio di necessaria proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto, principio il cui concreto rispetto da parte dell'amministrazione è demandato al sindacato del giudice dell'impugnazione, che lo svolgerà sulla base di tutti gli elementi del caso concreto, inclusi, a titolo d'esempio, il numero di persone sbarcate e la finalità in concreto perseguita dall'autore della trasgressione¹⁴⁸.

¹⁴³ A proposito delle quali v. ancora F. De Vittor, *La migrazione via mare nel diritto internazionale*, cit., 55-100.

¹⁴⁴ In questi termini, Trib. Trapani 3.4.2026 (annullamento del fermo della Mare Jonio), inedita; Trib. Salerno 23.3.2026, n. 1818 (annullamento del fermo della Geo Barents), in banca dati ASGI, cit.

¹⁴⁵ Trib. Trapani 3.4.2026, cit.; Trib. Salerno 23.3.2026, cit.

¹⁴⁶ Trib. Ragusa 9.3.2026 (annullamento del fermo della Sea-Eye 5); Trib. Trapani 1.10.2025 (sospensione cautelare del fermo di MV Mediterranea). Tutte in banca dati ASGI, cit.

¹⁴⁷ Trib. Ragusa 9.3.2026, cit.; Trib. Salerno 23.3.2026, cit.

¹⁴⁸ In tal senso Trib. Trapani 1.10.2025, cit., che nell'accertare il *fumus* di fondatezza delle censure avanzate dai ricorrenti, ha ritenuto eccessiva l'applicazione del fermo di 60 giorni (durata massima consentita dalla legge) alla luce del numero esiguo di stranieri sbarcati e della finalità di soccorso perseguita dal Comandante dell'imbarcazione. Significativamente, nell'affermare la sussistenza del *periculum in mora*, il Tribunale ha altresì evidenziato che l'interruzione delle attività dell'ONG avrebbe arrecato pregiudizio alla tutela della vita in mare. In quest'ultimo senso, in precedenza, Trib. Agrigento 30.7.2025 (sospensione del fermo della barca a vela Dakini), disponibile in banca dati ASGI, cit.

4.5. Come già a più riprese evidenziato, lungi dal costituire meri criteri di classificazione, le direttrici della *crimmigration* rappresentano strumenti per l'osservazione critica dell'apparato normativo destinato al controllo delle persone in movimento. La terza direttrice, in particolare, permette di cogliere le analogie *strutturali* che sempre più spesso intercorrono tra il diritto dell'immigrazione e il diritto penale. Pertanto, tutte le misure amministrative che rientrano all'interno di tale direttrice sono da considerarsi quanto meno “indiziate” di celare una natura sostanzialmente punitiva, e per tale ragione richiedono di essere osservate più da vicino, al fine di prevenire qualsivoglia manovra elusiva delle garanzie sostanziali e procedurali che la Costituzione e le carte sovranazionali allacciano all'esercizio dello *ius puniendi*¹⁴⁹.

È quanto ha fatto la Corte costituzionale con la già illustrata sentenza n. 101/2025, che per la prima volta ha esplicitamente ricondotto alla sfera punitiva una misura specificamente congegnata per proteggere le frontiere e – soprattutto – *per proteggerle mediante lo strumento amministrativo*, volontà inequivocabilmente dimostrata dal legislatore allorché, nel 2023, ha depenalizzato le sanzioni introdotte nel 2020. Certo, come già osservato, nell'addivenire a tale risultato la Consulta ha operato una lettura talmente restrittiva del precetto che ha finito per mutarne la funzione assegnatagli dal legislatore, trasformandolo da presidio all'integrità delle frontiere marittime a strumento per la protezione della vita e dell'integrità psico-fisica delle persone rintracciate *in distress*. Siffatta lettura, d'altra parte, ha fornito un'ulteriore stampella alla (ri)qualificazione in chiave punitiva, arricchendo l'oggettività giuridica dell'illecito con diritti soggettivi di elevatissimo rango.

Diverso, e più complesso, è il discorso relativo alla natura giuridica di quella che probabilmente rappresenta la misura di *crimmigration* per eccellenza, ossia la detenzione amministrativa degli stranieri. Va subito detto che, sul punto, l'intervento della Corte costituzionale da ultimo citato non fornisce, a nostro avviso, spunti significativi: troppe diversità sussistono tra gli istituti in questione, nei presupposti e nei contenuti, per tentare un qualsivoglia parallelismo. Il tema è stato invece sfiorato dalla sentenza n. 96/2025, pure sopra esaminata, nella parte in cui ha escluso l'estendibilità ai CPR della disciplina sui «modi» del trattenimento dettata

¹⁴⁹ Sui criteri che presiedono alla (ri)qualificazione in senso punitivo della sanzione formalmente amministrativa (o disciplinare, civilistica, tributaria ecc.), nonché sulle conseguenze che ne derivano in termini di estensione delle garanzie penalistiche, si vedano i lavori monografici di L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli 2018 e F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli 2018. Per una successiva disamina focalizzata sulla giurisprudenza costituzionale, v. F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit.

dall'ordinamento penitenziario, «dovendo la detenzione amministrativa presso il CPR restare estranea a ogni connotazione di carattere sanzionatorio». Senza volere attribuire alla Corte posizioni che non ha esplicitato, appare a nostro avviso significativo l'utilizzo del modale «dovendo», quasi a rimarcare la componente *prescrittiva*, anziché meramente descrittiva, di ciò che la Corte afferma. Fermo restando che si tratta di una mera sfumatura linguistica, sulla quale sarebbe metodologicamente scorretto fondare una tesi o anche solo un autonomo argomento, ci pare comunque significativo porre in luce la compatibilità semantica con la conclusione – da noi condivisa – secondo cui il trattenimento nei CPR, pur *non dovendo* assumere connotazioni materialmente punitive (come appunto la Corte perentoriamente afferma), *alla prova dei fatti* finisce per esserne gravato. Il punto ci pare importante perché proprio l'analogia, sul piano della concreta afflittività, tra *immigration detention* e *criminal detention*, rappresenta, secondo diversi autori, un elemento a sostegno della necessità di estendere alla prima le garanzie tipiche della seconda¹⁵⁰. Con ciò non intendiamo, muovendoci sul terreno dei criteri che presiedono alla perimetrazione della *matière pénale*, sforzarci di restituire all'*argumentum libertatis* una centralità che, in effetti, non ha né nella giurisprudenza costituzionale, né in quella di Strasburgo¹⁵¹. Riteniamo però corretto rafforzare gli argomenti che attengono alle *finalità della detenzione amministrativa*¹⁵² – le quali, contrariamente a quanto ha affermato la Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁵³, non ci sembrano del tutto sganciate dall'obiettivo di sanzionare lo straniero irregolare, e/o di contenerne la pericolosità¹⁵⁴ – con argomenti che attengono alla *severità* della misura, in termini di

¹⁵⁰ Per questo approccio, con sfumature diverse, v. A. Pugiotto, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 579-585, 597-600; A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 67-70; F. Cancellaro, *La detenzione amministrativa degli stranieri: profili di illegittimità costituzionale e una proposta abolizionista*, in *Antigone*, 2024, n. 2, 118-121.

¹⁵¹ Cfr. L. Masera, *La nozione costituzionale*, cit., 217-219; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 16-26.

¹⁵² Per approfondimenti sul criterio della finalità della sanzione, nei quali si tiene opportunamente conto anche della polisemia del concetto di “prevenzione”, v. ancora L. Masera, *op. cit.*, 211-217; F. Mazzacuva, *op. cit.*, 26-34. In ogni caso, come si ricorderà, la finalità della pena rappresenta il criterio esplicitamente recepito dalla sentenza costituzionale n. 101/2025, là dove ha affermato la natura punitiva dell'art. 1 co. 2-sexies d.l. 130/2020 avendone constatata la principale funzione di esprimere la «riprovazione dell'ordinamento per la condotta del trasgressore», e al contempo avendone esclusa tanto la funzione ripristinatoria quanto quella preventiva (rispetto a una condizione di pericolosità individuale che l'autorità amministrativa non è, ai sensi di quella disposizione, chiamata ad accertare).

¹⁵³ C.G.U.E, 10.3.2022, *Landkreis Gifhorn*, C-519/20, § 38.

¹⁵⁴ In particolare, la direttiva 2008/115/CE prevede, all'art. 15, che il trattenimento dello straniero irregolare, oltre che necessariamente funzionale al rimpatrio, possa essere disposto in due sole ipotesi, ossia quando sussiste un rischio di fuga o quando il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio. Quanto ai richiedenti asilo, l'art. 8 della direttiva 2013/33/UE consente il trattenimento in un numero limitato di ipotesi, che, in sintesi, si collegano a condotte ostruttive o che comunque rispondono a funzioni dissuasive di comportamenti abusivi. Attenta dottrina ha osservato come, in virtù di tale disciplina, il trattenimento possa al

concreto *impatto sui diritti fondamentali* del suo destinatario. Da questo punto di vista, ci pare davvero arduo negare che, fatta astrazione dalle rispettive specificità, il carcere e i CPR (nonché gli altri luoghi di trattenimento degli *undocumented migrants*) condividono un nucleo essenziale del tutto identico, rappresentato dalla privazione di libertà come *condizione esistenziale*, cioè come fattore che rimodella lo svolgimento di tutte le attività fisiologiche quotidiane per un apprezzabile lasso temporale, in ultima analisi degradando la *dignità* della persona¹⁵⁵. Con questo non si intende esprimere, almeno non in questa sede, un giudizio sulla *legittimità* della privazione della libertà personale nei CPR¹⁵⁶; si intende, più semplicemente, sollevare quel velo di ipocrisia che impedisce di affermare che, osservati dall’alto, con lo sguardo puntato verso una persona che conduce la sua vita per giorni, settimane o mesi, circondata da quattro mura presidiate dalle forze dell’ordine, carcere e CPR *sono la stessa cosa*.

5. Mentre si registra, come visto, un sempre più pervasivo utilizzo del diritto penale, *rectius* della *crimmigration*, in funzione di protezione delle frontiere, viceversa si assiste all’arretramento del *ius puniendi* proprio là dove dovrebbe realizzare una delle sue missioni coesistenziali, vale a dire la tutela dei diritti fondamentali¹⁵⁷. Certo, in anni recenti si sono celebrati importanti procedimenti per l’accertamento delle responsabilità dei c.d. carcerieri libici, sfociati in condanne per tortura e altri reati contro la persona¹⁵⁸. Tuttavia, ciò che è finora sostanzialmente mancato, nei termini

contempo considerarsi conseguenza di un comportamento illecito dello straniero e dotato di un potenziale deterrente: in questo senso, L. Bernardini, *Administrative Immigration Detention as a Punitive Measure: Is it Time for a New Standpoint?*, in A. Di Stasi et al. (eds.), *Migrations, Rule of Law and European Values*, Editoriale Scientifica 2023, 242-246. A conclusioni analoghe, benché attraverso la riconduzione del trattenimento amministrativo tra i dispositivi di prevenzione dei reati e di difesa sociale, pervengono G. Campesi, G. Fabini, *Immigration Detention as Social Defence: Policing “Dangerous Mobility” in Italy*, in *Theoretical Criminology* 2020, 24(1), 50 ss.

¹⁵⁵ Le problematiche somiglianze tra carceri e CPR sono a più riprese messe in luce dal precitato rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura (v. *supra*, nt. 78), dove si parla ripetutamente di «*carceral elements*», «*carceral aspects*», «*carceral design*», «*carceral conditions*», «*carceral environment*», raccomandandone la rimozione.

¹⁵⁶ Nel senso della radicale illegittimità, argomentata alla luce della sproporzione tra lo scopo perseguito, ossia il rimpatrio, e il rango dei diritti fondamentali sacrificati, *in primis* la libertà personale, v. ancora A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 70; F. Cancellaro, *La detenzione amministrativa*, cit., 126.

¹⁵⁷ L’inefficacia del diritto penale in funzione di tutela dei diritti dei migranti è puntualmente messa in luce da A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 55-58.

¹⁵⁸ Cfr. S. Bernardi, *Una condanna della Corte d’assise di Milano svela gli orrori dei “centri di raccolta e transito” dei migranti in Libia*, in *Diritto penale contemporaneo (Archivio 2010-2019)*, 16.4.2018; G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2020, 1; Id., *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis Cp)*. Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori, in *Sistema penale*, 2.10.2020; Id., *La Cassazione interviene sull’applicabilità della legge penale italiana ai reati commessi nei campi di detenzione in Libia*, *ivi*, 4.2.2020.

che si illustreranno nel prosieguo, è il pieno accertamento delle responsabilità penali di esponenti delle istituzioni italiane, rispetto a decisioni finalizzate alla protezione delle frontiere che hanno prodotto come risultato gravi violazioni di beni giuridici personali. Nel prosieguo, concentrando l'attenzione sull'ordinamento italiano e dunque tralasciando i casi attualmente oggetto di attenzione da parte della giustizia penale internazionale¹⁵⁹, verranno esaminate tre situazioni a nostro avviso emblematiche dello scollamento tra quanto è accaduto ai nostri confini (segnatamente, marittimi) e la risposta che l'ordinamento penale è stato in grado di offrire.

5.1. Il trattenimento *de facto* è una prassi costante nel controllo delle frontiere italiane, specialmente marittime, ma anche aeroportuali e terrestri¹⁶⁰. L'entità del problema è stata messa fuoco soltanto grazie alla sentenza resa, nel 2016, dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*, che ha ravvisato la violazione, tra l'altro, dell'art. 5 Cedu¹⁶¹. Tale vicenda ha fatto emergere la prassi di trattenere coattivamente i migranti presso il Centro di soccorso e prima accoglienza di Lampedusa, in assenza di base legale (e dunque, *a fortiori*, anche di un provvedimento giurisdizionale), nel periodo compreso tra lo sbarco e il respingimento (o il trasferimento in altro centro). Nel 2021 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha chiuso la procedura di monitoraggio sull'esecuzione della sentenza,

¹⁵⁹ Sui quali v. M. Crippa, *Prosecuting Crimes Against Migrants Before Domestic Courts: Challenges of Extraterritorial Justice in Italy*, in *Journal of International Criminal Justice* 2026, 1 ss.; L. Parsi, F. Vitarelli, *Attuazione delle politiche anti-migratorie e crimini contro l'umanità: emergenti parallelismi ed esigenze di coordinamento tra giustizia penale nazionale e internazionale*, in *Sistema penale*, 8.9.2023.

¹⁶⁰ Cfr. ASGI - Progetto In Limine, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà*, 2021, www.asgi.it; Id., *La privazione della libertà personale nell'hotspot di Lampedusa: il riscontro delle autorità competenti*, loc. cit.; Garante nazionale delle persone private della libertà personale, *De jure and de facto administrative detention of migrants in Italy: observations and challenges*, 2018, www.garantenazionaleprivatiliberta.it; G. Maccarrone, *Il trattenimento de facto all'interno ed oltre il sistema hotspot*, cit., 259-265; G. Savio, *I respingimenti*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 6, 13. Tra i rapporti internazionali con uno specifico focus sull'Italia, v. ECRE, *Reception, detention and restriction of movement at EU external borders*, 2021, www.ecre.org, 31-34. Di recente, come già osservato, l'Italia ha riportato una condanna da parte della Corte di Strasburgo in relazione al trattenimento illegittimo di un minorenne in un C.A.R.A.: C. eur., 9.4.2026, H.D. c. Italia, in *Sistema penale*, 13.4.2026, con nota di G.L. Gatta.

¹⁶¹ C. eur., GC, 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*. Per un commento, v. F. Cancellaro, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *QuestG*, 11.1.2017. La vicenda riguardava tre cittadini tunisini sbarcati a Lampedusa e Lampedusa nell'estate 2011 e poi respinti dopo essere stati trattenuti per alcuni giorni nel centro di accoglienza lampedusano, nonché a bordo di una nave occasionalmente adibita a centro di raccolta in ragione dei significativi flussi determinati dalle c.d. Primavere arabe. Nel 2016 la Grande Camera ha parzialmente confermato la sentenza resa nel 2015, condannando l'Italia per violazione del diritto alla libertà personale e del diritto a un ricorso effettivo contro i trattamenti inumani e degradanti.

ritenendo che le riforme attuate dall'Italia, nel contesto del sopravvenuto c.d. approccio *hotspot*, avessero sanato il *vulnus* accertato cinque anni prima¹⁶². A ben vedere, tuttavia, il sistema risulta tuttora gravemente lacunoso. È stata effettivamente prevista una base legale, corredata da un meccanismo di controllo giurisdizionale, per i trattenimenti nei centri *hotspot* (uno dei quali collocato proprio a Lampedusa), ma si tratta della disciplina *riservata ai richiedenti asilo* di cui all'art. 6 d.lgs. 142/2015, come modificato dal decreto sicurezza 2018, di cui si è dato in precedenza conto. Per tutti gli altri stranieri irregolari è stato semplicemente introdotto, con il d.l. 17.2.2017 n. 13, conv. con modif. dalla l. 13.4.2017 n. 146 (c.d. decreto Minniti), l'art. 10-ter TuImm, che come pure visto si è limitato, quanto meno fino all'attuazione del Patto UE sull'immigrazione e l'asilo (v. *supra*, 4.1.), a stabilire la possibilità di condurre i migranti negli *hotspot*, senza prevedere alcun controllo giurisdizionale nel caso in cui siano privati della libertà personale, come in effetti è spesso avvenuto.

Una volta stabilito che queste tipologie di trattenimento sono prive di adeguata base legale, pare davvero arduo negarne la riconducibilità al fatto tipico di cui all'art. 605 Cp, che configura un reato a forma libera, integrato da «chiunque priva taluno della libertà personale». Certo, per la configurabilità del delitto occorrerà accertare il dolo di chi dispone e/o attua i trattenimenti, ma anche su questo versante non ci pare si profilino difficoltà di accertamento insormontabili, il trattenimento coattivo degli stranieri rappresentando la modalità attraverso la quale viene deliberatamente attuata una specifica politica di protezione delle frontiere. Ciò malgrado, a parte un caso isolato¹⁶³, non ci risulta che questo tipo di responsabilità sia mai stata oggetto di accertamento e nemmeno di apertura di indagini.

Pur non essendo venuto in rilievo rispetto al trattenimento nei centri allestiti alle frontiere, il tema della responsabilità penale per l'arbitraria privazione della libertà personale degli stranieri è venuto in rilievo nel contesto delle c.d. politiche dei porti

¹⁶² Cfr. G. Mentasti, *Si chiude la procedura di monitoraggio dell'esecuzione della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspot*, in *ADiM Blog*, giugno 2022; G. Maccarrone, *Il trattenimento de facto all'interno ed oltre il sistema hotspot*, cit., 250-253, anche per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza Cedue successiva.

¹⁶³ Si allude a un esposto presentato nel 2011 presso la Procura di Agrigento, nel quale si denunciava la prassi degli illegittimi trattenimenti nel CPSA di Lampedusa. Dopo aver proceduto all'iscrizione per il meno grave delitto di violenza privata, la Procura chiedeva e otteneva l'archiviazione del procedimento. Il testo della richiesta di archiviazione è pubblicato su *Diritto penale contemporaneo (Archivio 2010-2019)*, 21.10.2013, nell'ambito di uno scambio di opinioni scaturito dalla risposta del Procuratore Aggiunto I. Fonzo a un editoriale a firma di F. Viganò e L. Masera.

chiusi¹⁶⁴, e segnatamente nei casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*¹⁶⁵. Queste vicende, al netto delle rispettive specificità, presentano come denominatore comune l'esclusione della responsabilità penale del Ministro dell'Interno *pro tempore* (soggetto titolare del potere di concedere un *place of safety* sul territorio italiano¹⁶⁶), a fronte di condotte consistite nel negare lo sbarco a migranti tratti in salvo nel Mediterraneo, così determinandone il trattenimento *de facto* a bordo per un tempo apprezzabile.

Nel caso *Diciotti*¹⁶⁷, conclusosi in ragione della mancata autorizzazione a procedere da parte del Senato¹⁶⁸, il Tribunale dei ministri ha ravvisato gli estremi oggettivi e soggettivi del sequestro di persona ex art. 605 Cp¹⁶⁹. Successivamente, la sussistenza di un'illegittima privazione della libertà personale è stata confermata dalle sezioni unite

¹⁶⁴ Cfr. F. Cancellaro, *Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?*, in *DPenCont* 2020, 3, 428-443; L. Masera, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.4.2022, 2-3, 20-22.

¹⁶⁵ Oltre ai contributi riportati nelle note che seguono, per un inquadramento di tali vicende sul piano del diritto internazionale, v. E. Carli, *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell'Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2020, 3, 689 ss.

¹⁶⁶ L'avocazione al Ministro dell'Interno del potere di concedere il PoS in materia di ricerca e soccorso in mare, originariamente spettante al Dipartimento per le libertà civili e per l'immigrazione del Ministero dell'Interno, è il risultato di una modifica della direttiva SOP («*standard operative procedure*») 009/15, disposta attraverso un tavolo tecnico per il contrasto dell'immigrazione irregolare via mare tenutosi il 12 febbraio 2019.

¹⁶⁷ Il caso riguardava il divieto di sbarco opposto dal 20 al 25 agosto 2018 dal Ministro dell'Interno nei confronti dei 177 naufraghi stranieri a bordo dell'unità navale di soccorso della Guardia costiera italiana U.

¹⁶⁸ Secondo la Relazione della Giunta per le immunità del Senato, comunicata alla Presidenza del Senato il 21 febbraio 2019 e successivamente approvata dall'Assemblea a maggioranza assoluta il 20 marzo 2019, l'indagato aveva agito «per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo» (art. 9 co. 3 l. cost. n. 1/1989); interesse a sua volta ravvisato – in estrema sintesi – nella necessità, condivisa dal Presidente del consiglio *pro tempore* e dall'intera compagine governativa, di ridiscutere in sede europea i criteri di gestione e distribuzione dei *boat migrants* provenienti dalla Libia. Sul tema v. L. Masera, *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'Assemblea del Senato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2019, 1; Id., *Immunità della politica e diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, 1-39; G. Guzzetta, *Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica*, in *Federalismi.it*, 20.2.2019; E. Santoro, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in *QuestG*, 14.3.2019.

¹⁶⁹ Trib. Catania, sez. reati ministeriali, 7.12.2018. Secondo il collegio, il Ministro dell'interno aveva abusato delle funzioni amministrative attribuitegli nell'ambito dell'iter procedurale per la determinazione del *place of safety*, ponendo arbitrariamente il proprio veto all'indicazione del porto di sbarco da parte del competente Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione, e «così determinando la forzosa permanenza dei migranti a bordo dell'unità navale U. Diciotti, con conseguente illegittima privazione della loro libertà personale per un arco temporale giuridicamente apprezzabile ed al di fuori dei casi consentiti dalla legge». Sul piano soggettivo, il dolo generico del sequestro veniva evinto sia dalle plurime esternazioni rivolte dal Min. Salvini ai media, sia dalle dichiarazioni rilasciate allo stesso Tribunale dei Ministri dai vertici amministrativi preposti alle strutture ministeriali investite della questione. La pronuncia è pubblicata in *Diritto penale contemporaneo* (Archivio 2010-2019), 28.1.2019, con nota di S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Diciotti: il Tribunale dei ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*; nonché in *QuestG*, 29.1.2019, con nota di L. Masera, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti – Chi fissa e quali sono i limiti all'azione politica del Governo in uno Stato democratico?*

civili della Corte di cassazione, nel procedimento avviato da uno dei trattenuti per il riconoscimento del danno da ingiusta detenzione¹⁷⁰.

Nel caso *Gregoretti*¹⁷¹, il Senato ha concesso l'autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell'interno¹⁷², ma all'udienza preliminare è stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere, sulla scorta della considerazione che il tempo trascorso a bordo dai migranti (circa quattro giorni per i maggiorenni, due per i minorenni) non potesse qualificarsi come illegittima privazione della libertà¹⁷³.

Da ultimo, il caso *Open Arms*¹⁷⁴ si è concluso con l'assoluzione del Ministro dell'interno per i reati di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio. Secondo il Tribunale di Palermo¹⁷⁵ l'imputato non era nel caso di specie gravato dall'obbligo di concedere un *place of safety*, con la diretta conseguenza dell'insussistenza di un'omissione giuridicamente rilevante, tanto *sub specie* di rifiuto di atto d'ufficio, quanto *sub specie* di mancata autorizzazione allo sbarco. Tale conclusione si colloca a valle di un percorso argomentativo costellato da approssimazioni e veri e propri errori: da un lato, la premessa secondo cui la disciplina internazionale in materia di *search and rescue* non è stata pensata per gestire i flussi migratori coglie solo in parte nel segno, poiché non tiene conto degli emendamenti introdotti alle convenzioni SAR e SOLAS nel 2004, a seguito di un incidente (il caso *Tampa*) che presentava molte delle caratteristiche dell'attuale scenario mediterraneo; dall'altro lato, e in stretta connessione, l'affermazione secondo cui la cooperazione tra gli Stati al fine di garantire

¹⁷⁰ Cass. civ. SU 18.2.2025 n. 17687, in *Sistema penale*, 17.3.2025, con nota di L. Masera, *Le Sezioni Unite civili sul caso Diciotti: una decisione di grande importanza anche in sede penale*.

¹⁷¹ Il caso riguardava il divieto di sbarco imposto, dal 27 al 31 luglio 2019, alla nave militare Gregoretti, la quale chiedeva di poter sbarcare le 131 persone a bordo, recuperate nell'ambito di diverse operazioni di soccorso. Per completezza si osserva che i minorenni venivano sbarcati il 29 luglio.

¹⁷² Il 20 gennaio 2020 la Giunta per le immunità del Senato ha accolto, a parità di voti favorevoli e contrari, la richiesta di autorizzazione a procedere, e il successivo 12 febbraio è arrivata la conferma dell'Assemblea del Senato, dove nel frattempo, rispetto al caso *Diciotti*, era cambiata la maggioranza.

¹⁷³ Trib. Catania 14.5.2021, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2021, 3. In sintesi, il Tribunale ha negato la sussistenza di un'illegittima privazione di libertà per due ordini di ragioni: da un lato, rilevando che le convenzioni internazionali in materia di soccorsi in mare non impongono la concessione “immediata” di un POS; dall'altro lato, ritenendo che il tempo trascorso a bordo potesse ritenersi strettamente necessario a condurre le interlocuzioni con altri Paesi dell'UE in merito al ricollocamento dei naufraghi, fase durante la quale si era peraltro stabilito, nell'ambito del già richiamato tavolo tecnico svoltosi il 12 febbraio 2019, che la nave soccorritrice potesse all'occorrenza considerarsi alla stregua di POS temporaneo (v. in particolare le pp. 89-105 della motivazione).

¹⁷⁴ Il caso trae origine dalle operazioni di soccorso mediante le quali la nave *Open Arms*, al servizio della ONG Proactiva Open Arms, traeva in salvo 163 persone in alto mare tra l'1 e il 9 agosto 2019. Al netto di alcune evacuazioni urgenti per ragioni mediche, le restanti persone rimanevano trattenute a bordo dal 14 al 20 agosto, quando la *Open Arms* si trovava ormai in acque italiane, in ragione della mancata concessione di un POS. La situazione si sbloccava solo in ragione del sequestro preventivo della nave disposto dalla Procura di Agrigento nell'ambito di un procedimento a carico di ignoti per rifiuto di atti d'ufficio.

¹⁷⁵ Trib. Palermo 20.12.2024, in *Sistema penale*, 16.7.2025.

lo sbarco dei naufraghi in tempi ragionevoli sarebbe oggetto di una mera *raccomandazione*, contrasta con la constatazione che proprio mediante i citati emendamenti è stato introdotto un *obbligo* in tal senso, e che nelle circostanze venutesi in concreto a determinare il suo adempimento spettava *in primis* all'Italia¹⁷⁶.

Malgrado tali criticità, la sentenza è stata confermata dalla Corte di cassazione, alla quale la Procura aveva fatto ricorso *per saltum*¹⁷⁷. Pur non replicando gli errori commessi dai giudici di prime cure, i giudici di legittimità hanno preso le distanze da quanto avevano affermato il Tribunale dei Ministri¹⁷⁸ e il Garante nazionale dei detenuti¹⁷⁹, negando la privazione di libertà personale e dunque un elemento essenziale del reato di sequestro. Tanto sulla scorta, tra l'altro, della constatazione che la nave soccorritrice aveva ricevuto la disponibilità della Spagna a concedere un POS e che pertanto i naufraghi potevano considerarsi “liberi” in quanto, in sostanza, liberi di allontanarsi dalle coste italiane. Un'argomentazione a nostro avviso formalistica, del tutto sganciata dalle circostanze concrete, che rendevano se non impossibile quanto meno altamente rischioso affrontare ulteriori giorni di navigazione, in frontale contrasto con gli obblighi di tutela della vita di passeggeri ed equipaggio gravanti sul comandante¹⁸⁰. Quanto al rifiuto di atti d'ufficio, la Corte non ha ravvisato alcuna delle «ragioni» impositive del tempestivo compimento dell'atto tra quelle tassativamente previste dall'art. 328 c.p. Infine, e a ben vedere in maniera assorbente, rispetto ad entrambi i reati il ricorso della Procura è stato giudicato comunque inammissibile per difetto di «specificità estrinseca», a sua volta dovuto alla mancanza di argomentazioni in ordine all'elemento soggettivo del dolo, lacuna a cui il collegio ha ricollegato il rischio di un giudizio di rinvio meramente esplorativo.

I tre richiamati casi collimano, a nostro avviso, nel perimetrare una *sacca di impunità* rispetto a condotte istituzionali riconducibili al paradigma del sequestro di persona. Che si tratti di una decisione di stampo puramente politico, come quella che

¹⁷⁶ Per un più esteso sviluppo degli argomenti qui riassunti, sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Caso Open Arms. Le motivazioni della sentenza di assoluzione dell'ex Ministro dell'Interno Salvini dall'accusa di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio*, in *Sistema penale* 2025, 7-8, 117 ss.

¹⁷⁷ Cass. 17.12.2025 (dep. 5.5.2026) n. 16148, in *Sistema penale*, 3.6.2026, con nota di S. Zirulia.

¹⁷⁸ Trib. Palermo, Collegio per i reati ministeriali, Relazione per il rilascio dell'autorizzazione a procedere, 30.1.2020, inedita, spec. p. 93 ss. Successivamente, malgrado la Giunta per le immunità del Senato avesse proposto il diniego di autorizzazione a procedere (v. la Relazione comunicata alla Presidenza del Senato il 28 maggio 2020), l'Assemblea del Senato ha concesso l'autorizzazione a procedere il 30 luglio 2020.

¹⁷⁹ In data 16 agosto 2019 il Garante delle persone private della libertà personale inviava al Ministro dell'Interno una lettera nella quale esprimeva preoccupazione «per la perdurante situazione di privazione de facto della libertà» a bordo della Open Arms (cfr. il [Comunicato stampa](#)).

¹⁸⁰ Sul punto sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Caso Open Arms: la Cassazione esclude il sequestro di persona. Analisi delle motivazioni e critica alla tesi della “libertà di andarsene”*, in *Sistema penale*, 3.6.2026.

ha posto fine al procedimento *Diciotti*, ovvero di fragili argomentazioni di ordine giuridico, come quelle che sostengono gli esiti dei casi *Gregoretti* e *Open Arms*, la verità è che la “ragione di Stato”, declinata in funzione di protezione delle frontiere marittime, è stata ritenuta prevalente rispetto al diritto fondamentale alla libertà personale, in linea con la stessa strategia che aveva portato la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’Uomo a condannare l’Italia nel già ricordato caso *Khlaifia*. Sono passati dieci anni, ma la libertà degli stranieri *sans papiers* continua ad essere impunemente calpestata.

5.2. Come per le detenzioni *de facto* alle frontiere, anche per le prassi di respingimento illegittimo la verità è emersa grazie a una sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. La vicenda trae origine da un’operazione di *push back* eseguita nel maggio 2009 dalla Guardia costiera italiana ai danni di alcuni migranti somali ed eritrei, ricondotti in Libia dopo essere stati tratti in salvo in acque internazionali. Con la sentenza *Hirsi*¹⁸¹ la Corte ha condannato l’Italia per violazione dell’art. 3 Cedu, poiché i respinti avevano corso il concreto pericolo di subire torture e trattamenti inumani una volta consegnati alle milizie libiche, nonché per violazione del divieto di espulsioni collettive di cui all’art. 4 Prot. 4 Cedu, poiché i respinti non erano stati identificati e la loro situazione individuale non era stata oggetto d’esame.

Come nel caso *Khlaifia*, nemmeno nel caso *Hirsi* l’accertamento della responsabilità dello Stato sul piano internazionale ha avuto risvolti penalistici per i singoli autori delle condotte in questione. Il tema della rilevanza penale dei *push back*, già oggetto di autorevoli riflessioni dottrinali¹⁸², è però emerso in una più recente vicenda giudiziaria; nella quale, come subito vedremo, i principi dettati dalla sentenza *Hirsi* hanno giocato un ruolo significativo. Procedendo con ordine, i fatti risalgono al 30 luglio 2018, quando il comandante della nave mercantile Asso28, battente bandiera italiana, soccorreva in acque internazionali un centinaio di migranti che si trovavano a bordo di un gommone. L’intervento avveniva d’accordo con il personale di una piattaforma petrolifera dell’ENI per la quale l’Asso28 svolgeva funzioni di supporto, e in particolare d’intesa con un non meglio identificato *customer officer* libico, in servizio presso la piattaforma stessa. Concluse le operazioni di recupero, il comandante della Asso28

¹⁸¹ C. eur., GC, 23.2.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. Per un commento v. A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell’uomo condanna l’Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di diritto internazionale* 2012, 2, 415 ss.

¹⁸² Cfr. F. Palazzo, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. respingimenti in alto mare)*, in *RIDPP* 2011, 458 ss.: lo scritto, prendendo spunto da un’indagine della Procura di Siracusa, pionieristicamente rifletteva sulla configurabilità del reato di violenza privata.

faceva rotta verso il porto di Tripoli, dove i naufraghi erano consegnati a una motovedetta libica. I Centri di coordinamento e soccorso competenti, ossia quello libico in quanto il soccorso si era svolto nella zona SAR dichiarata dal Governo di Tripoli, e quello italiano in ragione della bandiera della Asso28, venivano informati tardivamente, ossia quando la nave soccorritrice si stava già dirigendo verso la Libia, in violazione della Convenzione SOLAS e delle linee guida IMO.

In relazione a tali condotte, il comandante della Asso28 veniva accusato di abuso d'ufficio (all'epoca ancora in vigore), abbandono di persone minori di quattordici anni o incapaci (art. 591 Cp) e sbarco o abbandono arbitrario di persone (art. 1155 cod. nav.). Mentre per il reato ex art. 323 veniva assolto in primo grado (e sul punto la sentenza non era oggetto di impugnazione)¹⁸³, per le altre due fattispecie delittuose veniva condannato in via definitiva a un anno di reclusione, con pena sospesa¹⁸⁴. Nel prosieguo si darà sinteticamente conto delle motivazioni alla base della condanna.

Giova ricordare che l'art. 591 Cp punisce colui che, avendo in custodia persone minori di anni quattordici, ovvero persone incapaci di provvedere a se stesse, le abbandona in una situazione di pericolo. Senza dubbio il comandante della nave può considerarsi “custode” dei passeggeri, in quanto investito di una posizione di garanzia per la tutela della loro vita e incolumità fisica. Inoltre, a bordo della Asso28 erano presenti minori di quattordici anni e donne incinte, condizione quest'ultima che, secondo i giudici, può essere considerata causa di incapacità di provvedere autonomamente a se stesse, in ragione della maggiore vulnerabilità che normalmente si associa alla gravidanza. Queste persone erano state abbandonate in una condizione

¹⁸³ GUP Napoli 13.10.2021, in *Sistema penale*, 5.9.2022, con nota di C. Pagella, *Sulla rilevanza penale dello sbarco su suolo libico di migranti soccorsi in acque internazionali*. A proposito dell'abuso d'ufficio, il giudice napoletano riteneva che non fosse stato dimostrato né l'ingiusto vantaggio patrimoniale per la petroliera, che dalla commissione del reato avrebbe tutt'al più potuto ricavare benefici indiretti; né il danno ingiusto, poiché non era noto quale fosse stato il destino dei migranti successivamente alla consegna alle autorità libiche. Sebbene il tema abbia perso una parte del suo interesse a seguito dell'abolizione del reato in questione, pare comunque opportuno evidenziare un profilo critico della sentenza, là dove trascura la possibilità di considerare il respingimento collettivo dei naufraghi come un danno ingiusto di per sé, derivante dalla perdita della *chance* di esercitare il diritto di richiedere asilo, nei termini garantiti dal divieto di espulsioni collettive ex art. 4 Prot. 4 Cedu. Per una più articolata critica alle statuizioni sull'abuso d'ufficio, v. L. Masera, *Le decisioni di primo e secondo grado nel caso Asso 28 e il problema inedito della qualificazione penalistica dei respingimenti illegittimi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2023, 10 ss.

¹⁸⁴ Oltre a GUP Napoli, cit. alla nota precedente, cfr. App. Napoli 10.11.2022, in *Sistema penale*, 8.5.2023, con nota di C. Pagella, *Caso ASSO 28: la Corte d'Appello di Napoli conferma la condanna per sbarco arbitrario e abbandono di minori o incapaci sulle coste libiche*. Per un commento a entrambe le sentenze di merito, v. L. Masera, *Le decisioni di primo e secondo grado*, cit. La condanna è stata confermata da Cass. 12.10.2023, n. 4557, commentata da C. Pagella, *Sulla responsabilità penale del Comandante che conduca in Libia i migranti soccorsi in mare: il caso ASSO 28*, in *DPenCont* 2024, 2, 112 ss., nonché da L. Masera, *La Cassazione sul caso Asso 28: respingere verso la Libia i naufraghi soccorsi in alto mare configura una condotta penalmente rilevante. Qualche considerazione sulla qualificazione penalistica delle condotte di violazione del diritto al “non refoulement”*, in *FI* 2024, 6, II, 407 ss.

di pericolo, poiché, osservano concordemente i giudici di primo e secondo grado, è noto che i migranti irregolari in Libia sono costantemente esposti al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, violenze fisiche, sessuali e psicologiche, e perfino al rischio di essere uccisi. Trattandosi di reato di pericolo astratto, non solo non è necessario che un danno si sia verificato, ma nemmeno è necessario dimostrare che ogni singolo individuo abbia corso un effettivo pericolo, essendo sufficiente la potenzialità dello stesso, derivante appunto dalla condizione nella quale si trova la categoria dei migranti irregolari in Libia.

Il secondo reato, ossia lo sbarco o abbandono arbitrario di persone, ha invece trovato applicazione rispetto a tutti gli altri naufraghi respinti dalla Asso28, privi cioè di una specifica condizione di vulnerabilità. Il disvalore, in questo caso, è stato ravvisato nel carattere «arbitrario» dell’abbandono nelle mani delle autorità libiche, cioè nella sua incompatibilità con i doveri gravanti sul comandante della nave, rappresentati, da un lato, dall’obbligo di avvisare senza ritardo le autorità competenti per il coordinamento dei soccorsi (previsto in particolare dalla regola 33 del capitolo V della Convenzione SOLAS e dal par. 5 dalle linee guida IMO); dall’altro lato, dal divieto di *refoulement* (sancito, come è noto, dal diritto internazionale ed europeo, e recepito dalla legislazione italiana nell’art. 19 Tulmm).

Con riferimento all’elemento soggettivo, rispetto a entrambi i reati è stato ravvisato il dolo eventuale. La consapevolezza in ordine al carattere non sicuro del porto libico è stata ricollegata sia alla circostanza, notoria, che la Libia non ha sottoscritto la Convenzione di Ginevra sui rifugiati, sia alla diffusione dei rapporti di istituzioni e organizzazioni internazionali indipendenti che già la sentenza *Hirsi* aveva valorizzato a sostegno della violazione dell’art. 3 Cedu¹⁸⁵. Compiendo la scelta di ricondurre i migranti in Libia, l’imputato aveva pertanto accettato la possibilità che gli stessi fossero esposti al pericolo di subire trattamenti inumani e degradanti.

La sentenza *Hirsi* viene valorizzata dalla Corte di cassazione anche con riferimento al tema della giurisdizione italiana. Si afferma, infatti, che il comandante della nave privata, quando adempie all’obbligo, sancito dal diritto internazionale e recepito dal diritto interno, di salvare persone trovate in *distress*, opera quale agente dello Stato italiano in acque internazionali, e pertanto, nella misura in cui esercita controllo e autorità sui naufraghi, estende la giurisdizione extraterritoriale dello Stato su quelle persone ai sensi dell’art. 1 Cedu, con conseguente applicabilità del diritto a non subire espulsioni collettive. Questi passaggi, pur condivisibili, si presentano a prima vista

¹⁸⁵ Cfr. *Hirsi Jamaa e altri*, cit., §§ 35-42.

come *obiter dicta*. Ci si potrebbe infatti chiedere perché la Corte di cassazione abbia affrontato il problema della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 Cedu, che riguarda l'eventuale responsabilità internazionale dello Stato per violazione o mancata tutela dei diritti fondamentali. Piuttosto, la Corte avrebbe dovuto interrogarsi sull'applicabilità della legge penale italiana a condotte *individuali*, realizzate interamente in acque internazionali. In ogni caso tale interrogativo avrebbe trovato agevole risposta affermativa in base al principio del *territoire flottant*, che considera il naviglio come estensione del territorio dello Stato di cui batte bandiera, e che è stato recepito dall'art. 4 Cp; sicché, salvo ipotesi eccezionali non ricorrenti nel caso di specie, è pacifico che il comandante della nave battente bandiera italiana risponda dei reati commessi a bordo esattamente come se li avesse compiuti sul territorio italiano. Tornando alla ragione per cui la Cassazione si è soffermata sull'applicabilità *ratione loci* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essa è da ravvisarsi, probabilmente, su un diverso piano: quello della possibilità di qualificare come «arbitrario», cioè illegittimo, appunto per violazione del divieto di espulsioni collettive sancito dal diritto di Strasburgo, l'abbandono in pericolo dei naufraghi diversi da minori di anni quattordici e donne incinte, giudizio a sua volta indispensabile per ritenere integrato il reato previsto dall'art. 1155 cod. pen.

Nel corso del processo l'imputato aveva invocato la causa di giustificazione dell'adempimento di un ordine legittimo (art. 51 Cp). Secondo la Corte di cassazione, tuttavia, le interlocuzioni con il *costumer officer* in servizio presso la piattaforma petrolifera non potevano considerarsi fonti di ordini legittimi. Solo laddove l'ordine fosse stato emesso dai competenti centri nazionali di coordinamento, conclude la Corte, il suo adempimento avrebbe potuto giustificare la condotta del comandante (salva la responsabilità dell'ufficiale superiore emanante l'ordine). Quest'ultimo inciso, tuttavia, risulta solo parzialmente condivisibile: laddove, infatti, i centri di coordinamento avessero indicato di fare rotta verso la Libia, il comandante ben avrebbe potuto opporre l'obbligo di sbarcare i naufraghi in un porto sicuro, obbligo previsto da fonti normative ratificate dall'Italia, alla luce delle quali l'ordine sarebbe risultato illegittimo, e dunque privo di efficacia scusante¹⁸⁶.

L'importanza della sentenza sul caso Asso28 non risiede tanto nell'aver ribadito ciò che, ormai, è noto a chiunque (ossia che la Libia non è un porto sicuro per i migranti irregolari tratti in salvo nel Mediterraneo e che pertanto la loro conduzione in quel Paese costituisce una violazione del divieto di *refoulement*); bensì nel valore giuridico

¹⁸⁶ In questo senso v. L. Masera, *La Cassazione sul caso Asso 28*, cit., par. 4.

che tale affermazione assume sul terreno della responsabilità penale individuale. Mentre infatti, fino a questa vicenda, il divieto di *refoulement* era stato invocato per giustificare la condotta del comandante¹⁸⁷, o dei migranti¹⁸⁸, che si erano opposti a condotte contrarie all'obbligo di sbarcare i naufraghi in un porto sicuro, e che per questo erano stati accusati, tra l'altro, di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare; con il caso in esame a venire in rilievo è la *violazione* del medesimo divieto, che a sua volta integra un elemento costitutivo di reati contro la persona. Un cambio di prospettiva particolarmente significativo, perché si accompagna a un mutamento di funzione del diritto penale, che da strumento di protezione delle frontiere rispetto a condotte (a torto) ritenute una minaccia per la loro integrità, torna a ergersi, in maniera più consona alla sua vocazione tradizionale, a strumento di tutela di diritti fondamentali quali la vita, l'integrità fisica e la libertà personale.

Il caso Asso28 può essere tuttavia osservato anche in una diversa, e meno incoraggiante, prospettiva, ossia come ulteriore conferma della tendenziale *impunità* di cui beneficiano condotte gravemente lesive dei diritti fondamentali dei migranti. Non bisogna infatti dimenticare che, anche in ragione delle cornici edittali tutto sommato miti (specialmente nel minimo) previste dai reati *ex artt.* 591 Cp e 1155 cod. nav., il comandante della nave è stato condannato a una pena detentiva di entità particolarmente esigua, per la quale ha beneficiato della sospensione condizionale. Certo, i medesimi reati prevedono, entrambi al co. 3, un'ipotesi aggravata nel caso in cui, come conseguenza non voluta dell'abbandono, derivino lesioni personali

¹⁸⁷ Il riferimento è, naturalmente, al caso della comandante Carola Rackete, la cui responsabilità per i reati di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e resistenza a pubblico ufficiale è stata esclusa in quanto il suo ingresso forzoso nel porto di Lampedusa, in violazione dell'alt della Guardia di finanza italiana, è stato ricondotto all'adempimento del dovere di soccorso di persone trovate in pericolo (Cass. 16.1.2020 n. 6626). Su quella vicenda v., *ex multis*, G. Mazza, *Caso “Sea Watch”: la Cassazione sulla non convalida dell'arresto di Carola Rackete in relazione al dovere di soccorso in mare*, in *DPP* 2020, 1068 ss.; F. Parisi, *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete: note a margine*, in *FI* 2020, 5, 290 ss.; L. Masera, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *QuestG*, 20.2.2020; nonché, volendo, C. Pitea, S. Zirulia, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2020, 3, 659 ss. Sulle modifiche introdotte dal decreto sicurezza 2025 allo scopo di rendere applicabili in situazioni analoghe al caso Rackete i reati di «rifiuto di obbedienza a nave da guerra» (art. 1099 Cn) e «resistenza o violenza contro nave da guerra» (art. 1100 Cn), v. l'analisi critica di A. Ciervo, *La criminalizzazione delle ONG che operano salvataggi in mare tra “Decreto legge sicurezza” e tutela multilivello della libertà di associazione*, in *QuestG*, 21.7.2025.

¹⁸⁸ Qui il riferimento è, invece, al caso *Vos-Thalassa*, all'esito del quale due migranti che si erano opposti con la forza alla decisione del comandante di ricondurli in Libia sono stati assolti dalle accuse di resistenza a pubblico ufficiale, violenza privata e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare in ragione della ritenuta sussistenza della scriminante della legittima difesa (Cass. 16.12.2021 n. 15869 Tijani e altro). Su questa vicenda v. L. Masera, *La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia*, in *Sistema penale*, 28.7.2022; F. Parisi, *Sul caso Vos Thalassa. La Cassazione afferma la configurabilità della legittima difesa per i migranti soccorsi in mare che si oppongono con violenza allo sbarco in Libia*, in *FI* 2022, II, 504-510.

(reclusione da uno a sei anni) o la morte della vittima (reclusione da tre a otto anni): ma l'accertamento di tali situazioni richiede la dimostrazione di quanto accaduto alla persona offesa successivamente all'abbandono, un risultato estremamente difficile da ottenere, specialmente se le vittime non sono state identificate dal reo, come nel caso di specie¹⁸⁹. Il profilo di *impunità* che qui si intende sottolineare non attiene, dunque, al piano dell'*an* della responsabilità, che in effetti è stata pienamente accertata; bensì a quello del *quantum* sanzionatorio, che ci pare, in concreto, manifestamente sproporzionato al disvalore della condotta (prima ancora che dell'evento, di cui non abbiamo evidenze) realizzata dall'imputato¹⁹⁰. A nostro avviso, in altre parole, il fatto stesso di consegnare persone trovate in pericolo mare, incluse donne incinte e minorenni, alle autorità di un Paese dove quelle stesse persone sarebbero state con certezza pressoché assoluta sottoposte a indicibili violenze, configura una condotta di gravità tale da meritare una pena senz'altro superiore al “buffetto” inflitto all'imputato. Si consideri, a tale riguardo, che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è da tempo consolidata nel ritenere che gli obblighi positivi di incriminazione includano anche il divieto di infliggere pene *sproporzionate per difetto* al disvalore del fatto accertato, nonché quello ancillare di non applicare istituti, come la sospensione condizionale, che sterilizzino gli effetti deterrenti della pena¹⁹¹. Queste brevi considerazioni suggeriscono che, rispetto a eventuali future situazioni analoghe, un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 3 Cedu avrebbe buone *chances* di trovare accoglimento. Al fine di prevenire nuove violazioni, occorrerebbe, alternativamente, commisurare la pena in maniera più aderente al disvalore del fatto (entro i margini, beninteso, consentiti dalla cornice edittale dei reati accertati); individuare ulteriori fattispecie potenzialmente applicabili (a titolo esemplificativo, la violenza privata e il sequestro di persona); o ancora riflettere, in ottica *de jure condendo*, sulla possibilità di criminalizzare autonomamente la violazione del divieto di *refoulement*¹⁹².

¹⁸⁹ A *fortiori*, sarebbe stata difficilmente percorribile, quanto meno nel caso di specie, la strada della responsabilità del comandante per concorso nei reati subiti dai migranti respinti in Libia, come evidenzia C. Pagella, *Sulla responsabilità penale del Comandante che conduca in Libia i migranti soccorsi in mare*, cit., 124-126.

¹⁹⁰ Nello stesso senso C. Pagella, *Sulla responsabilità penale del Comandante*, cit., 123-126; L. Masera, *La Cassazione sul caso Asso 28*, cit., par. 5-7.

¹⁹¹ Cfr. C. eur., GC, 1.6.2010, *Gäffgen c. Germania*, § 124, dove la Corte ha censurato l'applicazione di una mera pena pecuniaria, sospesa, agli agenti di polizia che avevano minacciato un sospettato di sequestro di persona di usare tecniche di tortura per costringerlo a rivelare il luogo dove aveva nascosto la vittima.

¹⁹² Per quest'ultima prospettiva, v. L. Masera, *Le decisioni di primo e secondo grado nel caso Asso 28*, cit., 16 ss.

5.3. Le strategie di riduzione dei flussi migratori indesiderati non si limitano ai trattenimenti illegali e ai respingimenti in violazione del divieto di *refoulement*, ma arrivano, in maniera sconcertante, fino al punto di cagionare o non impedire la morte dei migranti per annegamento. Ancora una volta, è grazie al contenzioso sovranazionale che disponiamo di accertamenti giurisdizionali di queste vicende, una delle quali – sulla quale torneremo nell'immediato prosieguo – relativa proprio alla responsabilità dell'Italia¹⁹³. Si tratta, beninteso, di accertamenti in ordine alla responsabilità internazionale degli Stati; d'altra parte, sarebbe grottesco decretarne per ciò solo l'irrilevanza agli occhi del penalista. E del resto non mancano, ancorché per ora isolate, vicende giudiziarie anche su quest'ultimo terreno.

Il riferimento è, anzitutto, a una vicenda forse poco nota, nella quale la violazione degli obblighi di salvaguardia della vita da parte delle autorità italiane ha comportato la morte di oltre ottanta persone. Si tratta del naufragio causato il 28 maggio 1997 nel Canale d'Otranto dalla collisione della corvetta Sibilla della marina militare italiana con la nave Kater I Rades, priva di bandiera e sovraccarica di cittadini albanesi in fuga dalla guerra civile. Nel quadro di un accordo all'epoca stipulato tra l'Italia e l'Albania per il contrasto all'immigrazione irregolare, la Sibilla tentava di interrompere il tragitto della Kater I Rades, dapprima mediante intimazioni verbali, quindi, constatata la loro inefficacia, con manovre dissuasive sempre più pericolose, che ne provocavano, infine, l'affondamento. Il processo si concludeva con la condanna definitiva del comandante della Sibilla a due anni di reclusione e del timoniere della nave albanese a tre anni e sei mesi di reclusione, entrambi per il solo delitto di naufragio colposo, essendosi estinti per prescrizione gli omicidi¹⁹⁴.

Il caso giudiziario finora più eclatante è senz'altro quello relativo al c.d. “naufragio dei bambini”, soprattutto siriani, verificatosi l'11 ottobre 2013, nel quale persero la vita oltre duecento persone. A quasi dieci anni di distanza dall'accaduto, la sentenza del Tribunale di Roma¹⁹⁵, pur dichiarando la prescrizione dei reati di omicidio colposo (art.

¹⁹³ Oltre alla decisione del Comitato dei diritti dell'uomo del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite (sulla quale v. *infra*, nel testo e alla nt. 200), cfr. C. eur., 7.7.2022, *Safi e altri c. Grecia* e 14.10.2025, *F.M. e altri c. Grecia*, le quali, rispetto a due diversi naufragi, hanno ravvisato la violazione dell'art. 2 Cedu tanto sotto il profilo sostanziale, in ragione dell'inadeguatezza delle operazioni di soccorso, quanto sotto il profilo procedurale, in ragione dell'inefficacia delle indagini condotte per accertare eventuali responsabilità per omissione di soccorso.

¹⁹⁴ Cass. 9.5.2014 n. 24527 *Namik e altri*.

¹⁹⁵ Trib. Roma 2.12.2022 n. 14998, in www.asgi.it. Sulla vicenda v. G. Mentasti, *Ritardi nei soccorsi in mare e possibili responsabilità delle autorità italiane: la “condanna” per il “naufragio dei bambini”, nonostante la prescrizione dei reati*. Nota a Tribunale di Roma, sent. 2.12.2022 (dep. 15.12.2022), n. 14998, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 2023, 3; E. Rolfi, *Il Tribunale di Roma, nove anni dopo, sul “naufragio dei bambini”: un problematico caso di prescrizione dei reati e di “responsabilità” delle autorità italiane*, in *Sistema penale*, 21.4.2023.

589 Cp) e rifiuto di atti d'ufficio (art. 328 Cp) contestati a due ufficiali della Marina italiana¹⁹⁶, ha illustrato dettagliatamente le ragioni a sostegno della fondatezza, nel merito, delle accuse rivolte agli imputati. In particolare, a fronte delle numerose richieste di aiuto formulate telefonicamente da un medico siriano a bordo di un barcone salpato dalla Libia, richieste nelle quali si evidenziava l'avaria dei motori, la circostanza che la nave stesse imbarcando acqua e la presenza di bambini, due dei quali feriti, gli imputati non solo omettevano di fornire alle autorità maltesi (responsabili per l'area SAR dove si stava verificando il naufragio) un quadro informativo completo sulla situazione di pericolo e sulla prossimità della nave militare italiana *Libra*; ma financo ordinavano a quest'ultima di mantenersi a debita distanza, onde evitare che Malta ne chiedesse l'intervento, fino al momento del capovolgimento del barcone, quando ormai era troppo tardi per soccorrere efficacemente i naufraghi. Le statuizioni del Tribunale sono state confermate dalla Corte d'appello¹⁹⁷; infine, la Corte di cassazione ha escluso la responsabilità per omissione d'atti d'ufficio e ha confermato la prescrizione per gli omicidi colposi¹⁹⁸. Un esito censurato dal Comitato dei diritti dell'uomo del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁹⁹, che ha ravvisato la violazione del diritto alla vita (sancito dall'art. 6 del Patto) non solo in ragione dell'omesso soccorso delle persone in pericolo, ma anche, sul versante processuale, della prescrizione dei reati. Difficile non ricollegare queste statuizioni alle modalità con cui si è svolto il procedimento, tenuto conto che le indagini si sono concluse nel 2017, quattro anni dopo l'evento, e che in questo frangente temporale si sono registrate ben tre richieste di archiviazione da parte delle Procure intervenute (la prima da parte della Procura di Agrigento, le altre due da parte della Procura di Roma).

Da ultimo, con le cautele dovute alla circostanza che il procedimento nei confronti di alcuni esponenti delle autorità italiane è attualmente pendente in primo grado, non si può non menzionare il naufragio verificatosi il 26 febbraio 2023 davanti alla spiaggia di Steccato di Cutro, nel crotonese. Secondo la ricostruzione offerta dalla Procura, il caicco *Summer Love*, partito dalla Turchia con circa 180 persone a bordo, era stato avvistato il 25 febbraio da un velivolo di Frontex, che aveva trasmesso un'informativa alle autorità italiane. Queste ultime avevano classificato l'evento come operazione di

¹⁹⁶ Segnatamente, il responsabile della centrale operativa del Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto e il capo sezione della sala operativa di CIN- CNAV, Comando in capo della squadra navale della Marina Militare.

¹⁹⁷ App. Roma 25.6.2024.

¹⁹⁸ Cass. 3.4.2026, non ancora depositata.

¹⁹⁹ Comitato dei diritti dell'uomo del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, 4.11.2020, *A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Italy*, par. 8.7. .

polizia di frontiera, dunque di competenza della Guardia di finanza, e non come operazione di ricerca e soccorso, che invece sarebbe stata coordinata dalla Guardia costiera. La GdF sarebbe dovuta intervenire una volta che il *target* fosse entrato in acque territoriali, ma il peggioramento delle condizioni meteo-marine aveva costretto l'unità navale impiegata al rientro in porto. Tale circostanza era stata celata, insieme ad altre rilevanti informazioni, alla Guardia costiera, che invece avrebbe avuto a disposizione assetti navali idonei alla navigazione in quelle condizioni. Anche nelle ore successive, malgrado il protrarsi della burrasca, la GdF non aveva tenuto informata la Guardia costiera e aveva omesso il monitoraggio del *target*, ignorando il rischio, poi effettivamente concretizzatosi, che lo stesso potesse avvicinarsi eccessivamente alla spiaggia ed entrare in collisione con il fondale. Allo stesso tempo, la Guardia costiera, pur avendo ricevuto il medesimo report di Frontex e pur essendo al corrente delle condizioni meteo-marine avverse, aveva omesso di effettuare gli approfondimenti conoscitivi che avrebbero comportato la classificazione dell'evento come SAR e, di conseguenza, le avrebbero imposto di intervenire. All'alba del 26 febbraio, a poche centinaia di metri dalla riva, lo scafo del Summer love aveva urtato contro una secca e si era spezzato, con conseguente affondamento dell'imbarcazione e morte per annegamento di almeno 94 persone, tra cui 35 minori. I primi soccorsi erano stati prestati soprattutto da pescatori, residenti, carabinieri e volontari sulla spiaggia.

Nel filone processuale contro i presunti scafisti, cinque persone sono state condannate a pene comprese tra 16 e 20 anni (in un caso, 11 anni) per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e morte come conseguenza di altro delitto. Pene considerate troppo basse dal Governo italiano, che all'indomani del naufragio ha ritenuto opportuno introdurre, mediante il già ricordato decreto Cutro, il nuovo reato di morte o lesioni come conseguenza del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 12-*bis* TuImm), dotato di pene fino a trent'anni di reclusione²⁰⁰.

Il secondo filone processuale – avviato a seguito di un esposto siglato da oltre quaranta ONG e associazioni italiane ed europee impegnate nella tutela dei diritti umani – riguarda i presunti ritardi o omissioni nei soccorsi. Nel luglio 2025 sono stati rinviati a giudizio quattro ufficiali della Guardia di finanza e due della Guardia costiera, con l'accusa di naufragio colposo e omicidio colposo plurimo. Il dibattimento davanti al Tribunale di Crotone, iniziato nel gennaio 2026, è attualmente in corso. In attesa di conoscere gli sviluppi processuali, quel che fin d'ora appare certo è che le autorità fossero al corrente della presenza del caicco molte ore prima dell'evento e che le misure

²⁰⁰ V. *supra*, 2.1., 2.2.

che avrebbero con alta probabilità impedito il naufragio non sono state poste in essere. A ciò si aggiunge che la classificazione degli eventi che coinvolgono *boat migrants* come *law enforcement* anziché come SAR non rappresenta un’eccezione o un isolato errore di valutazione, bensì una prassi costante dello Stato italiano documentata dal 2019²⁰¹. Una prassi particolarmente discutibile se si considera che le imbarcazioni sovraffollate e prive dei più elementari dispositivi di sicurezza (come i salvagente) sono per definizione *in distress* o quanto meno in una situazione di *incertezza*; situazione quest’ultima che in base al diritto internazionale, impone di effettuare tutti gli accertamenti prodromici all’eventuale classificazione dell’evento come SAR²⁰². L’adempimento degli obblighi di soccorso risulta così subordinato allo svolgimento di operazioni di polizia finalizzate alla sorveglianza delle frontiere e al contrasto all’immigrazione irregolare; un azzardo i cui effetti collaterali parrebbero essersi manifestati proprio nel caso appena esaminato.

6. La contaminazione tra diritto penale e diritto dell’immigrazione, messa puntualmente in luce vent’anni orsono attraverso la categoria concettuale della *crimmigration*, rivela oggi una più profonda torsione funzionale del sistema punitivo: il diritto penale viene sempre più spesso adoperato come dispositivo di difesa dei confini, mediante un complesso di norme formalmente amministrative ma sostanzialmente punitive, mentre tende ad arretrare proprio là dove sarebbe chiamato a tutelare i diritti fondamentali delle persone in movimento, quali la vita, la libertà personale, l’integrità fisica e il diritto a non essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani o degradanti.

La prima parte del lavoro ha mostrato come le disposizioni rientranti nelle tre direttrici classiche della *crimmigration* concorrano oggi a edificare un apparato normativo segnato da evidenti profili di sproporzione e irragionevolezza; profili destinati nel complesso ad acuirsi per effetto della progressiva implementazione del

²⁰¹ Cfr. D. Facchini, *Soccorsi in mare classificati come operazioni di polizia: i dati 2019-2023 certificano la prassi*, *Altraeconomia*, 14.4.2023.

²⁰² Per la puntuale ricostruzione della disciplina nazionale e internazionale in materia, v. F. De Vittor, *Controllo dell’immigrazione irregolare o soccorso a naufraghi? Sulla compatibilità con gli obblighi in materia di soccorso della classificazione di eventi SAR come operazioni polizia*, in *ADiM Blog*, aprile 2023. A proposito della cornice securitaria che ormai circonda le operazioni di *search and rescue* nel Mediterraneo, v. A. Papachristodoulou, *The Exercise of State Power over Migrants at Sea through Technologies of Remote Control: Reconceptualizing Human Rights Jurisdiction*, in *International & Comparative Law Quarterly* 2024, 4, 931 ss., dove il naufragio di Cutro è citato proprio come esempio paradigmatico dell’approccio oggetto di critica; nonché, con sguardo esteso anche oltre l’Europa, D. Ghezelbash, V. Moreno-Lax, N. Klein, B. Opeskin, *Securitization of Search and Rescue at Sea: The Response to Boat Migration in the Mediterranean and Offshore Australia*, in *International & Comparative Law Quarterly* 2018, 2, 315 ss.

nuovo Patto UE sull’immigrazione e l’asilo. La criminalizzazione dell’ingresso e del soggiorno irregolare, dell’agevolazione dell’immigrazione irregolare e di ulteriori condotte dove il perno del disvalore è la violazione di regole che disciplinano lo status degli stranieri in Italia, produce un diritto penale di stampo artificiale, destinato a generare irrisolvibili tensioni con i canoni di offensività e proporzionalità. Parallelamente, le conseguenze sullo status degli stranieri – in termini di automatismi ostativi, espulsioni, revoca della cittadinanza – discendenti dalla commissione di reati o da condotte etichettate come antisociali, sovversive o anche solo sospette, convergono nell’affiancare all’apparato repressivo di diritto comune un *surplus* di misure afflittive i cui costi in termini di esclusione e marginalizzazione non sono controbilanciati da alcun misurabile vantaggio. La massima intensità della commistione tra politica criminale e governo amministrativo dei flussi si manifesta sui versanti della detenzione amministrativa (nei CPR, negli *hotspot* e nei centri dislocati in Albania) e dell’apparato sanzionatorio predisposto a tutela delle frontiere marittime nei confronti di coloro che svolgono stabilmente attività di *search and rescue*. Qui la sproporzione tra obiettivo perseguito e tipologia di misura adottata raggiunge il suo apice, non solo sul piano dell’eccessiva afflittività, ma anche su quello dell’(in)efficacia, grossolanamente soppiantata dalla mera simbologia. Iniziano, inoltre, a intravedersi i germi di quelle che abbiamo definito politiche *criminali*, dove il progressivo svuotamento dei diritti delle persone in movimento fa da premessa, anche sul piano culturale, all’accettazione consapevole della loro sacrificabilità in nome della ragione di Stato.

Tutto ciò che per “noi” è un patrimonio acquisito, al punto tale che faticiamo anche solo a immaginare che possa essere rimesso in discussione – il diritto alla vita, il diritto alla libertà personale, il divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti – diventa invece precario, improvvisamente bilanciabile, o comunque questione di “numeri”, allorché l’interessato sia uno di “loro”. Il fatto che vengano commessi gravissimi reati nei confronti dei migranti, per mano delle stesse istituzioni italiane o di soggetti terzi nel quadro di strategie concordate, diventa *una delle opzioni possibili*. E questa è solo una faccia della medaglia.

L’altra faccia sono le persistenti difficoltà che, a diversi livelli, l’ordinamento incontra nell’accertare e sanzionare tali responsabilità penali. L’impunità per i trattenimenti *de facto* a bordo di navi, per i respingimenti verso la Libia e per i naufragi cagionati o non impediti da omissioni nei soccorsi, mostrano come la ragione di Stato rischi, anche, di neutralizzare le più elementari funzioni di tutela del diritto penale.

Ci troviamo così al cospetto di una situazione *prima facie* paradossale, ma ad un più attento sguardo perfettamente coerente: le medesime politiche pubbliche che irrigidiscono il trattamento punitivo dello straniero irregolare tendono a schermare, o comunque a rendere difficilmente perseguibili, le condotte istituzionali che incidono sui suoi diritti fondamentali. È in questa asimmetria che si coglie il tratto più problematico della *crimmigration* italiana: un diritto punitivo espansivo e feroce, quando si tratta di proteggere interessi amministrativi intermedi, quali l'ordinata gestione dei flussi migratori; e al contempo timido e debole, quando si tratta di proteggere beni giuridici finali, come i diritti fondamentali poc'anzi richiamati. Breve: un diritto punitivo che anticipa e amplifica la tutela dei confini e al contempo arretra dinanzi alle violazioni commesse in nome dei confini stessi. La questione non è soltanto politico-criminale, ma investe il fondamento costituzionale dello *ius puniendi*: in uno Stato di diritto non dovrebbe esserci spazio alcuno per un diritto penale severo con i vulnerabili e indulgente con l'esercizio illegittimo del potere pubblico.

È su queste premesse che poggia la necessità di ripensare il diritto penale dell'immigrazione sin dalle sue fondamenta. In primo luogo, occorrerebbe ridurre drasticamente l'area della punibilità fondata sulla mera irregolarità amministrativa, riservando la sanzione penale alle condotte effettivamente offensive di beni giuridici personali, preferibilmente di rango costituzionale. Un esempio molto concreto può formularsi rispetto all'art. 12 Tulum, che dovrebbe essere riscritto in modo tale da differenziare con nettezza, nell'*an* e nel *quantum*, il traffico organizzato di migranti dalle condotte di agevolazione occasionali, solidaristiche o comunque prive di finalità di sfruttamento. In secondo luogo, la disciplina degli effetti amministrativi connessi alla repressione e alla prevenzione di reati dovrebbe essere, oltre che riordinata, rimodulata sulla base di considerazioni attinenti alla sua efficacia, limitando l'applicabilità di misure fortemente impattanti sulla vita privata a quelle ristrette ipotesi in cui risultino davvero indispensabili per proteggere contro-interessi di alto rango. In terzo luogo, la detenzione amministrativa, in tutte le sue molteplici forme, dovrebbe essere come minimo riallineata alle garanzie previste dagli artt. 13 Cost. e 5 Cedu. Nel mentre si potrebbe avviare un serio dibattito in ordine alla sua possibile abolizione; soluzione, quest'ultima, che invece senza alcun dubbio o esitazione dovrebbe investire il vergognoso apparato di misure sanzionatorie messo in piedi per colpire coloro che quotidianamente adempiono all'obbligo morale e giuridico di salvare vite in mare.

Sul versante opposto, è necessario rafforzare la capacità dell'ordinamento penale di reagire alle violazioni dei diritti fondamentali commesse nell'attuazione delle politiche

migratorie. Ciò richiede, anzitutto, un’applicazione non selettiva delle fattispecie comuni — sequestro di persona, omissione di atti d’ufficio, abbandono di persone incapaci, violenza privata, omicidio e naufragio colposi — ogniquale volta decisioni od omissioni delle autorità determinino privazioni arbitrarie della libertà, respingimenti vietati o mancati soccorsi. In prospettiva *de iure condendo*, potrebbe inoltre valutarsi l’introduzione di una fattispecie autonoma volta a sanzionare le violazioni gravi del divieto di *refoulement*. Decisivo, per non incorrere nuovamente nelle forme di impunità che abbiamo esaminato, è il rispetto degli obblighi positivi di tutela penale sul versante procedurale, che includono l’avvio d’ufficio delle indagini a fronte di fatti riconducibili alla violazione degli artt. 2 e 3 Cedu, la tempestività e l’efficacia delle indagini stesse, l’effettività dei diritti partecipativi delle vittime, la pubblicità e la trasparenza del processo, la coerenza tra i fatti emersi e le statuizioni processuali, l’applicazione di sanzioni proporzionate al disvalore del fatto e l’effettiva esecuzione delle stesse.

Rifondare il diritto penale dell’immigrazione significa, in definitiva, sottrarlo alla funzione impropria di presidio delle frontiere che gli è stata assegnata e restituirlo alla sua vocazione costituzionale; significa porre termine alla repressione della mobilità in quanto tale, resa irregolare dalle stesse leggi che poi la puniscono, e al contempo proteggere le persone in movimento dalle più gravi offese arrecate ai loro diritti fondamentali, anche quando tali offese siano prodotte o tollerate dalle istituzioni chiamate a presidiare i confini.