

Dall'omessa depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina alla riforma della legittima difesa: le nuove sfide per la Costituzione tra populismo, nazionalismo e strumentalizzazione dell'ordinamento penale*

di Mariachiara Croce **
(31 gennaio 2019)

Sommario: 1. Introduzione: populismo e nazionalismo 2. Il diritto penale come chiave d'arco tra populismo e nazionalismo 2.1 Il reato di immigrazione clandestina 2.2 L'aggravante dello stato di clandestinità 2.3 Il reato di accattonaggio molesto 2.4 La riforma della legittima difesa 2.5 La Legge "spazza corrotti" 3. Prospettive *de iure condendo*.

1. Introduzione: populismo e nazionalismo.

Populismo e nazionalismo sono due forme di patologia della rappresentanza politica che affondano le proprie radici nell'incertezza legata alle oscillazioni delle borse internazionali¹. È nei contesti di crisi economica, difatti, che germoglia la crisi sociale che, nella duplice veste di generale sentimento di precarietà e di crisi di identità nazionale, diviene terreno fertile per lo sviluppo di anomalie nella democrazia rappresentativa².

L'ideologia populista ha in seno quella che sembra essere un'incomponibile contraddizione: pur perseguendo formalmente l'obiettivo di migliorare le condizioni della popolazione, finisce per renderne altamente precaria l'esistenza. Scindendo forzatamente la classe più agiata (la cosiddetta "*classe dirigente*") dal resto della popolazione ed esaltando la purezza di quest'ultima a fronte della disonestà delle *élites*, il populismo, facendosi promotore della cultura del sospetto, alimenta all'interno della collettività un desiderio carsico di vendetta sociale del tutto privo di fondamento concreto.

Tuttavia, nell'esperienza italiana il fenomeno populista si è sviluppato lungo due distinte direttrici che, prendendo in prestito la nota distinzione baconiana, possono essere definite di "*populismo destruens*" e di "*populismo construens*". Il

* Scritto sottoposto a *referee* e risultato della rielaborazione, resa necessaria dalle recenti riforme che hanno interessato l'ordinamento penale, di una relazione tenuta in occasione della Conferenza Inaugurale di ICON·S Italia, "*Unità e frammentazione dentro e oltre lo Stato*", che si è svolta presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione di Roma il 23 ed il 24 novembre 2018.

1 La definizione del populismo quale patologia della rappresentanza politica è frutto di un'elaborazione personale che non trascura il dibattito dottrinario sviluppatosi in tema di delimitazione del fenomeno populista. In argomento, si rinvia all'interessante analisi di M. CANOVAN, *Populism*, Hartcourt Brace, New York – London, 1981, pp. 301 ss. Secondo l'Autrice, il concetto di populismo è tanto confuso ed inservibile da farne apparire persino inopportuna, ad un giudizio *ex post*, la formulazione.

2 F. BILANCIA, *Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo*, in *Lo Stato*, 2018, 10, pp. 341 ss.

primo è il populismo politico, il quale pone in serio pericolo la tenuta del patto sociale, estremizzando le tensioni popolari; il secondo è il populismo culturale caratterizzante la produzione artistica neorealista, improntata alla riscoperta del mondo contadino e della sua cultura, nonché dei valori primigeni delle classi subalterne.

Letteratura e cinema neorealisti del secondo dopoguerra, pur ergendo il popolo a modello etico e sociale, esaltavano le peculiarità della realtà e delle tradizioni popolari per ritrovare in esse un sentimento comune e l'unità perduta durante il secondo conflitto mondiale. L'obiettivo della produzione artistica neorealista era di avvicinare classi agiate e classi non abbienti, fondendone la cultura³.

Contrariamente al "populismo *construens*", il "populismo *destruens*" è caratterizzato da una politica di cieca esaltazione dello Stato-collettività riassumibile, a nostro parere, con la seguente massima: non è la politica a dover dirigere la società, ma, al contrario, spetta a quest'ultima governare la politica.

Mentre la "*politica nobile*" mira alla composizione dei conflitti collettivi ed alla predisposizione di tutti i mezzi necessari al fine di garantire ai consociati la tenuta del contratto sociale, l'approccio populista è, invece, incentrato sul piano della *politique politicienne*: invero, la soddisfazione di ogni istanza popolare, anche (e, verrebbe da precisare, soprattutto) se di carattere irrazionale rappresenta un prezioso strumento di attrazione del consenso e di estensione del bacino elettorale⁴.

In tal modo, la strategia populista, ponendo l'Es al di sopra dell'Io⁵, trascura di adempiere uno dei compiti fondamentali della politica, ovvero educare i consociati affinché possano esercitare i propri diritti in modo consapevole, incoraggiandone, al contrario, le istanze irrazionali. Procedendo in tal modo, i piani di governo populistici, confezionati su misura per rispondere prontamente ad ogni espressione di malcontento popolare, ci sembrano destinati a condurre verso una graduale involuzione del $\delta\eta\mu\omicron\varsigma$ in $\delta\chi\lambda\omicron\varsigma$, nonché della democrazia in olocrazia.

I movimenti nazionalisti si basano, invece, sull'esaltazione dell'idea di Nazione, intesa come entità autonoma e non quale mera *factio iuris* costituita in realtà da un insieme di individui. La Nazione viene esaltata come un *quid* preesistente rispetto allo Stato-comunità.

Il fine cui gli esponenti di tale movimento mirano, sin dal diciannovesimo secolo, è quello di garantire alla Nazione il raggiungimento del massimo livello di

3 La superiorità del populismo artistico/culturale rispetto a quello politico è ben testimoniata dal fatto che alla base del neorealismo italiano vi fossero, tra l'altro, gli scritti con cui Gramsci propugnava la causa della letteratura nazionalpopolare e si dimostrava favorevole alla tendenza del linguaggio colto ad arricchirsi con espressioni tipiche delle realtà contadine.

4 Per un'analisi dei chiaroscuri che caratterizzano l'ideologia populista: P. IGNAZI, *La fattoria degli Italiani: i rischi della seduzione populista*, Milano, 2009.

5 S. FREUD, *Das Ich und das Es: und andere metapsychologische Schriften*, Frankfurt am Main Fischer, 1990

autorità agli occhi dei consociati e nel confronto internazionale (e, in tal senso, l'imperialismo altro non è che una forma "evoluta" di nazionalismo).

Il nazionalismo si è sviluppato gradualmente nel periodo compreso tra il Congresso di Berlino del 1878 ed il primo dopo guerra, momento a partire dal quale ha monopolizzato lo scenario politico di Germania ed Italia⁶.

Mentre il populismo è incentrato su di un'esaltazione *iuris et de iure* delle voci provenienti dallo Stato-comunità, il nazionalismo si propone, invece, di imporre in modo autoritario il ruolo dello Stato-apparato tanto nei confronti degli altri Stati-apparati, nell'ambito delle relazioni internazionali, quanto (soprattutto) nei confronti dello Stato-comunità⁷. Tale obiettivo viene perseguito mediante la predisposizione di espedienti politici intrusivi volti ad estendere l'ambito di ingerenza statale nella dimensione internazionale e collettiva.

2. Il diritto penale come chiave d'arco tra populismo e nazionalismo

Sebbene populismo e nazionalismo prendano le mosse da istanze opposte (essendo l'uno incentrato sugli interessi del popolo e l'altro sulla tutela dell'autorità dello Stato), essi finiscono per convergere e fondersi nell'uso (*recte*, abuso), nel perseguimento dei propri fini, del diritto penale. Trattandosi della branca del diritto dotata della più estesa eco pubblica e di strumenti particolarmente intrusivi⁸, il diritto penale finisce per rivestire nella realtà politica il ruolo della chiave di volta sulla quale confluiscono (e su cui si sorreggono) le contrastanti istanze populiste e nazionaliste.

Le forme di manifestazione dell'abuso del diritto penale da parte di populistici e nazionalisti muovono da premesse differenti. Mentre il populismo piega il diritto penale alla mera simbologia, riducendo ogni questione penalistica a temi di propaganda⁹, il nazionalismo lo forgia, invece, quale strumento finalizzato all'affermazione dello Stato-Ente.

Tuttavia, la distinta *ratio* che caratterizza l'asservimento del diritto penale alle logiche populiste e nazionaliste finisce per assumere nella prassi un ruolo marginale, in quanto il prodotto finale dell'abuso del diritto penale da parte di populistici e nazionalisti è rappresentato da una legislazione penale compulsiva di carattere tendenzialmente discriminatorio e punitivo-repressivo¹⁰.

6 In Germania la prima forma di nazionalismo è ravvisabile nella politica di Guglielmo II ed ha trovato massima espressione nelle dottrine naziste avanzate da Adolf Hitler. In Italia la diffusione del nazionalismo risale al 1910, con la nascita dell'Associazione Nazionalista Italiana, la quale, divenuta partito nel 1914, è stata infine inglobata nel partito fascista nel 1923.

7 Le espressioni "Stato-apparato" e "Stato-comunità" sono di P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Terza edizione, Torino, p. 11.

8 In tema, *funditus*, M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, pp. 34 ss.

9 ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE, *Comunicato sulle recenti politiche criminali*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 novembre 2018.

Il diritto penale nazionalpopulista, prendendo le mosse dalle logiche del diritto penale del nemico di Jackobsiana memoria¹¹, tende ad essere legato alle persone e non ai fatti, a presunzioni e non ad accertamenti¹², assumendo così un malcelato atteggiamento di sfida nei confronti del “testamento politico” dei Padri Costituenti.

In primo luogo, infatti, il riformismo populista e nazionalista in materia penale si caratterizza per un’evidente anticipazione della tutela penale, volta a criminalizzare non il fatto, non la pericolosità, ma, ancor prima, una mera presunzione di pericolosità di alcuni individui. Il diritto penale dismette così la veste di “diritto penale del fatto” per farsi “diritto penale d’autore” ove l’incriminazione non è diretta a colpire azioni od omissioni, bensì il modo di essere e le scelte di vita dei singoli. Tale strategia di carattere politico-criminale si pone in evidente contrasto con il secondo comma dell’art. 25 della Costituzione (che, oltre a sancire *apertis verbis* il principio di irretroattività in materia penale, tratteggia, quale necessaria ossatura del diritto penale, il fatto¹³), nonché con la pietra miliare del sistema processualpenalistico italiano, ovvero la presunzione di innocenza di cui al secondo comma dell’art. 27 della Costituzione.

In secondo luogo, esaminando le forme di manipolazione dell’ordinamento penale da parte di populistici e nazionalisti, si riscontra una generale tendenza ad optare per reazioni sanzionatorie sproporzionate al fatto di reato ovvero per aggravamenti del trattamento sanzionatorio delle fattispecie criminose esistenti a titolo meramente simbolico.

La pena è, difatti, intesa quale mero strumento repressivo (*recte*, vendicativo) del fatto del singolo, dismettendo, del tutto impropriamente, la sua funzione preventiva e rieducativa. Tale manifestazione del diritto penale nazionalpopulista entra in tensione con il terzo comma dell’art. 27 della Costituzione, secondo cui la pena, oltre a non poter integrare gli estremi di un trattamento contrario al senso di umanità, deve tendere alla rieducazione del condannato. In tal modo, ad essere violata è la stessa *ratio* di politica criminale

10 L. D. CERQUA, *La legislazione penale compulsiva*, in *L'Indice penale*, 3, 2006, pp. 1313-1323; G. INSOLERA, F. SGUBBI, *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

11 G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 1985. Per un esame approfondito del fondamento e dell’evoluzione della teoria del diritto penale del nemico: M. DONINI, M. PAPA, *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007, pp. 5 ss.

12 Per un’analisi critica del diritto penale del nemico, si rinvia a M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cassazione Penale*, 2, 2006, pp. 694 ss.; Idem, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 53 ss.; Idem, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. KOSTORIS e R. ORLANDI, Torino, 2006, pp. 19 ss.; in argomento anche F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, n. 2, pp. 667 ss.

13 F. BRICOLA, *Commento all’art. 25 commi 2 e 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1981.

sottesa alla pena, la quale, per essere ben presente negli animi dei consociati ed essere percepita come “giusta”, deve essere effettiva e moderata.

Il rischio che lo strumento penale venga sfruttato a fini nazionalpopulisti, mediante aggravati sanzionatori simbolici e incriminazioni *ad personam*, trova, a nostro parere, una chiara concretizzazione in diversi interventi di riforma, alcuni dei quali già entrati in vigore o tuttora in discussione, altri risolti in un “non finito”.

Senza soffermarci sui molteplici esempi di aggravati sanzionatori meramente simbolici¹⁴, riteniamo opportuno esaminare in particolare il reato di immigrazione clandestina, il reato di accattonaggio molesto, la riforma della legittima difesa (tuttora in discussione), la nuova Legge “*spazza corrotti*”.

2.1 Il reato di immigrazione clandestina

La debolezza del Legislatore nei confronti della seduzione del diritto penale d'autore è testimoniata dalla persistente rilevanza penale del fatto di chi si introduca ovvero permanga illegalmente nel territorio dello Stato italiano.

In base a quanto previsto dalla Legge Delega 28 aprile 2014, n. 67, il reato di immigrazione clandestina, *rectius*, di “*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*”, introdotto dall'art.1, comma sedici, lett. a) della Legge 15 luglio 2009, n. 94 all'art. 10*bis* del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286¹⁵, era destinato ad essere parzialmente depenalizzato. Nello specifico, il primo ingresso irregolare dello straniero nel territorio dello Stato avrebbe dovuto dismettere le vesti di reato per indossare quelle di illecito amministrativo, mentre avrebbero mantenuto rilevanza penale tutte le ipotesi di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia dall'Autorità competente.¹⁶ Tuttavia, il Governo italiano ha, infine, deciso di non esercitare la delega alla depenalizzazione rispetto alla contravvenzione di immigrazione clandestina, salvando l'ipotesi *de qua* dall'*abolitio criminis*¹⁷. L'improvviso cambio di rotta testimonia, a nostro parere, la tendenziale incapacità della politica di fronteggiare e vincere le

14 Un esempio di aggravio sanzionatorio meramente simbolico è rinvenibile nella modifica della forbice edittale del delitto di peculato prevista dalla Legge n. 69/2015. Mentre prima dell'intervento legislativo *de quo*, il massimo edittale per il delitto di peculato era pari ad anni 10 di reclusione, in seguito la pena edittale massima è stata estesa ad anni 10 e mesi 6. La mancanza di utilità concreta e la natura di aggravio-*slogan* di tale incremento sanzionatorio è evincibile dalle riflessioni di D. PULITANO', *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2016, p. 5. Sul rischio di asservimento del diritto penale alle logiche populiste, L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, pp. 197 ss.

15 Per un'analisi dei pregiudizi che tale incriminazione comporta rispetto ai diritti fondamentali dello straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale, L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA e F. VIGANO', Torino, 2009, pp. 27 ss.

16 Il riferimento è, ad esempio, alle misure disposte dal questore in sede di concessione di un termine per la partenza volontaria, all'ordine di allontanamento emesso dal questore, al divieto di reingresso in Italia dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, alle misure disposte dal questore in alternativa al trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione.

lusinghe populiste, facendosi disarmare da quell'opinione pubblica che, in quanto titolare del prezioso diritto di voto, è in grado di esercitare sulle forze di maggioranza una pressione pressoché irresistibile, in ragione della minaccia implicita legata alla perdita del sostegno elettorale¹⁸.

Il reato di immigrazione clandestina è un'ipotesi contravvenzionale consistente nel fatto di chi si introduca abusivamente nel territorio dello Stato italiano ("crossborder") ovvero ivi si trattenga irregolarmente ("overstayer"); per esso è comminata *ex lege* la pena pecuniaria dell'ammenda da euro 5.000 ad euro 10.000.

Sebbene la norma *de qua* abbia suscitato, sin dalla sua introduzione nell'ordinamento giuridico italiano, non poche polemiche, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla sua legittimità, ne ha sancito la conformità a Costituzione.¹⁹ Disattendendo i rilievi dei Giudici *a quibus*, la Corte ha, difatti, rilevato, in primo luogo, che la norma non si limita a sanzionare la condizione personale dello straniero, bensì un comportamento concreto, consistente nell'ingresso ovvero nel trattenimento dello stesso nel territorio dello Stato italiano in violazione della normativa in materia di immigrazione.

In secondo luogo, la Corte Costituzionale ha escluso che la *littera legis* della disposizione funga da copertura di un reato di mera disobbedienza, come tale inoffensivo di alcun bene giuridico; al contrario, l'art. 10bis, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 tutela, al contempo, il fondamentale interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, nonché l'ordine, la sicurezza e la salute pubblici.

Pur condividendo pienamente la motivazione della Corte Costituzionale in merito alla conformità a Costituzione della *ratio* sottesa alla contravvenzione di immigrazione clandestina, sembra innegabile che l'opzione legislativa per lo strumento penale sia alquanto inopportuna (seppur non tanto irragionevole da consentire alla Corte Costituzionale di intervenire sul punto in sede di sindacato di legittimità costituzionale della norma). Tale personale convincimento è basato su considerazioni di diritto penale sostanziale e processuale.

In primis, riteniamo che la scelta legislativa di conferire rilievo penale al fatto di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato entri in forte tensione con la natura di *extrema ratio* propria del diritto penale. Poiché la tutela dell'ordine pubblico avrebbe potuto essere parimenti assicurata dalle sole reazioni di carattere amministrativo, la reazione penale all'illecito *de quo* assume i connotati di una sconveniente superfetazione.

17 A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2016, pp. 577 ss.

18 Secondo A. GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in *La legislazione penale*, 29 luglio 2016, p. 27, "hanno (...) alla fine prevalso ragioni politiche, legate alla funzione simbolica del diritto penale, utile placebo di fronte alle inquietudini dell'opinione pubblica rispetto al fenomeno dell'immigrazione". In tema anche C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 2, 2017, pp. 135 ss.

19 C. Cost., 5 luglio 2010, n. 250.

L'idoneità delle sole previsioni amministrative a prevenire e reprimere il fenomeno dell'immigrazione clandestina è comprovata dalle caratteristiche del relativo sistema sanzionatorio, connotato da reazioni punitive persino più afflittive di quella penale²⁰.

In secondo luogo, l'incriminazione rivela difetti di coordinamento tra procedimento penale e procedimento amministrativo non indifferenti. Nei confronti dello straniero che venga colto in stato di clandestinità nel territorio dello Stato italiano debbono essere, infatti, avviati due distinti procedimenti: quello penale, rimesso al Giudice di Pace, e quello amministrativo, affidato al Prefetto. Può accadere che, in pendenza del procedimento penale, il Prefetto competente per territorio disponga l'espulsione coatta dello straniero; in tal caso il Giudice di Pace deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere. Qualora, invece, il processo penale si concluda con una sentenza di condanna, il Giudice procedente potrebbe decidere di sostituire la pena pecuniaria con l'espulsione; qualora opti per tale soluzione, lo straniero rischierebbe di essere infine assoggettato ad una duplice espulsione: quella penale di carattere sostitutivo e quella amministrativa del Prefetto²¹.

Inoltre, comminando la pena dell'ammenda, il Legislatore del 2009 sembra aver confessato parzialmente l'intento simbolico sottostante all'introduzione dell'art. 10**bis** nel D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Difatti, la sanzione pecuniaria ivi prevista mal si concilia con la condizione personale e finanziaria propria dei soggetti ai quali sono astrattamente ascrivibili le condotte incriminate dalla norma, trattandosi per lo più di persone prive di mezzi di sostentamento.

Un'ulteriore criticità legata al trattamento sanzionatorio previsto dal D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 per la contravvenzione di immigrazione clandestina è ravvisabile nella sanzione sostitutiva prevista *ex lege*. Mentre di regola le sanzioni sostitutive hanno carattere meno grave rispetto alle sanzioni sostituite, l'art. 16, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 prevede, invece, che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 10**bis**, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, qualora non ricorrano circostanze impeditive dell'esecuzione dell'espulsione immediata dello straniero mediante

20 Si valutino, ad esempio, la pena dell'ammenda comminata per la contravvenzione di immigrazione clandestina e la sanzione amministrativa dell'espulsione, prevista dal D. Lgs. 286/1998 per il medesimo fatto dello straniero.

21 L'enorme dispendio di risorse e denaro pubblico legato all'eventualità della doppia espulsione (penale ed amministrativa) dello straniero irregolare è evidenziato, *ex multis*, da G. L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 1, p. 196. L'Autore evidenzia che le risorse spese dallo Stato per coprire i costi dei procedimenti amministrativi e penali previsti a carico degli stranieri irregolari e per garantire l'attuazione dell'eventuale doppia espulsione potrebbero trovare un migliore impiego nell'aumento del numero di rimpatri e respingimenti oppure (data la cecità di un approccio prettamente restrittivo e protezionistico nella gestione dei flussi migratori) nell'investimento in azioni di solidarietà verso i Paesi di provenienza dei migranti. Per un esame dei diversi volti dell'espulsione dello straniero si rinvia a: L. SIRACUSA, *L'espulsione del migrante e la "materia penale" tra punizione e prevenzione*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di V. MILITELLO – A. SPENA, Torino, 2018, pp. 109 ss.

accompagnamento coatto dello stesso alla frontiera, possa sostituire la pena dell'ammenda con quella dell'espulsione.

Infine, un esame più approfondito del trattamento sanzionatorio riservato allo straniero irregolarmente presente nel territorio dello Stato italiano pone l'interprete di fronte ad una violazione dell'art. 3 Cost. nella parte in cui, a differenza di quanto previsto per le altre contravvenzioni, risulta qui esclusa l'applicabilità dell'oblazione²².

In conclusione, preme rilevare che la natura di illecito penale (e non meramente amministrativo) del fatto di chi faccia ingresso o permanga irregolarmente nel territorio dello Stato italiano, oltre ad esporsi ai rilievi sopra svolti in punto di proporzionalità, sembra essere indirettamente responsabile, in ragione di una *impasse* processuale, del perpetrarsi del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (il cosiddetto "*caporalato*") di cui all'art. 603*bis* c.p.

La scelta di incriminare le condotte di ingresso e trattenimento abusivo dello straniero nel territorio dello Stato pone, difatti, un ostacolo di carattere processuale all'accertamento e alla repressione di condotte criminose ben più gravi di quella incriminata dall'art. 10*bis*, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, tra le quali assume particolare rilievo, in ragione del frequente coinvolgimento di persone in stato di clandestinità, il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

Sebbene tale difetto di coordinamento processuale non sia ascrivibile in alcun modo al Legislatore del 2009, in quanto l'art. 603*bis* c.p. è stato introdotto nel codice penale solo due anni più tardi²³, un successivo intervento legislativo abrogativo era e rimane auspicabile.

In particolare, si rileva che qualora si proceda per il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro nei confronti di imprenditori che si avvalgano del lavoro di migranti irregolari, questi ultimi dovrebbero essere considerati al contempo persone offese, in quanto vittime del *forced labour*, ed imputati di reato connesso. Pertanto, in sede di esame dibattimentale, agli stranieri irregolarmente presenti nel territorio dello Stato italiano dovrebbero essere riconosciute tutte le garanzie processuali previste dall'art. 210 c.p.p., tra cui la possibilità di avvalersi della facoltà di non rispondere²⁴.

La mancanza di collaborazione dei lavoratori stranieri irregolarmente presenti nel territorio dello Stato, dovuta alla carenza di mezzi di sostentamento

22 L'oblazione è una causa di estinzione del reato prevista per le sole contravvenzioni. Essa consiste nel pagamento da parte del contravventore di una somma di denaro determinata in diversa misura a seconda del massimo edittale previsto *ex lege*. Accanto all'oblazione ordinaria prevista dall'art. 162 c.p. ed applicabile alle sole contravvenzioni punite con pena pecuniaria, il Legislatore ha introdotto l'oblazione discrezionale. Essa, prevista dall'art. 162*bis* c.p., è applicabile anche alle contravvenzioni punite con pena alternativa (ammenda o arresto).

23 L'art. 603*bis* c.p. è stato introdotto dal D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella L. 14 settembre 2011, n. 148.

24 *Funditus*, A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 dicembre 2016, pp. 7 ss.

alternativi agli indecorosi guadagni “in nero” derivanti dal lavoro forzato e alla peculiare qualifica processuale da essi rivestita, determina, nella maggioranza dei casi, un esito processuale favorevole per i soggetti imputati del reato di cui all’art. 603bis c.p.

Sebbene tale disfunzione processuale legata all’incriminazione delle condotte di immigrazione clandestina sia oggi sottovalutata in dottrina, è certo che il futuro fallimento dei numerosi processi penali sorti all’esito di complesse indagini per caporalato costringerà gli interpreti a rivolgersi con maggiore convinzione al Legislatore per un intervento abrogativo dell’art. 10bis, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

2.2 L’aggravante dello stato di clandestinità

Mentre il reato di immigrazione clandestina si è dimostrato in grado di superare il vaglio di legittimità costituzionale, altrettanto non può dirsi della preesistente aggravante dello stato di clandestinità, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale²⁵. Tale circostanza aggravante comune, introdotta nel codice penale dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito nella Legge 24 luglio 2008, n. 125), *sub specie* di n. 11bis dell’art. 61 c.p., essendo basata su di una fumosa presunzione di pericolosità connessa allo stato di clandestinità del reo, rappresentava un manifesto politico del diritto penale d’autore. Invero, la Corte Costituzionale, esaminando la circostanza aggravante sottoposta al Suo giudizio, non ha potuto esimersi dal rilevare che essa, a differenza delle altre ipotesi previste dall’art. 61 c.p. (quali, ad esempio, la realizzazione di fatti di reato durante la latitanza ovvero con crudeltà), contemplatesse un aumento di pena fondato unicamente sul modo di essere del reo, in evidente contrasto con gli artt. 3, 25, comma secondo, e 27, commi primo e terzo, della Costituzione.

2.3 Il reato di accattonaggio molesto

Di recente ha fatto il proprio ingresso nell’ordinamento penale un’ipotesi criminosa che ci sembra destinata ad essere presto sottoposta al giudizio della Corte Costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 25, secondo comma, della Costituzione. Trattasi del reato di esercizio molesto dell’accattonaggio, introdotto dalla Legge 1 dicembre 2018, n. 132²⁶ all’art. 669bis c.p. e consistente nel fatto di chi eserciti l’accattonaggio con modalità vessatorie, simulando deformità o malattie ovvero ricorrendo a mezzi fraudolenti al fine di destare l’altrui pietà²⁷.

25 C. Cost., 5 luglio 2010, n. 249.

26 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate”.

La clausola di riserva con cui esordisce la norma incriminatrice (“*salvo che il fatto costituisca più grave reato*”), ratificandone l’ambito residuale di applicazione, sembra svelare all’interprete l’offensività assai contenuta della neo-introdotta fattispecie contravvenzionale ed il conseguente conflitto tra la scelta dell’incriminazione e la natura di *extrema ratio* del diritto penale, sancita dal noto principio beccariano secondo cui “*la vera misura dei delitti è il danno alla Nazione*”.

Come il reato di immigrazione clandestina, riteniamo che anche tale inedita ipotesi criminosa porterà dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi circa l’opportunità del ricorso nel caso di specie alla sanzione penale in luogo di rimedi di carattere meramente amministrativo.

2.4 La riforma della legittima difesa

Il rischio che l’ordinamento penale ceda alle tentazioni del diritto penale del nemico sembra assumere carattere prossimo alla certezza ogniqualvolta il Legislatore intervenga in materia di legittima difesa²⁸.

L’art. 52 c.p., già recentemente modificato dal Legislatore²⁹, è oggi al centro del dibattito politico in quanto oggetto di un nuovo intervento di riforma³⁰ finalizzato ad introdurre infine nella norma una doppia presunzione *iuris et de iure*: da un lato, una presunzione assoluta di proporzionalità tra difesa e offesa in caso di legittima difesa domiciliare, dall’altro, una presunzione parimenti assoluta di legittimità della difesa (ovverosia di sussistenza di ogni presupposto della stessa) nel caso in cui fatti astrattamente riconducibili a fattispecie criminose vengano posti in essere in reazione ad intrusioni compiute con violenza o

27 Per un approfondimento si rinvia a: F. CURTI, *Il reato di accattonaggio molesto: “a volte ritornano”*. Il nuovo art. 669-bis c.p. del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 gennaio 2019.

28 La legittima difesa è una causa di giustificazione prevista dall’art. 52 del codice penale, che, nella versione attualmente vigente, così dispone: «*Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all’offesa. Nei casi previsti dall’articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un’arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d’aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all’interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale*».

29 Il riferimento è alla Legge 13 febbraio 2006, n. 59. In tema, A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o “allargata”): molto fumo e poco arrosto*, in *Diritto penale e processo*, 2006, pp. 434 ss.; E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi “sacrosante” e sacro valore della vita umana*, *ivi*, 2006, pp. 431 ss.

30 G. L. GATTA, *Sulla legittima difesa “domiciliare”: una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all’esame del Parlamento*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 ottobre 2018; R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1, 2019, pp. 17 ss.

minaccia di uso di armi od altri mezzi di coazione fisica da parte di una o più persone³¹. Ci sembra che, proprio come nella dottrina del diritto penale del nemico elaborata da Jakobs Günther, l'obiettivo della riforma sia relegare il diritto penale applicabile nei confronti dell'aggressore su di un binario parallelo a quello del diritto penale dei cittadini, sicché chiunque violi il domicilio altrui (ovvero i luoghi ad esso equiparati), in quanto "*non persona*" di diritto, deve ritenersi potenzialmente assoggettabile ad ogni forma di negazione dei diritti fondamentali³².

I molteplici rischi connessi alla riforma in discussione porteranno certamente gli interpreti a dubitare della compatibilità del futuro art. 52 c.p. con l'ordinamento costituzionale.

In primo luogo, la doppia presunzione *iuris et de iure* si risolverebbe in un'avventata restrizione del potere di accertamento del giudice, oggetto di specifiche previsioni costituzionali³³. Sebbene la causa di giustificazione della legittima difesa rivesta un ruolo fondamentale nell'ordinamento giuridico, in quanto consente ai cittadini più deboli di neutralizzare l'aggressione ingiusta di cui siano vittime ogniqualvolta non possano attendere l'intervento delle Forze dell'Ordine (*rectius*, dello Stato), è necessario vigilare affinché l'art. 52 c.p. non venga tramutato in una norma-schermo, dietro la quale sia possibile celare ogni manifestazione del principio *homo homini lupus*.

Per comprendere gli effetti collaterali della riforma, non bisogna dimenticare che alla magistratura spetta, ad oggi, il fondamentale compito di esaminare caso per caso se l'agire del singolo risponda effettivamente ad una logica di legittima difesa oppure si manifesti come reazione anti-giuridica ad una condotta avente il medesimo carattere. È evidente che la doppia presunzione *iuris et de iure*,

31 Qualora la riforma dovesse trovare il favore della maggioranza parlamentare, il testo dell'art. 52 c.p. dovrebbe essere del seguente tenore: «*Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa. Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone*».

32 In tema, si rinvia a: L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in «*Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*», a cura di A. BERNARDI-B. PASTORE-A. PUGIOTTO, Milano, 2008, p. 161. Secondo l'Autore, il diritto penale del nemico è alla base di una nuova antropologia della disuguaglianza, in quanto in virtù di essa il nemico non è riconducibile al *genus* degli esseri umani, essendo, invece, una non-persona, nei confronti della quale vige una sorta di sospensione delle garanzie offerte dagli strumenti del diritto (e, in particolare, dalla Costituzione).

33 Il riferimento è agli artt. 101 e ss. della Costituzione.

tendendo a far prevalere l'astrazione sulla concretezza, finisce per "esiliare" il giudice dal processo, quale *locus* deputato alla ricostruzione e all'accertamento dei fatti. Il giudice sembra così destinato a divenire un osservatore esterno, esecutore bendato della volontà legislativa³⁴. È evidente che uno scenario di tal genere sarebbe del tutto incompatibile con il ruolo riservato dall'ordinamento giuridico al giudice. Contrariamente a quanto sostenuto dagli illuministi, infatti, egli non è "*la bouche qui prononce les paroles de la loi*"³⁵, in quanto è chiamato ad applicare la legge non *sic et simpliciter*, bensì in modo da conformarla alle peculiarità di ciascun caso concreto sottoposto al suo giudizio. Pertanto, riteniamo che impedire al giudice di accertare la sussistenza dei presupposti della legittima difesa renda assai elevato il pericolo che il processo da sede naturale di accertamento del fatto e della responsabilità penale dei singoli al di là di ogni ragionevole dubbio, si tramuti in uno strumento di realizzazione del principio *summum ius, summa iniuria*, in contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

Oltre ad impedire alla magistratura di valutare se la reazione del cittadino all'aggressione di un terzo sia o meno legittima, l'introduzione della doppia presunzione comporterebbe una non meno problematica alterazione del rapporto tra Stato e cittadini. Difatti, sembra innegabile che il cittadino, potendo contare sulla doppia presunzione che dovrebbe essere prevista dal futuro art. 52 c.p. (e sul ridotto potere di accertamento della magistratura ad essa connesso), finisce per ritenersi legittimato a sostituirsi *tout court* alle Forze dell'Ordine nella prevenzione e, soprattutto, nella repressione dei reati, mettendo a repentaglio la tenuta del contratto sociale, nonché le comuni regole di convivenza.

Infine, viene da chiedersi se la riforma dell'art. 52 c.p. non comporti anche un ritorno dell'ordinamento al passato, sino a rendere concreto il rischio che si arrivi gradualmente a ricomprendere nella legittima difesa ogni ipotesi di quel φόβος δίκαιος tanto caro al Lisia³⁶.

34 Riteniamo che l'opzione legislativa si inserisca scientemente sulla scia di una particolare manifestazione del populismo che potremmo definire populismo "anti-giudiziario", un movimento (in parte politico ed in parte mediatico) che, entrando in conflitto con i principi costituzionali, mira a rendere marginale il ruolo del giudice, ascrivendogli gli errori del legislatore e svilendone la funzione. A parere di chi scrive, tale aspetto del populismo esige un immediato intervento di responsabilizzazione della classe politica. Infatti, l'indebolimento della funzione della magistratura agli occhi dell'opinione pubblica rischia di portare gli elettori a ritenere lecito ogni intervento restrittivo dell'ambito di intervento del potere giudiziario. La conseguenza di tale *forma mentis*, lungi dal risolversi nella "sola" violazione dei principi costituzionali in materia di potere giudiziario, porrebbe in serio pericolo l'esistenza dello Stato-collettività e dello stesso Stato-ente. Non bisogna dimenticare, infatti, che alla magistratura spetta il delicato compito di fungere da anello di congiunzione tra popolazione e Legislatore e di tenere quest'ultimo al riparo dalle reazioni sociali legate all'applicazione del dettato legislativo. Un legislatore responsabile dovrebbe, dunque, comprendere che preservare il ruolo e l'autorevolezza della magistratura porta, infine, a preservare se stesso.

35 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Liv. XI. Chap. VI, 1748.

2.5 La Legge “spazza corrotti”

La Legge 9 gennaio 2019, n. 3, meglio nota come “Legge spazza-corrotti”, avente ad oggetto misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici, è stata recentemente pubblicata nella G.U. n. 13 del 16 gennaio 2019.

Tra le novità previste dalla nuova legge anticorruzione, sono due gli interventi meritevoli di particolare considerazione ai fini della presente trattazione.

In primo luogo, riteniamo che l’aggravio sanzionatorio previsto per il reato di corruzione per l’esercizio della funzione di cui all’art. 318 c.p. (la cui forbice edittale, che andava da anni 1 ad anni 6 di reclusione, è stata portata da anni 3 ad anni 8) e l’estensione delle ipotesi criminose assoggettabili ad interdizione perpetua dai pubblici uffici (pena accessoria che impedisce *ad libitum* il reinserimento lavorativo del reo³⁷) calzino alla perfezione le vesti di prodotti delle logiche populiste: trattasi, infatti, di interventi normativi attenti alla forma piuttosto che alla sostanza, miranti a trasformare la pena da strumento rieducativo del reo in un mero simbolo dell’autorità statale e volti a riservare alla repressione dei reati contro la Pubblica Amministrazione un ruolo sovraordinato rispetto alle strategie preventive.

In secondo luogo, riteniamo che un chiaro esempio di come il diritto penale possa essere piegato a fini nazionalpopulisti sia ravvisabile nella riformulazione, ad opera della Legge 9 gennaio 2019, n. 3, della fattispecie incriminatrice del traffico di influenze illecite (art. 346*bis* c.p.)³⁸, con assorbimento nella stessa

36 Si pensi, *ex multis*, alla celebre orazione lisiana “*In difesa di Eufilèto per l’uccisione di Eratòstene*”, incentrata sulla ritenuta sussistenza di un’ipotesi di legittima difesa tale da escludere la rilevanza penale di un fatto astrattamente riconducibile ad un’ipotesi criminosa commesso, tuttavia, per vendicare un adulterio.

37 Si segnala, tuttavia, che la L. 9 gennaio 2019, n. 3 ha modificato l’art. 179 c.p., introducendovi il seguente comma «*La riabilitazione concessa a norma dei commi precedenti non produce effetti sulle pene accessorie perpetue. Decorso un termine non inferiore a sette anni dalla riabilitazione, la pena accessoria perpetua è dichiarata estinta, quando il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta*».

38 Secondo l’art. 1, primo comma, lett. t) della Legge 9 gennaio 2019, n. 3 «*all’articolo 346bis: 1) il primo comma è sostituito dal seguente: «Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all’articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi»; 2) al secondo e al terzo comma, le parole: «altro vantaggio patrimoniale» sono sostituite dalle seguenti: «altra utilità»; 3) al quarto comma sono aggiunte, infine, le seguenti parole: «o per remunerare il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*».

delle condotte del reato di millantato credito (art. 346 c.p.), oggetto di contestuale abrogazione³⁹.

Sebbene la modifica del delitto di traffico di influenze illecite⁴⁰ si presenti formalmente come la pronta risposta italiana alle indicazioni del *Group of States against Corruption* (GRECO)⁴¹, nonché alle prescrizioni internazionali della Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione⁴² e della Convenzione ONU contro la corruzione⁴³, la sussunzione della condotta del millantatore (ma soprattutto del privato) *sub specie* di traffico di influenze illecite non ci convince pienamente.

Sebbene il privato, avvalendosi della mediazione del millantatore, miri a realizzare un fine illecito (*id est*, l'avvicinamento e l'eventuale corruzione del pubblico ufficiale), sul piano oggettivo - l'unico su cui Legislatore ed interpreti dovrebbero manovrare le categorie del diritto penale - egli non è altro che un mero compratore di fumo, vittima dell'inganno del millantatore⁴⁴. In quanto tale, la sua posizione non differisce sul piano fattuale da quella della persona offesa nel delitto di truffa.

Nel riconoscere rilevanza penale alla condotta del privato che si lasci irretire dalle rassicurazioni del millantatore, il Legislatore sembra aver assunto le vesti

39 Il Legislatore non si limita, tuttavia, ad una *reductio ad unitatem* delle due preesistenti incriminazioni nella sola fattispecie di traffico di influenze illecite. Come riportato nel parere del Consiglio Superiore della Magistratura sull'allora disegno di legge c.d. "spazza-corrotti", deliberato in data 19 dicembre 2018, "deve evidenziarsi come la novella non si sia limitata a unificare le due fattispecie, riconducendole al traffico di influenze illecite, ma abbia viceversa provveduto ad estenderne la portata, ampliando la clausola di riserva anche ai delitti di corruzione per l'esercizio delle funzioni e alla corruzione cd. internazionale. La novella, lasciando inalterata l'ipotesi della mediazione illecita, riscrive l'altra, che consisterà nel punire la remunerazione richiesta dal mediatore, in relazione all'esercizio delle funzioni e dei poteri del pubblico agente. L'ipotesi in cui la remunerazione del funzionario pubblico sia finalizzata a far compiere un atto contrario ai doveri di ufficio o a far omettere o ritardare un atto di ufficio è stata ricondotta al quarto comma dell'articolo, diventando un'aggravante ordinaria. Con la descritta novità diverrà, quindi, penalmente rilevante anche l'esercizio di un'"influenza" finalizzata ad asservire il pubblico agente o a fargli compiere un atto conforme ai doveri dell'ufficio. Un'ulteriore novità riguarda la contropartita della mediazione illecita che diventerà "denaro o altra utilità", in luogo dell'attuale formulazione che si riferisce a "denaro o altro vantaggio patrimoniale". Un cambiamento tutt'altro che formale, atteso che l'"utilità" ha un significato molto più ampio, ricomprendente il vantaggio patrimoniale ma anche vantaggi non patrimoniali, idonei a soddisfare un bisogno umano. L'assorbimento del millantato credito nel traffico di influenze trasformerà, infine, colui che nel precedente reato era danneggiato in un correo, al quale si applicherà (ovviamente per i fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della norma) la stessa pena del mediatore".

40 D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*, 5 dicembre 2012, pp. 16 ss.; I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: una nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 2, 2013, pp. 88 ss.; P. PISA, *Il "nuovo" delitto di traffico di influenze illecite*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2013, pp. 33 ss. Per un'analisi del rapporto fra traffico di influenze illecite e lobbying, E. SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 6, 2016, pp. 811 ss.; R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, Torino, 2018, pp. 196 ss.

di Atropo, recidendo uno dei fili portanti dell'intricata tela penalistica: quello del principio "*cogitationis poenam nemo patitur*".

Ma la problematicità della norma incriminatrice del traffico di influenze illecite, reduce dalla riforma, non è limitata all'estensione della punibilità bilaterale anche rispetto a condotte un tempo riconducibili al millantato credito. Come rilevato da Autorevole Dottrina⁴⁵, in primo luogo, il Legislatore ha deciso di mantenere inalterata la formulazione della norma rispetto alla nozione, invero oggi assai indeterminata, di "mediazione illecita", incorrendo così in una violazione dei principi di determinatezza e tassatività, aggravata dal contestuale inasprimento del trattamento sanzionatorio; in secondo luogo, la scelta legislativa di punire allo stesso modo il privato ingannato dalle vanterie del millantatore, il millantatore e colui che agisca, invece, nella certezza di poter

41 Il riferimento è alla Quinta Raccomandazione contenuta nell'"*Addendum to the Second Compliance Report on Italy*", adottato dal GRECO in occasione dell'ottantesima riunione plenaria tenutasi a Strasburgo tra il 18 e il 22 giugno 2018. In tal sede il GRECO, rilevando che l'ordinamento italiano, garantendo l'impunità al privato "raggirato" dal millantatore, si era uniformato solo parzialmente alle previsioni dell'art. 12 della Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo, invitava l'Italia a riformare la normativa in materia di contrasto alla corruzione, incriminando *ex novo* anche il privato concorrente nel fatto del millantatore. A tal proposito, l'*Addendum* dispone come segue. "*GRECO noted that Article 346bis CC requires that there is an existing relationship of influence between the peddler and the official, while the mere assertion to this end is sufficient under the Convention (...taking advantage of the existing relationship s/he has with a public official...)*". Article 346 CC, which covers cases in which the influence peddler only pretends to have an influence, does not cover the active side (i.e. the one who gives the advantage to the influence peddler). It follows that, the Italian law is still not in full conformity with the requirements of Article 12 of the Criminal Law Convention".

42 Secondo l'articolo 12 della Convenzione, «*Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result*».

43 Secondo l'art. 18 della Convenzione, «*Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally: (a) The promise, offering or giving to a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person; (b) The solicitation or acceptance by a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage for himself or herself or for another person in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage*».

44 In tema F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Speciale*, V, Pisa, 1905, par. 2591.

45 In tema, R. CANTONE, A. MILONE, *Verso la riforma del delitto di traffico di influenze illecite*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 dicembre 2018.

fare affidamento sui rapporti esistenti tra mediatore e pubblico ufficiale sembra risolversi in un'inspiegabile parificazione di situazioni di ben diverso disvalore. In particolare, non si vede per quale ragione il Legislatore abbia deciso di allontanarsi dal più ragionevole modello elaborato, seppur in diverso contesto⁴⁶, dalla Legge 6 novembre 2012, n. 190, comminando per il privato la stessa pena prevista per il millantatore.

Occorre, infine, rilevare che la fattispecie di traffico di influenze illecite, così come modificata dal Legislatore, sembra destinata ad essere confinata dalla prassi giudiziaria su di un piano secondario: difatti, mentre in passato le condotte di millantato credito potevano essere facilmente accertate grazie all'apporto collaborativo dei privati-denunciatori, oggi gli inquirenti sembrano destinati a rimanere privi di tale importante contributo.

3. Prospettive de iure condendo

Tutto ciò premesso rispetto ai rischi di asservimento del diritto penale alle logiche populiste e nazionaliste, riteniamo, senza pretese di esaustività, che una politica criminale in linea con le previsioni della Costituzione potrebbe articolarsi come segue.

In primis, in materia di immigrazione clandestina e prevenzione dell'accattonaggio molesto, il Legislatore penale dovrebbe fare un passo indietro a favore di provvedimenti legislativi che seguano due direttrici: da un lato, una gestione politica responsabile dei flussi migratori nel rispetto della dignità e del dolore umano in essa coinvolti, dall'altro, il potenziamento dei rimedi amministrativi già presenti nell'ordinamento.

In tema di legittima difesa, riteniamo che la riforma in discussione, indebolendo il ruolo di "custode del diritto" riservato dalla Costituzione alla magistratura e alterando il rapporto tra Stato e cittadini nella prevenzione e repressione dei reati, rischi di creare pericolose crepe alla cinta muraria eretta dai Padri costituenti a difesa del contratto sociale. Nel caso in cui il dibattito politico dovesse risolversi a favore della modifica dell'art. 52 c.p., occorrerebbe quantomeno evitare il ricorso a una doppia presunzione *iuris et de iure* e optare, invece, per una presunzione *iuris tantum*: solo in tal modo il giudice potrebbe ancora adempiere le proprie funzioni costituzionalmente garantite, qualora la difesa invochi, nel caso concreto, la legittima difesa.

Per quanto riguarda il fenomeno corruttivo, benché la necessità di un intervento di carattere penale sia imprescindibile in tale ambito, riteniamo opportuno soffermarci su di una considerazione di politica criminale. Nella realtà italiana la

46 Il riferimento è al diverso trattamento sanzionatorio equamente previsto dal Legislatore del 2012 per l'induttore e l'indotto. Secondo l'art. 319^{quater} c.p. «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità è punito con la reclusione da 3 a 8 anni.

Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a 3 anni».

strategia vincente in materia di prevenzione e repressione della corruzione (ed anche della criminalità organizzata) sembra essere quella che ne accetta il carattere di patologia sociale e non di mero reato occasionale⁴⁷. Gli interventi del Legislatore, per non divenire grida manzoniane, non possono limitarsi, dunque, alla sola repressione dei fatti corruttivi, mediante un periodico aggravamento del trattamento sanzionatorio. Occorre, invece, affiancare agli interventi repressivi un'imponente politica general-preventiva (ad esempio, ampliando ulteriormente i poteri dell'ANAC⁴⁸) che dovrebbe svilupparsi, a nostro parere, lungo un *fil rouge* che prenda le mosse dall'educazione dei cittadini al rispetto della Legge⁴⁹ e si risolva, infine, nella responsabilizzazione del pubblico ufficiale, estremizzando una politica di trasparenza che lo ponga al centro di un *Panopticon* collettivo.⁵⁰

** PhD Student in Law and Business Law Department, Luiss Guido Carli University

47 Secondo quanto riportato nel *Corruption Perceptions Index* del 2018, i fenomeni corruttivi tendono a svilupparsi proprio quando le istituzioni democratiche risultano indebolite in ragione del declino della cultura politica.

48 La missione istituzionale dell'ANAC ha carattere multiforme. L'Autorità è infatti impegnata nella prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e nelle società partecipate e controllate. L'azione dell'Autorità segue tre distinte direttrici: l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali; l'attività di vigilanza in ogni settore della Pubblica Amministrazione; l'orientamento dei comportamenti e delle attività degli impiegati pubblici. Infine, all'ANAC il Legislatore ha affidato il delicato compito di prevenire la corruzione grazie ad una rete di collaborazione all'interno delle amministrazioni pubbliche.

49 Si pensi, a titolo esemplificativo, al modello seguito da Singapore, responsabile dell'ascesa economica del Paese. Come si evince da F. PANNOZZO, *Dal Terzo al Primo mondo. Singapore: un esperimento di successo*, Firenze University Press, 2018, Singapore ha scelto di rilanciare la propria economia e, ancor prima, la propria immagine, basando il proprio modello di prevenzione della criminalità (ivi compresa quella corruttiva) sull'educazione dei cittadini. Per un'analisi approfondita dell'importanza della cultura della legalità si rinvia a: P. SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Archivio Penale*, 3, 2016, pp. 635 ss.

50 In tal senso, si ritiene meritevole di segnalazione l'interessante politica anticorruzione del Kazakistan basata su una mappa di controllo pubblico interattiva consultabile su "www.publicbudget.kz".