



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO IN DISCIPLINE GIURIDICHE
CURRICULUM SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE COSTITUZIONALI
AREA DIRITTO PENALE

XXIX CICLO

Tesi di dottorato

**LO STRANIERO NEL DIRITTO PENALE.
PUNTI FERMI E NUOVE CRITICITÀ**

Tutor: Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Dottoranda: Ludovica Alfani

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

Ai miei genitori

*«Tu, tu che sei una guida, non dimenticare
che tale sei, perché hai dubitato
delle guide! E dunque a chi è guidato
permetti il dubbio!»*

(BERTOLT BRECHT, *Lode del dubbio*)

INDICE

<i>Premessa</i>	IV
-----------------------	----

CAPITOLO I IL QUADRO LEGISLATIVO DI RIFERIMENTO

1. L'esigenza di disciplina del fenomeno migratorio	1
2. L'evoluzione della disciplina dell'immigrazione	2
2.1. Il quadro costituzionale.....	2
2.1.1. Le posizioni registratesi in dottrina.....	3
2.1.2. L'orientamento della giurisprudenza costituzionale	6
2.2. Le principali tappe legislative	10
3. L'evoluzione della legislazione in materia di immigrazione nell'ordinamento spagnolo.....	14

CAPITOLO II DIRITTO PENALE DELL'IMMIGRAZIONE

PARTE PRIMA LO STRANIERO QUALE AUTORE DEL REATO

1. Lo <i>status</i> di straniero come elemento costitutivo della fattispecie penale	16
1.1. I mutamenti di <i>status</i>	17
1.1.1. L'ingresso nell'Unione europea del Paese di origine dell'autore del reato ..	17
1.1.2. L'acquisto della cittadinanza italiana da parte del reo	20
2. Il reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio nazionale	21
2.1. Elemento oggettivo	23
2.2. Elemento soggettivo.....	28
2.3. Disciplina sanzionatoria.....	29
2.4. Profili processuali	32
2.5. Il rapporto con la circostanza aggravante della clandestinità	34
2.6. Le questioni di legittimità costituzionale e la sentenza n. 250 del 5 luglio 2010	

della Corte costituzionale	36
2.7. Il reato di clandestinità alla luce della “direttiva rimpatri”: i casi <i>El Dridi</i> , <i>Achughbabian</i> e <i>Sagor</i>	38
3. I reati di falso	44
3.1. La falsità in titolo di soggiorno (art. 5, comma 8 <i>bis</i> , t.u. imm.)	45
3.2. Il delitto di fraudolente alterazioni per impedire l’identificazione o l’accertamento di qualità personali (art. 495 <i>ter</i> c.p.).....	48
4. La mancata esibizione del documento di identificazione o del titolo di soggiorno (art. 6, comma 3, t.u. imm.)	50
5. Le diverse forme di espulsione ed i reati ad esse collegati.....	58
5.1. Le diverse forme di espulsione	59
5.2. I reati collegati all’espulsione	62
5.2.1. Le fattispecie di cui all’art. 13, commi 13 e 13 <i>bis</i> , t.u. imm.	62
5.2.2. I reati di cui all’art. 14, comma 5 <i>ter</i> e 5 <i>quater</i> , t.u. imm.....	72

PARTE SECONDA

LO STRANIERO QUALE OGGETTO DEL REATO

1. Le ipotesi di favoreggiamento	83
1.1. Evoluzione storica della disciplina penale in materia di favoreggiamento delle migrazioni illegali	83
1.1.1. Il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina nella legge Martelli	84
1.1.2. Il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina nella legge Turco- Napolitano	86
1.1.3. Il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina nella legge Bossi-Fini...87	
1.1.4. Il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina a seguito della riforma del 2004	91
1.1.5. Il Pacchetto sicurezza del 2008	91
1.2. Il nuovo delitto di favoreggiamento dell’ingresso o dell’emigrazione illegale dello straniero. Le modifiche del Pacchetto sicurezza del 2009.....	91
1.3. Il delitto di favoreggiamento dell’immigrazione illegale: le figure speciali previste dal 3° comma	95
1.3.1. (Segue): le circostanze applicabili ai delitti di cui ai commi 1 e 3	98
1.4. Il favoreggiamento della permanenza illegale (art. 12, comma 5, t.u. imm.)	100
1.4.1. (Segue): la c.d. scriminante umanitaria.....	104

2. Alloggio o cessione di immobile, a titolo oneroso, allo straniero irregolare (art. 12, comma 5 <i>bis</i> , t.u. imm.)	104
3. Impiego di lavoratori stranieri irregolari	106
3.1. Impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (art. 22, comma 12, t.u. imm.)	106
3.2. La repressione del c.d. caporalato (art. 603 <i>bis</i> c.p.)	115

PARTE TERZA

LO STRANIERO QUALE VITTIMA DEL REATO

1. Discriminazione razziale: le fattispecie incriminatrici previste dall'art. 3 l. n. 654 del 1975	119
2. Le mutilazioni genitali femminili	121
3. La tratta di persone	125

CAPITOLO III

L'ITALIA E LA SPAGNA DI FRONTE ALLA CRISI: VERSO UNA GESTIONE NON EMERGENZIALE?

1. Premessa	135
1.1. La situazione italiana. La prima accoglienza	136
1.2. (Segue): La seconda accoglienza	150
2. L'immigrazione in Spagna in tempo di crisi	156
2.1. La situazione di Ceuta e Melilla	159

CAPÍTULO III

ITALIA Y ESPAÑA FRENTE A LA CRISIS: ¿TODAVÍA UNA GESTIÓN DE LA EMERGENCIA?

1. Premisa	162
1.1. La situación italiana. La primera acogida	163
1.2. (Segue): La segunda acogida	177
2. La inmigración en España durante la crisis	183
2.1. La situación de Ceuta y Melilla	186

<i>Bibliografía</i>	189
---------------------------	-----

PREMESSA

La dimensione assunta dal fenomeno migratorio in tempi recenti ha sollecitato nei Paesi europei, soprattutto quelli di frontiera, l'adozione di misure che specificamente lo riguardano.

In Italia e in Spagna gli aspetti salienti hanno riguardato, da un lato, il tipo di immigrazione da disciplinare e, dall'altro, il tipo di ordinamento nel quale si inserisce la disciplina riguardante gli stranieri: imperniato sui principi della Costituzione che garantisce i fondamentali diritti dell'uomo - senza distinguere tra cittadino e non cittadino - e affida alla legge «in conformità delle norme e dei trattati internazionali» la definizione della condizione giuridica dello straniero.

In particolare, nel nostro ordinamento la disciplina concernente gli stranieri si trova ad affrontare l'arduo problema di contemperare le esigenze di ordine pubblico e di sopportabilità economico-sociale del flusso migratorio con i canoni di garanzia imposti dalla Costituzione e dalle norme internazionali cui la legge deve conformarsi.

Si sono infatti sovrapposte, in rapida successione, numerose leggi che hanno modificato ed integrato il testo unico del 1998 col chiaro intento di reprimere più efficacemente l'immigrazione clandestina, sia nel vaglio iniziale del flusso migratorio che nell'effettiva esecutività dell'eventuale espulsione dell'immigrato indesiderato.

Tale correzione di rotta ha suscitato non poche polemiche politico-culturali, perpetuatesi in sede applicativa, come si evince dalla lettura di certe pronunce giurisprudenziali, in contrasti esegetici ed in numerosi dubbi di costituzionalità.

Non meno controversa era poi la questione del trattamento cui sottoporre, nelle fasi immediatamente successive al loro arrivo in Italia, i migranti che abbiano fatto irregolarmente ingresso nel territorio dello Stato. Sino a pochi mesi orsono, non esisteva infatti una disciplina organica della prima accoglienza. Le modalità di presentazione e di valutazione della richiesta di protezione, così come la disciplina della prima accoglienza successiva alla presentazione della domanda stessa, erano disciplinate in diversi testi normativi, tutti emanati in esecuzione di obblighi di derivazione comunitaria; mentre la primissima fase di identificazione e di assegnazione alla categoria dei richiedenti asilo o dei migranti economici, nonostante la sua estrema delicatezza sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali, era caratterizzata da una

sostanziale anomia, che si risolveva in un affidamento alla discrezionalità pressoché assoluta dell'autorità di polizia.

Con il d.lgs. 142 del 18 agosto 2015, volto ad adempiere all'obbligo di attuazione della direttiva 2013/33/UE recante "norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale", nonché della direttiva 2013/32/UE, recante "procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale", si è infine cercato di dare una sistemazione organica alla materia, anche se, pure in questo caso, non mancano i motivi di perplessità circa l'adeguatezza dell'intervento riformatore. Soltanto la concreta esperienza potrà dirci se e quanto la normativa statale, una volta a regime, riuscirà ad arginare e regolarizzare il flusso immigratorio.

Un dato resta però incontrovertibile: l'immigrazione di massa di persone provenienti da Paesi che versano in situazioni disagiate è inevitabile, ed è necessaria sia all'Italia sia alla Unione di cui fa parte, ma se non la si vuol lasciare alle organizzazioni private, anche di carattere criminale, è necessaria una regolamentazione chiara e soprattutto rispettosa dei diritti fondamentali.

Che la "condizione giuridica di straniero" non possa coincidere in toto con quella di cittadino è ovvio, ma altrettanto chiaro deve essere il confine tra "discriminazione vietata" e "specificità consentita" senza che la legge ordinaria, e l'atto amministrativo adottato nell'ambito della discrezionalità prevista dalla legge stessa, urtino contro regole sovraordinate.

Un ringraziamento particolare va al Prof. Mario Trapani, per avermi trasmesso la passione per la ricerca e per avermi insegnato il rigore che deve contraddistinguere.

Un sentito grazie è dedicato, inoltre, al Prof. Jaime Peris, per l'ausilio nella ricerca e la disponibilità dimostratami durante la mia permanenza in Spagna.

Ringrazio anche, col cuore, la Prof.ssa Antonella Massaro, la cui fiducia e il cui costante incoraggiamento sono stati decisivi per iniziare il Dottorato di ricerca che ha condotto a questa tesi.

Un sentito ringraziamento va, inoltre, ai miei colleghi per i proficui consigli e ad Angelo Giraldi, il cui supporto è stato per me prezioso.

Un ringraziamento è destinato poi al Dott. Stefano Passera per aver seguito me, e gli altri dottorandi, con un entusiasmo che va ben al di là del mero dovere professionale.

Una riconoscenza speciale è riservata, infine, ai miei genitori che, con il loro incrollabile sostegno morale ed economico, mi hanno permesso di raggiungere questo traguardo e a chi ha condiviso con me ogni gioia ed ogni sfida, per avermi sostenuto sempre, in tutti i modi possibili.

Roma, dicembre 2016

L. A.

CAPITOLO I

IL QUADRO LEGISLATIVO DI RIFERIMENTO

SOMMARIO: 1. L'esigenza di disciplina del fenomeno migratorio. 2. L'evoluzione della disciplina dell'immigrazione. 2.1. Il quadro costituzionale. 2.1.1. Le posizioni registratesi in dottrina. 2.1.2. L'orientamento della giurisprudenza costituzionale. 2.2. Le principali tappe legislative. 3. L'evoluzione della legislazione in materia di immigrazione nell'ordinamento spagnolo.

1. L'esigenza di disciplina del fenomeno migratorio.

L'immigrazione si caratterizza per essere divenuta, negli ultimi anni, uno dei fenomeni sociali di maggiore impatto.

La portata globale del fenomeno migratorio è tale da produrre effetti anche sull'ordinamento giuridico, richiedendo, in particolare, un'attività di incessante adattamento ad una società divenuta oramai "mobile", a seguito dell'arrivo di masse di individui appartenenti a diverse tradizioni religiose, sociali, culturali, giuridiche: in altre parole il diritto è chiamato a confrontarsi con realtà diverse e in continuo movimento¹. Il bisogno di risposte immediate ed efficaci alle domande che il fenomeno pone, postula un'attività legislativa particolarmente lungimirante, che sappia non solo risolvere i problemi, ma anche cogliere la complessità delle questioni che l'immigrazione porta con sé.

Il nostro Paese in particolare, sia per la sua posizione geografica, sia per la presenza, in alcune specifiche aree del suo territorio, di organizzazioni criminali interessate a sfruttare ed a trarre profitto dall'immigrazione clandestina, ha, da almeno vent'anni, posto in essere frequenti interventi legislativi.

¹ R. MICCÙ, *Introduzione*, F. ANGELINI - M. BENVENUTI - A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza. Atti del convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011*, Napoli, Jovene, 2011, p. 5, il quale evidenzia «come i processi di globalizzazione stiano producendo profonde trasformazioni nel diritto costituzionale degli Stati, a partire dallo stesso concetto di Stato-nazione, per investire poi tutte le categorie ad esso collegate. Con l'internazionalizzazione e la globalizzazione degli scambi economici si è stati costretti a modificare non solo gli strumenti nazionali di governo dell'economia, divenuti in gran parte obsoleti, ma anche – con particolare riguardo al fenomeno dell'immigrazione – abbiamo visto assottigliarsi, in relazione al fattore umano, il ruolo della frontiera statale, costringendo a ripensare molte delle categorie sociologiche, politiche e, in primo luogo, giuridiche tradizionali».

In Italia, infatti, la necessità di una regolamentazione ad ampio respiro del fenomeno in esame è particolarmente sentita. L'esperienza storica di alcune grandi Nazioni di immigrazione insegna che in assenza di una risposta da parte del diritto ai quesiti suscitati dal fenomeno migratorio, altri processi di adattamento e di regolazione vengono posti in essere da soggetti od enti non statali generando spesso risultati socialmente dannosi e, in ogni caso, difficilmente monitorabili².

2. L'evoluzione della disciplina dell'immigrazione.

Quella dell'immigrazione in Italia è, comunque, una storia recente³. Come è noto, solo a partire dalla metà degli anni Settanta il nostro Paese è divenuto meta di un flusso di immigrazione significativo, reso possibile anche dal fatto che, tra i Paesi industrializzati, fosse uno di quelli di più facile ingresso⁴.

Ancora più recente e più breve è la storia della legislazione sull'immigrazione. L'ordinamento italiano infatti, con ritardo rispetto ad altri Paesi dell'area europea, ha iniziato a legiferare in materia solo a partire dalla metà degli anni Ottanta⁵; il processo di adeguamento è tutt'ora in corso ed il dibattito attorno ai metodi utilizzati ed ai risultati ottenuti appare ancora particolarmente "infiammato".

2.1. Il quadro costituzionale.

A causa della molteplicità e della varietà di fonti che si intersecano e si sovrappongono nella disciplina della condizione giuridica dello straniero, risulta assai

² F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, L. VIOLANTE (a cura di), in collaborazione con L. Minervini, *Storia d'Italia, Annali 14 - Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 1037 e ss. Si pensi al ruolo svolto della criminalità organizzata negli Stati Uniti come "veicolo di integrazione" di alcune nazionalità di immigrati, in particolare italiani, a partire dagli anni della grande depressione; o ancora all'attuale situazione italiana ove, in mancanza di un intervento statale, la criminalità mafiosa ha operato in sua vece.

³ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. XI.

⁴ M. MUSSO, voce *Immigrazione*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p. 161; C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, Jovene, 2011, p. 4.

⁵ L. EINAUDI, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. VII, il quale sottolinea che negli anni '60 e '70 l'Italia ancora non si era resa conto di cosa stesse accadendo, tant'è che aveva continuato a focalizzare l'attenzione sugli emigrati che lasciavano il Paese piuttosto che su quelli che vi entravano.

difficile identificare degli elementi comuni a partire dai quali proporre una definizione sufficientemente unitaria dello *status* costituzionale che lo caratterizza⁶.

Si è infatti assistito, soprattutto negli ultimi anni, ad un aumento quantitativo delle fonti normative che con diversa efficacia e a diverso livello – interno, internazionale e sovranazionale – definiscono i singoli elementi di tale *status*. Tale complessa disciplina, per quanto assai frammentaria, ha contribuito progressivamente, a dare attuazione, rivestendole di un più concreto contenuto normativo, alle disposizioni costituzionali che fissano alcuni principi fondamentali in materia di trattamento degli stranieri⁷.

La ricostruzione sistematica di tale coacervo di norme non consente tuttavia di risalire ad una nozione unitaria, cui sia riferibile un complesso di diritti e di doveri sufficientemente determinato. Le diverse figure giuridiche che vengono genericamente ricondotte al termine di straniero sembrano infatti essere caratterizzate da un solo dato comune: l'assenza, in capo al soggetto, della qualità di cittadino italiano. Ciò è sovente fonte di equivoci e contraddizioni, in quanto si tende talvolta a sovrapporre ed anche a confondere situazioni giuridiche soggettive che interessano soggetti diversi, che danno luogo a sfere più o meno ampie di diritti ed obblighi, che offrono garanzie più o meno accentuate⁸.

Tale ambiguità sembra coinvolgere peraltro la stessa esegesi delle norme costituzionali.

2.1.1. Le posizioni registratesi in dottrina.

La dottrina italiana, dal canto suo, è divisa sulla definizione dello *status* costituzionale dello straniero nel nostro ordinamento.

Di gran lunga prevalente è l'orientamento⁹ che ritiene non decisivo l'argomento letterale offerto dalle disposizioni costituzionali. In proposito si è detto che non solo il

⁶ In tema di *status* costituzionale dello straniero v., per tutti, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Diritto e società*, I, 2009, p. 537 e ss.

⁷ E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, 1999, p. 158.

⁸ *Ivi.* A tale conclusione perviene anche B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 8 e ss.

⁹ In questo senso M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, Roma, Carocci, 2011, p. 94 e ss. la quale riconduce a vario titolo in questo orientamento le opinioni di A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, p. 23; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 163 e ss.; U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1997, p.

criterio letterale non è «applicabile riguardo alle disposizioni formulate senza specifico riferimento ad alcuna categoria di destinatari (come gli artt. 13, 14, 15, 41, 42)»¹⁰ ma, più in generale, «non vi sono elementi sufficienti a fare ritenere che l'uso dell'uno o dell'altro termine abbia sempre corrisposto ad una precisa volontà rivolta a determinare la cerchia dei soggetti cui le singole norme fossero da riferire»¹¹.

Sulla base di questo approccio interpretativo c'è chi ha sostenuto che «dall'inerenza dei diritti inviolabili in capo alla persona, in quanto tale, discende [...] il riconoscimento di essi anche nei confronti degli stranieri, a meno che disposizioni dello stesso testo costituzionale non ne limitino espressamente il godimento solo ai cittadini»¹². Inoltre per quei diritti che la Costituzione riferisce espressamente a quest'ultimi, si deve ritenere che gli stessi possano essere riconosciuti dal legislatore ordinario anche agli stranieri, senza però che tale estensione sia costituzionalmente garantita¹³. In questo quadro l'art. 10 interviene come rafforzamento del trattamento stesso dello straniero, in quanto fissa «l'obbligo, per lo Stato italiano, [...] di dare esecuzione a quelle convenzioni di diritto internazionale che ne favoriscano la tutela»¹⁴.

Si afferma, sempre nella stessa linea interpretativa, che l'art. 2 Cost. «riconosce l'esistenza di un nucleo comune di situazioni giuridiche soggettive garantite sia ai cittadini che agli stranieri»¹⁵ con la conseguenza che laddove siano positivamente individuabili nell'ambito stesso della Costituzione quelli che sono definiti come diritti inviolabili dell'uomo si realizza, per le due categorie di destinatari, una situazione oggettiva di (parziale) eguaglianza. L'assunzione a parametro dell'art. 2 Cost. fonda, pertanto, un minimo comune trattamento tra cittadini e stranieri, in termini di eguaglianza con riferimento ad una certa sfera giuridica risultante dalla specificazione dei successivi precetti; oltre quei limiti una più ampia equiparazione delle due categorie

182 e ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997, p. 168 e ss.

¹⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, Cedam, 1976, p. 1153.

¹¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1153.

¹² A. BARBERA, *sub art. 2*, G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 116.

¹³ *Ibid.*, p. 308.

¹⁴ *Ibid.*, p. 116: «da questa premessa discende il riconoscimento costituzionale anche per gli stranieri delle libertà di manifestazione di pensiero, di stampa, di domicilio, di comunicazione e di professione religiosa, nonché della libertà personale [...]. Rimane affidata invece al legislatore ordinario la tutela della libertà di circolazione e soggiorno e delle libertà di riunione e associazione, espressamente garantite dagli artt. 16-18 ai soli cittadini».

¹⁵ G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Diritto e società*, I, 1973, pp. 957-958.

di soggetti potrebbe essere disposta dal legislatore, ma essa non sarebbe costituzionalmente garantita, così come, non sarebbe dalla Costituzione nemmeno preclusa»¹⁶.

In quest'ottica il problema si sposta dunque sui limiti entro i quali il legislatore sarebbe libero di estendere certi diritti ai non cittadini e si è guardato allora alla natura della posizione giuridica tutelata¹⁷.

Si è affermato che tre sono le situazioni prospettabili nei confronti dello straniero: «di assoluta esclusione di quei diritti per loro stessa natura inerenti alla qualità di cittadino ed, in modo tipico, di tutti i diritti politici (*activae civitatis*); di necessario riconoscimento, in condizioni di parità con i cittadini, degli altri che riguardano la tutela delle esigenze essenziali alla condizione umana (e pertanto di quelli di cui agli artt. 13, 14, 15, 19, 21/1, 32, 33); di discrezionale attribuzione dei residui diritti, con quelle limitazioni le quali possano rendersi necessarie a tutela della sicurezza o del buon costume»¹⁸.

La tesi minoritaria fondata sulla concezione della Costituzione come «fatto politico, che vale, in linea di principio, per i soli cittadini», sottolinea, al contrario, che l'art. 3 riguarda formalmente i soli cittadini; ed è pertanto la Costituzione medesima ad ammettere che la cittadinanza possa giocare un ruolo diversificante nella disciplina delle situazioni giuridiche soggettive: in questa prospettiva la condizione giuridica dello straniero viene rimessa alla disciplina della legge ordinaria, in conformità delle norme e dei trattati internazionali, secondo quanto stabilito dall'art. 10 Cost.¹⁹.

¹⁶ G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, cit., pp. 957-958. Sul punto v. anche U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, cit., p. 192 secondo cui fermo restando l'area dei diritti fondamentali garantita dall'art. 2 Cost., la condizione dello straniero, per il resto, è regolabile con legge conformemente al diritto internazionale generale e agli accordi sottoscritti dall'Italia, anche in difformità da quella del cittadino e purché sia osservata la ragionevolezza delle eventuali diversità di trattamento. Questo confinamento dell'art. 10, secondo comma, Cost., in un ambito residuale comporta che le norme dei patti internazionali costituiscano elemento interpretativo ed integrativo diretto del complesso dei principi fondamentali della Costituzione, per cui è assicurata in Italia la loro vigenza immediata in virtù dell'art. 2, ed insieme è garantita la funzione supplementare, rispetto ad esse, da parte delle norme direttamente contenute nella Costituzione italiana, in quanto più stringenti nella garanzia dei diritti.

¹⁷ E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, cit., p. 162.

¹⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1154.

¹⁹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1990, pp. 144-145. A questa ricostruzione aderiscono anche N. AMODIO, *Espulsione e diritti dello straniero*, in *Giur. cost.*, I, 1987, p. 3322; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 2000, p. 624 e ss.: «qui interessa ribadire che quando la Costituzione dice espressamente "tutti" bisogna intendere questa espressione alla lettera, sia perché, nei casi in cui la Costituzione dice così, vengono garantiti diritti che dalla rivoluzione francese in poi sono stati e vengono considerati universalmente propri di ogni uomo e quindi indipendenti

Come è stato rilevato²⁰, le due teorie sono, su un piano meramente logico-testuale, parimenti configurabili, se da un lato, infatti, si comprende il punto di vista di chi coglie nell'art. 10 Cost. la norma chiave per ricostruire la condizione giuridica dello straniero, dall'altro parimenti apprezzabile è la posizione di quegli autori che valorizzando l'art. 2 Cost. ribadiscono l'inerenza dei diritti inviolabili alla persona in quanto tale, indipendentemente dal possesso della cittadinanza.

2.1.2. L'orientamento della giurisprudenza costituzionale.

Muovendo da una lettura unitaria dei principi ricavabili dagli artt. 2, 3 e 10 della Costituzione²¹, la giurisprudenza costituzionale è attestata sulla tesi per la quale «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini²², è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali»²³. Secondo la Corte, infatti, la disciplina ivi contenuta non deve essere isolatamente considerata, e va interpretata in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10 che, sia pure per vie diverse, attribuiscono anche allo straniero un patrimonio di

dalla cittadinanza [...]. Ugualmente alla lettera va interpretata la Costituzione quando usa espressamente la parola "cittadini". Non può essere casuale il fatto che in articoli contigui lo stesso costituente ora dica "tutti", ora dica "cittadini". Si tratta d'altra parte di diritti tradizionalmente riservati ai cittadini, perché essi garantiscono non l'uomo singolo, ma l'uomo nel suo rapporto con altri [...] e dunque già diritti politici o rilevanti politicamente [...]. Naturalmente la limitazione della garanzia ai soli cittadini non vuol dire che gli stranieri e gli apolidi non possono godere di tali diritti di libertà [...], ma significa che le leggi ordinarie possono (e non debbono) limitare questi diritti rispetto agli stranieri e agli apolidi in modo più penetrante e restrittivo di quanto possano fare rispetto ai cittadini».

²⁰ U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, cit., p. 147 e ss.

²¹ In proposito v. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 213 secondo cui «qualunque approccio che si mostrasse incapace di imboccare contemporaneamente le strade segnate da ciascuno di questi punti di partenza sarebbe destinato al fallimento».

²² Sul punto cfr. C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, pp. 71-71, la quale, procedendo ad una disamina dei lavori dell'Assemblea costituente, evidenzia che sebbene il testo sul principio di eguaglianza licenziato dalla I sottocommissione esordisse con il termine «gli uomini», «il comitato di redazione in sede di revisione formale lo sostituì con quello «i cittadini» e tolse la nazionalità tra gli elementi di non discriminazione. Con queste modifiche il testo andò in assemblea e fu approvata la formulazione attuale art. 3, primo comma. Come noto non esistono verbali del lavoro del comitato di redazione e come è stato rilevato si ha l'impressione che i membri del comitato nel modificare «in modo tanto sbrigativo quello che poi divenne l'art. 3, fossero (o quanto meno potessero mostrarsi) convinti di compiere una semplice opera di "coordinamento", volta solamente ad eliminare un'incongruenza, una smagliatura nel tessuto costituzionale», senza realizzare che ad essa poteva corrispondere una reale restrizione dell'ambito di operatività del principio o che comunque si poneva in modo forte l'accento sul dato cittadinanza». Così anche M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, cit., pp. 131-132.

²³ Così la sent. n. 120 del 1967, seguita peraltro dalle conformi sentt. nn. 104 del 1969, 144 del 1970, 109 e 244 del 1974, 46 del 1977, 215 del 1983, 490 del 1988, nonché dalle ordd. nn. 76 del 1971, 78 del 1973, 40 del 1975, 460 e 503 del 1987. Tutte consultabili in www.cortecostituzionale.it.

diritti fondamentali. «Il primo, perché riferendosi ai diritti inviolabili dell'uomo non fa distinzione tra cittadini e stranieri. Il secondo, perché rinvia a consuetudini e atti internazionali nei quali la protezione dei diritti fondamentali dello straniero è ampiamente assicurata»²⁴.

È dunque proprio l'allargamento dell'ottica di indagine al di là dei limiti del solo art. 3 Cost. che consente alla Corte di giungere alla conclusione per cui il principio di eguaglianza copre anche i rapporti fra cittadini e stranieri. Allo stesso tempo, però, le impedisce di prospettare un'estensione di quel principio oltre l'ambito dei diritti fondamentali: il collegamento specifico fra l'art. 3 e l'art. 2 Cost. implica la scelta per una netta delimitazione del raggio di azione della eguaglianza²⁵.

Un'attenta lettura della giurisprudenza costituzionale²⁶ induce infatti «a ridimensionare la portata del riconoscimento del principio d'eguaglianza tra cittadini e stranieri sul terreno dei diritti fondamentali»²⁷.

La medesima Corte, attraverso l'introduzione della distinzione tra titolarità ed esercizio dei diritti, lascia al legislatore ordinario un ampio margine di intervento per limitare in concreto i diritti riconosciuti in astratto «a condizione che la disparità di trattamento sia ragionevole in relazione alle diverse posizioni effettivamente rivestite dagli uni e dagli altri; queste diverse posizioni – che giustificano discipline differenziate anche in materia di diritti fondamentali – possono scaturire, secondo la Corte, non solo da diverse situazioni di fatto, ma anche da diverse valutazioni giuridiche operate dall'ordinamento»²⁸.

Risulta pertanto coerente con tale premessa che il legislatore italiano, nel campo dei diritti fondamentali, possa trattare diversamente cittadini e stranieri, come pure stranieri

²⁴ M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., p. 214.

²⁵ M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., p. 218.

²⁶ Per una approfondita analisi delle sentenze della Corte costituzionale si rinvia a M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., p. 226 e ss.

²⁷ A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust.*, 1999, 3, p. 432. Al riguardo, anche C. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, cit., p. 165 fa osservare come, alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale, anche all'interno della categoria «diritti inviolabili» occorra operare una ulteriore distinzione tra quei diritti che appartengono all'uomo in quanto tale e quelli che gli spettano invece in quanto «membro» di una comunità politica, rendendosi così critica la stessa distinzione operata.

²⁸ A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, cit., p. 432.

che si trovino in condizioni tra loro differenti, se ciò sia ragionevolmente giustificato dalla diversità delle rispettive situazioni²⁹.

Queste argomentazioni sono messe in luce con chiarezza dalla sentenza 104 del 1969. La pronuncia, dopo aver ribadito che «il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 Cost. riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri, allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo», elenca infatti una serie di differenze tra cittadini e stranieri nel godimento, ma non nella astratta titolarità, dei diritti di libertà (ad esempio, «il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato»), per poi concludere: «questa differenza di situazioni di fatto e di connesse valutazioni giuridiche, la cui elencazione è superfluo continuare, sono rilevabili in ogni ordinamento e si fondano sulla basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»³⁰.

La limitata eguaglianza tra cittadini e stranieri non esclude che – nello stesso settore normativo in cui essa sussiste, e cioè quello dei diritti fondamentali – lo Stato italiano possa praticare trattamenti giuridici differenziati per le due categorie. Ovviamente la «disparità di trattamento non può essere arbitraria, ma va fondata su una effettiva diversità delle due situazioni, la cui rilevanza deve essere valutata secondo gli usuali canoni di ragionevolezza»³¹.

Il discorso deve a questo punto completarsi con il principio contenuto nell'art. 10, secondo comma Cost. secondo cui «La condizione giuridica dello straniero è regolata in conformità delle norme e dei trattati internazionali». In proposito si è osservato³² che se si ritenesse, sulla base di una interpretazione letterale di tale norma, che la legge

²⁹ S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 82. Si veda in argomento anche M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 2010, 3, p. 571 e ss., nonché A.O. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in *Quad. cost.*, 2010, 3, p. 551 e ss.

³⁰ Corte cost., 26 giugno 1969, n. 104, in *Giur. cost.*, 1969, 2, p. 1565.

³¹ M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., pp. 218-219.

³² M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., p. 216.

italiana, che regola la condizione giuridica dello straniero, non debba far altro che riprodurre quanto viene disposto dalle norme internazionali, si giungerebbe ad un paradosso dovuto all'ampiezza della protezione accordata ai diritti degli stranieri nel diritto internazionale. Questa infatti è tanto estesa che – senza correttivi – potrebbe addirittura comportare l'attribuzione allo straniero di diritti fondamentali che non spettano in quanto tali ai cittadini. Esempio tipico è quello del diritto di proprietà³³. Ad evitare questa possibile aporia viene ancora in soccorso l'art. 3 Cost. giacché l'applicazione del principio di eguaglianza impedisce, salve le ipotesi di differenziazione ragionevole, che allo straniero sia riservato un trattamento di maggior garanzia rispetto a quello previsto per il cittadino³⁴.

Da queste considerazioni emerge che sebbene l'elaborazione giurisprudenziale abbia raggiunto il risultato di radicare direttamente nella Costituzione il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali degli stranieri, così da porre un solido argine alla discrezionalità del legislatore ordinario, ancora numerose sono le incertezze relative all'esatta individuazione del contenuto minimo di tali diritti, nonché quelle inerenti il loro elenco complessivo³⁵.

Un dato però sembrerebbe sufficientemente acquisito: accanto ai «significati 'tradizionali' di cittadinanza come *nationalité* e *citoyenneté*, oggi è acclamato anche un

³³ Sul punto v. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, cit., p. 216 il quale precisa che gran parte della dottrina italiana e la stessa giurisprudenza costituzionale (sent. n. 22 del 1971) escludono che il diritto di proprietà goda nella nostra Costituzione della qualifica di diritto fondamentale, mentre alcuni atti internazionali (v. ad esempio l'art. 1 del Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) la definiscono proprio in questo modo. Secondo l'A. a «voler interpretare rigidamente il secondo comma dell'art. 10 Cost., si finirebbe appunto per giungere al paradosso per cui in Italia la proprietà dei cittadini non sarebbe assistita dalle speciali garanzie che spettano ai diritti «fondamentali», mentre queste sarebbero riconosciute alla proprietà degli stranieri». Sulle ragioni che inducono a negare la fundamentalità delle situazioni economiche di vantaggio v. ID., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, p. 39 e ss. In particolare sulla disciplina costituzionale della proprietà privata v. G. ZAGREBELSKY, *Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes (Italie. Présentation générale)*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, p. 219 e ss.

³⁴ E. ROSSI, *Profili di diritto costituzionale*, G. DALLA TORRE (a cura di), *Immigrazione e salute: questioni di biogiuridica*, Roma, Edizioni Studium, 1999, p. 123.

³⁵ S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, cit., p. 82. Uno dei pochi punti fermi in questa materia è costituito dall'esclusione degli stranieri dalla garanzia costituzionale dei diritti politici, che per loro natura sarebbero inerenti al rapporto originario e stabile che lega in via esclusiva lo Stato sovrano ai suoi cittadini, e pertanto riservati a questi ultimi. Parimenti non sarebbe ricompreso nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo i diritti di ingresso e soggiorno del non cittadino, «per cui il legislatore ordinario disporrebbe di un certo margine di discrezionalità entro il quale disciplinare condizioni, requisiti, modalità e termini dell'ingresso e del soggiorno, secondo la "politica dell'immigrazione" che decida di adottare, senza tuttavia poter operare esclusioni irragionevoli o arbitrarie» (*Ibid.*, p. 83).

concetto di cittadinanza in senso sostanziale quale espressione di sintesi di quell'insieme di diritti che normalmente è attribuito a ogni cittadino nella *koinè* delle democrazie pluraliste e che si identifica sostanzialmente con l'idea universale di dignità dell'uomo»³⁶.

2.2. Le principali tappe legislative.

Nel nostro Paese la legislazione sull'immigrazione affonda le radici nelle leggi di pubblica sicurezza.

Il titolo V capo I del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (t.u.l.p.s.), di cui al r.d. 18 giugno 1931, n. 773³⁷ indicava infatti una serie di obblighi di segnalazione agli uffici di pubblica sicurezza posti a carico tanto degli stranieri quanto degli italiani che dessero loro ospitalità e lavoro; mentre il titolo V capo II t.u.l.p.s. e l'art. 25 della legge n. 152 del 1975 regolavano le varie ipotesi di respingimento alla frontiera, allontanamento mediante foglio di via obbligatorio, rimpatrio ed espulsione. Tali misure, caratterizzate da un'ampia discrezionalità, erano circondate da garanzie scarse o addirittura inesistenti e risultavano sostanzialmente inefficaci rispetto agli scopi ufficialmente perseguiti³⁸. Il fatto poi che le norme del Testo Unico di pubblica sicurezza fossero le principali fonti del diritto dell'immigrazione era indice di come il fenomeno migratorio fosse tendenzialmente inquadrato come problema di ordine pubblico.

Intorno alla metà degli anni Ottanta l'intensificarsi degli arrivi di immigrati nel nostro Paese³⁹ rese necessari una serie di interventi legislativi, ormai non più procrastinabili.

Il primo intervento fu attuato con la legge 30 dicembre 1986, n. 943, recante «Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e

³⁶ E. ROSSI, *Profili di diritto costituzionale*, cit., p. 126.

³⁷ Con il relativo regolamento di esecuzione intervenuto con r.d. 6 maggio 1940, n. 635.

³⁸ La Corte costituzionale aveva infatti evidenziato l'inadeguatezza della prassi amministrativa a fungere quale fonte principale del diritto dell'immigrazione in quanto tale materia «per la delicatezza degli interessi che coinvolge merita un riordinamento da parte del legislatore, che tenga conto delle esigenze di consacrare in compiute organiche norme la modalità e le garanzie di esercizio delle fondamentali libertà umane collegate con l'ingresso e il soggiorno degli stranieri in Italia» (Corte Cost., 20 gennaio 1977, n. 46, in *Giur. cost.*, 1977, p. 184 e ss.).

³⁹ L. PEPINO – P.L. ZANCHETTA, *L'Italia degli stranieri: il controllo amministrativo e penale*, in *Quest. giust.*, 1989, p. 657; M. LA TERZA, *Innovazioni legislative sul lavoro degli stranieri extracomunitari in Italia*, in *Quest. giust.*, 1987, p. 29.

contro le immigrazioni clandestine», che dava attuazione alla Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil) n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata dall'Italia con la legge 10 aprile 1981, n. 158.

Sebbene tale legge ebbe il merito di stabilire finalmente una «regolamentazione di rango legislativo sull'accesso al lavoro, in Italia, degli stranieri-lavoratori subordinati extracomunitari»⁴⁰, comunque la reazione del legislatore all'impatto migratorio restava inserita in un'ottica settoriale, per cui il nostro ordinamento risentiva della carenza di una legislazione organica della quale era necessario dotarsi⁴¹.

Il legislatore italiano, nel tentativo di colmare questa lacuna, emanò pertanto il d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39, nota come “Legge Martelli” recante «Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato».

La legge in questione segnò un passaggio fondamentale nella legislazione italiana. Da un'ottica rivolta principalmente a soddisfare le esigenze del mercato del lavoro si passò infatti ad un politica complessiva sull'immigrazione, introducendo, da un lato, il meccanismo della “programmazione dei flussi”⁴² e disegnando, dall'altro, l'ossatura fondamentale della disciplina del soggiorno degli stranieri in Italia⁴³. Il provvedimento

⁴⁰ M. MUSSO, voce *Immigrazione*, cit., p. 162. Lo strumento di regolarizzazione del cittadino straniero si basava sull'incontro preventivo tra domanda di lavoro interna ed offerta di lavoro extracomunitaria, limitata al previo accertamento, effettuato dagli uffici provinciali del lavoro a norma dell'art. 8, comma 3, di indisponibilità di lavoratori italiani e comunitari.

⁴¹ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., pp. 4-5. Sul punto v. anche G. D'AURIA, *L'immigrazione e l'emigrazione*, S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo speciale*, vol. I, *Le funzioni di ordine, Le funzioni del benessere*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 758, il quale sottolinea che fra le cause innumerevoli del fallimento della legge n. 934 del 1986, che non raggiunse i suoi obiettivi, spicca la previsione dell'istituto della chiamata nominativa che poneva una condizione irrealistica all'immigrazione irregolare: l'immigrato doveva già aver stipulato, prima del suo ingresso in Italia, un regolare contratto di lavoro.

⁴² L'art. 2, comma 3 della “Legge Martelli” demandava ai Ministri degli affari esteri, dell'interno, del bilancio e della programmazione economica, del lavoro e della previdenza sociale, sentiti i Ministri di settore eventualmente interessati, il CNEL, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e la conferenza Stato-regioni, di definire entro il 30 ottobre di ogni anno «la programmazione dei flussi di ingresso in Italia per ragioni di lavoro degli stranieri extracomunitari e del loro inserimento socio-culturale, nonché le sue modalità, sperimentando l'individuazione di criteri omogenei anche in sede comunitaria. Con gli stessi decreti viene altresì definito il programma degli interventi sociali ed economici atti a favorire l'inserimento socio-culturale degli stranieri, il mantenimento dell'identità culturale ed il diritto allo studio e alla casa».

⁴³ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 5.

disciplinava inoltre l'espulsione dello straniero, il riconoscimento della condizione di rifugiato⁴⁴, la regolarizzazione degli immigrati irregolari⁴⁵.

Nella fase successiva alla legge *de qua*, l'emergenza clandestini e l'emergenza criminalità, determinò, a partire dai primi anni Novanta, l'emanazione di un gran numero di decreti legge intesi, da un lato, ad inasprire le misure espulsive nei confronti degli stranieri extracomunitari per la commissione di reati e dall'altro, ad agevolare il collocamento degli stranieri, incoraggiando il lavoro stagionale⁴⁶.

La necessità di liberarsi da un approccio di tipo emergenziale alla questione migratoria divenne, dopo gli anni della decretazione d'emergenza, una necessità non più procrastinabile. Sulla base della constatata insufficienza e della non riproponibilità di provvedimenti parziali e di emergenza, venne quindi emanata la legge 6 giugno 1998, n. 40, c.d. "Turco-Napolitano" che, all'art. 47, contemplava una delega al Governo intesa ad elaborare un Testo Unico, emanato con d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

La riforma si proponeva un duplice obiettivo: da un lato, favorire in tutti i modi la proficua integrazione nel tessuto sociale italiano degli stranieri extracomunitari regolarmente entrati e soggiornanti nel nostro Paese, dall'altro lato, opporre un'efficace sbarramento al fenomeno dell'immigrazione clandestina ed allo sfruttamento criminale dei flussi migratori.

In primo luogo, la legge predisponessa un inquadramento generale della posizione giuridica dello straniero in un'ottica attenta ai valori costituzionali⁴⁷. In merito alle politiche migratorie, invece, il nuovo testo legislativo riproponeva il principio della programmazione dei flussi.

⁴⁴ Oltre a cancellare l'anacronistica "riserva geografica", apposta dall'Italia all'atto della firma della Convenzione di Ginevra, che permetteva di limitare l'applicazione della Convenzione ai soli avvenimenti accaduti in Europa, allo scopo di subordinare il diritto di asilo a scopi politici, la "Legge Martelli" dettò una disciplina generale del diritto d'asilo delineando il procedimento di riconoscimento dello *status* di rifugiato e la condizione giuridica ad esso collegata. Essa demandò ad un successivo regolamento d'attuazione il riordino degli organi e delle procedure per l'esame delle richieste di riconoscimento dello *status* di rifugiato (comma 2) introducendo un ampio catalogo di ipotesi di irricevibilità della domanda.

⁴⁵ Artt. 9 e 10 della "Legge Martelli". Sul punto v., per un maggiore approfondimento, L. MELICA, *Commento agli artt. 9, 10, d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39 e modifiche successive. Aspetti generali*, B. NASCIBENE (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 1997.

⁴⁶ M. D'APRILE, *La legge Bossi-Fini sull'immigrazione: premesse generali*, in AA. VV., *La condizione giuridica dell'immigrato. Normativa, dottrina e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 17.

⁴⁷ L'art. 2, comma 1 t.u. imm. dispone infatti che «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

Una prima inversione di tendenza si è avuta con la riforma introdotta al Testo Unico dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 c.d. “Legge Bossi-Fini”. Tale legge ha avuto come obiettivo quello di «porre rimedio alle insufficienze del testo unico del 1998 attraverso l’irrigidimento dei presupposti di ingresso nel territorio dello Stato e delle procedure di espulsione, oltre che mediante l’inasprimento della reazione penale ai fatti di favoreggiamento della clandestinità e dell’irregolarità»⁴⁸. La riforma è stata oggetto di profonde critiche da parte della dottrina e della giurisprudenza «perché ritenuta espressiva di un atteggiamento di chiusura verso gli stranieri e della considerazione inadeguata di una realtà ben più complessa – difficilmente domabile con i meccanismi della repressione -, i cui aspetti di tipo umanitario avrebbero dovuto avere peso maggiore nelle scelte di normazione»⁴⁹.

Ulteriori importanti interventi novellistici sono poi stati attuati con il decreto del Presidente della Repubblica 18 ottobre 2004, n. 334⁵⁰, con cui si è data attuazione alla legge Bossi-Fini attraverso la modifica e l’integrazione del regolamento di attuazione del Testo Unico sull’immigrazione del 1999, e con i c.d. Pacchetti sicurezza del 2008⁵¹ e 2009⁵². Anche su quest’ultimo testo normativo si sono appuntate le critiche dell’opinione pubblica. La criticità del provvedimento legislativo è stata inoltre posta in evidenza dalla lettera con la quale l’allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, ha accompagnato la promulgazione della legge. Pur non avendo ravvisato

⁴⁸ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, Cedam, 2011, p.

⁴⁹ Così E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., pp. 189-190. Sulla “Legge Bossi-Fini”, in senso profondamente critico, cfr. L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 3, p. 9 e ss.; ID., *Una soluzione insoddisfacente dei problemi dell’immigrazione*, in *Leg. pen.*, 2002, 4, p. 1091 e ss.; M. CERASE, *Riformata la disciplina dell’immigrazione: le novità della “Legge Bossi-Fini”. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 11, p. 1343 e ss.; C. CORSI, *Le nuove disposizioni al testo unico sull’immigrazione: tra inasprimento della disciplina e norme «bandiera»*, in *Foro amm.*, 2002, 11, p. 3047 e ss.; A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, 2002, 5, p. 964 e ss.; B. NASCIBENE, *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi-Fini: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2003, 4, p. 532 e ss.; G. SAVIO, *La legge Bossi-Fini e la restrizione della libertà personale conseguente all’espulsione amministrativa dello straniero*, in *Studium iuris*, 2003, 2, p. 155 e ss.

⁵⁰ A. CALLAIOLI, *Le recenti scelte politiche sul governo dell’immigrazione: norme barocche che non sciogliono i nodi di fondo (d.p.r. 18.10.2004 n. 334)*, in *Leg. pen.*, 2005, 4, p. 395 e ss.

⁵¹ Sul Pacchetto sicurezza 2008 cfr., tra gli altri, F. VIGANÒ – M. VIZZARDI, *“Pacchetto sicurezza” ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 7, p. 813 e ss.; C. RENOLDI – G. SAVIO, *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, 3-4, p. 24 e ss.; D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 9, p. 1077 e ss.

⁵² Per un commento alla normativa del 2009 cfr. A. DELLA BELLA, *L’ultimo atto del “pacchetto sicurezza”: le novità in materia penale*, in *Il Corriere del Merito*, 2009, 7, p. 709 e ss.; E. MARZADURI, *Un iter giudiziario più snello e veloce che risponde alle insofferenze della collettività*, in *Guida dir.*, 2009, 33, p. 19 e ss.

elementi che giustificassero la sospensione dell'entrata in vigore della legge, il Presidente ha infatti «ritenuto opportuno manifestare le perplessità che il testo normativo gli ha suscitato non solo per le modalità della sua approvazione, ma anche per la tecnica legislativa utilizzata, spesso imprecisa e incoerente, e, soprattutto per l'esosità e l'eterogeneità dei contenuti [...], ritenuti assimilabili per la pertinenza con il concetto, in verità ampio e generico di sicurezza pubblica, tradotti in disposizioni imprecise dal punto di vista sia tecnico che formale, oltre che contraddittori con l'obiettivo della semplificazione legislativa»⁵³. Il Presidente ha altresì sottolineato come solo in via eccezionale si dovrebbe intervenire più volte a distanza di tempo ravvicinata sullo stesso tema, «dovendo la legislazione presentare carattere di maggiore stabilità, anche ai fini di una maggiore conoscibilità della stessa»⁵⁴.

3. L'evoluzione della legislazione in materia di immigrazione nell'ordinamento spagnolo.

La Ley Orgánica 7/1985, del 1 luglio, “*Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*”, ha posto, nell'ordinamento spagnolo, la prima pietra nella costruzione del quadro giuridico in materia di immigrazione. Detta legge, volta essenzialmente a regolare i flussi migratori in arrivo, era tuttavia poco orientata alla dimensione umana del fenomeno. È stato invece il successivo regolamento di attuazione del 1996⁵⁵ a porre una maggiore attenzione nel disciplinare la tutela dei diritti degli stranieri.

La materia dell'immigrazione è stata poi, negli anni, oggetto di numerose riforme legislative.

Con l'approvazione della Ley Orgánica 4/2000, dell'11 gennaio, “*Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*”, si è stabilito infatti un elenco dei diritti dei cittadini immigrati⁵⁶ e si è regolata la problematica della gestione

⁵³ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 196.

⁵⁴ *Ivi*.

⁵⁵ Real Decreto 2 febbraio 1999.

⁵⁶ Preme sottolineare che l'ambito di applicazione della LO 4/2000 è ristretto agli stranieri provenienti da Paesi terzi, mentre ai cittadini di Stati membri dell'Unione europea si applica il RD 240/2007, del 16 febbraio.

dei flussi migratori⁵⁷. Tale legge inoltre ha introdotto nel Libro II del codice penale spagnolo il Titolo XV *bis* sui “Delitti contro i diritti dei cittadini stranieri”.

Nello stesso anno, a pochi mesi di distanza, viene poi approvata la Ley Orgánica 8/2000, del 22 dicembre, che ha inasprito i requisiti per l'ingresso e la regolarizzazione degli stranieri, definendo in maniera più dettagliata la tipologie delle infrazioni amministrative e incrementando la possibilità di espulsione⁵⁸.

L'approvazione di tale legge ha costituito inoltre una risposta all'esigenza di recepire gli impegni internazionali assunti dalla Spagna in questo ambito. Si era reso soprattutto necessario dare attuazione ai principi adottati dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri dell'Unione europea nel Consiglio europeo tenutosi a Tampere il 16 e 17 ottobre 1999, principi relativi alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché all'acquisizione degli accordi di Schengen relativi al regime di ingresso, condizioni di rilascio dei visti, disciplina del soggiorno degli stranieri e responsabilità e sanzioni dei vettori. Nello specifico, con tale riforma il legislatore spagnolo aveva voluto perseguire i seguenti obiettivi: il miglioramento, attraverso la semplificazione delle procedure amministrative, della gestione della condizione degli stranieri in Spagna; il rafforzamento e il miglioramento degli strumenti sanzionatori previsti nella Ley Orgánica 4/2000, per la lotta contro l'immigrazione illegale e il traffico di esseri umani; infine il recepimento delle disposizioni approvate dall'Unione europea in tema di esigibilità delle imposte sul rilascio dei visti, nonché di sanzioni contro i vettori e di riconoscimento reciproco delle decisioni di espulsione, allo scopo di impedire che gli stranieri per cui fosse stata decisa l'espulsione in qualsiasi Stato membro potessero tentare di sottrarsi trasferendosi in un altro Stato.

Da ultimo, ulteriori modifiche alla Ley Orgánica 4/2000 sono state apportate tramite la LO 14/2003⁵⁹, del 20 novembre, la LO 2/2009, dell'11 dicembre ed, infine, la LO 4/2015, del 30 marzo, “*Ley de protección de la seguridad ciudadana*”⁶⁰.

⁵⁷ A tale legge fu data attuazione mediante il Real Decreto del 20 luglio 2001.

⁵⁸ Per un'analisi approfondita delle modifiche apportate al codice penale spagnolo dalla L.O. 4/2000 e L.O. 8/2000 cfr. JAIME MIGUEL PERIS RIERA, *El derecho penal y la condición de extranjero: autentica contradicción entre principios de tutela y tratamiento político criminal agudizada con la denominada ley de extranjería*, in *Controversia*, 2002, 3, p. 53 e ss.

⁵⁹ In attuazione della LO 14/2003 è stato emanato il RD 2393/2004, del 30 dicembre, con cui è stato approvato il Regolamento della *Ley de extranjería*.

⁶⁰ Per una disamina delle modifiche operate mediante la LO 4/2015 v., *infra*, Cap. III, par. 2.1.

CAPITOLO II

DIRITTO PENALE DELL'IMMIGRAZIONE

SOMMARIO: PARTE PRIMA. LO STRANIERO QUALE AUTORE DEL REATO. 1. Lo *status* di straniero come elemento costitutivo della fattispecie penale. 1.1. I mutamenti di *status*. 1.1.1. L'ingresso nell'Unione europea del Paese di origine dell'autore del reato. 1.1.2. L'acquisto della cittadinanza italiana da parte del reo. 2. Il reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio nazionale. 2.1. Elemento oggettivo. 2.2. Elemento soggettivo. 2.3. La disciplina sanzionatoria. 2.4. Profili processuali. 2.5. Il rapporto con la circostanza aggravante della clandestinità. 2.6. Le questioni di legittimità costituzionale e la sentenza n. 250 del 5 luglio 2010 della Corte costituzionale. 2.7. Il reato di clandestinità alla luce della "direttiva rimpatri": i casi *El Dridi*, *Achughbabian* e *Sagor*. 3. I reati di falso. 3.1. La falsità in titolo di soggiorno (art. 5, comma 8 *bis*, t.u. imm). 3.2. Il delitto di fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali (art. 495 *ter* c.p.). 4. La mancata esibizione del documento di identificazione o del titolo di soggiorno (art. 6, comma 3, t.u. imm.). 5. Le diverse forme di espulsione ed i reati ad esse collegati. 5.1. Le diverse forme di espulsione. 5.2. I reati collegati all'espulsione. 5.2.1. Le fattispecie di cui all'art. 13, commi 13 e 13 *bis*, t.u. imm. 5.2.2. I reati di cui all'art. 14, comma 5 *ter* e 5 *quater*, t.u. imm. PARTE SECONDA. LO STRANIERO QUALE OGGETTO DEL REATO. 1. Le ipotesi di favoreggiamento. 1.1. Evoluzione storica della disciplina penale in materia di favoreggiamento delle migrazioni illegali. 1.1.1. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella legge Martelli. 1.1.2. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella legge Turco-Napolitano. 1.1.3. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella legge Bossi-Fini. 1.1.4. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a seguito della riforma del 2004. 1.1.5. Il Pacchetto sicurezza del 2008. 1.2. Il nuovo delitto di favoreggiamento dell'ingresso o dell'emigrazione illegale dello straniero. Le modifiche del Pacchetto sicurezza del 2009. 1.3. Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione illegale: le figure speciali previste dal 3° comma. 1.3.1. (Segue): le circostanze applicabili ai delitti di cui ai commi 1 e 3. 1.4. Il favoreggiamento della permanenza illegale (art. 12, comma 5, t.u. imm.). 1.4.1. (Segue): la c.d. scriminante umanitaria. 2. Alloggio o cessione di immobile, a titolo oneroso, allo straniero irregolare (art. 12, comma 5 *bis*, t.u. imm.). 3. Impiego di lavoratori stranieri irregolari. 3.1. Impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (art. 22, comma 12, t.u. imm.). 3.2. La repressione del c.d. caporalato (art. 603 *bis* c.p.). PARTE TERZA. LO STRANIERO QUALE VITTIMA DEL REATO. 1. Discriminazione razziale: le fattispecie incriminatrici previste dall'art. 3 l. n. 654 del 1975. 2. Le mutilazioni genitali femminili. 3. La tratta di persone.

PARTE PRIMA

LO STRANIERO QUALE AUTORE DEL REATO

1. Lo *status* di straniero come elemento costitutivo della fattispecie penale.

Da anni, ormai, si assiste ad un acceso dibattito sul concetto di *status*, sulla sempre maggiore frammentazione giuridica che lo accompagna e sul «proliferare di veri e

propri *iura singularia* giunti ad intaccare perfino l'unitarietà borghese del diritto civile – si pensi a tal proposito al lavoratore o al consumatore». In quest'ottica la condizione di straniero rappresenta forse lo *status* più risalente. La condizione di straniero, inteso quale parte attiva del reato, svolge infatti all'interno dell'ordinamento penale un triplice ordine di funzioni: qualificare il soggetto attivo del reato proprio, estendere la punibilità e, infine, comportare un aggravamento della pena.

1.1. I mutamenti di *status*.

Tale condizione, peraltro, ben può essere soggetta a modifiche in ragione, ad esempio, dell'annessione di una porzione di territorio o per l'ingresso di uno Stato nell'Unione europea o, ancora, per l'acquisto della cittadinanza italiana.

1.1.1. L'ingresso nell'Unione europea del Paese di origine dell'autore del reato.

Ben può accadere infatti che un soggetto, straniero all'atto di commettere un reato, cessi di esserlo in un momento successivo in seguito all'annessione allo Stato italiano del territorio di provenienza del soggetto od all'ingresso del Paese di provenienza tra gli Stati membri dell'Unione europea.

Se la prima ipotesi appare oggi alquanto improbabile, la seconda, alla luce della progressiva espansione dell'Unione, rappresenta una eventualità di grande attualità⁶¹.

L'ingresso della Romania nell'Unione europea, avvenuto nel gennaio del 2007, ha offerto infatti alla Suprema Corte «l'occasione di misurarsi ancora una volta con il tema della modificazione mediata della fattispecie incriminatrice⁶²»⁶³.

⁶¹ Così R. RELLA, *Reati propri*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 60.

⁶² Pare opportuno precisare che nella letteratura penale, per differenziare l'oggetto sul quale la successione ricade, si è soliti distinguere, secondo una terminologia ormai diffusa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, tra modifiche "immediate" (o dirette) e "mediate" (o indirette) della legge penale (così G. NAPPI, *La successione c.d. "mediata" di leggi penali nel tempo*, M. TRAPANI – A. MASSARO (a cura di), *Temî penali*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 3). La modifica sarebbe "immediata" quando l'intervento legislativo incide direttamente sulla struttura del tipo di illecito così come descritto da una disposizione incriminatrice di parte speciale; sarebbe, per contro, "mediata" quando l'innovazione legislativa non tocca direttamente la disposizione incriminatrice ma un enunciato normativo richiamato dalla disposizione medesima. Le origini della terminologia in questione vengono peraltro fatte risalire a P. MAZUREK, *Zum Rückwirkungsverbot gemäss § 2Abs. 3 StGB*, in *J.Z.*, 1976, p. 233 e ss. citato da T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e*

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono infatti state chiamate a chiarire «se la sopravvenuta circostanza che dal 1° gennaio 2007 la Romania è entrata a far parte dell’Unione Europea giustifichi l’applicazione delle disposizioni di cui all’art. 2 c.p.»⁶⁴. In altri termini la Corte ha dovuto chiarire se la disciplina della successione di leggi penali potesse essere applicata anche in caso di eliminazione o di modifica di “norme” extrapenali implicitamente o esplicitamente richiamate dalla fattispecie incriminatrice astratta, o se per le stesse dovesse al contrario trovare applicazione la generale irretroattività della norma subentrante stabilita dall’art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale.

Orbene, la sentenza “Magera”, il cui principio di diritto è stato confermato dalle pronunce della Corte di Cassazione, sempre a Sezioni Unite, “Niccoli”⁶⁵ e “Rizzoli”⁶⁶, rappresenta sicuramente un punto di arrivo nello studio dell’evoluzione giurisprudenziale in tema di successione di norme extrapenali.

Dopo aver escluso, preliminarmente, che possa trattarsi di un caso di *abrogatio sine abolitione* poiché «il quarto comma dell’art. 2 c.p., come si desume dal suo contenuto dispositivo e si ritiene generalmente, riguarda la modificazione delle incriminazioni e non la loro abolizione, riguarda cioè l’ipotesi in cui, in seguito a una successione di leggi penali, il fatto continua a costituire reato ma è trattato in modo diverso»⁶⁷, mentre nel caso in esame occorre, al contrario, stabilire se l’incriminazione sia stata o meno abolita in seguito alla modificazione della legge extrapenale, le Sezioni Unite “Magera”, facendo proprio il principio di diritto espresso nella sentenza “Giordano”⁶⁸, affermano che «per accertare l’avvenuta *abolitio criminis*, anche nell’ipotesi di successione di regole extrapenali richiamate, è necessario procedere ad un confronto strutturale tra le

proc. pen., 1982, p. 1356 *sub* nota 8; mentre la dottrina penalistica italiana che maggiormente si è dedicata allo studio del tema all’espressione “successione mediata” predilige quella di “successione di norme integratrici”: così, per tutti, C.F. GROSSO, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 1209 e ss.; M. GAMBARDELLA, *L’abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, Jovene, 2008, p. 243.

⁶³ R. RELLA, *Reati propri*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell’immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 60.

⁶⁴ Cass., Sez. Un. pen., 27 settembre 2007, n. 2451, Magera, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3592.

⁶⁵ Cass., Sez. Un. pen., 28 febbraio 2008, n. 19601, Niccoli, in *Guida dir.*, 2008, 26, p. 88.

⁶⁶ Cass., Sez. Un. pen., 26 febbraio 2009, n. 24468, Rizzoli, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4113.

⁶⁷ Cass., Sez. Un. pen., 27 settembre 2007, n. 2451, Magera, cit., p. 3592.

⁶⁸ Cass., Sez. Un. pen., 26 marzo 2003, Giordano, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 1503. In tale pronuncia la Corte di Cassazione si è pronunciata in ordine alle questioni di diritto intertemporale conseguenti alla riforma del falso in bilancio e della bancarotta impropria da reato societario per effetto del d.lgs. n. 61 del 2002.

fattispecie legali astratte che si succedono nel tempo, quella precedente e quella successiva all'intervento del legislatore»⁶⁹.

In altri termini la Corte chiarisce che, non solo per la diretta abolizione parziale di una incriminazione, ma pure rispetto alla successione di leggi extrapenali occorre avere come punto di riferimento la fattispecie astratta e non il fatto concreto⁷⁰: nel senso che bisogna stabilire se l'astratta fattispecie risultante dal collegamento tra la disposizione incriminatrice e la legge extrapenale modificata sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato. In tal caso si verificherebbe infatti una parziale *abolitio criminis*, analoga a quella che si produce allorché è la stessa disposizione incriminatrice ad essere modificata con il ritaglio di una parte della sua fattispecie originaria. In quest'ottica, ad avviso della Corte, sono definibili norme integratrici⁷¹ non solo quelle richiamate dalle norme penali in bianco⁷², ma anche le norme definitorie⁷³, vale a dire quelle che

⁶⁹ G. NAPPI, *La successione c.d. "mediata" di leggi penali nel tempo*, M. TRAPANI – A. MASSARO (a cura di), *Temi penali*, cit., p. 7.

⁷⁰ A favore dell'applicazione del criterio "strutturale" per definire le ipotesi di *abolitio criminis* nella successione "immediata" ma non nei casi di successione di norme extrapenali, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2011, p. 85 e 87. Allo stesso risultato, ma con argomentazioni diverse, giungono G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2010, p. 97. A sostegno del criterio c.d. "strutturale" in entrambe le ipotesi di successione (diretta e indiretta) nella recente dottrina, per tutti M. GAMBARDELLA *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., p. 180 e 256. In senso favorevole all'applicazione del criterio del "fatto concreto" per individuare tutte le ipotesi abolitive rientranti nell'art. 2, comma 2, c.p., cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 112; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 118-119 e ss.; Secondo questi ultimi Autori nella vicenda normativa descritta nell'art. 2, comma 2, c.p., non si esige che la legge successiva operi un'abrogazione della fattispecie incriminatrice ma che in base ad una legge posteriore il fatto da qualificare non risulti più costitutivo di reato. Occorre stabilire se l'evento storico risulta punibile o meno in base al nuovo testo legislativo, senza che sia necessaria una relazione strutturale di specialità in astratto tra le fattispecie in successione.

⁷¹ Le Sezioni Unite "Magera" affermano che «posto che la fattispecie astratta di reato costituisce il punto di riferimento di ogni indagine sull'effettiva presenza di una vicenda "abolitiva", nelle ipotesi di successione "mediata" è necessario distinguere le norme extrapenali "non integratrici", che risulterebbero per definizione estranee al senso dell'incriminazione, da quelle propriamente "integratrici" del precetto. L'art. 2, comma 2, c.p. sarebbe applicabile solamente nella seconda ipotesi in virtù di quella dipendenza che "attrae" la norma extrapenale a quella propriamente penale. In quest'ultimo caso la norma extrapenale parteciperebbe alla natura penale del divieto, contribuendo realmente a definire l'*an* dell'incriminazione» (G. NAPPI, *La successione c.d. "mediata" di leggi penali nel tempo*, M. TRAPANI – A. MASSARO (a cura di), *Temi penali*, cit., p. 9). *Contra*, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. III, 1 febbraio 2005, n. 9482, Pitrella, in *Cass. pen.*, 2006, p. 425; Cass. pen., Sez. I, 31 marzo 2005, n. 12316, C., in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 616. Sul punto cfr. L. RISICATO, *Commento a SS. UU. 16 gennaio 2008*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 318, il quale rileva che nucleo comune di tali pronunce «è proprio la rivalutazione – ritenuta fondamentale ai fini dell'applicazione dell'art. 2 c.p. – del rapporto di (necessaria) integrazione tra norma extrapenale richiamata e precetto penale. Ciò non tanto in considerazione della relazione di "logica dipendenza", affermata in dottrina, tra norma integratrice e precetto penale, ma in virtù del fatto che anche le norme non ricomprese nel precetto penale ne costituiscono, tuttavia, l'indispensabile presupposto o concorrono, comunque a determinare il contenuto».

⁷² Con l'espressione "norme penali in bianco" ci si riferisce ad un modello di norme penali il cui precetto è posto, in tutto o in parte, da una norma diversa da quella che prevede la sanzione. Definiscono

possono sostituire idealmente la parte della disposizione che le richiama. Logica conseguenza di questo percorso argomentativo è che nel caso di specie l'esclusione dei cittadini rumeni dal novero degli stranieri ai sensi dell'art. 1 t.u. imm. lascerebbe la fattispecie di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, t.u. imm. immutata dato che «l'essere rumeno o albanese significa oggi essere o non essere cittadino dell'Unione europea, perciò, ai fini del reato in questione, l'ingresso di uno Stato nell'Unione, così come in ipotesi la sua esclusione, non dà luogo a una successione di leggi riconducibile all'art. 2, comma 2, c.p., non modifica, sia pure in modo mediato, la fattispecie penale, ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di una attività normativa»⁷⁴.

1.1.2. L'acquisto della cittadinanza italiana da parte del reo.

Può inoltre accadere che l'imputato straniero, tra il *tempus commissi delicti* e la data di emissione della sentenza definitiva, acquisti la cittadinanza italiana, magari a seguito di matrimonio con un cittadino o di adozione da parte di quest'ultimo. In questo caso, il mutamento di *status* indipendente da una modifica legislativa «non può operare retroattivamente rispetto a fattispecie penali già perfezionatesi, altrimenti ciò equivarrebbe a rimettere la punibilità delle condotte legate alla qualità di straniero

in tal senso le “norme penali in bianco”: G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 114; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 57.

⁷³ Con la formula “norme definitorie” ci si riferisce a quelle disposizioni attraverso le quali il legislatore precisa il significato di un termine o un inciso che compare nella descrizione del fatto tipico. Nel codice penale tanto nella parte generale quanto in quella speciale si rinvencono numerose definizioni legali. Si pensi, ad esempio, alla definizione dei concetti di delitto “doloso”, “preterintenzionale” o “colposo” (art. 43 c.p.); alla definizione di “delitto tentato” (art. 56 c.p.); di “imputabilità” (art. 85 c.p.). Mentre per quel che concerne la parte speciale, tra i concetti legalmente definiti è possibile annoverare quelli di “condotte con finalità di terrorismo” (art. 270 *sexies*); “pubblico ufficiale” e “incaricato di pubblico servizio” (artt. 357 e 358 c.p.); “corrispondenza” (art. 616, comma 4, c.p.); “armi” (art. 585, comma 2, c.p.). Cfr., sul punto, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 92; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 236.

⁷⁴ Cass., S.U. pen., 27 settembre 2007, n. 2451, Magera, cit., p. 3592. Diversa sottolinea la Corte sarebbe stata la conclusione se a cambiare fosse stata la definizione di straniero contenuta nell'art. 1, d.lgs. n. 286/98. Se infatti «dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale, riconducibile all'art. 2, comma 2, c.p. In un caso del genere dall'ambito della precedente fattispecie verrebbe esclusa una sottoclasse, quella relativa ai cittadini dei Paesi candidati all'ingresso nell'Unione europea, e rispetto a questa sottoclasse si potrebbe parlare di *abolitio criminis*, come avviene quando in una vicenda di successione di leggi penali una fattispecie più ampia viene sostituita con una più limitata [...], facendo venir meno la punibilità dei fatti che, pur integrando precedentemente il reato, non rientrano nella nuova fattispecie» (Cass., S.U. pen., 27 settembre 2007, n. 2451, Magera, cit., p. 3592).

esclusivamente alla volontà del reo»⁷⁵. Sebbene infatti l'idea di far dipendere la punibilità di un reato o l'attenuazione di una pena dal comportamento tenuto dall'autore in un momento successivo alla commissione del fatto non sia estraneo all'ordinamento penale italiano – si pensi a tal proposito alle circostanze attenuanti generiche o alle ipotesi legate al risarcimento del danno o a condotte ripristinatorie – è comunque evidente che le circostanze previste dagli artt. 3, 4 e 5 della legge n. 91 del 1992 ai fini dell'acquisto della cittadinanza italiana non rappresentino delle ipotesi di «condotte postfattuali caratterizzate da alcuna utilità in relazione al reato commesso»⁷⁶ e, pertanto, nessuna conseguenza potrà attribuirsi all'acquisto della cittadinanza italiana da parte dell'autore del fatto, «successivamente all'infrazione, se pur tale acquisto sia avvenuto prima della trasmissione della denuncia all'autorità giudiziaria»⁷⁷.

2. Il reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio nazionale.

Una delle caratteristiche salienti della normativa italiana in materia di immigrazione è stata, per lungo tempo, quella di non attribuire rilevanza penale alla situazione di mera clandestinità o irregolarità dello straniero presente sul territorio dello Stato. Per motivazioni intanto ideologiche, legate ad una cultura della solidarietà sociale, ma altresì per istanze pratiche, considerato il dispendio economico ed organizzativo che sarebbe derivato da una scelta diversa, la presenza e la permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato, ha determinato per tanto tempo l'applicazione della sola sanzione amministrativa dell'espulsione⁷⁸.

Da più parti, però, era prospettata la possibilità di introdurre un'apposita fattispecie incriminatrice che avesse efficacia dissuasiva così da poter costituire un argine agli

⁷⁵ R. RELLA, *Reati propri*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 64.

⁷⁶ R. RELLA, *Reati propri*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 64.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. I, 25 giugno 1976, n. 9543, Pinzent, in *DeJure*.

⁷⁸ Sul punto v. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 371. Cfr. Altresì A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, cit., p. 970, il quale sottolinea come la scelta del legislatore di non sanzionare penalmente l'ingresso clandestino e la permanenza irregolare avrebbe dovuto fondarsi su ragioni più nobili di quelle costituite dai costi dell'instaurazione di un processo penale e dalla ritenuta sufficienza del rimedio amministrativo in termini sia di efficacia che di tempestività: da un lato, la considerazione che l'introduzione di tale reato avrebbe significato la criminalizzazione delle cause che sono alla base dei processi migratori e, dall'altro, il contrasto di una tale fattispecie con le caratteristiche dell'illecito penale delineate dalla Carta Costituzionale.

afflussi incontrollati di extracomunitari nella convinzione della particolare forza intimidatrice del precetto penale.

Si è giunti così con la legge n. 94 del 2009 – il c.d. Pacchetto sicurezza⁷⁹ – ad introdurre nel corpo del testo unico sull’immigrazione l’art. 10 *bis*, dedicato all’ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato⁸⁰.

Tale fattispecie di reato segna l’ultima tappa di un percorso di progressiva criminalizzazione dello straniero extracomunitario non in regola con la disciplina sul soggiorno. Dopo il ricorso allo strumento penale per sanzionare la condotta dello straniero inottemperante all’ordine di espulsione (fattispecie di cui all’art. 14 commi 5 *ter* e 5 *quater* t.u. imm., introdotte dalla legge n. 189/2002, c.d. legge Bossi-Fini), e dopo la configurazione di una circostanza aggravante applicabile esclusivamente allo straniero irregolare autore di reati (art. 61 n. 11 *bis*, introdotta con la legge n. 125/2008, e poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale⁸¹), nel 2009 il legislatore giunge,

⁷⁹ Erano stati molti i progetti di legge in cui si era prevista l’introduzione del reato di immigrazione illegale, mai giunti all’approvazione finale del Parlamento. Un tentativo di maggiore consistenza era stato realizzato con il primo decreto Conso, n. 107 del 1993, non convertito in legge, in cui al terzo comma dell’art. 8, era disciplinata una forma di criminalizzazione della clandestinità. Era previsto l’inserimento nella legge Martelli, dell’art. 7 *bis*, secondo cui «1. Lo straniero che si sottrae volontariamente ai controlli di frontiera o ai provvedimenti di respingimento alla frontiera o di espulsione, ovvero che, essendo stato espulso dal territorio nazionale, vi fa rientro senza autorizzazione o vi si trattiene indebitamente, è punito con la reclusione da uno a tre anni. 2. La stessa pena si applica allo straniero che non esibisce alla competente autorità amministrativa i documenti di viaggio necessari per l’esecuzione dell’espulsione ovvero che, in mancanza di detti documenti, non comunica alla stessa autorità le informazioni occorrenti per assicurarne l’espulsione». Cfr., in dottrina, P. PISA, *Sicurezza atto secondo: luci e ombre di un’annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1, p. 6 e ss., che riassume così i termini della questione: «Eluso in prima battuta il collasso del sistema penitenziario si determina nell’immediato un’inevitabile situazione caotica negli uffici del giudice di pace».

⁸⁰ Sul reato di immigrazione clandestina M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 1, p. 125 e ss.; L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 27 e ss.; A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali, (una guida pratica alla lettura)*, in *Quest. giust.*, 2009, 1, p. 86; P. PISA, *La repressione dell’immigrazione irregolare: un’espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, Speciale immigrazione, p. 5 e ss.; V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009; E. LANZA, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Rass. penit. crim.*, 2, 2010, p. 17 e ss.; G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell’immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, p. 1323 e ss.; F. GIUNTA - A. CAPUTO - M. CICALA, *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 387 e ss.;

⁸¹ Preme sottolineare che la l. 67/2014, pubblicata in G.U. il 2 maggio 2014, contenente “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”, ha delegato il Governo ad emanare, tra l’altro, norme abrogatrici dell’art. 10 *bis* d.lgs. 286/98, nel senso di trasformare la relativa contravvenzione «in illecito amministrativo [...] conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia» (art. 2, co. 3, lett. a), punto 1). Sebbene aspetti ben più problematici della legge in questione abbiamo trovato attuazione nel nostro ordinamento, non ha invece avuto seguito la depenalizzazione dell’art. 10 *bis*.

con l'introduzione del reato in esame, ad attribuire rilevanza penale alla condizione di irregolarità in quanto tale, indipendentemente dalla previa emanazione di un provvedimento di espulsione o dalla commissione da parte dello straniero di un altro illecito penale.

La norma, emanata a seguito di un *iter* legislativo alquanto tormentato⁸², ha suscitato reazioni fortemente negative da parte sia della dottrina che della giurisprudenza, che ne hanno messo in luce da un lato, l'impatto pratico pressoché insignificante sulla situazione dello straniero irregolare⁸³, considerato che per il reato è prevista una pena di natura esclusivamente pecuniaria che difficilmente il migrante sarà in grado di pagare, e, dall'altro, i profili di contrasto con numerosi principi costituzionali⁸⁴.

2.1. Elemento oggettivo.

La disposizione in esame stabilisce al primo comma che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'art. 162 del codice penale»⁸⁵.

Dal testo della disposizione si evince che siamo in presenza di una fattispecie contravvenzionale⁸⁶, punita, come già precisato, con la sola pena dell'ammenda, ma non

⁸² Per un'approfondita ricostruzione di queste vicende cfr. per tutti A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 235.

⁸³ Si mostrano critici nei confronti della disposizione in esame, tra gli altri, P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 99.

⁸⁴ Per un'analisi dei profili di costituzionalità, v. *infra*, par. 2.6.

⁸⁵ Si tratterebbe di una norma penale parzialmente in bianco (per questa terminologia, cfr. per tutti nella dottrina più recente G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 76), posto che la definizione della condotta penalmente rilevante è rimessa alla valutazione della contrarietà dell'ingresso o della permanenza al *corpus* normativo che regola l'immigrazione in Italia dello straniero extracomunitario. In quest'ottica la normativa richiamata assumerebbe, dunque, un ruolo di assoluto rilievo nella struttura della fattispecie rappresentando «il criterio fondamentale del giudizio di disvalore penale» (così C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 43), sicché una sua attenta esegesi è indispensabile al fine di verificare la sussistenza del reato.

⁸⁶ Nella sua versione originaria, risalente al maggio 2008, il disegno di legge governativo che ha dato impulso all'odierna riforma prevedeva l'introduzione del delitto di ingresso illegale nel territorio dello

estinguibile mediante oblazione; la pena può essere tuttavia sostituita con l'espulsione, a norma dell'art. 16, comma 1, t.u. imm. La competenza è attribuita al giudice di pace.

Si tratta, peraltro, di un reato proprio, applicabile solo a chi rientri nella nozione di straniero fornita dall'art. 1 t.u. imm., cioè al cittadino di Stato non appartenente all'Unione europea e all'apolide⁸⁷; tale limitazione soggettiva trova riscontro nei testi normativi cui il disposto dell'art. 10 *bis* fa rinvio per valutare l'illegalità del soggiorno – il t.u. imm. e la l. n. 67/2008, disciplinante i soggiorni di breve durata – entrambi applicabili ai soli stranieri extracomunitari⁸⁸.

L'art. 10 *bis* t.u. imm. rappresenta un'ipotesi di norma a più fattispecie, in quanto all'interno della medesima disposizione sono tipizzate due diverse ed alternative modalità di realizzazione del reato: l'ingresso e la permanenza nel territorio dello Stato in violazione della normativa regolante il soggiorno dello straniero extracomunitario. La dottrina è concorde nel ritenere che la realizzazione di entrambe le condotte tipiche

Stato, punibile con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, con arresto obbligatorio e giudizio direttissimo. Cfr., a tal proposito, l'art. 9 disegno di legge A.733, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 21 maggio 2008.

⁸⁷ Discutibile è l'applicabilità della norma allorché lo straniero non sia in possesso di un valido titolo di soggiorno, però si trovi al contempo in una situazione che ne impedisce l'espulsione: è il caso di chi rientri nella categoria dei soggetti inespellibili *ex art.* 19 t.u. imm. (coloro che nel Paese d'origine potrebbero essere oggetto di persecuzione, i minori, i possessori della carta di soggiorno, i conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, le donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi al parto), oppure degli stranieri la cui irregolarità non legittima l'espulsione, come nel caso di coloro il cui permesso sia scaduto da meno di sessanta giorni, anche se non ne sia stato ancora richiesto il rinnovo (art. 13, comma 2, lett. b). Secondo un orientamento dottrinale, in queste ipotesi sarà da escludersi la sussistenza del reato, posto che la permanenza dello straniero in Italia, per quanto non in regola con la normativa dettata dal t.u., risulta in certo qual modo "regolarizzata" dal divieto di espulsione, che rende legittima la presenza dello straniero nel territorio dello Stato (in questo senso A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, cit., p. 243; L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., p. 42; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 44). Dal canto suo, la giurisprudenza di merito che si è espressa sul punto ritiene che lo straniero minorenne non possa rispondere del reato, in quanto la sua condizione di inespellibilità, sancita dall'art. 19, comma 2, lett. a), t.u. imm., fa sì che la sua permanenza non possa mai dirsi «in violazione delle norme sul t.u. imm.» così come richiesto dall'art. 10 *bis* per la configurazione del reato (cfr. in questo senso Tribunale di Bari, 11 dicembre 2009, in *Il Corriere del Merito*, 2010, p. 424 e ss., con nota di A. DELLA BELLA, *Il minore straniero ed il reato di immigrazione clandestina*).

⁸⁸ Sul punto v. M. TORIELLO, *Il reato di clandestinità*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 79 il quale precisa che l'art. 1 del t.u. imm. al primo comma stabilisce a chiare lettere che il testo unico «si applica, salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri», e, al secondo comma, che «il presente testo unico non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario». Pertanto, sottolinea l'A., laddove il testo unico fa riferimento allo straniero, esso intende riferirsi ai cittadini comunitari e agli apolidi, come peraltro si ricava implicitamente dalla circostanza che l'art. 10 *bis* non faccia rinvio al d.lgs. n. 30 del 2007, che disciplina le condizioni per l'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini comunitari e configura le ipotesi di illegale trattenimento degli stessi nel territorio dello Stato.

descritte nella norma non conduca a ravvisare una pluralità di reati, unitario restando il disvalore connesso alla violazione della disciplina migratoria⁸⁹. Da un punto di vista logico-strutturale, poi, la condotta di ingresso illecito comporterebbe come necessaria conseguenza la successiva illecita permanenza dello straniero sul territorio nazionale, «cosicché violerebbe il canone del *ne bis in idem* sostanziale duplicare il rimprovero per un fatto (la permanenza) che costituisce il naturale sviluppo della prima condotta punibile»⁹⁰.

Diversa è l'ipotesi in cui lo straniero, condannato una prima volta per il reato alla pena sostitutiva dell'espulsione, rimanga comunque in Italia, in quanto la pubblica amministrazione non sia riuscita ad eseguire coattivamente l'espulsione, né il reo abbia adempiuto spontaneamente all'ordine di lasciare il Paese. In queste ipotesi infatti, sebbene possa affermarsi che lo straniero risiede illegalmente in Italia, allo stesso non potrà imputarsi il reato di cui all'art. 10 *bis* dal momento che egli incorrerà nelle pene ben più severe previste per il delitto di inottemperanza all'ordine di espulsione (art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286 del 1998), la cui consumazione esclude l'applicabilità della nuova fattispecie in ragione della clausola di riserva espressa ivi contenuta. Il discorso è analogo per quel che concerne l'ipotesi in cui lo straniero condannato per il nuovo reato ed effettivamente allontanato dall'Italia, vi faccia rientro prima della scadenza del termine fissato nel provvedimento di espulsione: anche qui, il reato che viene in

⁸⁹ *Contra* A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, cit., p. 237; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 42.

⁹⁰ L. MASERA, "*Terra bruciata*" attorno al clandestino, cit., p. 38, nota 21, il quale sottolinea che nel caso di specie ci troveremmo di fronte ad un'unica figura criminosa posto che l'interpretazione del nuovo reato induce a reputare unitario il significato dell'illecito anche nell'ipotesi di realizzazione di entrambe le condotte tipiche. In questo senso cfr. anche M. TORIELLO, *Il reato di clandestinità*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., pp. 81-82 il quale che allo straniero, il quale si tratti nel territorio dello Stato, dopo avervi fatto illegalmente ingresso, deve essere contestato un unico reato poiché in presenza di un ingresso *contra ius*, la successiva permanenza illegale non è punibile a titolo di autonomo reato. V. inoltre R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida dir.*, 2009, n. 34, p. 34; A. DELLA BELLA, *Il minore straniero ed il reato di immigrazione clandestina*, cit., p. 425; G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1327; L. MASERA, "*Terra bruciata*" attorno al clandestino, cit., p. 38; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 6.

Riguardo al tema dell'unità o pluralità di reati quando vengano realizzate più condotte descritte da una medesima norma incriminatrice, vi è in dottrina chi ritiene che sia sempre da affermare l'unicità del reato, trattandosi comunque della violazione di una sola norma incriminatrice (così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2006, 2^a ed., p. 396 e ss.); altri autori, invece, ritengono si tratti di un problema di interpretazione, da risolvere caso per caso alla luce della formulazione e del contenuto di disvalore della singola disposizione incriminatrice (cfr. per tutti D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 528 e ss.).

considerazione non è quello di ingresso o trattenimento irregolare nel territorio dello Stato, bensì quello assai più grave di violazione del divieto di reingresso (art. 13, comma 13 e 13 *bis*), punito con la reclusione da uno a quattro anni. Il reato di cui all'art. 10 *bis* si applica, dunque, solo nelle ipotesi di primo ingresso illecito nel nostro Paese, o di permanenza illegale prima che sia emanato un provvedimento di espulsione: quando sia intervenuto un provvedimento espulsivo, sia esso giudiziale o amministrativo, la fattispecie contravvenzionale in esame non ha più margini di operatività, risultando applicabili in sua vece le ipotesi delittuose già presenti nel Testo Unico.

Il reato ha natura istantanea quando ricorre l'ipotesi di ingresso illecito⁹¹, mentre è permanente la fattispecie di trattenimento illegale, dal momento che il reato perdura sino a che non viene a cessazione la situazione antiggiuridica descritta nella norma⁹².

Proprio in relazione a tale seconda ipotesi, ci si è chiesti se la nuova disposizione sia applicabile anche agli stranieri che, prima della sua entrata in vigore, già risiedevano illegalmente nel nostro Paese; o se invece essa risulti applicabile solo a coloro che abbiano fatto ingresso in Italia o comunque abbiano iniziato l'illecito trattenimento soltanto dopo l'introduzione del nuovo reato.

Il problema, nei suoi termini generali, è ben noto al dibattito dottrinale. Si tratta infatti di stabilire se il principio costituzionale di irretroattività, quando ha ad oggetto l'introduzione o la modifica *in peius* di un reato permanente, impedisca di punire condotte iniziate prima dell'entrata in vigore della nuova norma, benché esse siano

⁹¹ In questo senso v. per tutti Corte Cost., 5 luglio 2010, n. 250, in www.cortecostituzionale.it, per cui la fattispecie punisce una «condotta attiva istantanea». Per valutare l'illegalità dell'ingresso, il punto normativo di riferimento all'interno del t.u. imm. è l'art. 4, che al primo comma prevede che l'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero che sia in possesso di passaporto in corso di validità o di documento equipollente (il documento di viaggio per apolidi, ovvero il documento di viaggio per i rifugiati politici, ovvero, limitatamente al personale marittimo civile ed al personale di bordo in servizio presso le compagnie di volo, il libretto di navigazione marittima ed il documento di navigazione aerea) e del visto di ingresso (il visto è di regola rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane nello Stato di origine o di stabile residenza dello straniero), salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti (detta circostanza sarà comprovata dalla presenza, sul documento di viaggio dello straniero, del timbro di ingresso apposto dalla polizia di frontiera).

⁹² Cfr. Corte Cost., 5 luglio 2010, n. 250, cit., secondo cui la fattispecie di trattenimento illegale delinea una «condotta permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza)»; in dottrina ritengono che si tratti di reato permanente fra gli altri P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, cit., p. 6; G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1327; L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., p. 40; M. TORIELLO, *Il reato di clandestinità*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 80

perseguite anche dopo tale momento⁹³; oppure se sia invece possibile incriminare anche tali condotte, sul presupposto che l'agente abbia comunque proseguito nella sua condotta antiggiuridica in un momento in cui tale condotta era vietata dalla legge⁹⁴.

La giurisprudenza più recente è univoca nel ritenere – in casi di inasprimento del trattamento sanzionatorio di un reato permanente – che il *tempus commissi delicti* vada individuato nel momento di cessazione della permanenza, con il risultato di rendere applicabile la nuova legge più severa anche a fatti iniziati prima della sua entrata in vigore⁹⁵. La dottrina più attenta non ha mancato peraltro di sottolineare come, nel caso di nuova incriminazione, interpretare il principio di irretroattività nel senso di ritenere inapplicabile il nuovo reato permanente, a condotte iniziate prima della sua introduzione, condurrebbe al «risultato paradossale di rendere inoperante la nuova disciplina nei confronti di coloro che abbiano iniziato la condotta descritta dalla norma prima della sua dichiarazione di illiceità penale, anche nell'ipotesi in cui essi abbiano proseguito tale condotta pure dopo l'entrata in vigore della legge»⁹⁶. Per evitare tale aporia, rispettando al contempo le garanzie racchiuse nel principio di irretroattività, si è detto che una soluzione percorribile in via interpretativa sarebbe quella di consentire l'applicabilità della norma in esame anche agli stranieri già illegalmente soggiornanti, lasciando però agli stessi, dopo l'introduzione del reato, un congruo lasso di tempo per ottemperare al comando penale lasciando l'Italia⁹⁷.

Pare opportuno, infine, sottolineare che, come espressamente dispone il secondo comma dell'art. 10 *bis*, il reato non si configura nelle ipotesi di respingimento ai sensi

⁹³ Cfr. per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2004, 2^a ed., p. 55.

⁹⁴ Sostengono questa posizione, fra molti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 86.

⁹⁵ Per gli estremi di questo indirizzo giurisprudenziale, cfr. C. PECORELLA, *Art. 2*, E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, Ipsoa, 2006, 2^a ed., p. 67.

⁹⁶ Così L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., p. 40; nonché E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 374, nota 21.

⁹⁷ In questo senso L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., p. 40 il quale sottolinea come gli stranieri illegalmente presenti sul territorio nazionale hanno iniziato la loro permanenza quando tale condotta era penalmente lecita con la conseguenza che violerebbe la *ratio* profonda del principio di irretroattività applicare nei loro confronti la sanzione penale nell'ipotesi in cui, ad esempio, essi si trattengono in Italia solo dieci giorni dopo l'entrata in vigore del reato, in attesa di concludere gli adempimenti necessari per la partenza. Non concedere a questi soggetti un termine ragionevole per adeguare la propria condotta all'imperativo penale significherebbe, secondo l'A., «ottenere surrettiziamente il risultato di imputare loro le conseguenze di una condotta (la permanenza illecita) iniziata quando ancora essa era penalmente irrilevante, in evidente violazione del principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2, Cost., nonché del principio di colpevolezza, che vieta di condannare per condotte la cui realizzazione non sia soggettivamente rimproverabile all'agente» (*Ivi*, p. 41).

dell'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998, quando cioè lo straniero sia stato respinto dalla polizia di frontiera perché privo dei requisiti richiesti per l'ingresso, ovvero nell'ipotesi in cui lo straniero sia stato identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale⁹⁸. La norma risulta invece applicabile nelle ipotesi di respingimento differito, ossia in tutti quei casi, disciplinati dall'art. 10, comma 2, in cui lo straniero sprovvisto del titolo per l'ingresso, riuscito ad entrare nel nostro Paese sia stato fermato «all'ingresso o subito dopo» oppure sia stato «temporaneamente ammesso nel territorio per necessità di pubblico soccorso».

2.2. Elemento soggettivo.

L'elemento soggettivo del reato non pone particolari problemi dal momento che, trattandosi di fattispecie contravvenzionale, può sostanzialmente tanto nel dolo quanto nella colpa.

Più problematico risulta, invece, il rilievo da attribuire all'ignoranza o all'erronea interpretazione del t.u. imm. da parte dello straniero non in regola con la disciplina sul soggiorno.

Preliminarmente è necessario risolvere il problema della disciplina applicabile, che dipende dalla scelta di reputare la normativa extrapenale richiamata dall'art. 10 *bis* parte integrante della norma penale, trovando in questo caso applicazione l'art. 5 c.p.; o invece ritenerla un semplice elemento normativo della fattispecie, applicando la disciplina dettata dall'art. 47, comma 3, c.p., riguardo all'errore su norma diversa da quella penale⁹⁹. Quale che sia la soluzione cui si ritenga di accedere¹⁰⁰, in entrambe le prospettive dogmatiche lo straniero andrà esente da responsabilità solo qualora l'errore o l'ignoranza non siano addebitabili a sua colpa: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui lo straniero che abbia ricevuto delle informazioni scorrette da parte della pubblica amministrazione.

⁹⁸ Le parole «ovvero allo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale» sono state inserite dal d.l. 23 giugno 2011, n. 89.

⁹⁹ Per questa impostazione del problema v. A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, cit., p. 236.

¹⁰⁰ Nel senso dell'applicabilità dell'art. 5 c.p. nelle ipotesi di errore sulla disciplina amministrativa, cfr. G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 138; per l'applicabilità delle regole generali in materia di imputazione soggettiva nell'illecito contravvenzionale, cfr. invece C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 48.

Infine, un breve accenno merita la questione dell'ignoranza inevitabile della legge penale che assume rilevanza quando ci si trovi di fronte ad un reato di pura creazione legislativa e «la platea dei destinatari porti a nutrire fondate perplessità circa la loro raggiungibilità dall'imperativo penale, posto che (almeno nel caso del primo ingresso illecito) si tratta di soggetti che per la prima volta entrano in contatto con il nostro ordinamento»¹⁰¹.

In proposito decisiva sarà la risposta al controverso interrogativo se per escludere il riconoscimento della scusante dell'ignoranza inevitabile sia necessaria la conoscibilità specificamente penale della condotta¹⁰² o se sia sufficiente che per l'agente fosse conoscibile il carattere genericamente illecito della stessa¹⁰³. Se si dovesse adottare quest'ultima soluzione, risulterà molto difficile sostenere l'inconoscibilità del carattere illecito di una condotta (l'ingresso o il soggiorno senza il possesso di documenti validi), la cui illegittimità è sancita in tutti gli ordinamenti giuridici. Qualora, invece, si dovesse aderire all'interpretazione che richiede per l'operatività della norma in esame la conoscibilità della natura penale dell'infrazione, si apriranno notevoli possibilità di invocare l'art. 5 c.p., posto che la varietà di conseguenze che ciascuno Stato fa derivare dalla violazione delle proprie norme sull'ingresso, può rendere in concreto impossibile per lo straniero che entri illegalmente in Italia conoscere l'esatta qualificazione della sua condotta nel nostro ordinamento¹⁰⁴.

2.3. La disciplina sanzionatoria.

Assolutamente peculiare è, invece, il complessivo trattamento sanzionatorio previsto per il reato in esame che, come già precisato, configura una contravvenzione punita con la pena dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

La prima specificità, prevista dall'ultimo periodo del primo comma, consiste nell'inapplicabilità della disciplina in materia di oblazione di cui all'art. 162 c.p., e dunque nell'impossibilità per l'imputato di estinguere il reato mediante il pagamento di una somma corrispondente ad un terzo della pena massima prevista dalla legge per la

¹⁰¹ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino, cit., p. 44.

¹⁰² In questo senso cfr. per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 107.

¹⁰³ Cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 294.

¹⁰⁴ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino, cit., p. 45.

contravvenzione. Si tratta dell'unico caso in cui una contravvenzione punita con la sola pena pecuniaria venga sottratta alla sfera di operatività di questa causa di estinzione del reato, che l'art. 162 *bis* c.p. rende applicabile in via generale anche a figure di reato più gravi come le contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda. Non risultano ben chiare le ragioni di tale scelta legislativa, tanto più che nel corso dei lavori parlamentari l'argomento non è stato oggetto di discussione¹⁰⁵. In proposito si è rilevato che una possibile spiegazione può essere ravvisata nella «volontà di trasmettere simbolicamente una immagine di rigore sanzionatorio, privando l'imputato di uno strumento idoneo a ridurre il *quantum* di pena irrogabile; oppure si può immaginare che l'impossibilità di estinguere il reato sia finalizzata a concedere maggiore spazio alla sanzione sostitutiva dell'espulsione, che non sarebbe stata applicabile qualora l'imputato avesse fatto ricorso all'oblazione»¹⁰⁶. Quale che sia la motivazione sottesa alla scelta legislativa il risultato è quello di dettare una disciplina più rigorosa rispetto a quanto previsto per reati della stessa o anche di maggiore gravità, con chiari profili di contrasto con il canone costituzionale dell'uguaglianza-ragionevolezza¹⁰⁷.

Gli aspetti di maggiore interesse riguardano, però, il ruolo assolutamente centrale attribuito alla misura dell'espulsione come sanzione sostitutiva.

Innanzitutto, il legislatore ha modificato il testo dell'art. 16 d.lgs. n. 286 del 1998, rubricato "Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione", prevedendo la possibilità anche per il giudice di pace di sostituire la pena pecuniaria

¹⁰⁵ In dottrina è peraltro incerta la questione della natura obbligatoria o facoltativa della sostituzione quando ne ricorrano i presupposti. Per la tesi dell'obbligatorietà cfr. S. LUERTI, *Estensione della competenza, presentazione immediata a giudizio, espulsione a titolo di sanzione sostitutiva*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 426 e G. VARRASO, *Il nuovo rito a "presentazione immediata" dello straniero clandestino davanti al giudice di pace: verso un processo "virtuale"?*, O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 120, che valorizzano il tenore letterale dell'art. 162 *bis* d.lgs. n. 274/2000, ove si dispone che «il giudice di pace applica la misura sostitutiva»; *contra* G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1329, secondo cui su tale disposizione deve invece prevalere il disposto dell'art. 16 t.u. imm., ove è previsto che «il giudice può sostituire» la pena principale con l'espulsione; in termini problematici T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, 33, p. 15, per il quale l'espulsione come sanzione sostitutiva è stata introdotta «con un rigiro di intarsi normativi che lascia sospettare la sua automaticità».

¹⁰⁶ L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., p. 46.

¹⁰⁷ Cfr. in questo senso A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, cit., p. 247; G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1333; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 363; L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., p. 46.

prevista per il reato di cui all'art. 10 *bis* con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. Anche in questo caso, come per la disposizione sull'oblazione, ci troviamo di fronte ad «un vero e proprio *unicum* ordinamentale per almeno due ragioni»¹⁰⁸. Innanzitutto, si tratta del solo caso in cui il giudice di pace può applicare una sanzione che incida così fortemente sulla libertà personale¹⁰⁹; in secondo luogo si tratta anche del solo caso in cui è prevista la sanzione dell'espulsione in sostituzione di una pena pecuniaria, con l'evidente paradosso, non si è mancato di sottolineare, di «una pena sostitutiva assai più afflittiva della sanzione che va a sostituire»¹¹⁰.

Da ciò si evince come proprio l'espulsione sia il principale obiettivo avuto di mira dal legislatore, tanto che si è lucidamente osservato che della sanzione sostitutiva l'espulsione in oggetto ha solo il *nomen iuris*: essa interviene, come già precisato, in relazione ad una pena pecuniaria e non detentiva e non può seriamente sostenersi che con essa il legislatore abbia inteso privilegiare la risocializzazione del condannato¹¹¹.

È dunque evidente che l'espulsione si caratterizza per essere la vera sanzione che il legislatore ha inteso comminare per i reati di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato non avendo alcuna affinità – ulteriore a quella meramente nominativa – con le sanzioni sostitutive conosciute nel nostro ordinamento.

Al di là del trattamento sanzionatorio direttamente conseguente alla commissione del reato, molti autori hanno posto in evidenza come la maggiore carica di afflittività del reato in esame si radichi piuttosto nei suoi effetti indiretti¹¹², conseguenti al fatto che la qualificazione come reato della mera condizione di irregolarità impone ai pubblici ufficiali e agli incaricati di pubblico servizio l'obbligo di denunciare lo straniero clandestino ogniqualvolta, nell'esercizio delle loro funzioni, vengano a conoscenza di

¹⁰⁸ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino, cit., p. 46, il quale rileva come proprio per consentirgli di applicare tale misura esorbitante dal suo consueto arsenale sanzionatorio si è reso necessario introdurre una nuova disposizione nella legge che ne disciplina le attribuzioni (art. 62 *bis* d.l. n. 274 del 2000).

¹⁰⁹ L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino, cit., p. 46.

¹¹⁰ L. MASERA, *Art. 10 bis t.u. imm.*, E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, *Immigrazione*, Milano, Ipsoa, 2006, 3^a ed., p. 7641.

¹¹¹ M. TORIELLO, *Il reato di clandestinità*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 83.

¹¹² In questo senso, cfr. fra i molti V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, cit., p. 15; A. DELLA BELLA, *L'ultimo atto del “pacchetto sicurezza”: le novità in materia penale*, cit., p. 711; G.L. GATTA, *Il “reato di clandestinità” e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1331; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 129.

tale condizione, con il risultato di precludere al migrante irregolare l'accesso ai servizi pubblici nel timore di essere denunciato¹¹³.

A ciò si è però obiettato che la minaccia di segnalazione all'autorità di situazioni di irregolarità è una conseguenza non tanto dell'introduzione del reato di clandestinità, quanto delle modifiche di natura amministrativa in forza delle quali, per l'accesso ad ogni servizio pubblico, con l'eccezione della sanità e dell'istruzione obbligatoria, è necessaria l'esibizione dei documenti di soggiorno¹¹⁴.

2.4. Profili processuali.

Il testo dell'art. 10 *bis* contiene poi numerose disposizioni di natura processuale derogatorie rispetto alla disciplina generale. In primo luogo, il terzo comma prevede che al procedimento per il reato in esame sia applicabile il nuovo rito di fronte al giudice di

¹¹³ D. BELLUCCIO, *Se la legge inibisce l'esercizio dei diritti fondamentali. Ancora sull'art. 10 bis TU n. 286/98 ed i suoi effetti*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, 3-4, p. 124 e ss., il quale sottolinea come la *ratio* sottesa all'art. 10 *bis* t.u. imm. sia quella di creare una sorta di «desertificazione umana e sociale intorno alla figura del cittadino straniero». La norma *de qua*, infatti, inibisce allo straniero l'esercizio dei diritti sociali, con la conseguenza che l'esercizio dei diritti fondamentali costituisce una mera apparenza che cela la realtà dell'inuguale trattamento riservato alle persone dal soggetto pubblico. La riflessione dell'A. è originata dall'analisi della sentenza del Tribunale penale di Bari (Trib. pen. Bari, 14 ottobre 2014, n. 27bis, in *Dir. imm. citt.*, 2014, 3-4, p. 301 e ss.) che in appello aveva assolto gli imputati condannati in primo grado dal Giudice di pace di Bari per "soggiorno irregolare" ai sensi dell'art. 10 *bis* t.u. imm. Il caso specifico merita di essere menzionato: il giudizio penale era stato originato dal deposito di un ricorso incardinato ai sensi dell'art. 31, comma 3, d.lgs. 286/98, innanzi al Tribunale per i minorenni di Bari, con il quale le parti avevano chiesto, nell'interesse del figlio minore ed in deroga alla normativa del testo unico immigrazione, di essere autorizzati a permanere in Italia e di ottenere a tal fine uno specifico permesso di soggiorno. Tale atto, contenendo la dichiarazione di essere in Italia privi di permesso di soggiorno, consentiva al Tribunale per i minorenni, d'ufficio e prima di ogni ulteriore indagine, di trasmettere alla Procura della Repubblica la "notizia di reato" appresa nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Il Giudice penale di Bari, all'esito del giudizio, condannava, come già precisato, gli imputati per il reato di cui all'art. 10 *bis* t.u. imm.; gli stessi però venivano successivamente assolti in appello perché il fatto non costituisce reato (*ex art. 51 c.p.*) in quanto, si sottolineava nella sentenza, gli stessi non avevano fatto altro che adempiere al loro dovere genitoriale, legale oltre che morale, di prendersi cura della prole. L'A., nel commentare la pronuncia, pone in evidenza come la soluzione adottata dal Tribunale nel caso specifico, ossia immaginare che l'obbligo di mantenere, crescere ed educare la prole costituisca una scriminante dell'illecito penale di cui all'art. 10 *bis*, sia certamente ermeneuticamente corretta, anche alla luce della pronuncia della Corte costituzionale n. 250/2010, tuttavia, in tal modo, pur riconoscendosi l'esistenza implicita del giustificato motivo di disobbedienza al comando penale in ragione di altre norme, si interviene solo sul versante sanzionatorio (ossia *ex post*), ma non si interviene sull'effettiva lesione che si può produrre causando un oggettivo ostacolo nell'accesso alla giustizia (ID., *Se la legge inibisce l'esercizio dei diritti fondamentali. Ancora sull'art. 10 bis TU n. 286/98 ed i suoi effetti*, cit., pp. 127-128).

¹¹⁴ In questo senso V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, cit., p. 15; nonché L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., pp. 34-35, il quale inoltre evidenzia come l'obbligo di denuncia derivante dalla configurazione del soggiorno irregolare come reato non vada confuso con il dovere, non previsto in via generale dalla legge, di richiedere allo straniero i documenti inerenti al soggiorno.

pace, introdotto dalla legge n. 94/2009 e disciplinato agli artt. 20 *bis*, 20 *ter* e 32 *bis* d.lgs. n. 274/2000.

Il quarto comma dell'art. 10 *bis* prevede inoltre, in deroga a quanto stabilito dall'art. 13, comma 3, t.u. imm., la possibilità di procedere all'espulsione dell'autore dell'illecito senza l'acquisizione del nulla osta dell'autorità giudiziaria procedente, con il solo onere per il questore di comunicare *ex post* l'avvenuto allontanamento all'autorità competente all'accertamento del reato.

Una volta poi che l'espulsione sia stata effettivamente eseguita il giudice, secondo quanto previsto dal quinto comma dell'art. 10 *bis*, deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere¹¹⁵. Tale sentenza non è tuttavia ostativa alla riproposizione dell'azione penale per il medesimo fatto qualora lo straniero rientri illegalmente nel territorio nazionale prima del termine fissato nel provvedimento di espulsione: una riapertura del processo peraltro del tutto inutile, posto che il rientro illegale dello straniero espulso integra in tali ipotesi il ben più grave reato di violazione del divieto di reingresso, e dunque l'illecito di cui all'art. 10 *bis* risulterà inapplicabile in virtù della clausola di sussidiarietà espressa¹¹⁶.

Infine, il sesto comma introduce una causa di sospensione del processo quando sia stata presentata una domanda di protezione internazionale (d.lgs. n. 251 del 2007): nel caso in cui, poi, la domanda venga accolta oppure nell'ipotesi in cui allo straniero venga concesso un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, comma 6, il giudice pronuncerà sentenza di non luogo a procedere¹¹⁷.

Da ultimo, secondo quanto disposto dal d.lgs. n. 274/2000, l'attribuzione della competenza del reato in esame al giudice di pace comporta l'inapplicabilità di istituti quali la sospensione condizionale della pena ed il patteggiamento. Prima dell'intervento della Corte costituzionale, si discuteva in dottrina se fosse applicabile anche al reato di clandestinità la causa di esclusione della procedibilità della particolare tenuità del fatto,

¹¹⁵ La norma rende applicabile anche nel caso in questione il disposto dell'art. 345 c.p.p. riguardante la sopravvenienza della condizione di procedibilità, la cui mancanza aveva condotto alla decisione di archiviazione o di non luogo a procedere.

¹¹⁶ Così L. MASERA, "*Terra bruciata*" attorno al clandestino, cit., p. 47.

¹¹⁷ A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, cit., p. 254.

disciplinata dall'art. 34 del citato decreto¹¹⁸. La questione è stata risolta dalla Corte¹¹⁹ nel senso dell'applicabilità dell'istituto¹²⁰.

2.5. Il rapporto con la circostanza aggravante della clandestinità.

Prima di introdurre il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, il legislatore con l'art. 1 della legge n. 125 del 2008 aveva introdotto, nel nostro ordinamento, la circostanza aggravante comune della clandestinità. L'art. 61, n. 11 *bis*, c.p. prevedeva, infatti, l'applicazione di una circostanza aggravante qualora il colpevole avesse commesso il reato mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale¹²¹.

La circostanza, di natura soggettiva, operava indipendentemente dalla esistenza di un provvedimento dell'Autorità che avesse già conclamato lo stato di clandestinità dello straniero, ed indipendentemente dalla sussistenza di un nesso tra lo stato di clandestinità ed il reato in contestazione.

Per quel che concerne i rapporti previgenti tra la circostanza aggravante in oggetto ed il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, si era giunti, in dottrina ed in giurisprudenza, ai seguenti approdi interpretativi.

In primo luogo, si era evidenziato come il reato non potesse essere aggravato dalla circostanza della clandestinità, atteso che ciò che per effetto dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p. era circostanza, a norma dell'art. 10 *bis* era già elemento costitutivo del reato. Questa

¹¹⁸ Per l'applicabilità dell'art. 34 d.lgs. 274/2000, cfr. A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, cit., p. 251; L. DEGL'INNOCENTI, *Il reato di immigrazione clandestina. Prime osservazioni*, in *RPol*, 2009, p. 762; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 54. *Contra* G. VARRASO, *Il nuovo rito a "presentazione immediata"*, cit., p. 122.

¹¹⁹ Corte Cost., 5 luglio 2010, n. 250, cit.

¹²⁰ Preme peraltro sottolineare che i primi commentatori della sentenza si sono mostrati perplessi nei confronti delle capacità di resa di tale clausola in relazione al reato in esame in ragione della presenza del requisito della esiguità del danno o del pericolo, difficile da coniugare con il contenuto di offensività dell'art. 10 *bis*, visto che in relazione al bene giuridico collettivo del controllo dei flussi migratori non è facile ipotizzare quali indici il giudice potrà utilizzare per ritenere scarsamente offensiva la singola condotta di ingresso o trattenimento illegale (A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, p. 1197; L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1373).

¹²¹ L'ambito applicativo della norma, originariamente esteso ad ogni straniero illegalmente presente sul territorio nazionale, era stato delimitato dalla norma di interpretazione autentica contenuta nella legge n. 94 del 2009. L'art. 1, comma 1 della legge in questione aveva infatti stabilito che «la disposizione di cui all'art. 61 numero 11 *bis* c.p. [...] si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione Europea e agli apolidi». Sul punto cfr. L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, cit., pp. 52-53.

conclusione era resa obbligatoria dal generale principio dettato nel medesimo art. 61 c.p., nella parte in cui subordina l'esistenza delle aggravanti comuni da esso contemplate ai soli casi in cui esse non siano elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali del reato in contestazione, così da evitare una duplice valutazione del medesimo elemento di fatto, posto che ciò condurrebbe ad una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Si era poi posto il problema di una possibile consunzione del reato di cui all'art. 10 *bis*, quando questo fosse stato commesso unitamente ad altro reato più grave in materia di immigrazione rispetto al quale fosse astrattamente configurabile la circostanza aggravante della clandestinità. In proposito si era osservato che, nel caso di specie, la contravvenzione, in ossequio alla clausola di riserva contenuta nell'art. 10 *bis*, avrebbe dovuto ritenersi assorbita nel più grave reato in materia di immigrazione ma comunque si sarebbe dovuta ritenere non configurabile la circostanza aggravante.

Non si riteneva, al contrario, ipotizzabile una consunzione del reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio nazionale, allorquando la contestazione dell'aggravante riguardasse un altro reato commesso dal clandestino, rispetto al quale, però, non potesse invocarsi il concorso apparente di norme¹²², con la conseguenza che in questo caso ben si sarebbe potuta applicare la circostanza di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p.

In altri uffici giudiziari si era tuttavia sviluppata la prassi di escludere, anche in casi del genere, l'applicazione dell'aggravante in questione, sulla base di quanto stabilito in tema di reato complesso. In particolare si era osservato che quando, come nel caso dell'art. 10 *bis*, un fatto costituente reato è previsto come circostanza aggravante di un altro reato, si applica il solo reato circostanziato, soluzione che porterebbe dunque a ritenere non configurabile il reato di clandestinità tutte le volte in cui esso concorra con un altro reato. In dottrina si era invece sostenuta la tesi opposta, ossia la possibilità di configurare un concorso tra il più grave reato, ad esempio cessione di stupefacenti, ed il reato di cui all'art. 10 *bis*, senza che il primo potesse essere aggravato a norma dell'art. 61 n. 11 *bis* c.p.¹²³.

¹²² La clausola di riserva riguarda invero solo la disciplina dello stesso "fatto", e non può certo estendersi a fatti diversi, che trovano un diverso ed autonomo trattamento sanzionatorio.

¹²³ In proposito si era evidenziato che l'art. 84 c.p. è stato pensato in relazione a circostanze aggravanti di specifiche figure di reato, e la *ratio* è quella di applicare il reato circostanziato (ad es. furto con danneggiamento) perché appresta la risposta punitiva più aderente alla peculiarità della situazione

La questione, tuttavia, appare oggi priva di rilevanza pratica in seguito alla sentenza n. 249 del 5 luglio 2010 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'aggravante in commento.

2.6. Le questioni di legittimità costituzionale e la sentenza n. 250 del 5 luglio 2010 della Corte costituzionale.

Venendo poi alle censure riguardanti specifici aspetti della disciplina, si può rilevare che la fattispecie di cui all'art. 10 *bis* t.u. imm. è stata oggetto di numerose censure di costituzionalità sollevate dalla giurisprudenza di merito¹²⁴, in relazione alle quali si è da ultimo pronunciata – disattendendole – la Corte costituzionale con la sentenza n. 250 del 5 luglio 2010.

La Corte innanzitutto ha ritenuto infondata la censura relativa alla violazione del c.d. principio di offensività del reato¹²⁵, ricavabile dagli artt. 25 e 27 Cost.¹²⁶, alla stregua del quale il reato deve sostanziarsi anche nella offesa di uno specifico bene giuridico, non essendo concepibile un reato senza offesa.

Le ordinanze di rimessione avevano evidenziato come con il reato di clandestinità il legislatore avesse previsto l'incriminazione di condotte che, in sé considerate, non avevano alcuna idoneità offensiva di un bene giuridico, l'ingresso o la presenza illegale del singolo straniero essendo invece espressione di una condizione individuale, ossia dello *status* di migrante.

concreta: nel caso di specie ci si trovava invece di fronte ad una circostanza comune, che non esprimeva nessun giudizio specifico circa il valore diverso che quel reato (la permanenza irregolare) assumeva accedendo ad una specifica fattispecie.

¹²⁴ Cfr. per tutte le ordinanze dell'1 ottobre 2009 del Giudice di Pace di Lecco, del 6 ottobre 2009 del Giudice di Pace di Torino, del 15 dicembre 2009 del Giudice di Pace di Agrigento, del 31 agosto 2009 del Tribunale di Pesaro.

¹²⁵ Sulla contrapposizione tra “diritto penale del dovere” e “diritto penale fondato sulla offensività” si rinvia alla chiara e approfondita ricostruzione di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, Utet, 1973, p. 82; v. anche sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 184 e ss.; ID., *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, p. 1977, p. 447; nonché R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2006, p. 78 e ss.

¹²⁶ Sulla costituzionalizzazione del principio di offensività v., in dottrina, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 195 e ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 119 e ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività*, cit., p. 449 e ss.; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 46 e ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 278 e ss. Non riconoscono, invece, dignità costituzionale al principio G. ZUCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, Milano, Giuffrè, 1984 e G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 659 e ss.

La Corte, tuttavia, ha ritenuto infondata la questione, precisando che attraverso il reato di clandestinità il legislatore ha voluto incriminare non un modo di essere della persona, ma una condotta tenuta in violazione del nostro ordinamento giuridico: il fare ingresso ovvero il soggiornare nel territorio dello Stato in violazione della normativa vigente; e una tale scelta, lungi dall'essere arbitraria, è espressione dell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori¹²⁷.

Per quel che concerne, poi, la questione di parziale illegittimità relativa alla mancanza della clausola esimente del “senza giustificato motivo”, presente invece nella struttura della fattispecie di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, la Corte ha evidenziato che il reato di cui all'art. 10 *bis* ed il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento, presentano differenze strutturali tali da rendere non irragionevole la diversità di disciplina¹²⁸. Inoltre, il fatto che il reato di clandestinità sia attribuito alla competenza del Giudice di pace rende applicabile la condizione di improcedibilità della particolare tenuità del fatto, che assolve alle medesime esigenze di contenimento della risposta punitiva garantite in seno alla fattispecie delittuosa della formula “senza giustificato motivo”¹²⁹.

¹²⁷ Corte cost., 5 luglio 2010, n. 250, cit., dove si legge altresì che «Contrariamente a quanto sostiene il giudice rimettente, non si può ritenere che l'art. 10 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998, introducendo nell'ordinamento la contravvenzione di “ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato”, penalizzi una mera “condizione personale e sociale”- quella, cioè, di straniero “clandestino” (o, più propriamente, “irregolare”) – della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale. Oggetto della incriminazione non è un “modo di essere” della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni “fare ingresso” e “trattenersi” nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione o della disposizione [...] di cui all'art. 1 della legge n. 68 del 2007. [...] La condizione di cosiddetta “clandestinità” non è un dato preesistente ed estraneo al fatto, ma rappresenta, al contrario, la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita». Né può condividersi, prosegue la Corte, l'assunto in forza del quale si sarebbe di fronte ad un illecito non offensivo di alcun bene giuridico meritevole di tutela: illecito la cui repressione darebbe vita ad una ipotesi di “diritto penale d'autore”, al di sotto della quale si radicherebbe l'intento di penalizzare, *ex sé*, situazioni di povertà e di emarginazione. In realtà, il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è agevolmente identificabile «nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi, del resto, del bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offensibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero».

¹²⁸ Secondo la Corte, infatti, tale diversità di regime, sebbene in parte esistente, non determina, tuttavia, la violazione dell'art. 3 Cost. e ciò alla luce sia della differente connotazione delle fattispecie poste a confronto che dell'esistenza di una differente disciplina. Infatti «la scelta del legislatore di riconoscere efficacia giustificativa, per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento impartito dal questore, a situazioni ostative diverse dalle esimenti di carattere generale, trova fondamento nella peculiarità di tale forma di espulsione, la cui esecuzione è affidata allo straniero medesimo, e la cui adozione è consentita solo quando non sia possibile l'accompagnamento alla frontiera».

¹²⁹ Cfr. sul punto *supra*, par. 2.4.

Quanto alla questione di legittimità costituzionale relativa alla violazione del principio di sussidiarietà dell'illecito penale, in forza del quale nel nostro ordinamento il ricorso alla sanzione penale deve ammettersi esclusivamente come *extrema ratio*, e cioè quando la tutela del bene giuridico non possa essere raggiunta adeguatamente attraverso altri strumenti dell'ordinamento giuridico, la Corte, nell'affermare l'infondatezza della questione, ha sottolineato che il sistema delineato dal legislatore, analogo per altro a quello previsto dagli ordinamenti di altri Stati, potrebbe essere censurato solo ricorrendo a valutazioni attinenti all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità.

Infine, la Corte nel dichiarare infondata la questione relativa alla violazione dell'art. 2 Cost. ha ribadito il principio, già affermato in precedenti pronunce, secondo cui «le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco», dovendosi dunque esse temperare con le regole in materia di immigrazione previste in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza ed integrazione degli stranieri¹³⁰.

2.7. Il reato di clandestinità alla luce della “direttiva rimpatri”: i casi *El Dridi*, *Achughbabian* e *Sagor*.

Un ultimo profilo di interesse riguarda la possibile rilevanza dell'art. 10 *bis* in ordine al rispetto della c.d. “direttiva rimpatri” (2008/115/UE) «recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare». Tale direttiva è stata oggetto di accesi dibattiti, sia durante la sua elaborazione che, in seguito, dopo l'approvazione dell'atto. Il confronto ha visto, su posizioni radicalmente opposte, da un lato, coloro che insistevano sulla necessità che l'Unione si dotasse di un'efficace politica di contrasto dell'immigrazione irregolare e, dall'altro, coloro che temevano che le procedure introdotte potessero comprimere, in modo inaccettabile, i diritti fondamentali dello straniero¹³¹.

¹³⁰ M. TORIELLO, *Il reato di clandestinità*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 100.

¹³¹ Per una ricostruzione del dibattito che ha accompagnato l'approvazione della direttiva cfr. F. LUTZ, *L'arrêt “Kadzoev”: un premier test pour la directive “Retour”*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2010, p. 331, spec., pp. 335 e 345.

Alla fine il punto di equilibrio è stato trovato nella previsione di un meccanismo di espulsione ad «intensità graduale crescente»¹³², che offre allo straniero la possibilità di rimpatrio volontario, ma permette poi agli Stati membri di eseguire l'allontanamento in modo coattivo, con strumenti via via più restrittivi della libertà personale¹³³.

La direttiva prevede infatti la concessione di un periodo di tempo, di durata compresa tra i sette e i trenta giorni, per la partenza volontaria dello straniero (art. 7)¹³⁴. Inoltre è previsto che gli Stati membri possono astenersi dal concedere tale termine per la partenza volontaria solo «se sussiste il pericolo di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale» (art. 7, comma 4).

Laddove poi l'obbligo di rimpatrio non sia stato adempiuto volontariamente, gli Stati devono procedere all'allontanamento in maniera coattiva, prendendo tutte le misure necessarie, comprese – all'occorrenza – misure coercitive. Queste devono tuttavia essere proporzionate e rispettose dei diritti fondamentali della persona che deve essere rimpatriata (art. 8).

Qualora interventi meno invasivi non siano possibili e, soprattutto, in caso di rischio di fuga, le misure coercitive possono includere anche una privazione della libertà personale, nella forma del trattenimento in appositi Centri di permanenza temporanea (artt. 15 e 16)¹³⁵. Questo tipo di detenzione, per altro strettamente funzionale

¹³² In tal senso, cfr. C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2786.

¹³³ Così F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 2013, 1, p. 17. Sul punto v. anche F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 3, p. 13, il quale sottolinea che «la direttiva opera un bilanciamento – vincolante per tutti gli Stati membri – tra l'interesse al controllo dei flussi migratori del quale la stessa Unione europea è titolare e il diritto fondamentale alla libertà personale in capo allo straniero, consentendone la compressione alle sole condizioni previste dalla direttiva».

¹³⁴ A tutela della posizione dello straniero irregolare e dei suoi familiari, l'art. 7, par. 2, prevede che «gli Stati membri prorogano, ove necessario, il periodo per la partenza volontaria per un periodo congruo, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso individuale, quali la durata del soggiorno, l'esistenza di bambini che frequentano la scuola e l'esistenza di altri legami familiari e sociali». D'altra parte, l'art. 7, par. 3, rafforza l'efficacia del sistema, autorizzando gli Stati membri ad imporre taluni obblighi diretti ad evitare il rischio di fuga durante il periodo concesso per la partenza volontaria, quali l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti e l'obbligo di dimorare in un determinato luogo.

¹³⁵ Va tuttavia precisato che, qualora il trattenimento in un apposito Centro di permanenza non sia possibile la direttiva espressamente dispone che gli Stati membri sono autorizzati a collocare gli stranieri in un istituto penitenziario, tenendoli però separati dai detenuti ordinari (art. 16, par. 1).

all'espulsione dello straniero, ha durata limitata. La direttiva stabilisce infatti che, in ogni caso, la persona trattenuta deve essere immediatamente rilasciata, quando non esiste più una prospettiva ragionevole di allontanamento (art. 15, par. 4) e, comunque, una volta decorso il termine massimo di sei mesi; termine che eccezionalmente può essere prorogato sino a dodici mesi ulteriori, nei casi di mancata cooperazione del cittadino straniero o di ritardi nel rilascio della necessaria documentazione da parte di Paesi terzi (art. 15, paragrafi 5 e 6).

Dall'analisi del testo della direttiva si evince come la composizione delle diverse poste in gioco - efficienza del sistema e diritti della persona - sia stata quindi raggiunta introducendo «una certa gradualità nell'applicazione delle misure coercitive, vincolando gli Stati membri al rispetto di un nucleo essenziale di diritti fondamentali e limitando, con garanzie da taluni ritenute insufficienti, il trattenimento degli stranieri nei Centri di detenzione amministrativa»¹³⁶.

Chiamata a più riprese a valutare la compatibilità con la direttiva rimpatri delle norme interne che puniscono, con sanzioni penali, il soggiorno irregolare degli stranieri, la Corte di giustizia ha affrontato la questione se le disposizioni penali previste dalla normativa interna degli Stati membri e le misure coercitive previste dalla direttiva rimpatri possano coesistere ed essere applicate cumulativamente¹³⁷.

Il principale metro di giudizio utilizzato dalla Corte è consistito nella verifica di un possibile pregiudizio all'effettività e all'efficacia della procedura di rimpatrio. In

¹³⁶ F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, cit., p. 18. Per una critica al regime introdotto dalla direttiva rimpatri v. M. BORRACCETTI, *Il rimpatrio dei cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 1, spec. p. 33 e pp. 36-38. L'A. ritiene che i punti dolenti della disciplina vadano in particolare ravvisati nella norma che prevede il rimpatrio dei minori non accompagnati (art. 10), nella possibilità di "rimpatriare" i c.d. irregolari verso zone di transito (art. 3, punto 3) e, soprattutto, la fissazione a diciotto mesi della durata massima del trattenimento (art. 15). Per critiche analoghe cfr. M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione europea*, A.M. CALAMIA - M. DI FILIPPO - M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Torino, Utet, 2012, p. 429.

¹³⁷ Occorre in proposito precisare che sebbene la direttiva non miri a regolamentare gli aspetti penalistici dell'immigrazione in quanto, secondo la ripartizione di attribuzioni stabilita nei Trattati, la legislazione penale e le norme di procedura penale, rientrano nella competenza degli Stati membri, il diritto dell'Unione può incidere su questa sfera di sovranità statale posto che gli Stati membri non possono applicare legislazioni di natura penale che contrastano con la normativa comunitaria o che possono compromettere gli obiettivi perseguiti da un atto dell'Unione. Alla luce di ciò ben si comprende come la competenza degli Stati membri in tale ambito possa essere pertanto limitata anche da un atto, come la direttiva rimpatri, che intende in realtà disciplinare una procedura amministrativa finalizzata all'allontanamento degli stranieri. Le sanzioni di natura penale, eventualmente previste dagli Stati membri, si possono infatti aggiungere e sovrapporre alle misure coercitive di tipo amministrativo che la direttiva autorizza, con conseguente pregiudizio agli obiettivi che la stessa intende raggiungere.

particolare, la Corte si è preoccupata di accertare se la pena comminata, in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischiasse di compromettere l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2008/115/UE, ossia «l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio»¹³⁸.

La giurisprudenza europea si è quindi concentrata, non tanto sulla tutela del singolo sottoposto ad una possibile limitazione della libertà personale, quanto piuttosto sulla salvaguardia dell'efficienza del sistema da possibili interferenze derivanti dalla previsione di sanzioni penali.

L'applicazione di questo criterio ha condotto a risultati diversi a seconda del tipo di pena prevista e, soprattutto, a seconda del momento in cui una restrizione della libertà personale dovrebbe intervenire. In particolare, «la Corte ha valutato la sanzionabilità dello straniero prima dell'accertamento dell'irregolarità del suo soggiorno, dopo tale accertamento e infine dopo che misure coercitive sono state applicate senza esito»¹³⁹.

Innanzitutto, con la sentenza *Achughbabian*¹⁴⁰ la Corte ha verificato se la direttiva rimpatri consentisse restrizioni della libertà personale, quando il soggiorno irregolare dello straniero non era ancora stato accertato. Nella sentenza si sottolinea come l'efficacia del sistema presuppone che le autorità competenti possano, con alcuni limiti¹⁴¹, fermare una persona di cui si sospetti l'irregolarità del soggiorno, in modo da poter accertare questa condizione, che è preliminare all'avvio dell'*iter* di allontanamento.

¹³⁸ Cfr. Corte giust., 28 aprile 2011, causa C-61/11, El Dridi, in *Racc.* p. I-3015, punto 59. Cfr. anche Corte giust., sent. 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian*, in *Racc.*, punti 37-39 e 45; e Corte giust., 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor*, in *Racc.*, punti 32-33.

¹³⁹ F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, cit., p. 20.

¹⁴⁰ Sentenza relativa alla legislazione francese che puniva, con la pena della reclusione fino ad un anno, l'immigrato che avesse fatto ingresso o si fosse trattenuto illegalmente in Francia. Su tale pronuncia cfr. R. RAFFAELLI, *Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 Febbraio 2012; nonché L. MASERA, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 dicembre 2011.

¹⁴¹ La Corte ha precisato la portata e i limiti di privazioni della libertà, come quelle derivanti dal fermo di polizia. Le autorità devono disporre di un termine che, seppur breve, sia anche ragionevole per poter identificare la persona soggetta al controllo e per ricercare le informazioni che consentono di accertare se tale persona sia un cittadino di Paese terzo il cui soggiorno è irregolare. Le competenti autorità sono tuttavia tenute ad agire con diligenza e a pronunciarsi senza indugio in merito alla regolarità o meno del soggiorno. Una volta constatata l'irregolarità del soggiorno, esse devono, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva, e fatte salve le eccezioni previste da quest'ultima, emanare una decisione di rimpatrio. Cfr. Corte giust., sent. *Achughbabian*, cit., punto 31.

Più ampie sono state, al contrario, le considerazioni svolte dalla Corte in merito alla sanzionabilità dello straniero dopo che l'irregolarità del soggiorno era stata accertata.

Nella sentenza *El Dridi*, infatti, la Corte ha valutato la compatibilità della legislazione italiana che puniva, con la reclusione, la violazione da parte dello straniero di un ordine di allontanamento dal territorio nazionale¹⁴² arrivando a stabilire che gli Stati membri non possono introdurre una pena detentiva «solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale». Gli stessi devono invece «continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti»¹⁴³.

La Corte ha motivato la sua decisione, sostenendo che una pena detentiva rischia di compromettere, in ragione delle sue modalità di applicazione, la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio. La direttiva 2008/115/UE osta quindi «all'irrogazione di una pena detentiva nel corso della procedura di allontanamento, perché l'applicazione di questa può pregiudicare l'efficienza del sistema di rimpatrio»¹⁴⁴.

La giurisprudenza di legittimità ha confermato, dunque, che la direttiva rimpatri osta ad una legislazione statale che preveda la possibilità di applicare allo straniero una pena detentiva, nel corso della procedura di allontanamento, proprio perché ciò ritarderebbe il trasporto fisico dell'interessato nel Paese terzo di destinazione.

¹⁴² In particolare, in tal caso veniva in rilievo il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento disposto da questore punito, ai sensi dell'art. 14, comma 5ter, del d.lgs. n. 286/1998, con la pena della reclusione da uno a quattro anni (da uno a cinque nel caso di inottemperanza ad un ordine successivo al primo). Su tale pronuncia cfr. M. FRANCAVIGLIA, *Il Consiglio di Stato e la sentenza "El Dridi": le direttive europee hanno efficacia "abrogativa"?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 585; P. DE PASQUALE, *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 927; C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 904; C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari*, cit., p. 2786; D. GALLO, *La voie italienne de la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2011, p. 433; A. ROMANO, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1490; M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2011; L. D'AMBROSIO, *Niente più garde à vue per gli stranieri irregolari in Francia in seguito alle sentenze della Corte di giustizia UE sulla direttiva rimpatri*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 giugno 2012; A. DI MARTINO – R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 luglio 2011.

¹⁴³ Corte giust., cit., punto 58.

¹⁴⁴ Così F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, cit., p. 23.

L'efficacia del sistema non è invece intaccata dalla previsione di pene di natura pecuniaria.

La Corte si è espressa in tal senso nella sentenza *Sagor*¹⁴⁵ sottolineando che l'applicazione di una sanzione di questo tipo «non impedisce in nessun modo che una decisione di rimpatrio sia adottata ed attuata nella piena osservanza delle condizioni enunciate» dalla direttiva¹⁴⁶.

La pronuncia ha inoltre precisato che la sostituzione dell'espulsione immediata non è di per sé vietata e non contrasta neppure con il diritto dello straniero ad ottenere un termine per lasciare volontariamente il territorio dello Stato. Secondo la Corte, infatti, la direttiva stessa consente in taluni casi - «in particolare qualora esista il rischio che l'interessato fugga per sottrarsi alla procedura» - di negare tale diritto allo straniero. La ricorrenza di tale rischio deve essere valutata caso per caso alla luce di un esame individuale della fattispecie in cui è coinvolto l'interessato.

Ciò che la direttiva non consente è invece la sostituzione della pena pecuniaria con l'obbligo di permanenza domiciliare in quanto, ribadisce la Corte, gli Stati membri sono tenuti ad eseguire con la massima celerità le decisioni di rimpatrio¹⁴⁷. In linea di principio, dunque, l'esecuzione di una sanzione di conversione come la permanenza domiciliare risulta idonea ad ostacolare l'esecuzione dell'allontanamento, in particolare qualora la disciplina nazionale non preveda che l'esecuzione della permanenza domiciliare debba cessare a partire dal momento in cui sia possibile realizzare l'allontanamento dello straniero¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Il caso riguardava in particolare l'art. 10 *bis* del d.lgs. n. 286/1998.

¹⁴⁶ Sul punto v. anche Cass. pen, Sez. I, sentenza 10 maggio 2013, n. 24877, in *Dir. imm. citt.*, 2013, 2, p. 174 e ss.

¹⁴⁷ Sul punto cfr. Trib Monza, 17 dicembre 2012, n. 2560, in *Dir. imm. citt.*, 2013, 1, p. 199 e ss., che ha ritenuto la fattispecie penale delineata dal combinato disposto dell'art. 10 *bis* d.lgs. 286/98 e degli artt. 53 e 55 d.lgs. 27472000 non conforme alla direttiva comunitaria n. 2008/115/UE, come interpretata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Sagor*, in quanto «il sistema di sanzioni in concreto irrogabili è idoneo a ritardare, e quindi ad ostacolare, la procedura di allontanamento».

¹⁴⁸ F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su art. 10 bis: immigrazione e direttiva rimpatri*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2012, il quale pone in evidenza come il meccanismo delineato dal legislatore del 2009 abbia con questa sentenza subito un nuovo colpo ad opera del giudice euronitario in quanto sebbene resti intatta la possibilità di sanzionare lo straniero irregolare con la pena dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, questa pena potrà essere sostituita con la misura dell'espulsione soltanto in presenza di una duplice condizione: che vi sia la possibilità di una esecuzione immediata dell'espulsione – non sussistendo le condizioni ostative di cui all'art. 14, comma 1, t.u. imm. e che vi sia un concreto rischio di fuga da parte dello straniero apprezzato caso per caso dal giudice. Nell'ipotesi in cui la pena pecuniaria non possa essere eseguita – ossia, in pratica, nella totalità dei casi precisa l'A. – e nell'ipotesi altrettanto probabile in cui il condannato non chieda di essere ammesso al lavoro sostitutivo, il giudice non potrà nemmeno convertire la pena con quella della permanenza domiciliare, difettando allo stato

L'ultima situazione posta all'attenzione della giurisprudenza europea è stata, infine, quella attinente alla punibilità dello straniero con sanzione penale, dopo che misure coercitive siano state applicate senza esito.

Nelle sentenze *El Dridi* e *Achughbadian* la Corte ha affermato i seguenti principi: gli Stati membri mantengono la facoltà di adottare «disposizioni che disciplinano le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l'allontanamento» dello straniero e tali disposizioni possono essere «eventualmente anche di natura penale». Alla luce di ciò si evince che una volta che la procedura di rimpatrio sia stata applicata senza esito, gli Stati membri riacquistano il potere di irrogare sanzioni penali, anche detentive, posto che, a questo punto, il meccanismo di allontanamento coattivo ha fallito il suo scopo e l'efficacia del sistema non può essere pregiudicata.

In definitiva, allo stato attuale, gli Stati membri conservano la facoltà di qualificare il soggiorno irregolare alla stregua di reato e di prevedere sanzioni penali per scoraggiare e reprimere questo tipo di condotta. Essi non possono tuttavia applicare la pena detentiva prima di aver esaurito gli strumenti amministrativi che la direttiva prevede per procedere all'espulsione. In effetti, se questo tipo di sanzione precedesse l'esecuzione della decisione di rimpatrio, l'obiettivo di allontanamento dello straniero risulterebbe ostacolato, con conseguente pregiudizio dell'efficacia del sistema¹⁴⁹.

3. I reati di falso.

Per quel che concerne i reati di falso, è necessario esaminare in particolare due disposizioni: la falsità in titolo di soggiorno (art. 5, comma 8 *bis*, t.u. imm.) e le fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali (art. 495 *ter* c.p.).

Parte della dottrina ritiene che il bene giuridico tutelato dalle fattispecie in esame vada individuato nella fede pubblica, intesa, in questo caso, come aspettativa di corrispondenza ai fatti di alcune forme o rappresentazioni della realtà¹⁵⁰; altri, al

qualsiasi disposizione che consenta il coordinamento tra l'esecuzione di questa pena e la procedura di allontanamento coattivo dello straniero.

¹⁴⁹ F. SPITALERI, *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, cit., p. 25.

¹⁵⁰ A. NAPPI, *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 5 e ss.

contrario, ritengono che esso vada rintracciato nel buon andamento della pubblica amministrazione e nella corretta amministrazione della giustizia¹⁵¹. In ogni caso viene protetto un bene superindividuale non dotato di rilevanza costituzionale esplicita¹⁵², peraltro con una disposizione che duplica, prevedendo, però, pene iperboliche, il contenuto dell'art. 497 *bis* c.p.¹⁵³. Per quel che concerne invece le fraudolente alterazioni corporee si è rilevato come anche qui la criminalizzazione non sia certo volta a tutelare l'integrità fisica del migrante, bensì beni superindividuali¹⁵⁴.

3.1. La falsità in titolo di soggiorno (art. 5, comma 8 *bis*, t.u. imm.).

La falsità in titolo di soggiorno è una fattispecie delittuosa introdotta dalla legge Bossi-Fini, che ha inserito nel testo dell'art. 5 t.u. imm., il comma 8 *bis*. Il legislatore ha dunque previsto che viene così punito, con la reclusione da uno a sei anni, «chiunque contraffà o altera un visto di ingresso o reingresso, un permesso di soggiorno, un contratto di soggiorno o una carta di soggiorno ovvero contraffà o altera documenti al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno oppure utilizza uno di tali documenti contraffatti o alterati». La reclusione è invece da tre a dieci anni «se la falsità concerne un atto o parte di un atto che faccia fede fino a querela di falso». La pena è poi aumentata se il fatto criminoso è commesso da un pubblico ufficiale.

L'enunciato legislativo contiene due diverse norme incriminatrici: la prima, punisce l'alterazione o la contraffazione del titolo di soggiorno; la seconda, invece, incrimina l'alterazione o la contraffazione di documenti al fine di determinare il rilascio di un titolo di soggiorno. Entrambe le figure di reato integrano reati comuni, essendone soggetto attivo «chiunque».

¹⁵¹ M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini". Il commento*, cit., p. 1347.

¹⁵² C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 66.

¹⁵³ Ai sensi del quale «chiunque è trovato in possesso di un documento falso valido per l'espatrio è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena di cui al primo comma è aumentata da un terzo alla metà per chi fabbrica o comunque forma il documento falso, ovvero lo detiene fuori dei casi di uso personale».

¹⁵⁴ Per una dettagliata e costruttiva monografia sul tema generale, si veda S. FIORE, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, Jovene, 2000.

Quanto alla prima fattispecie si tratta di un'ipotesi speciale di falsità materiale commessa dal privato in atti pubblici¹⁵⁵. Il fatto tipico è costituito dalla falsificazione materiale di documenti pubblici, quali il visto di ingresso, il visto di reingresso, il permesso di soggiorno¹⁵⁶ e la carta di soggiorno, e privati, quale il contratto di soggiorno, ossia dalla loro contraffazione o alterazione¹⁵⁷. L'elemento psicologico è integrato dal dolo generico.

Più complessa è l'analisi della seconda fattispecie. Mentre infatti la condotta incriminata è descritta ancora nei termini di falsificazione materiale, l'oggetto materiale della stessa è rappresentato dai documenti funzionali al perfezionamento giuridico dei documenti relativi all'ingresso e al soggiorno dello straniero. Significativo poi è il sensibile arretramento della soglia di punibilità. La fattispecie di reato in esame configura infatti una ipotesi di reato a consumazione anticipata rispetto all'ordinaria configurazione dei delitti contro la fede pubblica; «in essa, dunque, l'*immutatio veri*, del documento relativo all'ingresso e al soggiorno dello straniero viene espunta dal novero degli elementi oggettivi della fattispecie per formare oggetto del dolo specifico»¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Per la falsità ideologica si applica la disciplina comune codicistica. In proposito, si afferma che «la falsa attestazione sullo svolgimento di attività lavorativa in Italia da parte di cittadino extracomunitario, assunta a presupposto di fatto per il rilascio del permesso di soggiorno da parte del pubblico ufficiale che forma l'atto, integra la fattispecie di cui agli artt. 48 e 479 c.p. (falso per induzione) e non quella di cui all'art. 495 c.p. in quanto la dichiarazione stessa non ha alcun rilievo autonomo ma è destinata a confluire nell'atto pubblico e rappresenta uno degli elementi che concorrono all'attestazione del pubblico ufficiale, alla quale si perviene mediante false notizie e informazioni ricevute dal privato» (Cass. pen., Sez. V, 16 giugno 2006, n. 29860, in *CED Cass. pen.*, 2006).

¹⁵⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 26 novembre 1998, n. 6383, in *Cass. pen.*, 2000, p. 383 ss., secondo cui «il permesso di soggiorno rilasciato a cittadini extracomunitari non può considerarsi semplice certificato né autorizzazione amministrativa, ma costituisce un atto che, nell'ambito della tutela penalistica in tema di falso, va qualificato pubblico. Commette pertanto il reato di cui all'art. 479 c.p. il soggetto che, inducendo in errore con l'inganno il pubblico ufficiale, lo determina ad attestare falsamente la sussistenza dei presupposti per la concessione del permesso»; nonché Cass. pen., Sez. V, 22 aprile 2005, n. 19924, in *CED Cass. pen.*, 2005, secondo cui «il permesso di soggiorno rilasciato a cittadini extracomunitari è un atto pubblico; ne deriva che commette il reato di cui agli artt. 48 e 479 c.p. il soggetto che alleggi dati non corrispondenti al vero, inducendo in errore con l'inganno il pubblico ufficiale, per ottenere la concessione del permesso». Tale qualificazione è stata giustificata sulla base dell'insussistenza in capo al soggetto di un diritto soggettivo al soggiorno, e della capacità del provvedimento di produrre effetti costitutivi, traslativi, modificativi, estintivi. Condivisibilmente, A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 142, rileva che - stando a questa logica - la qualificazione del permesso di soggiorno quale atto pubblico potrebbe essere revocata in dubbio valorizzando il riconoscimento della libertà di migrare, tra l'altro, ex art. 13 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo.

¹⁵⁷ Per contraffazione si intende la formazione in tutto o in parte di un documento falso; per alterazione invece si intende la modificazione, in modo giuridicamente rilevante, di un documento genuino. Così A. CAPUTO, voce *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, agg., Roma, 2005, p. 1 ss.

¹⁵⁸ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 147; secondo M. GAMBARDILLA, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, in AA.VV., *La condizione giuridica dell'immigrato. Normativa, dottrina, giurisprudenza*, Supplemento a *Giur. merito*, 2004, 7-8, p.

Sembrerebbe porsi, dunque, una questione di compatibilità del reato con il principio di necessaria offensività, con la conseguenza, si è detto, che sarebbe necessario individuare tra i requisiti della fattispecie anche «l' idoneità della condotta a raggiungere il risultato descritto dalla norma quale oggetto del dolo specifico»¹⁵⁹.

Per quel che concerne poi l'aggravante relativa al fatto commesso da un pubblico ufficiale, ci si è chiesti se per la sua realizzazione sia sufficiente che l'agente sia un pubblico ufficiale - il che renderebbe la previsione totalmente irragionevole¹⁶⁰ -, o che questi abbia altresì agito nell'esercizio delle sue funzioni, soluzione che darebbe luogo ad una inutile duplicazione dell'art. 61 n. 9 c.p.¹⁶¹. Sembrerebbe, tuttavia, militare, a favore della seconda tesi, oltre al *favor rei*, anche «l'argomento di ordine sistematico desumibile dall'art. 482 c.p., che equipara la falsità materiale commessa dal privato a quella commessa dal pubblico ufficiale fuori dell'esercizio delle sue funzioni»¹⁶².

Da ultimo, va rilevato che con il Pacchetto sicurezza 2009, è stata estesa all'utilizzatore la pena prevista per il falsificatore di permessi di soggiorno o documenti simili. Tale scelta non appare ragionevole, in quanto determina un'inopportuna equiparazione di condotte dal disvalore differente, in maniera peraltro discriminatoria rispetto a quanto previsto dall'art. 489 c.p., che stabilisce per l'utilizzatore di un atto falso una pena ridotta rispetto a quella del falsificatore.

In proposito, è stato rilevato che prima della riforma in esame tale condotta non era penalmente irrilevante, essendo riconducibile alla fattispecie (generale rispetto a quella in esame) di cui all'art. 489 c.p., che punisce l'uso di atto falso con le pene previste per i delitti in materia di falsità in atti di cui agli artt. 476 e s. c.p., ridotte di un terzo. La previsione nell'art. 5, comma 8 *bis*, t.u. imm., di una fattispecie speciale di uso di atto falso, che punisce invece allo stesso modo (reclusione da uno a sei anni) chi contraffà o altera documenti validi per l'ingresso o il soggiorno nello Stato e chi si limita invece a utilizzare quei documenti appare in contrasto con il principio di uguaglianza/ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.. Il confronto con l'art. 489 c.p., peraltro, evidenzia che mentre in questa disposizione generale l'utilizzatore dell'atto

84, «il dolo specifico ha qui la funzione di anticipare la soglia della tutela penale della genuinità del titolo di soggiorno, incriminando una prodromica attività falsificatoria».

¹⁵⁹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 147.

¹⁶⁰ M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini"*, cit., p. 1346.

¹⁶¹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 149.

¹⁶² A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 149.

falso è punito solo se non ha concorso nella falsità, nella disposizione speciale di cui all'art. 5, comma 8 *bis*, t.u. ciò non viene espressamente stabilito, sebbene tale previsione debba ritenersi tacitamente presente in applicazione del principio generale di consunzione. L'utilizzo del documento previamente falsificato è infatti un normale sviluppo della condotta precedente: un *postfatto* non punibile con il quale l'agente consegue i vantaggi del primo reato (contraffazione o alterazione dei documenti per l'ingresso o il soggiorno nello Stato), nel quale il secondo rimane assorbito¹⁶³.

3.2. Il delitto di fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali (art. 495 *ter* c.p.).

Il reato di fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali è stato introdotto dal Pacchetto sicurezza 2008 all'art. 495 *ter* c.p., che così statuisce: «Chiunque, al fine di impedire la propria o altrui identificazione, altera parti del proprio o dell'altrui corpo utili per consentire l'accertamento di identità o di altre qualità personali, è punito con la reclusione da uno a sei anni. Il fatto è aggravato se commesso nell'esercizio di una professione sanitaria».

Tale fattispecie è stata introdotta al fine di contrastare la pratica, tipica per lo più degli immigrati clandestini, di occultamento della propria identità per mezzo di cancellazione delle papille digitali dai polpastrelli. Tale fenomeno era già diffuso in passato, ma la metodologia usata destava minore allarme: l'abrasione avveniva in genere mediante sfregamento contro superfici ruvide ed aveva effetti transitori; oggi invece si tende ad usare metodi a carattere permanente, come l'immersione dei polpastrelli in acido¹⁶⁴.

Le alterazioni, per poter essere considerate tipiche alla stregua del reato in esame, dovranno ovviamente riguardare proprio quelle parti del corpo utili ad un'eventuale identificazione: polpastrelli, tratti somatici del viso, tatuaggi, cicatrici, segni particolari vari. Ai fini della sussistenza del reato sarà poi necessaria la presenza di un dolo

¹⁶³ Così G.L. GATTA, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1336.

¹⁶⁴ M. PANZARASA, *Modifiche in tema di delitti contro la fede pubblica (Falsità personali)*, in AA.VV., *"Decreto sicurezza": tutte le novità*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 85.

specifico, altrimenti ci si troverebbe dinnanzi ad una lecita disposizione del proprio corpo.

Nonostante tali precisazioni, non può non constatarsi l'indeterminatezza della condotta e dell'oggetto materiale: sia il verbo «alterare» che il riferimento alle «parti del corpo utili all'identificazione» denotano una scarsa selettività dell'elemento oggettivo della fattispecie¹⁶⁵; né appare possibile trasferire nella descrizione del fatto tipico l'elemento della fraudolenza, presente unicamente nel *nomen iuris* e, dunque, da intendersi come non vincolante¹⁶⁶.

Appare inoltre evidente l'anticipazione di tutela rispetto alle condotte di falsa dichiarazione di identità e di qualità personali *ex* artt. 495 e 496 c.p.; ai fini della configurabilità della fattispecie di cui all' art. 495 *ter* c.p. non è, infatti, necessario che il soggetto si avvantaggi dell'alterazione¹⁶⁷.

Secondo i principi generali, risponde del reato anche chi concorre nell'alterazione. In proposito, ci si è chiesti se il terzo possa essere punito anche a titolo di lesioni dolose o se si applichi la scriminante del consenso dell'avente diritto: secondo l'opinione comune, il consenso dovrebbe comunque considerarsi invalido, perché inerente ad una mutilazione permanente e contraria alla legge, ai sensi dell'art 5 c.c.¹⁶⁸; in senso contrario, tuttavia, andrebbe enfatizzato il possibile ruolo tipizzante del consenso, presidio ultimo dell'autodeterminazione che è un'espressione incompressibile della dignità umana.

L'aggravante applicabile se il fatto è commesso nell'esercizio di una professione sanitaria è evidentemente di natura oggettiva: non si riferisce, infatti, all' esercente di una professione sanitaria, ma alla commissione del fatto nell'esercizio di una professione sanitaria.

¹⁶⁵ Così, A. MEREU - R. ZANNOTTI, *Il cd. "decreto sicurezza": profili di diritto sostanziale*, in *Giur. di mer.*, 2009,1, p. 21.

¹⁶⁶ A. MEREU - R. ZANNOTTI, *Il cd. "decreto sicurezza": profili di diritto sostanziale*, cit., p. 21.

¹⁶⁷ Considera possibile, tra gli altri, il concorso fra gli artt. 495 e 495 *ter* c.p., sulla base dell'argomentazione della loro funzionalità reciproca ma, al contempo, dell'autonomia del disvalore delle condotte, A. VALSECCHI, *Falsità sull'identità e su altre qualità personali*, O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 68 ss.

¹⁶⁸ Sull'argomento, A. VALSECCHI, *Falsità sull'identità e su altre qualità personali*, O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., p. 66, secondo cui il consenso dell'avente diritto è invalido «poiché quand'anche la menomazione non superasse il limite cd. "quantitativo" fissato dall'art. 5 c.c. ("diminuzione permanente dell'integrità fisica"), contrasterebbe in ogni caso col cd. limite "qualitativo" fissato dalla norma civilistica, essendo contraria alla legge», cioè all' art. 495 *ter* c.p.

Da ultimo, sembra opportuno richiamare, in questa sede, anche l'art. 5, comma 2 *bis*, t.u. imm., il quale prevede che lo straniero che richiede il permesso di soggiorno sia sottoposto a rilievi fotodattiloscopici, e ciò indipendentemente non solo dalla sua condizione di irregolare, ma anche da qualsiasi dubbio sulla sua identità.

4. La mancata esibizione del documento di identificazione o del titolo di soggiorno (art. 6, comma 3, t.u. imm.).

L'art. 144 T.U.L.P.S. stabiliva che «l'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di invitare in ogni tempo lo straniero ad esibire i documenti di identificazione di cui è provvisto e a dare contezza di sé». La norma, munita di sanzione penale in forza dell'art. 17 T.U.L.P.S., è stata espressamente abrogata dal legislatore del 1998 che ha introdotto l'art. 6, comma 3, t.u. imm.

Detta disposizione, nella sua formulazione originaria, prevedeva che era punito con l'arresto fino a sei mesi e l'ammenda fino a euro 413, lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non esibisse, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno. L'art. 6, comma 3, come attualmente riformulato dalla l. n. 94/2009, dispone invece che «lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000».

La novella non ha apportato modifiche significative¹⁶⁹, eccezion fatta per la sanzione che dall'arresto fino a sei mesi e l'ammenda fino a euro 413, ora comporta l'arresto fino ad un anno e la multa fino ad euro 2.000. Il notevole incremento sanzionatorio risponde senz'altro alle esigenze di duro contrasto e repressione del fenomeno dell'immigrazione clandestina, che hanno ispirato l'intero Pacchetto sicurezza.

¹⁶⁹ In sintesi si è provveduto a sostituire l'espressione «non esibisce» con quella «non ottempera all'ordine di esibizione», inoltre si è sostituita la congiunzione «e» tra le classi dei documenti di identificazione e dei documenti di soggiorno da esibire.

Il reato di cui all'art. 6, comma 3, t.u. imm., si inserisce in un panorama normativo già caratterizzato da molteplici fattispecie incriminatrici che sanzionano il rifiuto di esibire i documenti di identità o di fornire indicazioni delle proprie generalità.

Per quanto riguarda, in primo luogo, i rapporti con la fattispecie di cui agli artt. 221 T.U.L.P.S. e 294 r.d. n. 635 del 1940 (regolamento attuativo T.U.L.P.S.), è stato correttamente osservato che il reato di omessa esibizione dei documenti di identificazione o dei documenti relativi al soggiorno si pone in rapporto di specialità rispetto alla prima innanzitutto, in ragione del soggetto attivo qualificato, in secondo luogo, per la clausola del «giustificato motivo» e la previsione, oltre ai documenti funzionali all'identificazione, dei documenti attestanti il titolo di soggiorno¹⁷⁰.

Più complessa la questione per quel che concerne il rapporto con l'art. 651 c.p. che sanziona il rifiuto di indicazioni sulla propria identità personale. In proposito si è detto che la contravvenzione di cui all'art. 6, comma 3, t.u. imm. si differenzerebbe da quella prevista dall'art. 651 c.p. sia sul piano del soggetto attivo del reato, sia per la descrizione della condotta tipica, sia, infine, per il diverso livello della comminatoria edittale¹⁷¹.

Dal primo punto di vista, va sottolineato che la contravvenzione di cui all'art. 6, comma 3, t.u. imm., ha natura di reato proprio, in quanto soggetto attivo è lo «straniero».

Per quanto riguarda poi la condotta tipica, mentre il reato di cui all'art. 651 c.p. punisce il rifiuto di fornire le proprie generalità¹⁷², la contravvenzione in esame sanziona la mancata esibizione dei documenti idonei all'identificazione indicati dalla norma incriminatrice e può concorrere materialmente con la fattispecie codicistica¹⁷³.

Dal punto di vista, infine, della sanzione in dottrina si è dubitato della legittimità costituzionale della norma *de qua* per violazione dell'art. 3 Cost., in relazione al fatto

¹⁷⁰ P. BALZELLONI, *Immigrazione (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, II, Torino, Utet, 2004, p. 371; nonché F. BOTTALICO, *Art. 6 t.u. imm.*, F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007, p. 2606.

¹⁷¹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 152; R. RELLA, *Reati propri*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 65.

¹⁷² Nello specifico viene punito il rifiuto di dare indicazioni relative alla propria identità personale (nome, cognome, data e luogo di nascita), allo stato (cittadinanza, filiazione, etc.) e alle altre qualità personali (precedenti penali, qualifica professionale, etc.). Sul punto cfr. G. SPAGNOLO, *Inosservanza dei provvedimenti di polizia (contravvenzioni concernenti l')*, in *Enc giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, p. 5 e ss.

¹⁷³ In questo senso A. CALLAIOLI, Sub art. 6, T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali d'udienza*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1837.

che tra le fattispecie analoghe a quella in esame, il rifiuto dello straniero di esibire i propri documenti di riconoscimento sia quella punita con la pena più elevata e per giunta cumulativa dell'arresto e dell'ammenda e, pertanto, esclusa dalla possibilità per l'imputato di optare per l'oblazione¹⁷⁴.

Il bene protetto dal reato è l'ordine pubblico e, in particolare, «le funzioni di polizia preordinate all'identificazione certa ed immediata dello straniero sottoposto al controllo»¹⁷⁵.

Si tratta di una fattispecie istantanea avente natura di reato omissivo proprio¹⁷⁶. La situazione tipica è costituita dalla richiesta di esibizione di uno dei documenti indicati nella disposizione, richiesta che deve essere formulata da ufficiali o agenti di pubblica sicurezza. La richiesta, inoltre, «deve essere indirizzata ad uno straniero maggiorenne e deve essere legittima, avuto riguardo, in particolare, alla presenza di un soggetto abilitato e alla non arbitrarietà della stessa»¹⁷⁷.

La fattispecie in esame si caratterizza, poi, per la presenza della clausola «senza giustificato motivo»¹⁷⁸. In proposito autorevole dottrina ha evidenziato che, con riferimento al reato in esame, la «nozione di motivo “giustificato” è diversa da quella di motivo “giusto”, nel senso che – ai fini dell'esclusione dell'obbligo – non occorre che il

¹⁷⁴ Sul punto cfr., per tutti, A. CALLAIOLI, Sub *art. 6*, cit., p. 1651, il quale sottolinea come «la sanzione consistentemente più gravosa viene posta a carico del soggetto esclusivamente a motivo della sua qualifica naturalistica e non per altro motivo, senza che sussista alcun particolare rapporto col bene giuridico tutelato che giustifichi e renda legittimo il rivolgersi della norma nei soli confronti dello straniero extracomunitario».

¹⁷⁵ Così A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 154; in questo senso v. anche A. CALLAIOLI, Sub *art. 6*, cit., p. 1833 e ss.

¹⁷⁶ Sul punto v. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 154, il quale nella nota 9 evidenzia che «la qualificazione del reato in esame quale reato omissivo, sulla quale converge concordemente la dottrina (M. GAMBARDELLA, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, cit., p. 86; A. CALLAIOLI, Sub *art. 6*, cit., p. 1836), non è seguita da una pronuncia secondo cui con la contravvenzione *de qua* verrebbe punita la condotta consistente nel «circolare sprovvisti di documenti, senza curarsi di darne giustificazione all'autorità accertatrice» (Trib. Massa, 10 giugno 2003, in *Riv. pen.*, 2004, 1, p. 78)».

¹⁷⁷ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 154.

¹⁷⁸ Con riferimento a tale clausola è stata sollevata questione di legittimità costituzionale sulla base del fatto che la stessa, per il suo carattere indeterminato, rimetterebbe in sostanza all'arbitrio del giudice l'identificazione della condotta vietata con conseguente violazione del principio di tassatività di cui all'art. 25 Cost. Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale la quale ha chiarito che «L'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero — come nella specie — di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice — avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca — di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato» (Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 7, p. 835, con nota di E. CALCAGNO, *I reati dello straniero espulso dopo le modifiche introdotte dalla “legge Bossi-Fini”*).

fatto che ha dato luogo all'impossibilità di adempiere sia *in sé giusto*, cioè non illecito o anti-giuridico. Ma è invece necessario e sufficiente che la mancata esibizione dipenda o da una scelta volontaria di non mostrare il documento per sottrarsi così all'identificazione oppure da una mancata disponibilità del documento strumentale orientata allo stesso scopo, oppure infine che il mancato possesso del documento avrebbe potuto essere agevolmente evitato con una maggiore sensibilità e attenzione alle specifiche esigenze identificative dell'ordinamento»¹⁷⁹. In quest'ottica, la clausola del «senza giustificato motivo» sarebbe idonea ad introdurre nel novero degli elementi costitutivi della fattispecie il requisito della «possibilità di agire»¹⁸⁰, espressione del generale principio *ad impossibilia nemo tenetur*, che caratterizza tutti i reati omissivi propri¹⁸¹. Si è detto, poi, che tale «possibilità di agire» potrebbe dirsi esclusa non solo in presenza di fattori oggettivi, ma anche nell'ipotesi in cui ricorrano determinati fattori soggettivi¹⁸².

Orbene, tale tematica, che si intreccia con quella relativa all'individuazione dei destinatari dell'obbligo di esibizione, ha dato vita, nella giurisprudenza della Suprema Corte, ad un contrasto interpretativo, che è stato infine risolto dalla sentenza n. 45801/2003 delle Sezioni Unite.

Secondo un primo orientamento, maggioritario, autore del reato poteva essere tanto lo straniero presente regolarmente sul territorio nazionale quanto lo straniero irregolare.

¹⁷⁹ F. PALAZZO, *Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2004, 4, p. 789, il quale sottolinea che la mancanza del possesso, e di conseguenza la mancata esibizione, non può dirsi «ingiustificata» per la sola ragione che alla sua origine stia un fatto illecito del soggetto. Ragionando diversamente, infatti, non solo si finirebbe per sanzionare penalmente *ex art. 6, comma 3, t.u. imm.* un fatto diverso da quello ivi previsto, ma si dimenticherebbe che il «motivo – la sua «giustizia/ingiustizia» – deve essere valutato in connessione diretta e specifica con l'obbligo di esibizione e con l'interesse con quest'ultimo perseguito».

¹⁸⁰ G. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, p. 552, rileva come, sulla base dell'antico principio *ad impossibilia nemo tenetur*, deve ritenersi che «entri a far parte del concetto di omissione tipica l'implicito requisito della «possibilità di agire» nella direzione indicata dalla norma». Anche A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, Padova, Cedam, 1988, p. 814 e ss. ritiene che l'impossibilità di agire debba essere collocata sul piano della tipicità della condotta omissiva. Nello stesso senso si veda anche Cass., Sez. Un. pen., 29 ottobre 2003-27 novembre 2003, n. 45801, in *Cass. pen.*, 2004, n. 243, p. 776, con nota di M. GAMBARDELLA, *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione di documenti di identificazione*, che espressamente statuisce che «l'assenza del giustificato motivo è elemento costitutivo della fattispecie penale, non causa di esclusione della punibilità, cioè, per mutuare una espressione dottrina, elemento positivo costruito negativamente della fattispecie di reato».

¹⁸¹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 157.

¹⁸² Secondo G. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, cit., p. 552, la possibilità materiale di adempiere al comando può essere esclusa o da una «incapacità di agire relativa allo stesso agente» o dalla «mancanza di condizioni esterne relative al contesto oggettivo». Nello stesso senso anche A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 818 e ss.

Diversamente, un altro orientamento, invero più restrittivo, escludeva la sussumibilità nella contravvenzione in esame della condotta di omessa esibizione dei documenti indicati nell'art. 6, comma 3, t.u., da parte dello straniero entrato illegalmente nel territorio dello Stato¹⁸³. Sul punto sono intervenute, nel 2003, le Sezioni Unite della Corte di cassazione che, adottando una interpretazione intermedia, hanno creato un *discrimen* in base all'oggetto materiale del reato. Nella sentenza *de qua*, infatti, la Corte stabilisce che è necessario distinguere in base al tipo di documento di cui è omessa l'esibizione, nel senso che, nei confronti degli stranieri entrati clandestinamente in Italia, il reato può configurarsi solo nel caso di mancata esibizione, senza giustificato motivo, del passaporto o di altro documento di identificazione. Se il reato venisse configurato anche in caso di mancata esibizione del permesso di soggiorno, ciò significherebbe, in sostanza, colpire con sanzione penale la stessa condizione di clandestinità. Precisa la Corte che «la “esibizione” di un documento presuppone che lo stesso esista nel mondo fenomenico o che, quanto meno, possa esistere per la previa attivazione in tal senso del soggetto interessato ed abilitato a farlo, nella condizione data. Nel caso dell'immigrato clandestino la condizione data è, appunto, la sua clandestinità e, in riferimento ad essa, è da escludere in radice che possa esistere il permesso o la carta di soggiorno, perché altrimenti egli non sarebbe più immigrato clandestino. Non appare, quindi, esigibile che questi debba esibire uno di tali documenti, che sul piano naturalistico non sono mai esistiti né potevano esserlo perché del tutto inconciliabili ed ontologicamente esclusi dalla sua condizione di clandestino»¹⁸⁴. La Corte affermava, inoltre, che, così interpretata, la disposizione non avrebbe causato un'indiretta punizione della clandestinità. L'interesse protetto dalla norma, infatti, non andava ricercato nella verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale, ma nell'attività di pubblica sicurezza volta alla identificazione dei soggetti stranieri presenti nel territorio dello Stato, con la connessa necessità di identificare il soggetto. La Corte, a sostegno della propria tesi, rilevava altresì che non sarebbe stata giustificabile, sotto i profili costituzionali della ragionevolezza e dell'eguaglianza, una diversa conclusione alla stregua della quale «chi

¹⁸³ Per una approfondita analisi delle argomentazioni a sostegno dei due orientamenti giurisprudenziali si veda A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 158 e ss.; nonché M. GAMBARDELLA, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, cit., p. 87 e ss.

¹⁸⁴ Cass., Sez. Un. pen., 29 ottobre 2003, n. 45801, Mesky, in *Cass. pen.*, 2004, p. 782 e ss.

abbia fatto regolare ingresso nel territorio dello Stato, osservando le sue leggi al riguardo, e legittimamente vi permanga sia assoggettato a sanzione penale nel caso di mancata esibizione dei documenti indicati nella norma; e, per converso, alla stessa sanzione penale non sia assoggettabile lo straniero che, eludendo invece le leggi dello Stato sui controlli di frontiera (art. 4), continui a permanere irregolarmente nel suo territorio ed egualmente non ottemperi alla richiesta di esibire i documenti richiesti, così vanificando del tutto l'interesse dello Stato alla sua compiuta identificazione ed ai conseguenti e successivi controlli: e tra più interpretazioni proponibili deve, di certo, prevalere quella correttamente orientata sotto il profilo della sua legittimità costituzionale»¹⁸⁵.

Tali conclusioni sono peraltro state ritenute assumibili ancora come valide dalla sent. n. 44157/2009, secondo cui la novella del 2009 non ha reso inesigibile in senso assoluto l'obbligo di esibire un documento di identificazione da parte dell'extracomunitario irregolare¹⁸⁶.

Le stesse sono state, tuttavia, disattese dalle recenti Sezioni Unite Alacev¹⁸⁷, che pare abbiano definitivamente risolto la questione. Le stesse hanno infatti stabilito il principio secondo cui, a seguito della modificazione dell'art. 6, comma 3, t.u. imm., intervenuta ad opera dell'art. 1, comma 22 lett. h) l. n. 94 del 2009, il reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato sia configurabile esclusivamente nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, con conseguente *abolitio criminis* parziale per la condotta degli stranieri in posizione irregolare¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Cass. pen., Sez. Un., 29 ottobre 2003, n. 45801, cit., p. 782.

¹⁸⁶ Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157, Calmus, in *Foro it.*, 2010, 2, 70 e ss.

¹⁸⁷ Cass. pen., Sez. Un. pen., 24 febbraio 2011, n. 16453, Alacev, in *Cass. pen.* 2011, p. 2876.

¹⁸⁸ Per una critica, in dottrina, della soluzione cui sono addivenute le Sezioni Unite v. A. GILIBERTO, *Lo straniero irregolare è ancora punibile per il reato di omessa esibizione dei documenti?*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, 3, p. 293 e ss. L'Autore, afferma che «anche qualora, infatti, si consideri preferibile la tesi per cui sarebbe da ritenere inesigibile dallo straniero clandestino la condotta di esibizione [...], tale inesigibilità potrà collocarsi sul piano delle cause di giustificazione ovvero delle scusanti, non escludendo tuttavia in radice l'applicabilità della sopraccitata normativa T.U.L.P.S.: nessuna *abolitio criminis* deve allora configurarsi, anche se a livello pratico il clandestino si troverà comunque a non rispondere del reato ascrittogli, ma con diversa formula assolutoria». Così, anche, G.L. GATTA, *Inottemperanza del 'clandestino' all'ordine di esibire i 'documenti': davvero abolitio criminis?*, cit., p. 1348 e ss. Secondo l'Autore, quando ad essere abrogata è una norma incriminatrice in rapporto di specialità con una o più norme diverse, le norme preesistenti di riferimento riespandono la propria sfera di dominio, determinandosi così una sostanziale ipotesi di successione di leggi, disciplinata dall'art. 2, comma 4, c.p.

Tale decisione è stata argomentata, anzitutto, sulla base del dato testuale, per cui se «è vero che, in astratto, la congiunzione “e” può essere utilizzata in funzioni di collegamento di tipo copulativo (nei senso di “e anche”) sia di tipo disgiuntivo (“e/o”), l'analisi testuale del dettato normativo nel suo sviluppo diacronico (rispetto al precedente testo) e sincronico (rispetto alle coppie alternative poste all'interno delle due categorie di documenti) assegna alla congiunzione “e” il significato della necessaria compresenza delle due categorie di documenti: quelli d'identità (passaporto o altro documento identificativo) e quelli di regolarità (permesso di soggiorno o altro

(con applicazione della pena più mite e salvezza dei fatti coperti dal giudicato) : «A noi pare che una simile norma incriminatrice sia identificabile in quella risultante dal combinato disposto degli artt. 294 r.d. 6 maggio 1940, n. 635 (reg. esec. t.u.l.p.s.) e 221 t.u.l.p.s., che stabiliscono il principio generale - operante pertanto nei confronti di chiunque: cittadino o straniero - dell'obbligo di esibizione della carta d'identità o di un documento equipollente, ad ogni richiesta degli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza; obbligo il cui inadempimento integra una contravvenzione punita con l'arresto fino a due mesi o con l'ammenda fino a euro 103. Se è vero, come ci sembra, che questa disposizione è generale rispetto alla sotto-fattispecie di mancata esibizione dei documenti d'identità, descritta dal previgente art. 6, comma 3, t.u., ne consegue che ad essa, senza soluzione di continuità, sono riconducibili i fatti antecedentemente commessi nel vigore della norma speciale abrogata, e che l'*abolitio criminis*, affermata dalle S.U. con la sentenza annotata, deve invece essere esclusa. In base all'art. 2, comma 4, c.p., pertanto, se in relazione a quei fatti non è ancora intervenuta sentenza irrevocabile di condanna dovrà trovare applicazione, previa riqualficazione del fatto, la disciplina, più favorevole prevista per la contravvenzione di cui al t.u.l.p.s. (per la quale è ammessa l'oblazione *ex* art. 162 *bis* c.p.); se, viceversa, è già intervenuta sentenza irrevocabile, il giudicato impedirà l'applicazione retroattiva della disciplina più favorevole al reo e la condanna per la contravvenzione di cui all'art. 6, comma 3, t.u. imm. dovrà continuare ad essere eseguita». *Contra*, M. GAMBARDELLA, *Ancora sulla mancata esibizione dei documenti da parte del cittadino straniero “irregolare”*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 173 e ss., secondo cui non si può parlare di (una parziale) *abrogatio sine abolizione*, giacché la norma sopravvenuta contenuta nell'art. 10 *bis* t.u. copre certamente lo spazio lasciato libero della riformulazione del nuovo art. 6, comma 3, ma lo fa con una fattispecie astratta eterogenea; e, pertanto, non sussiste continuità normativa tra le due incriminazioni avvicinandesi nel tempo. Da ciò, l'Autore deduce che la riformulazione delle disposizioni incriminatrici in materia di soggiorno dell'extracomunitario, palesano come sia ineludibile per il legislatore l'inserimento di disposizioni transitorie, che permettano di evitare parziali abolizioni non volute - come in realtà era nella *mens legis* in tal caso - in presenza di riformulazioni delle figure di reato, cui conseguono, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., le revoche delle sentenze definitive di condanna. Disposizioni transitorie che derogano, però, al principio della retroattività della legge penale favorevole, escludendo l'applicazione con effetto retroattivo della norma abolitiva (o l'operatività per il passato di una legge che ha introdotto comunque una disciplina più favorevole, una c.d. *lex mitior*) e che pertanto dovranno superare il controllo sempre più stretto della Corte costituzionale: ciò anche alla luce della recente pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo Scoppola c. Italia (Grande Camera, 17 settembre 2009 (ricorso n. 10249/03)), la quale ha definitivamente sancito che l'art. 7 par. 1 della Convenzione non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma anche quello di retroattività della legge penale più mite. In giurisprudenza, conforme a quest'ultima posizione, Trib. Torino, 4 maggio 2011, su www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2011, secondo cui «a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 94 del 2009, art. 1, comma 22, lettera h), al reato di cui all'art. 6, comma 3, d. lgs. 286 del 1998 (incriminante la condotta dello straniero inottemperante «all'ordine di esibizione del passaporto o di un altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato»), tale reato non è più applicabile allo straniero irregolare. Tale modifica normativa ha rappresentato una *abolitio criminis* del reato ascritto allo straniero che si trovasse in posizione irregolare al momento della contestazione, la cui condanna - se definitiva - deve pertanto essere revocata ai sensi dell'art. 673 c.p.p. e dell'art. 2, comma 2, c.p.».

documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato). Dalla successione delle congiunzioni emerge che i collegamenti sono di disgiunzione e alternatività all'interno di ciascuna categoria (stante la fungibilità dei documenti richiamati per attestare rispettivamente l'identità e la regolarità del soggiorno), di addizione e compresenza delle due diverse categorie (essendo palese l'infungibilità tra documenti d'identificazione e quelli relativi al soggiorno)».

Le Sezioni Unite si soffermano, inoltre, anche sulla *ratio* politico-criminale della modifica normativa del 2009. Si precisa, infatti, che se il legislatore avesse voluto soltanto inasprire il trattamento sanzionatorio per la mancata esibizione dei documenti a carico degli stranieri non comunitari, indipendentemente dalla regolarità o meno dell'ingresso e del soggiorno sul territorio nazionale, avrebbe semplicemente modificato il massimo edittale della pena detentiva e pecuniaria». La novella del 2009, invece, è volta «a porre un freno al diffuso fenomeno dell'uso di documenti di soggiorno falsi o contraffatti, così come si ricava dalla contestuale e coerente introduzione (ad opera dell'art. 1 comma 22 lett. f) l. n. 94 del 2009, che ha modificato l'art. 5, comma 8 *bis*, d.lgs. 286 del 1998) di una nuova fattispecie penale, che estende la pena della reclusione da uno a sei anni anche all'utilizzazione di uno dei documenti, contraffatti o alterati, relativi all'ingresso e al soggiorno. Tale oggettiva *ratio legis* emerge anche dalla relazione illustrativa dell'articolato proposto dalle Commissioni permanenti I e II riunite, comunicata alla Presidenza del Senato in data 11 novembre 2008, nella quale risulta chiaro che l'interesse protetto dalla norma di cui all'art 6, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998 è mutato in quello della verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale. In detta relazione si legge che con l'art. 39 (poi diventato art. 1 della legge approvata), che modifica in più punti il testo unico sull'immigrazione, con inasprimento delle “norme circa le condizioni di ingresso nel territorio dello Stato e relativamente alla concessione del permesso di soggiorno”, è stata anche “introdotta una sanzione per chi si rifiuti di esibire i documenti di identificazione attestanti la regolare presenza nel territorio dello Stato” (Atti parlamentari -. Senato della Repubblica - n. 733-A, p.7). Per tale attestazione non basta l'esibizione del passaporto o di altro documento d'identificazione, ma è necessaria la congiunta esibizione di essi unitamente a quelli riguardanti illegale ingresso o legittimo soggiorno in Italia»¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Cass., Sez. Un. pen., 24 febbraio 2011, n. 16453, cit., p. 2879.

La condotta dello straniero irregolare, dunque, non può essere ricompresa nella fattispecie di cui all'art. 6, comma 3, t.u. imm., in forza del principio di tipicità, risultando chiaro dal contenuto della norma e dall'interesse da essa tutelato che il soggetto attivo del reato è stato circoscritto allo straniero regolarmente soggiornante¹⁹⁰. A parere della Corte, quindi, nel caso di specie, «non viene affatto in rilievo la presenza o l'assenza del giustificato motivo, che esclude la configurabilità del reato, né il principio di esigibilità della condotta. La sussistenza dell'eventuale giustificato motivo è, infatti, operazione di verifica rimessa al giudice di merito che, caso per caso, in relazione alla particolare situazione di fatto, oggettiva o eventualmente adottata dall'interessato, ritenga in concreto inesigibile una condotta astrattamente doverosa, mentre nel caso in esame deve prendersi atto che è intervenuta una modificazione legislativa che ha escluso dall'ambito della fattispecie la condotta dello straniero irregolare, con conseguente *abolitio criminis* per gli stranieri in posizione irregolare»¹⁹¹.

In conclusione, il legislatore ha inteso distinguere le due situazioni, sanzionando gli stranieri regolarmente soggiornanti, per la mancata esibizione dei documenti, con la pena inasprita dall'art. 6, comma 3, d.lgs. 286/98, e prevedendo, invece, per gli stranieri irregolari un crescendo sanzionatorio, scandito in base alle diverse eventuali condotte illecite in progressione (artt. 10 *bis*, 14 comma 5 *ter*, 14 comma 5 *quater*, 13 comma 13 del d.lgs. cit.), sempre finalizzato all'espulsione dal territorio nazionale nel più breve tempo possibile.

Da ultimo, la Corte sottolinea come in ogni caso, ritenere che la fattispecie di cui all'art. 6, comma 3, t.u. imm., escluda come soggetto attivo lo straniero in posizione irregolare, non implica affatto che egli sia sciolto dai vincoli connessi al dovere di farsi identificare, a richiesta anche di ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, applicandosi comunque a tutti gli stranieri l'art. 6 comma 4, che consente di sottoporre a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici lo straniero, si trovi esso in posizione regolare o irregolare, nel caso che vi sia motivo di dubitare della sua identità personale¹⁹².

¹⁹⁰ Sul punto cfr. L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino, cit., pp. 60-61, il quale già prima della pronuncia delle Sezioni Unite aveva messo in evidenza che «con la penalizzazione del soggiorno irregolare, per lo straniero clandestino, dai cui documenti emerge lo *status* di irregolarità, il dovere di esibizione di tali documenti configurerebbe un vero e proprio obbligo di autoincolpazione, che si pone in contrasto con il principio costituzionale del *nemo tenetur se detergere*».

¹⁹¹ Cass., Sez. Un. pen., 24 febbraio 2011, n. 16453, cit., p. 2880.

¹⁹² Cass., Sez. Un. pen., 24 febbraio 2011, n. 16453, cit., p. 2881.

5. Le diverse forme di espulsione ed i reati ad esse collegati.

Come è noto, «la disciplina dei reati collegati all'espulsione rappresenta il segmento del diritto penale dell'immigrazione nel quale emerge con maggiore chiarezza quell'intreccio tra istituti amministrativi e istituti penalistici che costituisce il tratto essenziale della legislazione in materia»¹⁹³. Tali reati, infatti, prevedono delle sanzioni penali poste ad esclusivo presidio di provvedimenti amministrativi di allontanamento dello straniero irregolare.

Si tratta, peraltro, di una disciplina che si innesta su quei processi involutivi del diritto penale che, per un verso, hanno fatto registrare il passaggio dalla tutela di beni alla tutela di funzioni e, per altro verso, rivelano il delinarsi di una strumentalità invertita rispetto al processo.

In questa prospettiva, si è detto, il quadro normativo in tema di espulsione dello straniero assume il volto di un sotto-sistema penal-amministrativo nel quale non solo i confini tra i diversi istituti diventano sfumati, ma i principi e gli scopi stessi dell'ordinamento penale «vengono piegati, asserviti all'attività amministrativa preordinata all'allontanamento dello straniero irregolare»¹⁹⁴.

5.1. Le diverse forme di espulsione.

La disciplina dell'espulsione è stata, nel corso degli anni, oggetto di numerosi interventi legislativi, caratterizzati da un graduale inasprimento della relativa disciplina, compensato dalla progressiva introduzione di regimi privilegiati per specifiche categorie di straniero (quali lo straniero con legami familiari sul territorio, il lungo-residente e il cittadino UE)¹⁹⁵.

¹⁹³ Così A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 171.

¹⁹⁴ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 172. Per una accurata ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia di reati collegati all'espulsione cfr. A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, Speciale immigrazione, p. 9 e ss.; nonché A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., pp. 171-178.

¹⁹⁵ Come noto, la prima disciplina organica della materia dell'immigrazione è stata offerta dalla l. 39/1990 (legge Martelli), che prevedeva un regime espulsivo relativamente garantista, che fu considerato una delle cause principali dell'ineffettività di tali provvedimenti. Gli interventi legislativi successivi hanno quindi ampliato le fattispecie espulsive, introducendo regole procedurali più severe (d.l. 489/1995, decreto Dini, e l. 6 marzo 1998, n. 40, l. Turco-Napolitano, poi trasfuso nell'attuale d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, il cui regolamento di attuazione è stato approvato con D.P.R. 31 agosto 1998, n. 394).

Il quadro attuale, disciplinato dal d.lgs. n. 286 del 1998, risulta particolarmente articolato, innanzitutto per la varietà dei provvedimenti espulsivi che prevede, diversi tra loro per autorità emanante, effetti e finalità¹⁹⁶.

Tra questi i principali sono: l'espulsione disposta dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato (art. 13, comma 1, t.u. imm.), l'espulsione ministeriale per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3, l. n. 155 del 2005), nonché diversi tipi di espulsione prefettizia, per ingresso e soggiorno irregolare (art. 13, comma 2, lett. a) e b) t.u. imm.), per pericolosità sociale (art. 13, comma 2 lett. c), per ingiustificata inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio nazionale (art. 14, comma 5 *ter*, t.u. imm.), in conseguenza di una decisione di allontanamento adottata da un altro Stato membro dell'Unione europea, o per mancato accoglimento della domanda di protezione internazionale.

Il Testo Unico prevede poi diversi limiti al potere espulsivo dell'amministrazione. In particolare meritano di essere segnalati i limiti soggettivi previsti dall'art. 19, alcuni dei quali hanno carattere assoluto (come il rispetto del principio di *non refoulement*, art. 19, comma 1), mentre altri riguardano soltanto alcuni tipi di espulsione (come il limite previsto dall'art. 19, comma 2 per i soggetti vulnerabili, che non opera in relazione all'espulsione ministeriale).

Per quel che concerne i limiti procedurali, invece, la legge prevede che il decreto di espulsione debba sempre essere motivato, sottoscritto e comunicato, rispettando specifici obblighi di traduzione in una lingua conosciuta al destinatario¹⁹⁷ (art. 13, comma 2). Inoltre l'interessato non può essere sentito prima dell'emanazione del provvedimento, trattandosi peraltro di procedimento per il quale la giurisprudenza non richiede l'emanazione di una comunicazione di avvio.

I provvedimenti di espulsione si differenziano inoltre in base alla natura del potere esercitato. Mentre in alcuni casi infatti il legislatore riserva all'amministrazione ampi margini di discrezionalità, in particolare nella valutazione della pericolosità sociale della

Sul punto v. S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Padova, Cedam, 2006; M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, Milano, Giuffrè, 2012; R. CERCHI, *L'allontanamento dall'Italia del cittadino straniero e del cittadino europeo*, P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2015, pp. 229-264.

¹⁹⁶ Sul cfr. C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 120, il quale rileva come l'istituto dell'espulsione rappresenti una categoria che non costituisce un *genus* unitario in quanto la stessa riunisce al suo interno diverse configurazioni espulsive.

¹⁹⁷ V. Cass. civ., Sez. VI, sent. 8 marzo 2012, n. 3678, in *DeJure*, sui diritti di traduzione a pena di nullità.

persona¹⁹⁸, in altri casi l'espulsione risulta strettamente vincolata, in virtù di una presunzione assoluta di pericolosità che il legislatore collega automaticamente alla commissione di determinati reati, indipendentemente dalle circostanze del caso concreto¹⁹⁹.

L'ambito di applicazione di tali automatismi espulsivi è stato gradualmente eroso – in parte dal legislatore, soprattutto su impulso del diritto europeo, in parte dalla giurisprudenza²⁰⁰ - in relazione ad alcune categorie di stranieri²⁰¹; nondimeno, la presenza di tale istituto risulta problematica, ponendosi in potenziale contrasto con principi costituzionali e sovranazionali di ragionevolezza ed individualità del provvedimento espulsivo²⁰².

La fase più delicata del procedimento espulsivo è comunque quella dell'esecuzione, visti gli effetti potenzialmente irreversibili del provvedimento.

Per quanto riguarda le modalità di esecuzione, il legislatore italiano disciplina in termini piuttosto ampi le ipotesi di accompagnamento coattivo alla frontiera (elencate all'art. 13 t.u. imm.), la cui esecuzione è subordinata alla convalida giurisdizionale del giudice di pace, trattandosi di provvedimento limitativo della libertà personale.

È invece disciplinata in termini restrittivi l'esecuzione non forzata mediante termine per la partenza volontaria, che viene anche subordinata alla presentazione di una specifica richiesta da parte dello straniero stesso (art. 13, comma 5, t.u. imm.).

Sebbene tale possibilità sia espressamente prevista dalla direttiva rimpatri, ciò che ne appare tradito è lo spirito, per quanto concerne il principio di residualità delle misure coercitive.

¹⁹⁸ Il caso più evidente è quello dell'espulsione ministeriale.

¹⁹⁹ Art. 4, comma 3 e art. 13, comma 2, lett. b), t.u. imm.

²⁰⁰ In proposito v. Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 202, in www.cortecostituzionale.it.

²⁰¹ V. art. 9, comma 2, t.u. imm., in relazione al titolare di permesso di soggiorno UE di lungo periodo; art. 5, comma 5 e art. 13, comma 2 *bis*, t.u. imm. in relazione alla persona che ha esercitato il diritto al ricongiungimento e al familiare ricongiunto; art. 20, d.lgs. 30 del 2007, in relazione ai cittadini UE e loro familiari. In tali casi l'esistenza di condanne penali non giustifica l'adozione automatica del provvedimento negativo, ma l'amministrazione deve tenere conto del caso concreto e dei legami familiari presenti sul territorio.

²⁰² In dottrina si segnala un intrinseco contrasto con l'art. 3 Cost., oltre che con l'art. 8 CEDU, e si profila altresì un contrasto con il divieto di espulsioni collettive (art. 4 prot. 4 CEDU) e con il preambolo della "direttiva rimpatri" (laddove stabilisce che i provvedimenti di rimpatrio dovrebbero essere adottati "caso per caso" e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare", punto 6). In proposito v. M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Dir. imm. citt.*, 2013, n. 3-4, pp. 37-56.

Da ultimo, preme sottolineare come, di regola, il provvedimento di espulsione sia direttamente esecutivo e la sua impugnazione non abbia effetto sospensivo.

5.2. I reati collegati all'espulsione.

5.2.1. Le fattispecie di cui all'art. 13, commi 13 e 13 bis, t.u. imm.

Per quel che concerne i reati connessi all'espulsione, questi sono individuabili negli artt. 13, comma 13 e 13 bis e 14, comma 5 ter e 5 quater, t.u. imm.

L'art. 13, comma 13, t.u. imm., disciplina la fattispecie incriminatrice generale della violazione del divieto di reingresso dello straniero espulso²⁰³. Il reato in questione ha subito delle progressive modifiche che ne hanno via via inasprito il trattamento sanzionatorio: nella versione originaria era infatti prevista la pena dell'arresto da due a sei mesi, con la novella del 2002 la pena è stata aumentata sia nel minimo che nel massimo, da sei mesi ad un anno; infine la legge n. 271 del 2004 ha trasformato la contravvenzione in delitto. Quest'ultima ha, inoltre, stabilito che per il reato in esame si procede con rito direttissimo ed arresto obbligatorio anche fuori dai casi di flagranza.

Con la legge Bossi-Fini, poi, a tale figura generale, sono state affiancate altre figure di reato disciplinanti sempre la violazione del divieto di reingresso. L'art. 13, comma 13 bis, t.u. imm., prevede infatti due ipotesi delittuose relative la prima, al caso del reingresso illegale dello straniero allontanato sulla base di una espulsione disposta dal giudice, la seconda, invece, al caso del secondo reingresso illegale dello straniero già denunciato per il reato di cui all'art. 13, comma 13 ed espulso²⁰⁴.

Si tratta in tutti i casi di reati propri, atteso che possono essere commessi solo dallo straniero espulso. Il bene protetto è costituito dall'ordine pubblico, in quella particolare declinazione rappresentata dagli «interessi pubblici incidenti sulla materia

²⁰³ Art. 13, comma 13, t.u. imm.: «Lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. La disposizione di cui al primo periodo del presente comma non si applica nei confronti dello straniero già espulso ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e b), per il quale è stato autorizzato il ricongiungimento, ai sensi dell'articolo 29».

²⁰⁴ Art. 13, comma 13 bis, t.u. imm: «Nel caso di espulsione disposta dal giudice, il trasgressore del divieto di reingresso è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Allo straniero che, già denunciato per il reato di cui al comma 13 ed espulso, abbia fatto reingresso sul territorio nazionale si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni».

dell'immigrazione» sottesi ai «problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi immigratori incontrollati»²⁰⁵.

Nella descrizione della fattispecie di cui all'art. 13, comma 13, t.u. imm., viene in rilievo, innanzitutto, il rientro nel territorio dello Stato dello straniero in precedenza espulso. Elementi costitutivi del reato sono dunque: l'esistenza di un legittimo provvedimento di espulsione²⁰⁶; l'esecuzione di tale provvedimento, essendo necessario

²⁰⁵ Corte cost., sentt. n. 105/2001 e n. 5/2004, entrambe in *Dir. imm. citt.*, 2001, 2, p. 116 e 2003, 4, p. 182.

²⁰⁶ Tra le tante sentenze sul punto, cfr. Cass. civ., Sez. I, 6 settembre 2004, n. 17960, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 9, secondo cui «in tema di espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, sussiste il radicale vizio della nullità del relativo provvedimento prefettizio – per difetto della sua necessaria formalità comunicatoria – tutte le volte in cui all'espellendo venga comunicata una mera copia, libera ed informale, dell'atto, non sottoscritta dal Prefetto né recante attestazione di conformità all'originale, e senza che, neanche successivamente, gli venga consegnata altra copia debitamente autenticata, irrilevante essendo, ai fini dell'eventuale sanatoria della detta nullità, che tale copia venga invece prodotta soltanto in giudizio, e al solo fine di attestare al Giudice che, nell'ufficio depositario, giace l'originale dell'atto opposto. Tale produzione persegue, difatti, finalità estranee a quella delineata dagli art. 13, commi 3 e 7, del d. lgs. n. 286 del 1998 e 14 della legge n. 15 del 1968, e risulta del tutto inidonea a sanare il vizio di nullità dell'atto, non rappresentando tempestivo esercizio di autotutela da parte dell'organo amministrativo»; ancora, Cass. civ., Sez. I, 7 aprile 2004, n. 6859, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 4 e ss., per la quale «il decreto di espulsione amministrativa dello straniero, a norma dell'art. 13, comma 7, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, in applicazione dell'art. 3, comma 4, l. 7 agosto 1990 n. 241, deve essere comunicato all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e deve altresì specificare, ai sensi dell'art. 3 del regolamento reso con D.P.R. 31 agosto 1999 n. 394, il diritto all'assistenza di difensore di fiducia o, ricorrendone le condizioni, a spese dello Stato; l'omissione o incertezza (per incompletezza, contraddittorietà, etc.) di tali indicazioni, tuttavia, non determina l'illegittimità del provvedimento, ma può solo giustificare la rimessione in termini per errore scusabile, ove risulti che, in conseguenza delle errate indicazioni, lo straniero non ha proposto tempestivamente ricorso»; nonché, Cass. civ., Sez. I, 7 maggio 2002, n. 6535, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2919 e ss., secondo cui «l'obbligo di motivazione del decreto prefettizio di espulsione amministrativa dello straniero - di cui al comma 3 dell'art. 13 d. lgs. n. 286 del 1998 - deve essere inteso in funzione dello scopo della motivazione stessa, che è quello di consentire al destinatario la tempestiva tutela dei propri diritti mediante l'opposizione, facendo, cioè, valere le proprie ragioni dinanzi al giudice chiamato ad esercitare il dovuto controllo giurisdizionale sull'atto, onde detto obbligo, pur quando non siano state indicate le norme di legge violate, deve ritenersi soddisfatto se il provvedimento, pur senza indicarli direttamente, richiami purtuttavia, anche solo in sintesi, gli elementi necessari e sufficienti dei quali, con la normale diligenza, sia possibile la cognizione certa e completa, affinché il destinatario possa individuare la violazione addebitatagli cui si riferisce la misura adottata»; in ultimo, tra le tante, Cass. civ., Sez. I, 25 gennaio 2002, n. 879, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 129 e ss., per cui «in tema di espulsione dello straniero, l'autorità amministrativa è tenuta a comunicare all'interessato ogni atto concernente l'espulsione (con l'indicazione della relativa modalità di impugnazione), tradotto nella lingua del suo Paese d'origine o nella lingua da lui conosciuta, essendo possibile la traduzione in lingua inglese, francese e spagnola solo nell'ipotesi di mancata identificazione del Paese di provenienza dello straniero, ovvero di accertata provenienza da un Paese la cui lingua, per la sua rarità, non consenta l'agevole reperimento di un traduttore; ne consegue che deve essere annullato per violazione del diritto di difesa il decreto di espulsione che non sia stato tradotto in una delle lingue note all'interessato quando non ricorrono le circostanze sopra riportate». Infine secondo Cass. pen., Sez. I, 11 giugno 2009, n. 28849, in *Cass. pen.*, 2010, 2, p. 757 e ss., il giudice penale può disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo, presupposto dell'ipotesi delittuosa solo quando la causa dell'illegittimità risulti oggettiva e di semplice rilevanza.

che lo straniero si sia effettivamente allontanato dal territorio nazionale; il reingresso illegale nel territorio dello Stato²⁰⁷.

A lungo si è discusso, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, sulla natura del reato in esame.

Secondo una prima tesi minoritaria, la fattispecie disciplinata dall'art. 13, comma 13, t.u. imm., configurerebbe un'ipotesi di reato permanente; reato caratterizzato da un termine massimo di cessazione della permanenza, costituito dalla scadenza dell'efficacia temporale del divieto stesso²⁰⁸. La ricostruzione della fattispecie in esame come reato permanente era stata, peraltro, ribadita anche dalla Suprema Corte la quale aveva corroborato tale ricostruzione alla stregua del bene protetto dalla norma, consistente nell'interesse ad «impedire l'illegale permanenza e dunque la continuità della condotta antiggiuridica volontariamente protratta nel tempo»²⁰⁹.

Tale ricostruzione, però, è stata oggetto di rivalutazione critica sia nella giurisprudenza di merito²¹⁰ sia in dottrina²¹¹. Rimarcando il dato testuale che caratterizza il reato in esame, si è sottolineato come sia proprio la «trasgressione» del

²⁰⁷ Il reingresso nel territorio dello Stato è illegale quando non è autorizzato sulla base di un idoneo titolo abilitativo ed è anteriore alla scadenza del termine di durata del divieto di rientro. Il reingresso dello straniero espulso in epoca precedente la scadenza del termine di durata del relativo divieto, inoltre, può essere ammesso, secondo quanto dispone l'art. 13, comma 13, t.u. imm., sulla base di una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. La stessa efficacia abilitativa è rivestita dall'autorizzazione per l'esercizio del diritto di difesa. Tale autorizzazione prevista dall'art. 17 t.u. imm., sebbene non espressamente indicata nell'art. 13, comma 13, rende legittimo il reingresso dello straniero espulso ed è dunque idonea ad escludere l'integrazione dei reati di violazione del divieto di reingresso dello straniero espulso. Analoghe considerazioni devono essere svolte con riferimento all'autorizzazione rilasciata dal tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 31, comma 3, t.u. imm. allo straniero espulso ai fini del suo ingresso e del suo soggiorno per provvedere alle speciali esigenze psico-fisiche del minore straniero presente in Italia. Infine il reingresso non è penalmente rilevante neppure nell'ipotesi in cui sia stato autorizzato il ricongiungimento, ai sensi dell'art. 29, dello straniero già espulso ai sensi dell'art. 13, comma 2 lett. a) e b).

²⁰⁸ P. PALLADINO, *Violazione del divieto di rientro dello straniero espulso: natura del reato e rilevanza della durata di tale divieto*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 361; nonché P. BALZELLONI, *Immigrazione (reati in materia di)*, cit., p. 378; A. MARI, *I casi di arresto del clandestino e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. giust.*, 2002, 37, p. 56; P. SCARLATO, *L'espulsione amministrativa dello straniero alla luce delle recenti modifiche alla normativa in materia di immigrazione introdotte dalla l. 30 luglio 2002, n. 189*, in AA. VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Milano, Ipsoa, 2003, p. 205.

²⁰⁹ Cass. pen., Sez. I, 18 febbraio 2004-16 aprile 2004, n. 17878, p. 643. Tale tesi è stata seguita anche da una parte della giurisprudenza di merito. In proposito cfr. Trib. La Spezia, sent. 23 settembre 2002 e Trib. Massa, sent. 30 ottobre 2002, entrambe in *Riv. pen.*, 2003, rispettivamente pp. 261 e 159.

²¹⁰ Trib. Grosseto, ord. 18 settembre 2002 e Trib. Pisa, ord. 3 ottobre 2002, entrambe in *Dir. giust.*, 2002, 45, rispettivamente pp. 56 e 57

²¹¹ V. PEZZELLA, *Testo unico immigrazione: violazione e provvedimenti di libertate*, in *Dir. giust.*, 2002, 45, p. 60; E. ROSI, *Modifiche all'art. 13 del Testo unico: espulsione amministrativa*, U. DE AUGUSTINIS - S. FERRAJOLO - F.A. GENOVESE - E. ROSI - M.R. SAN GIORGIO (a cura di), *La nuova legge sull'immigrazione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 67; G. SAVIO, *La legge Bossi-Fini e la restrizione della libertà personale conseguente all'espulsione amministrativa dello straniero*, cit., p. 158.

divieto di reingresso dello straniero espulso a concentrare il contenuto di disvalore dell'illecito penale sulla condotta di attraversamento della frontiera e non sull'illegitimo soggiorno dell'extracomunitario²¹².

Inoltre, prima della novella del 2004, si era osservato che un argomento a favore di tale tesi doveva essere rintracciato nella disposizione di cui all'art. 13, comma 13 *ter* laddove prevedeva per i reati di cui ai commi precedenti l'arresto facoltativo in flagranza e per la sola fattispecie delittuosa, il fermo della polizia giudiziaria. Tale norma, si diceva, non avrebbe infatti avuto alcun senso se il reato in esame fosse stato permanente²¹³. A seguito della modifica, nel 2004, dell'art. 13 t.u. imm. l'abolizione della disposizione relativa al fermo è stata accompagnata dalla previsione dell'arresto obbligatorio «anche fuori dei casi di flagranza» ed in proposito si è autorevolmente rilevato come «tale previsione offre nuove conferme alla tesi della natura istantanea – sia pure con effetti permanenti – della fattispecie di cui all'art. 13, comma 13, t.u.»²¹⁴ in quanto, se si fosse trattato di un reato permanente, lo stato di flagranza non sarebbe cessato se non al cessare dello stato di permanenza e la precisazione sarebbe stata superflua²¹⁵.

Da ultimo, con riferimento alle problematiche inerenti alla durata del divieto di reingresso va osservato innanzitutto che originariamente il divieto di reingresso operava per un periodo di dieci anni, con possibilità di un termine più breve, in ogni caso non inferiore a cinque anni, tenuto conto della complessiva condotta tenuta dall'interessato nel periodo di permanenza in Italia.

Alla luce di ciò, una parte della giurisprudenza di merito aveva ritenuto dunque di richiamare l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *El Dridi* anche in rapporto al reato di illecito reingresso, di cui all'art. 13, comma 13, sul rilievo della efficacia diretta degli artt. 7 e 11 della direttiva rimpatri, secondo cui il provvedimento di rimpatrio può essere corredato di un divieto di reingresso la cui durata

²¹² Così, M. GAMBARELLA, *Modificazioni legislative sfavorevoli e reato permanente in materia di immigrazione clandestina*, in *Cass. pen.*, 2009, 5, p. 1916 e ss.

²¹³ A. CAPUTO, *Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, 2003, 1, p. 142. Sul punto si veda, altresì, E. CALCAGNO, *I reati dello straniero espulso dopo le modifiche introdotte dalla "legge Bossi-Fini"*, cit., p. 843. *Contra* D. VIGONI, *Le norme in tema di immigrazione clandestina*, G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 182.

²¹⁴ A. CAPUTO, *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. n. 286/1998)*, A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, Ipsoa, 2005, p. 1295.

²¹⁵ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 245.

dev'essere determinata tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e comunque non può essere superiore, di norma, ai cinque anni. Altra giurisprudenza si era spinta ancora oltre, affermando che l'art. 13, comma 13, t.u. imm., comporterebbe una violazione del principio dell'effetto utile, posto che la previsione di una pena detentiva a carico dello straniero che abbia fatto illegalmente ingresso in Italia in violazione di un divieto di reingresso costituisce un ostacolo al conseguimento dell'obiettivo dell'effettivo rimpatrio dello straniero irregolare, individuato come prioritario dalla direttiva 2008/115/UE. Dunque, l'incompatibilità del procedimento amministrativo interno di esecuzione del provvedimento di espulsione con il sistema delineato in sede di Unione europea (in particolare dagli artt. 7 e 11 della direttiva) comporterebbe la disapplicazione dell'atto amministrativo contenente il divieto di reingresso (anche se emesso prima del termine concesso agli Stati per l'attuazione della direttiva), con la conseguenza che l'imputato del reato di cui all'art. 13, comma 13, t.u., dovrebbe essere assolto perché il fatto non sussiste, essendo venuto a mancare un presupposto della condotta tipica²¹⁶.

Anche in considerazione del rilevato contrasto con la direttiva rimpatri, il d.l. n. 89/2011 (convertito in l. n. 129/2011) ha modificato il comma 14 dell'art. 13 t.u.

²¹⁶ Trib. Roma, 9 maggio 2011; Trib. Napoli, 18 febbraio 2011; Trib. Bologna, 9 giugno 2011; Trib. Milano, 8 febbraio 2012, tutte pubblicate su www.penalecontemporaneo.it. Tra queste confronta in particolare, per la puntualità delle argomentazioni svolte, Trib. Napoli, 18 febbraio 2011, cit. secondo cui «il radicale contrasto della normativa italiana con le previsioni della direttiva deriverebbe, oltre che dalla conversione dell'ordine dei provvedimenti da adottare, dalla previsione nella normativa italiana di un divieto di ingresso fissato di regola per un periodo di dieci anni, con la possibilità di prevedere solo in via eccezionale un termine più breve, comunque non inferiore a cinque anni, nel decreto di espulsione, invertendosi questa volta esplicitamente il rapporto tra regola ed eccezione dettato dalla direttiva, che prevede che la durata del divieto di reingresso non possa superare di norma i cinque anni, salvo che il cittadino di un Paese terzo costituisca una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale». In dottrina, per una posizione intermedia, F. VIGANÒ - L. MASERA, *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 maggio 2011, secondo cui è «più complesso il discorso relativo alle incriminazioni di cui agli articoli 13, co.13 e 13 bis t.u., che sanzionano con la pena della reclusione lo straniero espulso e rimpatriato che faccia illegalmente ritorno in Italia in violazione del divieto di reingresso. È vero infatti che in questo caso la norma prevede la pena della reclusione, ma la condotta tipica (il reingresso illecito) è diversa da quella oggetto di valutazione nella sentenza, sicché questa non ci pare possa essere invocata per disapplicare *tout court* anche l'art. 13. Piuttosto, ragioni per disapplicare tale fattispecie incriminatrice potrebbero essere ricavate da altre disposizioni della direttiva, ed in particolare dall'art. 11, che contiene una disciplina del divieto di reingresso in larga misura divergente dalla normativa interna, e la cui diretta applicabilità dovrà a questo punto essere oggetto di attento scrutinio. Tolta di mezzo la tranquillizzante opzione del carcere per lo straniero clandestino, il legislatore sarà finalmente costretto a ragionare su come fare per incrementare i rimpatri volontari (magari incentivandoli con la mancanza di un divieto di reingresso per chi fa spontaneamente ritorno nel proprio Paese, come prevede l'art 11 § 1 dir.), o per consentire l'emersione degli irregolari che nel nostro Paese non delinquono, ma sono costretti dalla nostra stessa legislazione a lavorare per anni in nero senza diritti e senza tutele».

disponendo che «il divieto di cui al comma 13 opera per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni, la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso. Nei casi di espulsione disposta ai sensi dei commi 1 e 2, lettera c) del presente articolo, ovvero ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, può essere previsto un termine superiore a cinque anni, la cui durata è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso. Per i provvedimenti di espulsione di cui al comma 5, il divieto previsto al comma 13 decorre dalla scadenza del termine assegnato e può essere revocato, su istanza dell'interessato, a condizione che fornisca la prova di avere lasciato il territorio nazionale entro il termine di cui al comma 5»²¹⁷.

Nonostante nel 2011 il legislatore avesse provveduto, con la legge di trasposizione della direttiva, a conformare la durata del divieto di reingresso con le prescrizioni del testo comunitario, restavano ancora aperti non pochi interrogativi. In particolare ci si chiedeva cosa dovesse fare il giudice nel caso in cui la condotta penalmente rilevante di violazione del divieto di reingresso si fosse verificata a distanza di più di cinque anni dal rimpatrio dello straniero.

In proposito, la giurisprudenza era concorde nell'escludere la responsabilità penale in ipotesi di questa natura. Si era infatti sostenuto²¹⁸, riprendendo un importante precedente della Corte di giustizia²¹⁹, che «l'atto amministrativo contenente il divieto decennale, benché legittimo in quanto emanato prima che la direttiva venisse approvata, non poteva però continuare a produrre effetti che risultassero in contrasto con una normativa europea entrata in vigore successivamente; con la conclusione che, non risultando più applicabile l'atto amministrativo presupposto del reato, i processi penali per illeciti reingressi avvenuti a più di cinque anni dal rimpatrio si concludevano

²¹⁷ Per un'analisi approfondita della novella del 2011 v. C. RENOLDI, *Profili di diritto intertemporale dei reati collegati all'espulsione, tra la scadenza del termine di attuazione della "direttiva rimpatri" e l'entrata in vigore della legge 129/2011*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, 1, p. 67 e ss.

²¹⁸ Cfr. per tutte, a livello di legittimità, Cass. pen., Sez. I, 20 ottobre 2011, n. 8181, in *Dejure*; Cass. pen., Sez. I, 13 marzo 2012, n. 12220, Sanchez Sanchez, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2012, con nota di G. LEO, *Non più sanzionabili le condotte di indebito reingresso nel territorio dello Stato da parte degli stranieri espulsi da più di cinque anni*; Cass. pen., Sez. I, 12 aprile 2012, n. 14276, in *Dejure*; Cass. pen., Sez. I, 27 novembre 2012, n. 94, in *Dejure*.

²¹⁹ Corte giust., Sez. II, 29 aprile 1999, C-224/97, Ciola.

invariabilmente con una pronuncia di assoluzione perché il fatto non era previsto più dalla legge come reato»²²⁰.

Diversa, invece, la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità rispetto alle ipotesi di illecito reingresso avvenuto entro cinque anni dal rimpatrio.

I giudici di merito avevano ritenuto che anche in questo caso l'applicazione di una pena detentiva fosse comunitariamente illegittima²²¹. La Suprema Corte aveva però disatteso tale conclusione rilevando come la fattispecie dichiarata inapplicabile dalla Corte di Giustizia nella sentenza *El Dridi*, ossia quella disciplinata dall'art. 14, comma 5 *ter*, t.u. imm., fosse strutturalmente diversa dal delitto di illecito reingresso con la conseguenza che sarebbe stato impossibile «trasporre automaticamente le conclusioni della sentenza *El Dridi*, pronunciata con riguardo al delitto di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, alla diversa fattispecie disciplinata dall'art. 13, comma 13»²²².

La questione è stata oggi definitivamente superata grazie all'intervento della Corte di Giustizia. Nella sentenza *Celaj*, infatti, la Corte, dopo aver ricordato come nei precedenti in materia fosse stata dichiarata illegittima la procedura penale che anteponesse alle procedure di rimpatrio la detenzione in sede penale dello straniero

²²⁰ L. MASERA, *Approda alla Corte di Giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la c.d. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13, comma 13, t.u. imm)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 luglio 2014. Tale orientamento aveva peraltro trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Sul punto cfr. CGUE, Sez IV, 19 settembre 2013, C-297/12, Filev e Osmani, in www.penalecontemporaneo.it, 26 settembre 2013, con nota di L. MASERA, *Illecito reingresso dello straniero e direttiva rimpatri al vaglio della Corte UE*.

²²¹ Cfr. Trib. Roma, 9 maggio 2011, in www.penalecontemporaneo.it; Trib. Bolzano, 6 dicembre 2011, in *Riv. pen.*, 2012, p. 662, con nota critica di L. PUCETTI, *Trasgressione del divieto di reingresso: davvero disapplicazione per violazione del principio di primazia del diritto dell'Unione?*.

²²² Così Cass. pen., Sez. I, 25 maggio 2012, n. 35871, Mejdj, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1184 e ss. Per una critica di tale orientamento della giurisprudenza di legittimità v. L. MASERA, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, 4, p. 241 e ss.; ID., *Approda alla Corte di Giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la c.d. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13, comma 13, t.u. imm)*, cit., dove l'A. sottolinea che «i principi affermati nelle sentenze della Corte UE - non avendo esse ad oggetto l'interpretazione di una disposizione interna, ma solo l'interpretazione del dato normativo europeo - non valgono solo in relazione alla specifica norma interna oggetto del procedimento *a quo*, ma siano applicabili in ogni occasione da tutti i giudici dell'Unione, tanto che la sentenza *El Dridi* ha provocato effetti in molti ordinamenti europei ed in ordine a reati strutturalmente assai diversi da quello di inottemperanza all'ordine di allontanamento (basti pensare che nella successiva sentenza *Achugbaban* della Grande Sezione, relativa al reato di ingresso irregolare previsto nell'ordinamento francese, sia il giudice rimettente che la Corte UE hanno data per pacifica l'applicabilità anche in tali ipotesi dei principi affermati in *El Dridi*)». Lo stesso precisa inoltre che a prescindere dalla diversità dei reati di illecito trattenimento e di illecito reingresso, rilevante è solo la questione se la previsione della pena detentiva nei casi di illecito reingresso risulti coerente con l'effetto utile della direttiva in ordine all'implementazione di un sistema efficace di esecuzione dei rimpatri. Alla luce dei principi affermati in *El Dridi* ed in *Achugbaban*, la logica conseguenza sarebbe che anche nei casi di illecito reingresso la previsione di una pena detentiva rappresenti un ostacolo alla realizzazione delle finalità della direttiva, e dunque il giudice interno debba direttamente disapplicare la norma incriminatrice.

irregolare, afferma che «ciononostante, il procedimento penale dinanzi al giudice del rinvio riguarda la situazione di un cittadino di un Paese terzo, il cui soggiorno è irregolare, nei confronti del quale, per mettere fine al suo primo soggiorno irregolare nel territorio di uno Stato membro, sono state applicate le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva e che entra nuovamente in tale territorio trasgredendo un divieto di reingresso. Pertanto, le circostanze di cui al procedimento principale si distinguono nettamente da quelle oggetto delle cause concluse con le sentenze *El Dridi* ed *Achughbaban*, nelle quali i detti cittadini di Paesi terzi, il cui soggiorno era irregolare, erano oggetto di un primo procedimento di rimpatrio nello Stato membro interessato»²²³.

La Corte ricorda poi come nella sentenza *Achughbaban* fosse già stato precisato che la direttiva non ostava all'applicazione di misure penali nei confronti degli stranieri nei cui confronti fossero state esperite infruttuosamente le procedure amministrative di rimpatrio, e che continuassero a permanere illegalmente nel territorio dello Stato: «si deve dunque considerare, *a fortiori*, che la direttiva non preclude la facoltà per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali a carico dei cittadini di Paesi terzi, il cui soggiorno sia irregolare, per i quali l'applicazione della procedura istituita da tale direttiva ha condotto al rimpatrio e che entrano nuovamente nel territorio di uno Stato membro trasgredendo un divieto di ingresso»²²⁴. Infine la Corte sottolinea come «l'applicazione della sanzione penale sia ammissibile solo a condizione che il divieto di reingresso violato dallo straniero “sia conforme all'articolo 11 di tale direttiva, circostanza che compete al giudice del rinvio accertare” (§ 31); e conclude con la considerazione che “l'irrogazione di una sanzione penale siffatta è soggetta al pieno rispetto tanto dei diritti fondamentali, in particolare di quelli garantiti dalla Convenzione EDU, quanto, eventualmente, della Convenzione di Ginevra, e in particolare del suo articolo 31 paragrafo 1” (§ 32)»²²⁵.

La Corte europea, dunque, sembrerebbe limitarsi a notare che la situazione oggetto di valutazione è diversa da quella cui si riferivano le precedenti sentenze *El Dridi*, *Sagor*

²²³ Corte giust., Sez. IV, 1 ottobre 2015, Celaj, C-290/14, § 27/28, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2015.

²²⁴ Corte giust., Sez. IV, 1 ottobre 2015, Celaj, C-290/14, § 30, cit.

²²⁵ L. MASERA, *La Corte di Giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU Imm) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE)*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2015.

ed *Achughbaban*, in quanto ci troviamo in questo caso di fronte ad uno straniero che fa per la seconda volta ingresso illegalmente nel territorio dello Stato, dopo essere stato una prima volta rimpatriato. Tale constatazione è sufficiente alla Corte per «operare un *distinguishing* rispetto al cospicuo *corpus* giurisprudenziale ove si affermava, in relazione a casi di stranieri sottoposti ad una prima procedura di rimpatrio, che l'uso della sanzione detentiva era conforme alla direttiva, a condizione che non ostacolasse il più celere rimpatrio dello straniero irregolare»²²⁶.

Con tale sentenza sembrerebbe dunque essersi concluso quel processo di progressivo ridimensionamento della portata dei principi di *El Dridi*, cui la Corte ha proceduto in tutte le sentenze successive. Per quanto riguarda il diritto penale dell'immigrazione italiano, la decisione in commento sembra infatti segnare la definitiva conferma dell'applicabilità del delitto di illecito reingresso, già peraltro affermata a più riprese dai giudici di legittimità. Il giudice penale dovrà verificare, dunque, che il divieto di reingresso sia conforme a quanto prescrive la direttiva all'art. 11; «e tuttavia, dopo la riforma del 2011 del t.u. imm. con cui è stata trasposta la direttiva, l'attuale normativa italiana sul divieto di reingresso non presenta evidenti profili di contrasto con il diritto europeo, e dunque il divieto, se emanato in conformità alla normativa interna, non dovrebbe di regola presentare profili di illegittimità comunitaria. La pena detentiva per lo straniero irregolare, che la sentenza *El Dridi* aveva dichiarato inapplicabile allo

²²⁶ L. MASERA, *La Corte di Giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso*, cit., secondo cui «La decisione della Corte europea non può tuttavia soddisfare il lettore, perché sia il Tribunale di Firenze nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, che l'Avvocato generale nelle sue conclusioni, avevano addotto una serie di argomenti per sostenere come i principi affermati dalla Corte nelle sentenze *El Dridi* ed *Achughbaban* in relazione ai reati di ingresso e soggiorno irregolare dovessero valere anche nel diverso caso in cui lo straniero avesse fatto reingresso nel territorio dello Stato dopo un primo rimpatrio. In entrambi i testi non si negava affatto che i casi decisi in precedenza e quello oggetto di scrutinio fossero diversi, perché ora si trattava di valutare la situazione di uno straniero che per la seconda volta aveva fatto ingresso irregolarmente in Italia. Si riteneva però che il principio dell'effetto utile, che nel caso di primo ingresso irregolare aveva condotto la Corte a ritenere contraria alla direttiva l'applicazione di una pena detentiva che potesse ostacolare la celerità del rimpatrio, dovesse anche nel caso di secondo ingresso irregolare condurre al medesimo risultato di ritenere illegittima la pena detentiva applicata prima che in via amministrativa si fosse provato ad eseguire immediatamente il rimpatrio dello straniero. Né il giudice del rinvio né l'Avvocato generale sostenevano che fosse di per sé in contrasto con la direttiva la scelta degli Stati nazionali di punire con la sanzione penale lo straniero rimpatriato che facesse ritorno nello Stato; ma ritenevano che come nel caso di primo ingresso irregolare, così anche nel caso di secondo ingresso le esigenze di celere esecuzione del rimpatrio veicolate dalla direttiva dovessero prevalere sull'applicazione della pena detentiva, che tornava ad essere applicabile una volta che fosse emersa l'impossibilità di un effettivo rimpatrio dello straniero. Tali argomenti sono semplicemente ignorati dalla sentenza in commento».

straniero inottemperante all'ordine di allontanamento, può essere invece applicata allo straniero che rientri la seconda volta nel nostro Paese»²²⁷.

Per quel che concerne, invece, la disposizione di cui all'art. 13, comma 13 *bis*, t.u. imm., la prima delle due fattispecie contemplate dalla norma in esame si distingue dal reato di cui al comma 13 in quanto l'espulsione da essa presupposta deve essere stata disposta non dall'autorità amministrativa bensì dal giudice: «le figure di reato si pongono, pertanto, in rapporto di specialità, in quanto al generico riferimento alla trasgressione del divieto di rientro da parte dello straniero espulso contenuto nel comma 13, corrisponde, quale elemento specializzante, l'indicazione di cui al comma 13 *bis* dell'espulsione disposta dal giudice»²²⁸.

La seconda fattispecie punisce, invece, con la reclusione da uno a cinque anni lo straniero che, già denunciato per il reato di cui al precedente comma 13 ed espulso, abbia fatto reingresso nel territorio dello Stato.

La seconda parte della norma in esame richiede uno specifico approfondimento in relazione alla denuncia quale elemento di fattispecie penale.

In proposito si era infatti osservato come il reato *de qua*, in contrasto con il principio di non colpevolezza, non richiedesse l'accertamento giurisdizionale del reato relativo al primo reingresso illegale, ma piuttosto la semplice denuncia dello stesso, ossia un presupposto costruito sul piano normativo in termini di gran lunga meno rigorosi²²⁹.

Sul punto era peraltro intervenuta la Corte costituzionale affermando l'illegittimità costituzionale della disposizione (nel testo vigente anteriormente alle modifiche apportate dal d.l. n. 241/2004), in quanto puniva a titolo di delitto, con la reclusione da uno a quattro anni, lo straniero che, essendo stato denunciato ed espulso per il reato di cui al precedente comma 13 - che puniva, invece, a titolo di contravvenzione, lo straniero che, espulso dal territorio dello Stato, vi rientrasse senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno -, facesse reingresso nel territorio nazionale. Tale previsione avrebbe determinato un contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto attribuiva alla denuncia per il reato di reingresso l'efficacia di trasformare in delitto un comportamento altrimenti costituente reato contravvenzionale: la denuncia - che

²²⁷ L. MASERA, *La Corte di Giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso*, cit.

²²⁸ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 190.

²²⁹ Così A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 195.

comporta solo l'obbligo degli organi competenti di verificare se e quali dei fatti esposti corrispondano alla realtà e se rientrano in ipotesi penalmente sanzionate, ossia di accertare se sussistano le condizioni per l'inizio di un procedimento penale - è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce, e dal quale non possono quindi farsi derivare conseguenze pregiudizievoli per il denunciato²³⁰. Sebbene vi siano state importanti modifiche legislative, si ritiene che la situazione non sia mutata: infatti, la già citata sent. n. 222/2004 – sulla necessità di convalida giudiziale del decreto di espulsione dello straniero - nonché la l. n. 271/2004, non sembrerebbero rilegittimare tale previsione²³¹.

5.2.2. I reati di cui all'art. 14, comma 5 *ter* e 5 *quater*, t.u. imm.

Ulteriori e più dibattute fattispecie di reato, legate all'illecito trattenimento nel territorio dello Stato, sono previste dall'articolo 14, comma 5 *ter* e 5 *quater* in funzione sanzionatoria del precetto di cui all'art. 14, comma 5 *bis*. La disposizione in esame contiene la disciplina dell'esecuzione del provvedimento espulsivo nell'ipotesi in cui non sia stato possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica²³². Normalmente, infatti, gli uffici delle questure non sono in grado di procedere, come dispone la legge, all'immediato rimpatrio coattivo dello straniero e diviene pertanto necessario seguire le “modalità suppletive” di esecuzione dell'espulsione delineate dall'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998, che prevedono innanzitutto il trattenimento dello straniero in un Centro di identificazione ed espulsione per il tempo strettamente necessario a superare gli ostacoli che hanno impedito il rimpatrio dello straniero destinatario del provvedimento di espulsione. Nell'ipotesi in cui anche allo scadere di tale termine non sia stato possibile effettuare il rimpatrio, il questore rimette in libertà lo straniero, notificandogli al contempo l'ordine di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni: qualora poi, alla scadenza del suddetto

²³⁰ Corte Cost., 28 dicembre 2005, n. 466, in *Giur. cost.*, 2005, p. 6 e ss.

²³¹ In questo senso A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 196.

²³² L'accompagnamento dello straniero alla frontiera a mezzo della forza pubblica dovrebbe costituire, secondo il disegno normativo, la modalità ordinaria di esecuzione dell'espulsione. L'art. 13, comma 4, d.lgs. n. 286 del 1998 prevede infatti che «l'espulsione è eseguita dal questore a mezzo della forza pubblica ad eccezione dei casi di cui al co. 5».

termine, lo straniero espulso si trattenga senza giustificato motivo in Italia, egli risponderà dei delitti di inottemperanza all'ordine questorile disciplinati dall'art. 14 commi 5 *ter* e 5 *quater*. Lo strumento penalistico è utilizzato in questo caso al mero fine di tutelare il meccanismo amministrativo di esecuzione delle espulsioni, dando così luogo ad un asservimento del diritto penale all'attività amministrativa volta all'allontanamento dello straniero ed alla configurazione di un «sotto-sistema penal-amministrativo preordinato all'espulsione dello straniero irregolare»²³³.

Orbene, per quel che concerne innanzitutto il bene giuridico tutelato dalle fattispecie di cui all'art. 14, comma 5 *ter* e 5 *quater*, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che esso debba essere rintracciato nell'interesse statale ad un'ordinata gestione dei flussi migratori, *sub specie* dello specifico interesse all'effettiva esecuzione dei provvedimenti di espulsione²³⁴.

I reati in commento hanno natura di reati propri, in quanto possono essere commessi solo dal soggetto che rivesta la qualifica di straniero ai sensi dell'art. 1 t.u. imm., cioè dall'apolide e dal cittadino di Stato non appartenente all'Unione europea. Presupposto logico per la commissione del reato è poi che il soggetto sia già stato destinatario di un provvedimento di espulsione, in mancanza del quale la permanenza irregolare sul territorio dello Stato configurerà la meno grave ipotesi di cui all'art. 10 *bis*.

Per quel che riguarda la natura del reato, secondo l'opinione prevalente, tanto in dottrina come in giurisprudenza, le fattispecie di cui al comma 5 *ter* e 5 *quater* si configurano come reati omissivi propri in quanto il disvalore della condotta sarebbe radicato nella mancata ottemperanza all'ordine del questore di lasciare lo Stato. Controversa è, invece, la questione se i reati in esame abbiano la natura di reati istantanei o di reati permanenti. Secondo una tesi oggi prevalente²³⁵ gli stessi avrebbero natura di reati permanenti in quanto il dovere di adempiere all'obbligo di lasciare il territorio dello Stato permarrrebbe anche dopo la scadenza del termine di cinque giorni

²³³ Così A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 206.

²³⁴ In questo senso cfr. Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, cit., p. 835. Sul punto v. anche Corte Cost., 2 febbraio 2007, n. 22, in *Dir. imm. citt.*, 2007, 1, p. 173.

²³⁵ E. DI DEDDA, *Illusione repressiva, ovvero la legge Bossi-Fini tra inapplicabilità e incostituzionalità*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 447; M. GAMBARDILLA, *Modificazioni legislative sfavorevoli e reato permanente in materia di immigrazione clandestina*, cit., p. 1916 e ss.; V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 175; V. PAZIENZA, *Espulsione dello straniero e trattenimento ingiustificato nel territorio dello Stato*, suppl. *Cass. pen.*, 2005, 2, p. 47. Per la giurisprudenza di legittimità cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. I, 2 dicembre 2003, n. 46242, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4226.

fissato dalla legge. Non manca, tuttavia, chi sostiene la tesi del reato istantaneo, motivata sulla base del fatto che il reato omissivo può qualificarsi come permanente solo quando l'azione comandata abbia natura permanente, mentre nel caso in esame la condotta imposta allo straniero, ossia l'allontanamento dallo Stato, avrebbe natura istantanea, con la conseguenza che anche il reato derivante dall'inottemperanza a tale obbligo dovrebbe qualificarsi come illecito istantaneo²³⁶.

Le disposizioni in esame sono, inoltre, state modificate ad opera della l. n. 129 del 2011, la quale è intervenuta nella materia *de qua* anche per porre rimedio al contrasto, venutosi a creare con i principi della direttiva 2008/115/CE (cd. direttiva rimpatri).

I maggiori profili di frizione erano i seguenti: il t.u. imm. configurava come regola l'accompagnamento coattivo alla frontiera (art. 14, comma 1, t.u.), mentre la direttiva prevedeva come regola il rimpatrio volontario, con la concessione di un termine compreso tra i sette e i trenta giorni per la partenza; nel caso di impossibilità di eseguire l'accompagnamento coattivo, il t.u. prevedeva che venisse disposto il trattenimento dello straniero presso un Centro di identificazione ed espulsione (art. 14, comma 1, t.u.), senza che fossero previste misure coercitive meno lesive della libertà personale, in contrapposizione all'ottica gradualistica cui era invece informata la direttiva; nell'ipotesi in cui non fosse nemmeno possibile procedere al trattenimento, il t.u. prevedeva che venisse notificato allo straniero un ordine di allontanamento emanato dal questore, da adempiere nel termine di cinque giorni per lasciare il territorio nazionale, che a sua volta era inferiore al termine minimo di sette giorni stabilito dalla direttiva; infine il t.u. all'art. 14 co. 5 *ter* e 5 *quater* introduceva un meccanismo che consentiva la detenzione dello straniero in un istituto penitenziario per un periodo che poteva risultare superiore al limite massimo di diciotto mesi fissato dalla direttiva per il trattenimento in un centro di permanenza temporanea o in un istituto penitenziario, in conseguenza della mera inosservanza dell'ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato, non accompagnata da condotte altrimenti criminose.

Quanto agli effetti del decorso del termine di attuazione della direttiva in ordine ai processi per i reati in commento in giurisprudenza sono emersi orientamenti diversi.

²³⁶ In quest'ottica il reato si consumerebbe allo scadere del termine di cinque giorni imposto dalla legge, risultando irrilevante il protrarsi del soggiorno illegale oltre tale data. Cfr., in questo senso, G.L. GATTA, *Trattenimento nel territorio dello Stato dello straniero espulso: reato permanente o istantaneo?*, in *Il Corriere del Merito*, 2005, 2, p. 199.

Parte della giurisprudenza ha direttamente disapplicato le disposizioni di cui all'art. 14 comma 5 *ter* e *quater* utilizzando la formula dell' "assoluzione perché il fatto non sussiste"²³⁷; altre pronunce - con una soluzione intermedia - hanno stimato l'idoneità della direttiva a determinare l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi presupposti in queste incriminazioni²³⁸. In senso contrario, pur riscontrando che la disciplina interna è in insanabile contrasto con quella comunitaria, è stato rilevato che la normativa in

²³⁷ Procura della Repubblica di Firenze, decr. 7 gennaio 2011; Trib. Torino, 5 gennaio 2011; Trib. Torino, 8 gennaio 2011; da ultimo, Trib. Torino, 20 gennaio 2011, tutte consultabili su www.penalecontemporaneo.it, secondo cui «il giudice nazionale ha l'obbligo di dare applicazione nelle controversie pendenti avanti a sé, comprese quelle di natura penale, alle norme di diritto UE dotate di effetto diretto, tra le quali rientrano le direttive di cui sia inutilmente scaduto il termine di attuazione che prevedono, anche solo in parte, misure precise, chiare e incondizionate, ed ha altresì l'obbligo di applicare il diritto nazionale in modo conforme alla lettera e agli scopi del diritto dell'Unione, all'occorrenza non applicando le norme interne con esso incompatibili, senza che occorra sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna contrastante con una norma UE dotata di effetto di diretto. Nel caso della direttiva 2008/115/CE, sono sicuramente dotati di effetto diretto l'art. 7 § 1, che prevede come modalità normale di esecuzione del provvedimento espulsivo la partenza volontaria entro un termine non inferiore a sette giorni, e l'art. 15, che disciplina i requisiti di legittimità del trattenimento amministrativo dello straniero in attesa di rimpatrio: sicché qualora il giudice interno rilevi un contrasto tra tali disposizioni e le fattispecie incriminatrici di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e *quater*, è tenuto a disapplicare queste ultime in ragione dell'effetto di inibizione degli effetti della norma interna derivante dalla presenza di una norma comunitaria dotata di effetto diretto contrastante con la disposizione nazionale». *Contra*, Trib. Verona, 18 gennaio 2011, Ayari Sami, consultabile su www.penalecontemporaneo.it, secondo cui «la direttiva 2008/115/CE non è autoapplicativa per le norme incidenti su disposizioni di rilievo penale nazionali, atteso che rimette allo Stato di dettare la complessiva normativa di dettaglio che attui le singole disposizioni. L'interpretazione secondo cui per effetto della direttiva 2008/115/CE le sanzioni penali previste dall'ordinamento italiano per l'inottemperanza ad ordini di espulsione sarebbero da ritenersi abrogate perché in contrasto con la normativa comunitaria, è del tutto errata in quanto: a) la direttiva non ha ad oggetto il tema relativo agli interventi sanzionatori di natura penale previsti dal diritto interno, tanto che la stessa direttiva esclude dal proprio ambito applicativo la disciplina dell'espulsione quale sanzione penale; b) la direttiva si occupa esclusivamente della disciplina riguardante le procedure di rimpatrio dei cittadini extracomunitari irregolarmente soggiornanti, al cui interno si colloca anche la disciplina del trattenimento, ma non ha alcuna incidenza sulla legittimità delle misure penali di contrasto adottate dagli Stati membri nei confronti dello straniero clandestino, stante la radicale diversità tra l'istituto del trattenimento e la sanzione detentiva applicata dal giudice penale quale conseguenza del reato di cui all'art. 14 co. 5 *ter*».

²³⁸ Trib. Torino, 4 gennaio 2011; nonché, Trib. Torino, 3 gennaio 2011, consultabili su www.penalecontemporaneo.it, secondo cui «la procedura di esecuzione dei provvedimenti di espulsione dello straniero extracomunitario irregolarmente soggiornante nel territorio di uno Stato membro delineata dalla direttiva 2008/115/CE (ove si prevede come modalità normale di esecuzione del provvedimento espulsivo l'intimazione a lasciare lo Stato entro un termine non inferiore a sette giorni, e si prevede la possibilità di disporre il trattenimento dello straniero in un C.I.E. per un periodo massimo di diciotto mesi solo qualora non possano essere applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive) è radicalmente difforme dal sistema interno, ove invece è previsto come regola l'allontanamento coattivo dello straniero, non è prevista alcuna misura coercitiva diversa dal trattenimento in un C.I.E. e in caso di inottemperanza all'ordine di allontanamento la configurabilità dei delitti di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e 5 *quater* consente una privazione della libertà personale dello straniero ben superiore a diciotto mesi: gli ordini di allontanamento che fungono da presupposto per la configurabilità di tali delitti, prevedendo un termine inferiore a sette giorni, sono dunque in contrasto con la direttiva comunitaria, e tale contrasto non viene meno anche qualora essi siano stati emanati prima della scadenza della direttiva, in quanto il giudice è chiamato a verificare se, al momento del giudizio, ricorrano tutti i presupposti della fattispecie incriminatrice, ed il contrasto della disciplina interna con la normativa comunitaria si riflette inevitabilmente sul precetto penale».

questione non sarebbe da considerarsi *self-executing*, atteso che l'abrogazione di una fattispecie penale è atto insostituibile dell'ordinamento interno. La rimozione, dunque, potrebbe avvenire solo ad opera della Corte costituzionale; tuttavia, l'oggettivo contrasto tra la norma interna e la norma sovranazionale di rango costituzionale, integrerebbe un giustificato motivo quanto mai oggettivo per la permanenza in Italia²³⁹.

Altri giudici di merito, invece, hanno investito della questione mediante rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia, alla quale è stato chiesto di chiarire se la disciplina di cui agli artt. 15 e 16 della direttiva osti alla previsione di una pena detentiva sino a quattro anni di reclusione per lo straniero inottemperante all'ordine di allontanamento²⁴⁰.

Ebbene, la Corte di giustizia, che si è pronunciata secondo la procedura pregiudiziale d'urgenza, ha affermato che la direttiva rimpatri «deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro [...] che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio dello Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo»²⁴¹.

Sulla scia della pronuncia della Corte di Giustizia, la Cassazione ha ritenuto che l'obbligo per il giudice di disapplicare, per contrasto con gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE, la norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5 *ter*, t.u. imm., comportasse l'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna impugnata posto che detto fatto non è previsto dalla legge come reato²⁴². Analogamente, in relazione all'ipotesi di cui all'art. 14, comma 5 *quater* t.u., la Cassazione ha affermato che l'efficacia diretta nell'ordinamento interno della direttiva 2008/115/CE, che osta al trattamento penale del soggiorno irregolare dello straniero conseguente soltanto alla violazione di un ordine di allontanamento dallo Stato, comporta la disapplicazione anche della norma incriminatrice di cui all'art. 14, co. 5 *quater* t.u., il che si risolve in

²³⁹ Sul punto cfr. F. FOCARDI, *La direttiva rimpatri non ha effetto diretto: occorre l'intervento della Corte costituzionale (ma nell'attesa lo straniero ha un giustificato motivo a restare in Italia)*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 gennaio 2011. Su questa posizione, v. anche T. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 gennaio 2011.

²⁴⁰ Trib. Milano, 24 gennaio 2011; analogamente, Trib. Rovereto, 27 gennaio 2011; Corte App. Trento, 2 febbraio 2011, El Dridi, consultabili su www.penalecontemporaneo.it.

²⁴¹ Corte giust., 28 aprile 2011, El Dridi, causa C-61/11 PPU, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 3, p. 946. Per un commento alla decisione cfr. F. VIGANÒ – L. MASERA, *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 6 luglio 2011.

²⁴² Cass. pen., Sez. I, 29 aprile 2011, n. 18586, in *Foro it.*, 2011, 9, II, p. 448 e ss.

una sostanziale *abolitio criminis*, rilevabile dalla Corte di cassazione, ai fini dell'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna per non essere il fatto più previsto come reato, pur se sia intervenuta *medio tempore* rinuncia al ricorso da parte dell'imputato²⁴³.

Data la forte incertezza della situazione in atto, e visto il contrasto con la direttiva rimpatri emerso nella sentenza *El Dridi*, il Consiglio dei Ministri ha approvato il d.l. 16 giugno 2011, n. 89, convertito in l. n. 129 del 2011.

Tale decreto ha riformulato i delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento, di cui all'art. 14 commi 5 *ter* e 5 *quater* t.u., che vengono ora puniti con la sola pena pecuniaria della multa, sostituibile con l'espulsione da parte del giudice di pace, che diventa il giudice competente in relazione ai delitti medesimi. Le nuove disposizioni prevedono infatti che «la violazione dell'ordine di cui al comma 5 *bis* è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, comma 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14 *ter*, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta in base all'articolo 13, comma 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell'articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5 *bis* del presente articolo. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5 *bis*, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3. La violazione dell'ordine disposto ai sensi del comma 5 *ter*, terzo periodo, è punita, salvo giustificato motivo, con la multa da 15.000 a 30.000 euro. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5 *ter*, quarto periodo»²⁴⁴. Dunque, in ossequio al *dictum* della Corte di Giustizia per cui la competenza penale

²⁴³ Cass. pen., Sez. I, 28 aprile 2011, n. 22105, in *Cass. pen.*, 2011, 11, p. 3766 e ss.

²⁴⁴ Tale normativa è stata letta come “nuova”. infatti, la Cassazione ha affermato che la nuova formulazione del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14 co. 5 *ter* t.u., non può ritenersi in continuità normativa con la precedente disposizione, dando luogo ad una nuova incriminazione, applicabile in quanto tale solo ai fatti verificatisi dopo l'entrata in vigore della normativa sopra citata (sul punto cfr. Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 2011, n. 36446, in *Cass. pen.*, 2012, 1, p. 49 e ss.). Identica soluzione è stata indicata per la nuova formulazione del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore di cui all'art. 14 co. 5 *quater* t.u. Si veda a tal proposito Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 2011, n. 36451, in *Diritto & Giustizia*, 15 ottobre 2011.

spetta comunque agli Stati membri, il legislatore, nel trasporre la direttiva nell'ordinamento interno, ha continuato a prevedere che le fattispecie di cui all'art. 14 comma 5 *ter* e *quater* siano sanzionate penalmente, sebbene con la pena pecuniaria²⁴⁵.

Anche qui - come per l'art. 10 *bis* - la pena pecuniaria, peraltro in quest'ipotesi molto più elevata, risulta destinata *ab origine* all'inefficacia. Ed anche in tal caso, è l'espulsione la vera sanzione: tale dato è confermato dal riformato art. 16 comma 1 T. u. imm. che estende l'espulsione a titolo sostitutivo ai reati di cui all'art. 14 co. 5 *ter* e *quater*.

Nonostante la modifica legislativa, vi sono talune questioni, sorte durante la vigenza della precedente disciplina, che restano attuali e che vanno brevemente affrontate: esse riguardano la sindacabilità dei provvedimenti presupposti e la clausola del giustificato motivo.

Per quel che concerne la questione relativa alla sindacabilità dei provvedimenti amministrativi presupposti dai quali scaturisce l'obbligo di allontanamento, preme precisare che gli stessi rappresentano dei veri e propri elementi costitutivi del reato dal momento che contribuiscono a delinearne il contenuto tipico di offesa²⁴⁶. Inoltre data la necessità che tali provvedimenti, per costituire un valido presupposto per l'applicazione della sanzione penale, siano stati legittimamente emanati, uno dei problemi più dibattuti in relazione alla fattispecie in esame è quello concernente il contenuto ed i limiti del potere del giudice penale di sindacare la legittimità di tali atti amministrativi.

²⁴⁵ Da tempo, in numerose occasioni era stato sollecitato un intervento della Consulta, data la sproporzione tra il trattamento sanzionatorio previsto dalla prima parte del co. 5 *ter* per la condotta dello straniero inottemperante all'ordine questorile di allontanamento rispetto alla normale reazione dell'ordinamento nei confronti di condotte di inottemperanza ad un ordine amministrativo, espressa dalla norma generale di cui all'art. 650 c.p. Quest'ultima, tuttavia, con la sentenza n. 22 del 2007- nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 14 comma 5 *ter* e *quinquies* - aveva affermato, sia pure in via incidentale, che «il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, anche per interventi legislativi successivi a pronunce di questa Corte, presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa». E, tuttavia, essa ribadiva che «non poteva, in ogni caso, procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dal legislatore, giacché mancano nell'attuale quadro normativo *in subiecta materia* precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate. Né una pronuncia caducatoria né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un'altra senza l'esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta» (così Corte Cost., 2 febbraio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, 1, p. 177).

²⁴⁶ M. GAMBARELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 183; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 215.

Orbene, mentre la dottrina è generalmente orientata nel senso di riconoscere al giudice penale la facoltà di valutare la legittimità di tutto il procedimento amministrativo che ha condotto all'emanazione dell'ordine questorile inadempito dallo straniero, in virtù del generale potere del giudice penale di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo, almeno quando tale disapplicazione comporti, come nel caso di specie, effetti *in bonam partem*²⁴⁷, la giurisprudenza distingue a seconda che si tratti di sindacare la legittimità dell'ordine di allontanamento del questore o del decreto prefettizio di espulsione.

Secondo la giurisprudenza di legittimità maggioritaria, ai fini del giudizio di responsabilità in ordine al reato di cui all'art. 14 comma 5 *ter*, al giudice penale spetterebbe solo il potere di valutare la legittimità dell'ordine di allontanamento dal territorio DELLO Stato emesso dal questore, posto che è proprio la sua inottemperanza ad integrare gli estremi del reato, ma non del decreto di espulsione emesso dal prefetto, la cui cognizione competerebbe esclusivamente al giudice di pace in sede civile²⁴⁸. In relazione a tale provvedimento, che costituisce presupposto logico-giuridico dell'ordine questorile di allontanamento, è consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte l'orientamento secondo il quale esso non rappresenterebbe un elemento costitutivo del reato in quanto la condotta tipica, consiste nel violare l'ordine del questore, mentre il decreto prefettizio si colloca al di fuori della struttura della fattispecie penale.

Per quel che concerne la clausola del “senza giustificato motivo”, la questione più dibattuta riguarda il contenuto²⁴⁹ della formula legislativa, o in altri termini la

²⁴⁷ M. GAMBARELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., p. 148; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 215; D. POTETTI, *Alcuni profili di legittimità dei provvedimenti amministrativi presupposti nel reato di trattenimento dello straniero sul territorio nazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2125; C. RENOLDI, *Il trattamento penale connesso all'espulsione e all'allontanamento e le novità del recente “decreto sicurezza”*, P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi ed orientamenti giurisprudenziali*, Torino, Utet, 2008, p. 220.

²⁴⁸ In questo senso, *Cass. pen.*, Sez. I, 30 marzo 2005, n. 13704, in *Foro It.*, 2006, II, c. 106; v. anche *Cass. pen.*, Sez. I, 31 gennaio 2008, n. 6399, in *CED Cass. pen.*, n. 239164.

²⁴⁹ In relazione all'inquadramento dogmatico della clausola in esame, sono presenti in dottrina e in giurisprudenza orientamenti contrastanti. La tesi prevalente ritiene trattarsi di un elemento costitutivo del fatto tipico, sebbene costruito negativamente, in quanto si tratta di un elemento che contribuisce a delineare i contorni della condotta punibile. In questo senso cfr., per tutte, *Corte Cost.*, 13 gennaio 2004, n. 5, cit., p. 835; in dottrina v. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 239 e D. POTETTI, *Note in tema di giustificato motivo di trattenimento nell'art. 14 co. 5 ter d.lgs. n. 286 del 1998*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1489. Non mancano però ricostruzioni alternative, ome quelle che qualificano tale clausola come un'esimente speciale, cui sarebbe applicabile la disciplina in materia di cause di giustificazione (C. Morselli, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 83), o ancora come una causa scusante, idonea ad escludere la colpevolezza in senso normativo (così G. FORTE, *Osservazioni in*

ricostruzione dello spazio in concreto da riconoscere al giustificato motivo nel definire i confini della illiceità penale²⁵⁰.

Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale la quale ha chiarito che la clausola in esame «funge da "valvola di sicurezza" del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorché — anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione — l'osservanza del precetto appaia concretamente "inesigibile" in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori»²⁵¹. La Corte precisa, inoltre, come la clausola normativa ha «riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa; non anche ad esigenze che riflettano la condizione tipica del "migrante economico", sebbene espressive di istanze in sé e per sé pienamente legittime, sempre che — come è ovvio — non ricorrano situazioni riconducibili alle scriminanti previste dall'ordinamento»²⁵².

Esemplificando, è stato ritenuto che non integra il “giustificato motivo” la mera convivenza “*more uxorio*” del cittadino extracomunitario con cittadina italiana²⁵³; che non costituisce giustificato motivo l'essersi trattenuto in Italia al fine di poter presentare

tema di “giustificato motivo” nel nuovo delitto di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1207).

²⁵⁰ Prima della novella del 2011, nel comma 5 *quater* - fino ad una recente sentenza della Consulta - la formula del “senza giustificato motivo” era assente. Successivamente, la Corte costituzionale ha giudicato irragionevole la differenziazione rispetto all'art. 14 comma 5 *ter*: la Consulta ha infatti affermato che «un estremo stato di indigenza, di fatto impeditivo dell'osservanza dell'ordine del questore nello stretto termine di cinque giorni, non divenga superabile od irrilevante perché permanente nel tempo o perché insorto o riconosciuto in una occasione successiva [...] l'affidamento dell'esecuzione allo stesso soggetto destinatario del provvedimento incontra i limiti e le difficoltà dovuti alle possibilità pratiche dei singoli soggetti, che il co. 5 *ter* dell'art. 14 d. lgs. n. 286 del 1998 ha preso in considerazione, in un ragionevole bilanciamento tra l'interesse pubblico all'osservanza dei provvedimenti dell'autorità, in tema di controllo dell'immigrazione illegale, e l'insopprimibile tutela della persona umana. Si è affermato quindi come tale tutela non possa essere esclusa od attenuata in situazioni identiche, ancorché successive, senza incorrere nella violazione dell'art. 3, 1° co., Cost.» (così Corte Cost., 17 dicembre 2010, n. 359, in *Guida al dir.*, 2011, 3, p. 64). Per un acuto commento a questa pronuncia, v. F. VANORIO, *La pronuncia della Consulta n. 359 del 17.12.2010: incostituzionale la mancata previsione del giustificato motivo nel co. 5 quater dell'art. 14 TU.*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, 1, p. 104 e ss; nonché, U. GUERINI, *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del “socialismo giuridico penale”?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 3, p. 956 e ss.

²⁵¹ Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, cit., p. 835.

²⁵² Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, cit., p. 836.

²⁵³ Cass. pen., Sez. I, 4 dicembre 2008, n. 3599, in *CED Cass. pen.*, 2008.

richiesta di sanatoria ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 195/2002, conv. con l. n. 222/2002, in data posteriore a quella del provvedimento del questore, essendo quest'ultimo ostativo alla successiva istanza di legalizzazione della posizione lavorativa dello straniero in Italia²⁵⁴; che l'attesa dei tempi necessari al rilascio dei documenti richiesti per il matrimonio non esenta l'immigrato clandestino dall'obbligo di tornare nel suo Paese d'origine e di obbedire al decreto di espulsione inflittogli per mancanza di documenti regolari²⁵⁵. Al contrario, si è riconosciuto il giustificato motivo sulla base delle comprovate condizioni di estrema precarietà abitativa dello straniero. Infatti si è affermato che, ai fini della sussistenza del «giustificato motivo», idoneo ad escludere la configurabilità del reato di inosservanza all'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato, i motivi che, in base all'art. 14 co. 1 t.u., legittimano la Pubblica Amministrazione a non procedere all'esecuzione dell'espulsione con accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera, ossia la necessità di soccorso, la difficoltà nell'ottenimento dei documenti per il viaggio, l'indisponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo, costituiscono indici di riconoscimento della inesigibilità della condotta richiesta allo straniero, in applicazione del principio *ad impossibilia nemo tenetur*²⁵⁶. In particolare, costituisce giustificato motivo l'inadempimento conseguente alle condizioni di assoluta impossidenza dello straniero - il quale non possa recarsi nel termine alla frontiera, né acquistare il biglietto di viaggio - ovvero al mancato rilascio da parte della competente autorità diplomatica o consolare dei documenti necessari, peraltro sollecitamente richiesti dallo straniero stesso. Ancora, si è riconosciuta la sussistenza di un giustificato motivo nell'ipotesi di proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento prefettizio di espulsione²⁵⁷; nel caso in cui esista il rischio grave di persecuzione nel proprio Paese in ragione della propria omosessualità²⁵⁸; nella situazione di assoluta mancanza di mezzi economici idonei a consentire il viaggio di ritorno in patria o di degrado materiale e di emarginazione sociale in cui lo straniero vive in territorio italiano²⁵⁹.

²⁵⁴ Cass. pen., Sez. I, 20 novembre 2003, n. 48863, in *Dir. e Giust.*, 2004, 11, p. 109.

²⁵⁵ Cass. pen., Sez. I, 31 gennaio 2008, n. 6605, in *Dir. e Giust.*, 2008.

²⁵⁶ Cass. pen., Sez. I, 18 settembre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2131 e ss.; Trib. Napoli, 8 ottobre 2009, in *Giur. Mer.*, 2010, 7-8, p. 1956 e ss.

²⁵⁷ Trib. Pinerolo, 6 ottobre 2005, in *Dir. e giust.*, 2005, 43, p. 82 e ss.

²⁵⁸ Cass. Pen., sez. I, 23 novembre 2007, n. 2907, in *Cass. pen.*, 2008, 9, p. 3412 ss.

²⁵⁹ Trib. Napoli, 25 settembre 2008, in *Giur. Mer.*, 2009, 5, p. 1366 e ss., con nota di G. BARBALINARDO, *Nota a Tribunale di Napoli del 25 settembre 2008*.

Tendenzialmente, dunque, la verifica della sussistenza del giustificato motivo si articola nell'accertamento in concreto delle condizioni in cui si è prodotta e mantenuta la condotta di permanenza illegale nel territorio dello Stato, nonché della volontarietà o meno della stessa; e nel giudizio di esigibilità dell'adempimento dell'obbligo, condotto non esclusivamente su basi oggettive, ma tenendo conto del reale condizionamento psichico esercitato dalle circostanze concrete sulle capacità individuali di adempimento. Si tratta, pertanto, di apprezzare la nozione di giustificato motivo sul piano dei limiti dell'obbligo, con l'ulteriore e determinante precisazione che il giustificato motivo rimanda necessariamente ad una valutazione in concreto della esigibilità.

PARTE SECONDA
LO STRANIERO OGGETTO DEL REATO

1. Le ipotesi di favoreggiamento.

1.1. Evoluzione storica della disciplina penale in materia di favoreggiamento delle migrazioni illegali.

La disciplina penale attualmente vigente in materia di favoreggiamento delle migrazioni illegali è il frutto di una serie di interventi legislativi che, spesso in attuazione di obblighi promananti dall'Unione europea o da altre fonti sovranazionali, si sono succeduti, nell'arco di trent'anni, al fine di contrastare e reprimere con crescente vigore un fenomeno criminale in costante aumento.

L'Italia si è infatti trasformata, nella seconda metà degli anni ottanta del secolo scorso, da Paese di emigrazione a territorio di massicce immigrazioni; anche a causa della sua natura di Stato frontiera, proteso verso le coste africane, il nostro Paese ha assunto la duplice veste di destinazione dei migranti economici e di territorio di transito verso altri Stati del continente europeo. In questo mutato contesto geopolitico il legislatore si è visto costretto ad aprire un secondo fronte di contrasto alle immigrazioni clandestine prevedendo sanzioni volte a colpire non più soltanto i singoli clandestini²⁶⁰ bensì anche le condotte di favoreggiamento dei flussi migratori irregolari.

Tali interventi hanno condotto ad una progressiva estensione dell'ambito della punibilità di tali condotte e ad un altrettanto progressivo inasprimento della disciplina sanzionatoria. Sotto il primo profilo, in particolare, si è passati dalla repressione del solo traffico transfrontaliero di lavoratori migranti (ai sensi della legge n. 943 del 1986), alla previsione del più ampio delitto di favoreggiamento dell'immigrazione illegale (introdotto per la prima volta dalla legge Martelli del 1990, e poi trasfuso con la legge Turco-Napolitano del 1998, nell'art. 12 t.u. imm.), successivamente affiancato dalle figure delittuose del favoreggiamento della permanenza illegale (sempre ad opera della legge Turco-Napolitano) e dell'emigrazione illegale (legge Bossi-Fini del 2002).

²⁶⁰ Costoro erano già destinatari della disciplina amministrativistica, nonché delle sanzioni penali previste dagli artt. 142 e 151 t.u.l.p.s. Questi ultimi punivano, rispettivamente, la violazione dell'obbligo di presentarsi all'autorità pubblica entro tre giorni dall'arrivo in Italia, ed il reingresso dello straniero espulso.

1.1.1. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella legge Martelli.

Con la legge n. 934 del 1986, recante “Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine”, è stata data attuazione, nel nostro ordinamento alla Convenzione OIL sui lavoratori migranti²⁶¹. L'art. 12 della legge di attuazione, coerentemente con la vocazione settoriale dell'intervento normativo, puniva con la reclusione da uno a cinque anni, e con la multa da lire 2 milioni a lire 10 milioni per ogni lavoratore reclutato, le «attività di intermediazione di movimenti illeciti o comunque clandestini di lavoratori migranti», nonché l'impiego di «lavoratori immigrati extracomunitari in condizioni illegali al fine di favorirne lo sfruttamento» (comma 1); era inoltre sanzionato, con una contravvenzione, il datore di lavoro che impiegava «immigrati extracomunitari sprovvisti dell'autorizzazione al lavoro prevista dalla [...] legge» (comma 2).

Il legislatore è però intervenuto, tre anni dopo, a sostituire con la legge Martelli il coacervo di fonti secondarie, circolari ministeriali e prassi che in precedenza avevano regolato l'ingresso e la permanenza degli stranieri in Italia.

Con tale legge il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. L'art. 3, comma 8, della legge in questione prevedeva infatti che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compia attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente decreto è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a due milioni di lire.

L'ampiezza della formula normativa aveva reso sanzionabili gli atti preparatori funzionali alla realizzazione di un fatto allora di per sé non costituente reato²⁶², il che aveva indotto la giurisprudenza a rinvenire nella natura istantanea del delitto in esame uno strumento di circoscrizione dei comportamenti punibili, attraverso l'esclusione, dall'ambito della rilevanza penale, delle condotte poste in essere autonomamente e posteriormente rispetto all'ingresso illecito. La Cassazione aveva ritenuto che la punibilità dei comportamenti successivi all'entrata illegale dello straniero nel territorio

²⁶¹ Convenzione n. 143 del 1975 “Sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti”.

²⁶² Con la legge Martelli erano, infatti, state elevate ad autonomo reato condotte integranti meri atti preparatori di un concorso di persone in illecito amministrativo (così A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 48).

dello Stato fosse subordinata alla sussistenza di due condizioni consistenti nella rilevanza causale della condotta con l'ingresso illecito e nella cointeressenza fra le attività di chi ha operato prima dell'ingresso all'estero e di chi ha operato dopo di esso esclusivamente in Italia²⁶³. Questa esegesi da parte della giurisprudenza di legittimità comportava l'insorgenza di lacune nella tutela del bene giuridico, dal momento che non erano sanzionabili le condotte di favoreggiamento della sola permanenza illegale, in assenza, cioè, di alcuna forma di intervento nella fase del valico delle frontiere.

La previsione della legge Martelli presentava, poi, ulteriori limiti di efficacia.

Infatti, in ragione del principio di territorialità dell'art. 6 c.p., restavano escluse dal raggio d'azione della norma incriminatrice alcune delle condotte situate a monte dell'ingresso illegale, ossia le attività di favoreggiamento poste in essere interamente all'estero: non poteva essere punito, ad esempio, colui che, trovandosi al di fuori dei confini italiani, prendeva contatto con lo straniero al fine di organizzare l'ingresso illegale, nonostante tale condotta fosse di per sé suscettibile nella fattispecie incriminatrice²⁶⁴.

Nella seconda parte dell'art. 3 della legge Martelli erano, infine, previste le circostanze aggravanti della finalità di lucro e del concorso di almeno tre persone: se il fatto fosse stato commesso a fine di lucro ovvero da tre o più persone in concorso fra loro, la pena sarebbe stata della reclusione da due a sei anni e della multa da dieci milioni a cinquanta milioni di lire²⁶⁵.

²⁶³ Cass. pen., Sez. I, 18 novembre 1992 (dep. 26 gennaio 1993), Yenihayat, in *Cass. pen.* 1994, n. 654, p. 1070, secondo cui «la partecipazione alla raccolta di stranieri, che abbiano attraversato clandestinamente il confine di Stato, in coordinazione con altri operanti a tal fine nel territorio dello Stato confinante – una volta individuati gli elementi, anche indiziari, sulla base dei quali possa ragionevolmente affermarsi la cointeressenza di taluno all'attività degli altri, anche se non conosciuti direttamente – costituisce attività diretta a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni dettate dalla legge n. 39 del 1990 [...], idonea ad integrare il reato previsto dall'art. 3, comma 8, di detta legge, senza che sia necessaria anche la dimostrazione della partecipazione all'associazione eventualmente a tale scopo costituita».

²⁶⁴ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 41; nonché A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento alle migrazioni illegali*, in *Dir. form.*, 2004, 1, p. 57-58. In giurisprudenza v. Cass. pen., Sez. I, 15 gennaio 1996 (dep. 21 febbraio 1996), Montaforte, in *Cass. pen.*, 1997, n. 554, p. 864 e Cass. pen., Sez. I, 2 maggio 1997 (dep. 6 giugno 1997), n. 3114, Serra, *ivi*, 1998, n. 596, p. 944.

²⁶⁵ Che si trattasse di circostanze aggravanti e non di titoli autonomi di reato era stato confermato anche da Cass. pen., Sez. I, 9 novembre 1995 (dep. 7 dicembre 1995), Wen Jang Jiang, in *Cass. pen.*, 1997, n. 554, p. 863; Cass. pen., Sez. I, 27 novembre 1996 (dep. 8 gennaio 1997), Musletag, *ivi*, 1998, n. 594, p. 943.

1.1.2. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella legge Turco-Napolitano.

Al fine di armonizzare la disciplina italiana sull'immigrazione con quella nel frattempo sviluppatasi a livello dell'Unione europea, nel 1998 veniva approvata la legge delega n. 40 del 6 marzo 1998, dalla quale scaturiva il d.lgs. n. 286 del 1998, c.d. testo unico sull'immigrazione.

All'interno del testo unico, la disciplina penale sul favoreggiamento dell'ingresso e della permanenza illegali veniva inserita nell'art. 12, rubricato "Disposizioni contro le immigrazioni clandestine". Contestualmente venivano abrogati sia l'art. 3, comma 8, della legge Martelli, che l'art. 12 della legge n. 943 del 1986 attuativa della Convenzione OIL²⁶⁶.

Nella versione originaria del primo comma dell'art. 12 t.u. imm., introdotta con la legge Turco-Napolitano, era previsto che salvo che il fatto costituisse più grave reato, chiunque avesse compiuto attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione sarebbe stato punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa sino a trenta milioni di lire.

Rispetto alla statuizione del 1990 il primo comma dell'art. 12 t.u. imm. differiva per l'entità sanzionatoria, oltre che per i diversi presupposti definitivi della condizione di illegalità, riferibili nel primo caso alla legge Martelli, nel secondo caso al testo unico del 1998. Permaneva la clausola di salvaguardia ed anche la struttura dell'illecito non subiva modificazioni; il reato restava, infatti, istantaneo ed a consumazione anticipata, tanto da non essere necessario l'effettivo superamento delle frontiere per la sua integrazione²⁶⁷.

²⁶⁶ Per i profili di diritto intertemporale v. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 52.

²⁶⁷ Anche la giurisprudenza aveva ritenuto che non fosse necessario l'effettivo ingresso nel territorio nazionale perché il delitto del primo comma dell'art. 12 fosse integrato, in ragione della sua natura di reato a forma libera e a consumazione anticipata. Sul punto v. Cass. pen., Sez. I, 23 giugno 2000 (dep. 25 ottobre 2000), n. 4586, Habibi, in *Cass. pen.*, 2001, n. 1104, p. 2187, in cui, in applicazione di tale principio, i giudici di legittimità avevano affermato la sussistenza del reato nel caso di alcuni imputati, i quali, previa intesa con un centro di organizzazione operante nel territorio nazionale – condizione che determinava la competenza dell'autorità italiana, ai sensi dell'art. 6 c.p. -, avevano organizzato il trasporto illegale via mare dall'Albania alle coste italiane di un gruppo di stranieri imbarcati su di una nave, poi soccorsa a causa del maltempo, dai mezzi della marina militare italiana, che l'avevano condotta in un porto dello Stato.

Rispetto alla legge Martelli erano innalzati il massimo della pena detentiva e di quella pecuniaria e quest'ultima non era più alternativa alla detenzione ma cumulativa.

Già durante il vigore della legge Martelli, in ragione della necessità di circoscrivere l'operatività della norma sul favoreggiamento dell'ingresso clandestino a causa della sua formulazione piuttosto generica, i comportamenti successivi all'ingresso dello straniero erano sanzionati solo se collegati funzionalmente col medesimo. Con la riforma del 1998, tale lacuna veniva colmata con l'introduzione della nuova fattispecie di favoreggiamento alla permanenza illegale (art. 12, comma 5)²⁶⁸. Tale fattispecie veniva introdotta allo scopo di attribuire rilevanza penale anche alle attività di agevolazione realizzate autonomamente e posteriormente rispetto all'ingresso, le quali, come già precisato, vigente la legge Martelli erano considerate dalla giurisprudenza meri *post facta* non punibili. Il terzo comma dell'art. 12 conteneva, poi, due gruppi di circostanze aggravanti ad effetto speciale applicabili, per espressa previsione legislativa, alla sola fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso illegale²⁶⁹.

L'art. 12 nella versione introdotta dalla legge Turco-Napolitano, prevedeva inoltre al comma 2, una speciale causa di giustificazione: la c.d. scriminante umanitaria; al comma 6 disposizioni relative alla responsabilità amministrativa del vettore aereo, marittimo o terrestre che trasporti stranieri in Italia; ai commi 4 e 9, la disciplina della confisca dei mezzi utilizzati per il trasporto degli stranieri irregolari e delle somme di denaro confiscate o ricavate dalla vendita dei beni confiscati; ai commi 4, 7 e 8, disposizioni di natura processuale.

1.1.3. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella legge Bossi-Fini.

²⁶⁸ La disposizione puniva con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del t.u. imm.

²⁶⁹ Le circostanze del primo gruppo comportavano la reclusione da quattro a dodici anni, nonché la multa di lire trenta milioni per ogni straniero di cui fosse stato favorito l'ingresso, ed erano integrate, alternativamente, «se il fatto di cui al co. 1 è commesso a fine di lucro o da tre o più persone in concorso tra loro, ovvero riguarda l'ingresso di cinque o più persone, e nei casi in cui il fatto è commesso mediante l'utilizzazione di servizi di trasporto internazionale o di documenti contraffatti». Le aggravanti del secondo gruppo comportavano la reclusione da cinque a quindici anni, nonché la multa di lire cinquanta milioni per ogni straniero di cui fosse stato favorito l'ingresso, ed erano integrate, anch'esse alternativamente, «se il fatto è commesso al fine di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione, ovvero riguarda l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento».

Con la legge n. 189 del 2002 i commi primo e terzo dell'art. 12 t.u. imm. sono stati modificati sensibilmente.

Innanzitutto venivano apportate tre modifiche al comma 1. La prima riguardava l'inasprimento della sanzione pecuniaria²⁷⁰; la seconda consisteva nella ridefinizione della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione illegale²⁷¹, la quale veniva mutata in «chiunque [...] compie atti diretti a procurare l'ingresso [...] di uno straniero»²⁷²; infine veniva introdotta la nuova fattispecie di favoreggiamento dell'emigrazione illegale, la quale puniva, con la stessa pena prevista per il favoreggiamento dell'immigrazione illegale, chiunque realizzasse «atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente». Anche in questo caso il legislatore, proprio come era accaduto nel 1998 con l'introduzione del favoreggiamento della permanenza illegale, intendeva colmare una lacuna divenuta incompatibile con le richieste di tutela su scala sovranazionale. Infatti, «a seguito dell'abrogazione della legge n. 943 del 1986 sul traffico transfrontaliero dei lavoratori ad opera della legge Turco-Napolitano, ed alla luce del tenore letterale della fattispecie di favoreggiamento dell'ingresso illegale introdotta nel 1998, la giurisprudenza escludeva la rilevanza penale del mero trasporto di stranieri irregolari da frontiera a frontiera»²⁷³.

La legge Bossi-Fini sostituiva inoltre il precedente terzo comma dell'art. 12 t.u. imm. introducendo due nuove fattispecie autonome di reato, speciali rispetto a quelle di cui al

²⁷⁰ Era prevista la pena della «multa fino a 15.000 euro per ogni persona».

²⁷¹ Tra la versione originaria del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e quella contenuta nella legge Bossi-Fini sussiste un fenomeno di successione di disposizioni penali nel tempo, da disciplinare ai sensi del quarto comma dell'art. 2 c.p. Sul punto v. Ass. Milano, 15 dicembre 2003, Toma, in *Foro it.*, 2004, 2, p. 585 e ss.

²⁷² Sul punto cfr. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 441, il quale pone in evidenza come la modifica della definizione della condotta punibile sia stata proprio la modifica di maggior rilievo apportata alla fattispecie con la legge Bossi-Fini. Infatti mentre in origine erano sanzionate le «attività dirette a favorire» l'ingresso clandestino nel territorio dello Stato, con la riforma assumono rilevanza penale gli «atti diretti a procurare» l'accesso illegale in Italia o in un altro Paese. L'A. sottolinea per altro come la nuova formulazione utilizzata, contrariamente agli annunciati obiettivi di politica criminale nel senso dell'accentuazione della repressione, sembrerebbe restringere la portata applicativa della disposizione. Di opinione contraria O. FORLENZA, *Per configurare il reato di favoreggiamento non è necessaria la violenza fisica o psichica*, in *Guida dir.*, 2003, 7, p. 80.

²⁷³ S. ZIRULIA, *Art. 12 t.u. imm.*, E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. III, *Immigrazione*, Milano, Ipsa, 2011, 3^a ed., p. 7658.

primo comma e più gravemente punite con la reclusione da quattro a dodici anni e la multa di 15.000 euro per ogni persona²⁷⁴.

La prima fattispecie prevedeva un'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione illegale; la seconda si sostanziava invece in un'ipotesi di favoreggiamento dell'emigrazione illegale. Entrambi i nuovi delitti erano strutturati come norme a più fattispecie: in quanto ciascuna delle quattro sotto-ipotesi previste dal legislatore rappresentava una diversa modalità di realizzazione di un unico tipo di reato²⁷⁵. Tali sotto-ipotesi alternative ricalcavano per altro le altrettanto quattro circostanze aggravanti ad effetto speciale presenti nella versione dell'art. 12 di cui alla legge Turco-Napolitano: scopo del legislatore era evidentemente quello di inasprire il trattamento sanzionatorio, attraverso la sottrazione di tali circostanze al giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*²⁷⁶.

Da ultimo, tra le altre novità introdotte dalla legge Bossi-Fini un aspetto di particolare rilevanza era rappresentato dalla disciplina delle circostanze che veniva spostata nei nuovi commi da *3 bis* a *3 quinquies*.

Il terzo comma *bis* prevedeva un aggravamento di pena nell'ipotesi in cui il fatto avesse riguardato l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone oppure nel caso in cui la persona fosse stata esposta a pericolo per la sua

²⁷⁴ Va evidenziato come non vi sia stata unanimità di vedute circa la natura di tali elementi, se circostanziali o costitutivi di un reato autonomo. Secondo la dottrina maggioritaria, infatti, gli elementi contemplati nel terzo comma dell'art. 12 non avrebbero costituito circostanze aggravanti del delitto del primo comma, bensì un reato autonomo, qualificato dalla presenza del dolo specifico di trarre un profitto anche indiretto. A sostegno di questa tesi sono state indicate intanto le modalità di formulazione della norma: l'inserimento della clausola di salvaguardia, specularmente al primo comma; la formulazione linguistica della disposizione, del tutto omogenea a quella del primo comma nella descrizione del fatto; l'assenza di elementi espliciti relativi alla natura circostanziale del precetto (in questo senso v. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 55; ID., *Favoreggiamento all'emigrazione: questioni interpretative e dubbi di costituzionalità*, in *Quest. giust.*, 2003, 6, p. 1243; M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., pp. 61-62). La dottrina minoritaria propende invece per la natura circostanziale di tali elementi (in proposito cfr. M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione*, cit., p. 1347; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 452).

²⁷⁵ Il terzo comma dell'art. 12 t.u. imm. era sostituito con il seguente: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre profitto anche indiretto, compie atti diretti a procurare l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico, ovvero a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona. La stessa pena si applica quando il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti».

²⁷⁶ Cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 57.

vita o incolumità²⁷⁷ o sottoposta a trattamento inumano o degradante. Il legislatore, inoltre, aveva espressamente limitato l'ambito di applicabilità di queste aggravanti comuni alle figure speciali di reato previste dal nuovo terzo comma, con conseguente esclusione sia della fattispecie base di cui al comma 1²⁷⁸, sia di quella prevista dal comma 5. Il terzo comma *ter*, poi, riproduceva – anch'esso facendo riferimento ai soli delitti di cui al comma tre – due aggravanti ad effetto speciale già previste dalla legge Turco-Napolitano: quella relativa al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione, che veniva estesa anche alle persone da destinare allo «sfruttamento sessuale»; nonché quella relativa all'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento. Il terzo comma *quater* confermava, invece, l'intenzione del legislatore di porre un argine alla discrezionalità del giudice sul piano sanzionatorio²⁷⁹, stabilendo che «le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98 del codice penale²⁸⁰, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3 *bis* e 3 *ter*, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti». Il comma terzo *quinqües*, infine, introduceva la c.d. attenuante della collaborazione, che trovava applicazione tutte le volte in cui l'imputato si fosse adoperato per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori²⁸¹.

²⁷⁷ Secondo A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., pp. 106-107, onde evitare eccessi applicativi è necessario che sussistano tre condizioni per l'operatività della circostanza: che l'esposizione a rischio dello straniero si sia tradotta «in un rischio rilevante, ossia dotato di significativo tasso di probabilità di verificazione del fatto lesivo, e concreto, ossia valutato con riferimento alla specifica vicenda»; che il pericolo per l'incolumità dello straniero sia grave; che vi sia «una derivazione causale tra la condotta dell'agente e il rischio per lo straniero, derivazione cristallizzata dal legislatore nella correlazione tra il "procurare" e l'"esposizione al pericolo"».

²⁷⁸ Così A. CALLAIOLI, Sub art. 12, T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali d'udienza*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1847.

²⁷⁹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 57.

²⁸⁰ Con la legge 14 febbraio 2003, n. 34, questo comma 3 *quater* è stato modificato e le parole «diverse da quella prevista dall'art. 98» sono state sostituite con l'espressione «diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114».

²⁸¹ Sul punto v. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 459, il quale evidenzia come questa tipologia di attenuante sia introdotta nel sistema giuridico come mezzo di disarticolazione della struttura organizzativa nei delitti associativi. Pertanto rispetto ad ipotesi come quella in esame, normalmente configurata come reato istantaneo, l'efficacia di una siffatta previsione appare modesta. Secondo l'A. è un dato di esperienza che la collaborazione con l'autorità giudiziaria è tanto più efficace quanto maggiori sono gli effetti favorevoli che ne conseguono per il collaborante. La struttura della diminuzione del comma 3 *quinqües* è tale, infatti, da non fornire ampi spazi di manovra all'organo di giustizia, in ragione, probabilmente, della volontà politica di non derogare troppo alla logica della tolleranza zero che ha guidato la riforma normativa. L'effetto connesso con questa opzione legislativa è la riduzione dell'interesse a collaborare.

1.1.4. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a seguito della riforma del 2004.

Anche la legge n. 271 del 2004 ha modificato l'art. 12 t.u. imm. sotto tre profili. Innanzitutto, il terzo comma ha subito un significativo sfoltimento in quanto venivano lasciate in vita le sole ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione o dell'emigrazione illegali al fine di trarne profitto, mentre gli altri elementi specializzanti alternativi venivano trasformati in circostanze aggravanti ad effetto comune e spostati nel terzo comma *bis*. L'ambito di applicazione di quest'ultimo comma veniva poi espressamente esteso anche alle figure di cui al primo comma. Infine, veniva incrementata la pena detentiva prevista per i reati di cui al primo²⁸² e terzo comma²⁸³ e per le circostanze aggravanti ad effetto speciale²⁸⁴ di cui al comma 3 *ter*²⁸⁵.

1.1.5. Il Pacchetto sicurezza del 2008.

L'art. 5 del d.l. 23 maggio 1998, n. 92, convertito con modificazioni nella legge 24 luglio 2008, n. 125, c.d. Pacchetto sicurezza del 2008 ha previsto due nuove circostanze aggravanti ad effetto speciale per il reato di favoreggiamento della permanenza illegale; ed ha aggiunto altresì il comma 5 *bis* che disciplina la fattispecie di alloggio o cessione di immobile allo straniero irregolare. Sempre al comma 5 *bis* la riforma ha infine previsto la confisca dell'immobile.

1.2. Il nuovo delitto di favoreggiamento dell'ingresso o dell'emigrazione illegale dello straniero. Le modifiche del Pacchetto sicurezza del 2009.

La disposizione cardine in materia di favoreggiamento è l'art. 12 t.u. imm. che attualmente fa perno principalmente su tre tipologie di ipotesi: il favoreggiamento

²⁸² Si passava dalla reclusione fino a tre anni a quella da uno a cinque anni.

²⁸³ Si passava dalla reclusione da quattro a dodici anni a quella da quattro a quindici.

²⁸⁴ Si passava dalla reclusione da cinque a quindici anni, ad un aumento della pena prevista dal terzo comma «da un terzo alla metà».

²⁸⁵ La riforma, infine, introduceva altresì un comma terzo *septies*, il quale estendeva, ai procedimenti per i delitti di cui al comma 3, la disciplina delle indagini sotto copertura prevista dall'art. 10 della legge n. 228 del 2003 recante "Misure contro la tratta di persone". Tale comma è stato abrogato dalla legge n. 146 del 2006.

dell'ingresso irregolare e dell'emigrazione irregolare (commi 1 e 3), il favoreggiamento della permanenza irregolare (comma 5) ed il favoreggiamento abitativo (comma 5 bis).

La riforma della disciplina penale in materia di immigrazione, attuata dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, ha apportato importanti modifiche alla disciplina in esame, in particolare al primo e al terzo comma dell'art. 12 t.u. imm.

Quanto al primo delitto, la descrizione della fattispecie legale è stata resa più precisa attraverso l'indicazione dettagliata, a carattere esemplificativo, delle condotte idonee ad integrare il reato in esame. Il nuovo art. 12, comma 1, t.u. imm., assoggetta infatti a pena, salvo che il fatto costituisca più grave reato, «chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente». Dall'analisi della disposizione si evince che il legislatore ha configurato un unico reato, strutturandolo come norma a più fattispecie²⁸⁶: ciò significa che l'illecito è realizzabile con diverse modalità, considerate equivalenti, per ciascuna delle quali è prevista la medesima pena, mentre la realizzazione di due o più delle indicate condotte non comporta un concorso di reati²⁸⁷. Inoltre lo stesso, punendo gli «atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso [dello straniero] nel territorio dello Stato», ha configurato un reato di mera condotta e a forma libera, frutto della combinazione tra lo schema del reato di agevolazione e quello dei delitti di attentato²⁸⁸. La giurisprudenza e la dottrina sono infatti pacifiche nel ritenere che il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione illegale costituisca un reato a consumazione anticipata, avente natura di reato di pericolo

²⁸⁶ Il Pacchetto sicurezza del 2009 ha affiancato alla clausola aperta «atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato», un elenco di specifiche condotte tra loro in rapporto alternativo. Tale modifica, secondo la dottrina maggioritaria, non avrebbe comunque inciso sull'area della punibilità atteso che tali condotte già pacificamente rientravano nella clausola generale, clausola che del resto il legislatore ha deciso di mantenere in via di chiusura anche nella formulazione attuale. Cfr. L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino, cit., p. 67.

²⁸⁷ Così la dottrina assolutamente maggioritaria A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 30; L. PISTORELLI, *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 259; G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 73.

²⁸⁸ I delitti di attentato – appartenenti al più ampio *genus* dei reati a consumazione anticipata – ricorrono quando «il fatto costituente reato viene descritto in forma aperta così da ricomprendere qualunque comportamento caratterizzato dalla direzione verso il risultato descritto dalla norma, ma la cui realizzazione è estranea alla struttura obiettiva della fattispecie» (G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 694).

concreto, che si perfeziona con il compimento degli atti diretti a procurare l'ingresso illegale dello straniero, a condizione che gli stessi risultino idonei e diretti in modo non equivoco a tale scopo, ed a prescindere dal fatto che l'ingresso si sia effettivamente verificato. La giurisprudenza, in particolare, ritiene integrato il reato in esame nell'ipotesi in cui il soggetto agente abbia organizzato il trasporto via mare del clandestini, e successivamente li abbia imbarcati su navi dirette in Italia, a nulla rilevando che il viaggio venga interrotto, prima che siano varcate le acque nazionali, a causa dell'intervento della marina italiana²⁸⁹. Analogamente, si è ritenuto integrato il delitto in esame già dall'accordo diretto al reclutamento degli stranieri da far entrare in Italia, nonché dalla predisposizione di un alloggio di accoglienza diretto ad agevolare e favorire materialmente il futuro ingresso degli immigrati clandestini²⁹⁰.

Un requisito che svolge un ruolo centrale nella struttura del reato *de quo* è poi quello della illiceità speciale²⁹¹. È infatti la violazione delle disposizioni del t.u. imm.²⁹² a segnare il *discrimen* tra un'attività penalmente lecita, come organizzare il viaggio di una o più persone, e quella delittuosa rappresentata dal traffico di migranti. L'illiceità speciale, dunque, non solo concentra su di sé l'intero disvalore del reato, ma contribuisce altresì a definire i contorni delle condotte tipiche: in tanto gli atti diretti a procurare l'ingresso di stranieri nel territorio sono penalmente rilevanti, in quanto tale ingresso risulti contrastante con la disciplina del testo unico sull'immigrazione.

Dal punto di vista soggettivo, il delitto in esame rappresenta un reato comune, che può essere commesso sia dal cittadino italiano o di altro Stato membro dell'Unione europea, che da uno straniero. Il destinatario degli atti diretti a procurare l'ingresso illegale, ossia il soggetto favorito, è invece esclusivamente lo straniero, dal momento che solo a tale categoria di soggetti è circoscritto l'ambito di applicazione del t.u. imm. (art. 1), e pertanto solo rispetto ad essi può configurarsi quella violazione delle

²⁸⁹ Cass. pen., Sez. I, 23 giugno 2000, n. 4586, cit.

²⁹⁰ Cass. pen., Sez. I, 19 maggio 2005, n. 3569, Nikolli, in *Guida dir*, 2005, p. 93.

²⁹¹ Sulla natura dell'illiceità speciale come elemento normativo della fattispecie astratta, di tipo giuridico, che come tale attiene al piano della tipicità e non a quello dell'antigiuridicità, cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 190.

²⁹² Il requisito di illiceità speciale è introdotto nella fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione illegale dall'inciso «in violazione delle disposizioni del presente t.u.», nonché dal successivo avverbio «illegalmente». Benché quest'ultimo non comparisse nella formulazione della norma incriminatrice anteriore al Pacchetto sicurezza del 2009, non sembra che la sua aggiunta ne abbia ristretto la sfera applicativa: l'illegalità cui si fa riferimento, infatti, non può che essere quella derivante dalla violazione delle disposizioni del t.u. imm., quest'ultimo essendo il principale corpo normativo per la disciplina della circolazione degli stranieri in Italia.

disposizioni in esso contenute che costituisce il requisito di illiceità speciale della norma incriminatrice²⁹³. È pacifico inoltre che la norma incriminatrice in esame non attribuisca rilievo penale alla condotta dello straniero agevolato: la sanzione di cui all'art. 12 è infatti chiaramente rivolta all'autore dell'agevolazione, mentre al clandestino che dovesse fare effettivamente ingresso sul territorio si applicheranno le altre sanzioni previste dal t.u., prima fra tutte la contravvenzione di immigrazione clandestina di cui all'art. 10 *bis* c.p.²⁹⁴.

Quanto all'elemento soggettivo del reato, il favoreggiamento dell'immigrazione illegale è punito a titolo di dolo. L'errore avente ad oggetto il requisito di illiceità speciale rileva ai sensi dell'art. 47, comma 3, c.p., con la conseguenza che la punibilità sarà esclusa, anche nell'ipotesi di errore inescusabile, non essendo prevista la fattispecie *de qua* nella forma colposa.

²⁹³ Nel caso in cui, successivamente alla realizzazione delle condotte incriminate, lo Stato di appartenenza dello straniero entri a far parte dell'Unione europea, non si verifica una *abolitio criminis* parziale, bensì una vicenda successiva di norme penali non integratrici della fattispecie: la ratifica del Trattato di adesione all'Unione europea, infatti, non ridisegna la fattispecie incriminatrice del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ma al contrario determina il venir meno di un presupposto di fatto per la sua applicazione, cioè la qualifica di extracomunitario (sul punto v. Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 2008, n. 10265, Cristofan, CED 239567). Per un maggiore approfondimento v., *supra*, par. 1.1.1.

²⁹⁴ Nemmeno sono punibili ai sensi dell'art. 12 t.u. le condotte dello straniero che si autoprocure l'ingresso illegale, posto che il reato in questione presuppone l'alterità tra il soggetto agevolatore e quello agevolato (sul punto cfr. M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini"*, cit., p. 1347). Dibattuto, invece, è se l'art. 12 possa applicarsi alla condotta di favoreggiamento posta in essere da uno dei migranti coinvolti nell'episodio di ingresso illegale a favore dei suoi compagni di viaggio. La Corte di cassazione, pronunciata sul punto prima che intervenisse il Pacchetto sicurezza 2009, ha ritenuto «non condivisibile la esegesi [...] secondo cui il delitto in esame riguarderebbe soltanto gli "scafisti" o coloro che organizzano la tratta [...] in quanto il tenore letterale e logico della norma è nel senso di punire anche chi, pur essendo anch'egli clandestino, compia attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del citato d.lgs. n. 286 del 1998» (Cass. pen., Sez. I, 28 novembre 2002, n. 3162, Hoxha, in *Guida dir.*, 2003, 7, p. 76, con nota di O. FORLENZA, *Per configurare il reato di favoreggiamento non è necessaria la violenza fisica o psichica*). *Contra* Cass. pen., Sez. I, 3 giugno 2010, n. 23872, R.A.F., in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 938, secondo cui anche nei casi in cui sia strettamente configurabile in capo allo stesso trasportato una condotta di agevolazione, per attribuire alla stessa rilievo penale sarà necessario «che sia ontologicamente apprezzabile un comportamento distinto da quello oggettivamente diretto all'ingresso del soggetto attivo del reato nel territorio italiano, ossia una attività che va oltre quanto strettamente necessario a favorire il proprio ingresso clandestino, ponendo in essere atti concretamente idonei a procurare l'ingresso di altri che non avrebbero avuto l'opportunità». La tesi della irrilevanza penale ai sensi dell'art. 12 della condotta del clandestino che agevola i propri compagni di viaggio, sembrerebbe per altro aver trovato ulteriori argomenti a proprio sostegno nella recente riforma operata dal Pacchetto sicurezza del 2009. Infatti il complesso delle condotte attualmente incriminate dalla norma in questione concorrerebbe a delineare una figura di trafficante ben distinta da quella dei migranti favoriti; sicché i tratti caratteristici del trafficante di migranti dovrebbero sempre connotare il soggetto responsabile degli atti diretti a procurare l'ingresso del clandestino, compreso l'eventuale trasportatore (così A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 80).

Da ultimo, preme sottolineare che il Pacchetto sicurezza 2009 ha inasprito il trattamento sanzionatorio del reato con riferimento alla pena pecuniaria, che è passata dalla multa fino a 15.000 euro per ogni persona, a quella di 15.000 euro per ogni persona.

1.3. Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione illegale: le figure speciali previste dal 3° comma.

Quanto all'ipotesi disciplinata dal 3 comma dell'art. 12, prima della riforma del 2009 essa si distingueva da quella prevista dal primo comma unicamente per il dolo specifico del fine di profitto. Le ipotesi costituenti delitti condividevano una serie di circostanze aggravanti e attenuanti, rispettivamente previste dai commi 3 *bis*, 3 *ter* e 3 *quinqies* dell'art. 12 t.u. La riforma ha tuttavia radicalmente mutato la situazione, in quanto il «fine di trarne profitto, anche indiretto» è ora circostanza aggravante comune a entrambi i delitti, come lo è anche il fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo, ovvero l'ipotesi in cui i fatti di favoreggiamento della migrazione illegale riguardino l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento (con incremento del *quantum* di pena da un terzo alla metà, ed applicazione della multa di 25.000 euro per ogni persona di cui si è favorita la migrazione clandestina *ex art. 12, comma 3 ter, t.u.*); inoltre la fattispecie prevista dall'art. 12, comma 3, per cui è prevista la pena della reclusione da cinque a quindici anni e della multa di 15.000 euro per ogni persona, contempla quelle che in passato erano le circostanze aggravanti comuni ai delitti previsti dal primo e dal terzo comma (cioè le ipotesi in cui vi sia l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; la persona trasportata sia stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale; il fatto sia commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; gli autori del fatto abbiano la disponibilità di armi o materie esplosive).

Secondo parte della dottrina, nonostante le modifiche, l'ipotesi disciplinata nel 3 comma dell'art. 12 avrebbe ancora natura di reato autonomo sia per la considerazione

che la norma non contiene un rinvio formale al fatto e alla cornice sanzionatoria del primo comma ma prevede una condotta ed una cornice edittale autonome, sia in virtù del dato per cui si opera sempre un riferimento separato ai fatti del primo e del terzo comma²⁹⁵; secondo altri, invece, si tratterebbe di una circostanza aggravante²⁹⁶.

Viene conservata la previsione della confisca obbligatoria del mezzo di trasporto utilizzato per commettere i delitti di favoreggiamento in esame (v. ora il comma 4 *ter* dell'art. 12); nonché, sotto il profilo processuale (cfr. il novellato art. 12, comma 4, t.u.), la previsione dell'arresto obbligatorio per i delitti di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 12, ma non più l'obbligatorietà del rito direttissimo; il nuovo comma 4 *bis* dell'art. 12, inoltre, stabilisce che «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai reati previsti dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulta che non sussistono esigenze cautelari»; una modifica apportata all'art. 407 c.p.p. inserisce, infine, il delitto di cui all'art. 12, comma 3, t.u. imm., tra i reati per i quali la durata massima delle indagini preliminari è pari a due anni²⁹⁷.

Si è cercato poi, anche per i reati di favoreggiamento, di rintracciare il bene oggetto di tutela. Operazione difficile perché l'art. 12 t.u. finisce, in sostanza, con l'approntare il medesimo strumento di tutela, in relazione a situazioni assolutamente non equiparabili (art. 12 co. 1, art. 12 co. 3, art. 12 co. 3 *ter*, art. 12 co. 5, art. 12 co. 5 *bis*).

A parere di molti, la fattispecie di favoreggiamento si strutturerebbe come plurioffensiva: sarebbero, infatti, tutelati sia l'interesse dello Stato all'integrità dei confini e all'effettività dei controlli sull'ingresso, che la sicurezza e dignità delle persone il cui ingresso e soggiorno irregolare è favorito o procurato. Secondo altri, mentre nell'ipotesi semplice (di cui al co. 1) sarebbe tutelata la politica dei flussi, nelle ipotesi aggravate alla tutela della politica dei flussi si aggiungerebbe quella della dignità del migrante. In tal senso, si rileva che quando si tutelano le politiche dei flussi vi è un'espansione dell'uso del diritto penale; quando invece si tutela la dignità si verifica

²⁹⁵ A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1S, p. 22.

²⁹⁶ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 53; nonché E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 465.

²⁹⁷ Per la dettagliata analisi delle modifiche apportate dalla novella del 2009, v. G.L. GATTA, *Immigrazione delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza*, cit., pp. 1338-1339.

una restrizione dell'area coperta dallo stesso, perché viene sempre richiesto il dolo specifico²⁹⁸.

Come anticipato, in seguito alla riforma del 2009, il terzo comma dell'art. 12 t.u. riproduce le stesse condotte previste dal primo, richiedendo in aggiunta, in via alternativa, uno degli elementi specializzanti elencati in un apposito elenco; è infatti richiesto alternativamente a) che il fatto riguardi l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone, con conseguente inapplicabilità dell'art. 112 n. 1 c.p.; b) che la persona trasportata sia stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale, con grave indeterminatezza del riferimento ad un pericolo non circostanziato quanto a grado, intensità e soglia di rilevanza; c) che la persona trasportata sia stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale, anche qui con lo stesso *deficit* di determinatezza; d) che il fatto sia commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto - ossia un vettore, dotato della relativa veste giuridica, con modalità tali da occultare l'illecito determinando un falso affidamento²⁹⁹ -, ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti, ma che creano un'apparenza di regolarità; e) che gli autori del fatto abbiano la disponibilità di armi o materie esplosive. Alcune di tali condotte per altro sono suscettibili di essere ricondotte anche ai delitti configurati dall'art. 5, comma 8 *bis*, t.u. imm., che punisce la falsificazione materiale di documenti relativi all'ingresso o al soggiorno in Italia, o l'utilizzo di tali documenti falsificati: può infatti accadere che la contraffazione o l'alterazione dei documenti in parola, ovvero il loro utilizzo, rappresentino il mezzo attraverso cui l'agente pone in essere gli atti diretti a favorire l'ingresso irregolare dello straniero.

Orbene, nel caso in cui le condotte di agevolazione consistano nel mero utilizzo di documenti contraffatti o alterati relativi all'ingresso in Italia, al di fuori dei casi di concorso nella falsificazione, trova applicazione esclusiva l'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione illegale di cui all'art. 12, comma 3 lett. d): la condotta di utilizzo del documento falso ne rappresenta infatti un elemento costitutivo, e ciò consente di

²⁹⁸ Così, M. PELISSERO, *Le ipotesi di favoreggiamento all'immigrazione clandestina*, nella relazione al Convegno "Immigrazione illegale e diritto penale - un approccio interdisciplinare", 11 novembre 2011, Prato, patrocinato dall'A.I.D.P. - GRUPPO ITALIANO, Sezione giovani penalisti.

²⁹⁹ In questo senso A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 109.

applicare la disciplina del reato complesso di cui all'art. 84 c.p., con conseguente assorbimento del delitto previsto dall'art. 5, comma 8 *bis*. Nell'ipotesi in cui, invece, l'agente non si sia limitato ad utilizzare i documenti falsi per favorire l'ingresso, ma abbia altresì contribuito alla loro contraffazione o alterazione due sarebbero le soluzioni ipotizzabili: quella del concorso tra l'art. 5, comma 8 *bis* e l'art. 12, comma 3 lett. d), eventualmente avvinti dal vincolo della continuazione; ovvero quella dell'assorbimento del primo nel secondo. A favore della prima soluzione milita la necessità di differenziare il trattamento sanzionatorio riservato a chi falsifica i documenti e successivamente li utilizza, rispetto a quello di chi si limita ad utilizzarli. Il rischio è che in tal modo si pervenga all'applicazione di pene eccessivamente severe, verosimilmente in contrasto col canone costituzionale di proporzione. Infine, qualora l'agevolazione dell'ingresso in Italia di uno straniero irregolare integri al contempo gli estremi del delitto di tratta di persone di cui all'art. 601 c.p. trova applicazione soltanto quest'ultima figura, in forza della clausola di riserva che costituisce *l'incipit* del delitto di favoreggiamento dell'ingresso illegale.

1.3.1. (Segue): le circostanze applicabili ai delitti di cui ai commi 1 e 3.

Come già precisato, mentre molte delle circostanze aggravanti prima indicate nell'art. 12, comma 3 *bis* sono diventate elementi costitutivi del reato cui al comma 3, ora il fine di lucro costituisce circostanza aggravante ai sensi del nuovo comma 3 *ter* lett. b) e il nuovo comma 3 *bis* prevede l'aggravamento dovuto alla contestuale ricorrenza di più ipotesi di cui al comma 3³⁰⁰.

L'aggravante di cui al comma 3 *ter* è applicabile anche alla ipotesi di cui al terzo comma. Essa prevede che la pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3 sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo

³⁰⁰ Va segnalato incidentalmente che l'ultimo comma dell'art. 416 c.p. attualmente prevede che «se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602, nonché all'articolo 12, comma 3 *bis*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma».

sfruttamento sessuale³⁰¹ o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento; oppure al fine di trarne profitto, anche indiretto. Va rilevato che per la prima volta nel Testo unico in materia di immigrazione, viene dato riconoscimento espresso all'ingresso finalizzato allo sfruttamento non solo sessuale, ma anche lavorativo³⁰².

Ebbene, l'unica condotta caratterizzata strutturalmente dal requisito dello sfruttamento sembra quella prevista dal comma 3 *ter* lett. a). A quanto pare dunque la novella sembra avere il solo scopo di inasprire il trattamento sanzionatorio e non quello di rendere l'intervento più efficace³⁰³.

Il comma 3 *quater* dell'art. 12 t.u. imm. disciplina il concorso tra le circostanze e prevede che le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli artt. 98 e 114 c.p., concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3 *bis* e 3 *ter*, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti: con la riforma del 2009 il legislatore ha dunque escluso l'applicabilità del giudizio di bilanciamento.

Taluni problemi interpretativi si sono posti in merito all'interpretazione dell'inciso finale del comma 3 *quater*, relativo al possibile riconoscimento delle diminuzioni di pena per le circostanze attenuanti: «Come suggerito dalla Corte costituzionale l'utilizzo della congiunzione “e” consente di affermare che le due locuzioni (da un lato “le circostanze attenuanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti” e dall'altro “le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante”) individuano in combinato disposto il meccanismo di operatività del privilegio accordato alle circostanze aggravanti: il giudice nel caso di concorso tra una circostanza attenuante e la circostanza blindata

³⁰¹ In maniera assolutamente non condivisibile, in passato, è stato affermato che “in tema di favoreggiamento dell'irregolare ingresso di cittadini stranieri extracomunitari nel territorio dello Stato (art. 12 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286), perché sussista l'aggravante prevista dal comma 3 dell'art. 12 con riferimento alla finalità di sfruttamento della sostituzione di uomini o donne, non occorre che si sia in presenza di condotte violente o di un rigoroso vincolo di subordinazione - requisito non necessario perché si configuri il reato di sfruttamento previsto dall'art. 3 l. 20 febbraio 1958 n. 75 - essendo sufficiente che un singolo o una organizzazione agevolino l'ingresso di persone extracomunitarie al fine di sfruttarne, eventualmente anche col loro consenso, la prostituzione” (Cass. pen., Sez. III, 4 maggio, 2001, n. 27748, in *Cass. pen.*, 2002, 1803).

³⁰² Cfr. A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, cit., p. 23.

³⁰³ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 465 e ss.

dovrà, *in primis*, applicare l'aumento della pena e sulla quantità di pena risultante potrà operare le diminuzioni di pena previste per le attenuanti ritenute sussistenti. Con la garanzia della operatività della circostanza aggravante il legislatore ha, quindi, precluso la possibilità per il giudice di procedere al giudizio di bilanciamento da condurre attraverso una valutazione comparativa del peso qualitativo delle circostanze di segno diverso e finalizzato ad una valutazione globale del fatto e della personalità del reo»³⁰⁴.

Per quanto riguarda le attenuanti, all'art. 12, comma 3 *quinquies*, t.u. imm. - che espressamente non si applica all'art. 12 co. 5 - è previsto che le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati e per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti. Si tratta di un'attenuante di tipo premiale tipica della legislazione emergenziale, introdotta inizialmente in relazione al terrorismo³⁰⁵.

1.4. Il favoreggiamento della permanenza illegale (art. 12, comma 5, t.u. imm.).

Sin dalla sua versione originaria, quella cioè prevista dalla legge Turco-Napolitano del 1998, l'art. 12 prevede, al comma 5, il delitto di favoreggiamento della permanenza nel territorio dello Stato dello straniero irregolare.

Tale fattispecie di reato si ricollega, per un verso, all'accordo di Schengen³⁰⁶ e, per altro verso, «ad un'opzione di fondo della legislazione italiana, che non contempla alcun meccanismo di regolarizzazione della posizione di chi, entrato irregolarmente in Italia o comunque trovandosi in condizioni di soggiorno irregolare, abbia successivamente

³⁰⁴ Cfr. A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, cit., p. 23.

³⁰⁵ M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 59.

³⁰⁶ L'art. 27 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 9 giugno 1990 prevede che le parti contraenti si impegnano a stabilire delle sanzioni appropriate nei confronti di chi aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o soggiornare illegalmente nel territorio di una Parte contraente.

acquisito le condizioni per l'ingresso o il soggiorno regolare, né prevede fattispecie estintive dell'illecito amministrativo relativo all'ingresso *contra ius*»³⁰⁷.

Con l'incriminazione del favoreggiamento della permanenza irregolare dello straniero, il legislatore del 1998 ha inteso colmare una lacuna divenuta incompatibile con le richieste di tutela su scala internazionale. Il problema era originato dal fatto che tutta una serie di condotte agevolatrici dell'elusione della normativa inerente l'ingresso e il soggiorno degli stranieri, poste in essere dopo che lo straniero irregolare si fosse introdotto nel territorio nazionale, non rientrando nelle condotte descritte nella norma incriminatrice di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 12, sfuggivano all'aera del penalmente rilevante. Esempio emblematico era rappresentato dalle condotte poste in essere dai meri trasportatori di clandestini all'interno del territorio nazionale, nel caso in cui gli stessi clandestini avessero, in precedenza, autonomamente o con l'aiuto di terzi, illegalmente varcato le frontiere italiane. Per poter punire siffatte condotte, non potendosi ipotizzare il concorso nel favoreggiamento dell'immigrazione clandestina da parte dei vettori che non avevano agevolato l'ingresso degli stranieri nel territorio italiano, era necessario creare una norma che sanzionasse, appunto, anche la mera condotta di facilitazione della semplice "permanenza" illegale.

Sul piano della descrizione della fattispecie, la disposizione di cui al 5 comma³⁰⁸ presenta due significative differenze rispetto a quelle dei commi 1 e 3 dell'art. 12 t.u. imm.: si tratta di un reato di vento e di danno e per la sua configurabilità è richiesto il dolo specifico.

Innanzitutto, l'utilizzo della locuzione «favorisce la permanenza» sancirebbe, per il delitto in esame, l'abbandono della tecnica della consumazione anticipata e la costruzione della fattispecie quale reato di evento³⁰⁹. In proposito si è poi osservato che dal momento che il legislatore non specifica le modalità di produzione dell'evento,

³⁰⁷ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 91. Cfr. anche L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Quest. giust.*, 1999, 1, p. 11 e ss.

³⁰⁸ L'art. 12, 5 comma, t.u. imm. prevede che «Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a euro 15.493. Quando il fatto è commesso in concorso da due o più persone, ovvero riguarda la permanenza di cinque o più persone, la pena è aumentata da un terzo alla metà».

³⁰⁹ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 92; M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 81.

configurando così un reato a forma libera, sembrerebbe corretto inquadrare la fattispecie in parola nella categoria dei c.d. reati causalmente orientati³¹⁰.

Tale ricostruzione non ha visto, tuttavia, concorde la giurisprudenza di merito la quale ha messo in evidenza come la fattispecie sia incentrata «sull'attività di favoreggiamento in sé e per sé considerata, a prescindere che il risultato ultimo di tale attività (cioè la permanenza sul territorio dello Stato) si realizzi o meno: il comma 5 dell'art. 12 postula infatti, come si desume dal riferimento alla “condizione di illegalità dello straniero”, che questi si trovi già, ed illegalmente, sul territorio dello Stato; [...] ne consegue allora che non si può incentrare la fattispecie del co. 5 sull'evento della permanenza dell'immigrato nel territorio dello Stato, perché da un punto di vista logico è impossibile ascrivere con sicurezza tale permanenza (che, si ribadisce, preesisteva al comportamento di favoreggiamento) al fatto dell'imputato piuttosto che al fatto proprio ed esclusivo dell'immigrato clandestino»³¹¹.

Analoga contrapposizione si è registrata in dottrina³¹², mentre la giurisprudenza di legittimità non ha affrontato direttamente il tema, anche se nell'esaminare le questioni relative alla locazione di alloggi a stranieri irregolari e all'assunzione al lavoro degli stessi, la stessa definisce l'elemento obiettivo della fattispecie non secondo il paradigma della consumazione anticipata, ma in termini di «condotta di favoreggiamento della

³¹⁰ S. ZIRULIA, *Art. 12 t.u. imm.*, E. Dolcini – G. Marinucci (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. III, *Immigrazione*, cit., p. 7702.

³¹¹ Trib. Monza, 6 dicembre 1999-13 dicembre 1999, in *Dir. imm. citt.*, 2000, 2, p. 153 e ss. Secondo la pronuncia, «il richiamo alla “permanenza” avviene infatti non già per elevare a requisito di fattispecie quest'ultima circostanza, posto che allora si sarebbe impiegata una diversa e più neutra espressione quale “determina la permanenza”, bensì per specificare, e quindi delimitare, quali condotte assumano rilievo ai fini della norma penale. In tal senso, favorire la permanenza in violazione delle norme del testo unico di cui al d.lgs. n. 286/1998 significa porre in essere delle attività astrattamente idonee ad eludere o a violare le norme del suddetto testo unico e tra queste rientra certamente la stipula di un contratto di lavoro simulato, apparentemente idoneo al rilascio di un permesso di soggiorno».

³¹² Ritengono il reato di mera condotta E. LANZA, *La tutela penale contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, G. TINEBRA – A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 202 e A. CALLAIOLI, *Sub art. 12*, cit., p. 1846. Di opinione contraria A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 94 e ss., il quale sottolinea che il ritenere che il delitto in esame si sostanzi in un reato di mera condotta significherebbe, innanzitutto, svalutare la lettera della disposizione che esige un risultato della condotta dell'agente, ossia un evento da intendersi quale effettivo contributo agevolatore dell'agente alla permanenza dello straniero. Inoltre, la tesi che individua nel delitto in esame un reato di evento e non di mera condotta, sembrerebbe sostenibile, secondo l'A., anche in considerazione dell'esigenza di offrire della fattispecie in esame una lettura costituzionalmente orientata a ridurre le tensioni rispetto ai principi di offensività e di determinatezza. La ricostruzione del delitto di favoreggiamento della permanenza illegale quale reato di evento sarebbe dunque necessaria per scongiurare il rischio che l'anticipazione della soglia di punibilità connessa alla configurazione quale reato di mera condotta e l'indubbia vaghezza del precetto convergano nel delineare una fattispecie in irriducibile contrasto con il principio di offensività e con quello di determinatezza.

permanenza». Le pronunce della Corte di cassazione in tema di favoreggiamento della permanenza illegale riconoscono dunque la sussistenza del reato solo in presenza di condotte comportanti un effettivo contributo agevolatore³¹³.

Affinché poi il reato in esame sia integrato, è necessario che alla condotta di agevolazione della permanenza illegale si sommi un *quid pluris* rappresentato, alternativamente, dal «fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di irregolarità dello straniero»³¹⁴ ovvero dal fatto che il favoreggiamento avvenga «nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo»³¹⁵. Entrambi i requisiti sono stati previsti dal legislatore al fine di espungere dall'area della rilevanza penale le condotte contrassegnate da finalità solidaristiche o comunque disinteressate.

Da ultimo, va rilevato che il Pacchetto sicurezza del 2008 ha inasprito il trattamento sanzionatorio del favoreggiamento della permanenza illegale, aggiungendo nell'ultimo periodo del comma 5 una circostanza aggravante ad effetto speciale, di natura oggettiva, articolata in due ipotesi tra loro alternative³¹⁶, che comporta un aumento di pena da un terzo alla metà. La prima ipotesi riguarda il numero dei soggetti attivi. La prima ipotesi riguarda il numero dei soggetti attivi, ed è integrata «quando il fatto è commesso in concorso da due o più persone»; la seconda, invece, che riguarda il numero dei soggetti favoriti, scatta si applica quando il fatto «riguarda la permanenza di cinque o più persone», giustificandosi sia per la maggior carica di disvalore che il più alto numero di clandestini favoriti porta con sé, sia perché esso implica, nella maggior parte dei casi, la predisposizione di un'organizzazione quanto meno embrionale, da parte del

³¹³ Cass. pen., Sez. I, 2 febbraio 2006, n. 5887, Bonifazi, CED 233108, RP 2007, p. 255; Cass. pen., Sez. I, 16 ottobre 2003, n. 46066, Capriotti, CED 226476, RP 2004, p. 325.

³¹⁴ Il dolo specifico di profitto di cui all'art. 12, comma 5 si distingue dalla circostanza aggravante del favoreggiamento dell'immigrazione o dell'emigrazione clandestina prevista al comma 3 *ter* lett. b) sotto due profili: anzitutto deve essere correlato allo sfruttamento della “condizione di illegalità dello straniero”, legame che vale a contrassegnarlo come profitto “ingiusto”; in secondo luogo il legislatore non, nel comma 5, non ha attribuito rilevanza al profitto “indiretto”, con la conseguenza che potranno venire in rilievo soltanto le aspettative di arricchimento strettamente correlate con la condizione di illegalità dello straniero. Sul punto v. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 98.

³¹⁵ Con riferimento a tale secondo requisito la dottrina (in proposito cfr. marinucci dolcini p. 7704) sottolinea come lo stesso sia rimasto sostanzialmente privo di applicazione da parte della giurisprudenza. La ragione di ciò sarebbe da rintracciarsi nel fatto che l'espressione «nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo» faccia necessariamente riferimento alle condotte di favoreggiamento dell'immigrazione illegale, di cui ai co 1 e 3, con la conseguenza che, qualora vengano poste in essere attività agevolatrici della permanenza nell'ambito di altre attività necessariamente agevolatrici, a monte, dell'ingresso, troverà applicazione la sola pena prevista per i favoreggiamenti dell'ingresso, giusta la clausola di riserva che costituisce l'*incipit* del co. 5.

³¹⁶ S. CORBETTA, *Modifiche alla “Bossi-Fini”*, AA.VV., “Decreto sicurezza”, Milano, Giuffrè, 2008, p. 200.

favoreggiatore, fermo restando che laddove si riscontrassero i caratteri della stabile organizzazione l'aggravante in questione cederà il passo alla contestazione della fattispecie associativa di cui agli artt. 416 o 416 *bis* c.p.³¹⁷. La contemporanea realizzazione di entrambe le ipotesi integra una sola aggravante, non trovando applicazione in questo caso l'art. 66 c.p.

1.4.1. (Segue): la c.d. scriminante umanitaria.

Al termine della disamina delle ipotesi di favoreggiamento di cui all'art. 12 t.u., bisogna fare cenno alla cd. scriminante umanitaria. Il comma 2 dell'art. 12 t.u. prevede che «fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato». L'applicazione della cd. scriminante umanitaria - una causa di giustificazione speciale, il cui fondamento può rintracciarsi nel giudizio di prevalenza delle istanze solidaristiche rispetto alle esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico³¹⁸ - richiede la sola sussistenza di una situazione di bisogno e dunque opera più ampiamente rispetto all'art. 54 c.p., in quanto non è richiesto un pericolo attuale di un danno grave alla persona, né che lo stato di bisogno sia altrimenti evitabile, né alcuna proporzione. Essa opera in rapporto a tutte le ipotesi di cui all' art. 12 t.u., fatta eccezione - per ragioni ontologiche - per quelle caratterizzate dal fine di ingiusto profitto; peraltro, va condivisa l'opinione che analogicamente la estende alle condotte realizzate all'estero³¹⁹, ad esempio, in acque internazionali, sebbene letteralmente non vi rientrerebbero. Mentre la nozione di attività di soccorso si riferisce all'attività oggettivamente scriminata (ossia l'intervento sanitario, la prestazione alimentare ecc.), quella di assistenza umanitaria fa riferimento alla proiezione teleologica della condotta³²⁰.

2. Alloggio o cessione di immobile, a titolo oneroso, allo straniero irregolare (art. 12, comma 5 *bis*, t.u. imm.).

³¹⁷ R. MARUOTTI, *Le altre modifiche in materia di immigrazione nel segno della "tolleranza zero"*, AA.VV. (a cura di S. LORUSSO), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, Cedam, 2009, p. 314.

³¹⁸ C. MORSELLI, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 110.

³¹⁹ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p.

³²⁰ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 121.

L'art. 12, comma 5 *bis* t.u. prevede che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, a titolo oneroso, al fine di trarre un ingiusto profitto dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina.

La fattispecie descrive due modalità alternative di realizzazione del reato, da considerarsi unitario³²¹. La prima consiste nel dare alloggio, a titolo oneroso, ad uno straniero che sia privo del titolo di soggiorno nel momento in cui si perfeziona l'accordo avente ad oggetto il godimento dell'immobile. La seconda consiste nella cessione, sempre a titolo oneroso, di un immobile allo straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula del negozio giuridico ovvero, nel caso di contratto di locazione, anche al momento del rinnovo dello stesso. È stato correttamente osservato come la tipizzazione realizzata dal legislatore sia in realtà poco selettiva essendo sussumibili sotto la fattispecie in esame tutte le possibili modalità di fornitura di un alloggio allo straniero irregolare con la conseguenza che il reato può essere commesso non solo dal proprietario, ma anche da un mediatore, o da chi si trovi in possesso dell'immobile o lo detenga anche temporaneamente, altresì allorquando tra la persona e l'immobile intercorra un rapporto di mero fatto³²².

Il Pacchetto sicurezza del 2009, come già evidenziato, ha specificato che l'assenza del titolo di soggiorno in capo allo straniero deve essere valutata al momento della

³²¹ G. BARBUTO, *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 267.

³²² E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, AA.VV. (a cura di A. SCALFATI), *Il decreto sicurezza - d.l. n. 92/2008 conv. con modif. in l. n. 125/2008*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 19; A. PALMA, *Disciplina dell'immigrazione e contrasto della clandestinità*, AA. VV. (a cura di F. GIUNTA - E. MARZADURI), *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 318.

stipula o del rinnovo del contratto di locazione. In conseguenza di tale modifica, si è detto, il reato deve considerarsi «istantaneo, ancorché con effetti permanenti: la condotta antiggiuridica si esaurisce nel momento in cui avviene la stipula del negozio oneroso o il rinnovo del contratto di locazione, anche se può perdurare la lesione dell'interesse protetto»³²³.

Il reato, inoltre, è a dolo specifico il che comporta come conseguenza che l'agente non solo deve rappresentarsi e volere tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, ma deve altresì agire al fine di trarre un ingiusto profitto, il cui concreto perseguimento, come è noto, non è per altro necessario ai fini del perfezionamento del reato. Preme infine sottolineare che l'errore avente ad oggetto la condizione di clandestinità dello straniero, che si sostanzia nello specifico nel fatto che lo stesso sia privo di un permesso di soggiorno, costituisce un errore di diritto sulle norme extrapenalistiche per l'appunto contenute nel d.lgs. n. 286 del 1998, e come tale ricade sotto l'ambito di applicazione dell'art. 47, comma 3, c.p.³²⁴.

3. Impiego di lavoratori stranieri irregolari.

3.1. Impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (art. 22, comma 12, t.u. imm.).

Ogni legislazione in materia di immigrazione, oltre a prevedere controlli esterni sulle frontiere, prevede controlli interni sul mercato del lavoro³²⁵. Tali controlli, finalizzati a

³²³ G. BARBUTO, *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit., p. 269.

³²⁴ G. BARBUTO, *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit., p. 269, nota 8; nonché S. CORBETTA, *Modifiche alla "Bossi-Fini"*, AA.VV., *"Decreto sicurezza"*, cit., p. 196.

³²⁵ Il legislatore del 1998 ha predisposto un meccanismo di contingentamento degli ingressi, sia attraverso la programmazione delle quote, sia con la previsione per cui beneficino dei posti fissati con le quote soprattutto gli stranieri chiamati da un datore di lavoro italiano a svolgere una determinata professione in Italia, mediante una procedura c.d. di chiamata nominativa. Talune modifiche nella modalità di chiamata, peraltro, si sono avute nel 2002. Fino al 2002, il datore di lavoro che avesse voluto avviare un rapporto di lavoro con uno straniero doveva presentare domanda di autorizzazione alla Direzione provinciale del lavoro (art. 22 d.lgs. n. 286/1998; art. 30, comma 1, d.p.r. n. 394/1999) che, accertata la sussistenza di tutta la documentazione necessaria, doveva rilasciare l'autorizzazione entro venti giorni (art. 30, comma 4, d.p.r. n. 394/1999). A questo punto, presentandola, il datore di lavoro avrebbe potuto ottenere in questura il nulla osta all'ingresso dello straniero, dopo altri venti giorni. Giunto in possesso del nulla osta, il datore di lavoro doveva trasmetterlo all'autorità consolare o diplomatica

scoraggiare l'impiego di immigrati clandestini, avrebbero, a giudizio di molti, un'importanza ed una efficacia maggiore dei controlli esterni³²⁶. In proposito si è infatti rilevato che «una delle politiche più efficaci per contrastare l'immigrazione clandestina [...] è certo quella di perseguire non solo i responsabili, singoli od organizzati, che promuovono o agevolano le migrazioni illegali a scopo di lavoro ma anche i datori di lavoro che occupano alle loro dipendenze stranieri clandestini o comunque non in regola»³²⁷.

Proprio a presidio di tali controlli e al fine di disincentivare la condotta dei datori di lavoro che occupavano alle loro dipendenze stranieri clandestini, il legislatore italiano ha inserito nel t.u. imm. una fattispecie contravvenzionale che sanzionava con l'arresto da tre mesi a un anno o con l'ammenda da lire due milioni a lire sei milioni il datore di lavoro che occupasse alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno (così l'originario art. 22, comma 10, t.u. imm.)³²⁸. Tale contravvenzione, a seguito della novella introdotta con la legge Bossi-Fini, era stata peraltro

italiana presso il Paese di provenienza dello straniero da assumere (art. 31 co. 5 d.p.r. n. 394/1999), affinché l'autorità concedesse allo straniero il visto per l'ingresso in Italia. Lo straniero in possesso di visto, entrato in Italia, doveva chiedere infine il permesso di soggiorno entro "otto giorni lavorativi" (art. 5 co. 2 d.lgs. n. 286/1998). Con la l. n. 189/2002, il legislatore, per ragioni di semplificazione, ha deciso di istituire un unico ufficio presso le prefetture o gli uffici territoriali del governo (U.T.G.) denominato "sportello unico per l'immigrazione", incaricato di gestire l'intero procedimento di chiamata di lavoratori dall'estero, procedimento dettagliatamente disciplinato solo con il d.p.r. n. 334/2004, entrato in vigore il 25 febbraio 2005. Alla luce della nuova disciplina, il datore di lavoro deve anzitutto presentare in prefettura, presso lo "sportello unico", domanda di assunzione dell'extracomunitario con allegata la documentazione necessaria. Lo "sportello unico", a sua volta, sentito il questore, nel complessivo termine massimo di quaranta giorni dalla presentazione della richiesta, rilascia il nulla osta per l'ingresso del lavoratore (art. 22 co. 5 d.lgs. n. 286/1998; art. 31 d.p.r. n. 394/1999). Rilasciato il nulla osta, lo "sportello unico" - se così richiesto espressamente dal datore di lavoro - lo trasmette direttamente all'autorità consolare o diplomatica competente affinché quest'ultima rilasci il visto d'ingresso. Il lavoratore munito di visto, entrato nel nostro Paese, deve presentarsi entro otto giorni allo "sportello unico" che ha rilasciato il nulla osta per sottoscrivere il "contratto di soggiorno", che rappresenta un'altra novità introdotta dalla l. Bossi-Fini (art. 22 co. 6 t.u.; art. 35 d.p.r. n. 394/1999). Lo "sportello unico" deve altresì occuparsi della richiesta di rilascio del permesso di soggiorno di cui all'art. 5 t.u., che viene trasmessa direttamente alla questura dallo "sportello unico" (art. 36 d.p.r. n. 394/1999).

³²⁶ Così M. BARBAGLI, *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 129.

³²⁷ R. MIELE, *Il contrasto dell'impiego illegale dei lavoratori extracomunitari quale strumento di lotta e di prevenzione dell'immigrazione clandestina*, in *Gli stranieri*, 1996, 3, p. 271.

³²⁸ La norma ha il suo antecedente storico nell'art. 12, comma 2, l. 30 dicembre 1986, n. 943, modificato dal d.l. 18 novembre 1995, n. 489, e successivamente abrogato dall'art. 46, comma 1, lett. c), l. 6 marzo 1998, n. 40. La fattispecie del 1986 incriminava l'assunzione di lavoratori extracomunitari privi della necessaria autorizzazione al lavoro rilasciata dalle direzioni provinciali del lavoro. Prima del 1986, nei confronti di chi avesse impiegato lavoratori stranieri si configuravano solamente le sanzioni di cui all'art. 2, d.lgs. 11 dicembre 1948, n. 50 e dell'art. 147 T.U.L.P.S., rispondenti entrambi all'esigenza di informazione da parte dell'Autorità di Pubblica Sicurezza dell'avvenuta costituzione di un rapporto di lavoro con uno straniero. Inoltre, l'art. 12 della l. 943/1986 prevedeva al comma 1 anche il più grave delitto di impiego di lavoratori immigrati extracomunitari in condizioni illegali al fine di favorirne lo sfruttamento.

sostanzialmente riprodotta nel comma 12 del medesimo articolo 22 t.u. imm. con un mero inasprimento del trattamento sanzionatorio: il datore di lavoro che avesse occupato uno straniero privo del permesso di soggiorno ovvero il cui permesso fosse scaduto e del quale non fosse stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato sarebbe stato punito con l'arresto da tre mesi ad un anno e con l'ammenda di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato³²⁹.

Attualmente, l' art. 22, comma 12, t.u. imm., trasformato in delitto dal Pacchetto sicurezza del 2008 (l. n. 125/2008), prevede che «il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato».

Inoltre, con il d.lgs. n. 109/2012, di attuazione della direttiva 2009/52/UE, contenente “norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”, è stata introdotta una nuova circostanza aggravante ad effetto speciale del delitto di cui all'art. 22, comma 12, t.u. imm. La *ratio* sottesa all'incriminazione di questa condotta è da rinvenirsi nell'idea per cui la possibilità di trovare lavoro, pur non avendo lo *status* giuridico richiesto, sia un fattore fondamentale di richiamo dell'immigrazione illegale nell'Unione europea³³⁰.

Con specifico riferimento alla fattispecie in esame, ci si è chiesti, in primo luogo, se questa disposizione si ponesse in un rapporto di *abolitio criminis* o di successione rispetto all'art. 12, comma 2, della l. n. 943/1986, che comminava la pena dell'ammenda e dell'arresto al datore di lavoro che avesse impiegato alle proprie dipendenze lavoratori immigrati sprovvisti di un documento allora denominato autorizzazione al lavoro. La giurisprudenza maggioritaria ha optato per l'*abolitio*³³¹, data la differenza strutturale tra le due fattispecie che sarebbero poste a tutela di due beni diversi. L'attuale fattispecie tutelerebbe, infatti, il controllo dei flussi migratori, mentre la precedente la condizione lavorativa dell'immigrato. La previgente disciplina mirava infatti ad impedire

³²⁹ Per tutto l'exkursus storico-normativo, v. M. VIZZARDI, *Divieto di assunzione di stranieri sprovvisti del permesso di soggiorno: una questione interpretativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, p. 1706 ss.

³³⁰ Così il considerando 2 della direttiva 2009/52/UE.

³³¹ Cass. pen., Sez. Un., 9.5.2001, in *Cass. pen.*, 2002, p. 502 e ss.

l'assunzione senza previa autorizzazione al lavoro; l'attuale, al contrario, ha ad oggetto l'occupazione di lavoratori privi di permesso di soggiorno.

Trattasi di reato proprio in quanto il soggetto attivo può essere solo il datore di lavoro³³², sia esso un cittadino italiano o uno straniero, che occupa alle proprie dipendenze un altro straniero.

La condotta, come già precisato, consiste nell'occupare alle proprie dipendenze³³³ lavoratori stranieri il cui permesso di soggiorno sia mancante, scaduto, revocato o annullato. Il dato per cui il reato sarebbe integrato solo in presenza di più lavoratori, sembrerebbe creare, tuttavia, una contraddizione con il sesto comma dell'art. 24 t.u. - che, invece, in merito al lavoro stagionale, prevede che «il datore di lavoro che occupa alle sue dipendenze, per lavori di carattere stagionale, uno o più stranieri privi del permesso di soggiorno per lavoro stagionale, ovvero il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato, è punito ai sensi dell'articolo 22, comma 12»-, nonché con l'assetto normativo relativo alla chiamata nominativa. Ed infatti, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritengono realizzato il reato anche quando venga assunto alle dipendenze un solo cittadino extracomunitario privo di permesso di

³³² La locuzione “datore di lavoro” viene peraltro interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza estensivamente: infatti, generalmente, si ritiene che il reato si configuri in relazione a qualsiasi datore di lavoro (anche non imprenditore) e per qualsiasi numero di lavoratori assunti, essendo volto a sanzionare le indebite assunzioni sia da parte di colui che gestisce professionalmente un'attività di lavoro organizzata che da parte del cittadino, il quale assuma alle sue dipendenze anche un singolo lavoratore irregolare nell'ambito della collaborazione personale o familiare (sul punto cfr. in dottrina P. BALBO, *Stranieri. Profili civili, amministrativi e penali*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 259; G. BELLAGAMBA – G. CARITI, *La disciplina dell'immigrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 252; nello stesso senso si vedano: Cass. pen., Sez. I, 12.6.2003, n. 25665, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, 30.3.2005, n. n. 18182, in *Cass. pen.*, 2006, 10, p. 3314 e ss.). Recentemente la Corte di cassazione è giunta ad affermare che del reato di cui all'art. 22, comma 12, t.u. risponderebbe non soltanto chi procede materialmente alla stipulazione del contratto di lavoro, bensì anche chi, pur non avendo provveduto direttamente all'assunzione, se ne avvalga, tenendo alle sue dipendenze e quindi occupando, più o meno stabilmente, gli assunti in condizioni di irregolarità: la punibilità anche dell'utilizzatore di fatto sembrerebbe trasformare questo reato da proprio in comune, non essendo più necessario che sia commesso dal datore di lavoro (Cass. pen., Sez. I, 18.5.2011, n. 25615, in *Guida dir.*, 2011, 37, p. 83 e ss.).

³³³ Per la ricostruzione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 22, comma 12, t.u. imm., l'interpretazione della Suprema Corte è caratterizzata da notevole rigore applicativo, come risulta, ad esempio, da Cass. pen., Sez. fer., 4.9.2008, La Marca, in *Guida dir.*, 2008, n. 45, p. 83, secondo cui il reato previsto dall'art. 22 t.u. è configurabile qualunque sia la tipologia di lavoro subordinato instaurato (quindi anche il rapporto di lavoro in prova) e indipendentemente da qualsiasi delimitazione temporale dell'attività (quindi anche il lavoro di un giorno); così anche Cass. pen. Sez. I, 26.3.2008, Zaho, in *Riv. pen.*, 2009, p. 219.

soggiorno, in quanto l'uso della locuzione cittadini da parte della norma incriminatrice configurerebbe un plurale indeterminativo³³⁴.

La giurisprudenza di legittimità ha precisato inoltre che «il termine “occupa” non va inteso come riferito esclusivamente al momento dell'assunzione, ma racchiude in sé l'idea del protrarsi nel tempo del rapporto di lavoro e, quindi, anche della condotta illecita penalmente perseguita»³³⁵. Il reato ha dunque natura permanente: lo stesso si perfeziona con l'assunzione o inizio dell'attività lavorativa, ma si consuma per tutta la durata del rapporto di impiego, e cessa con la cessazione di quest'ultimo.

Non pochi dubbi interpretativi ha determinato il riferimento al «permesso di soggiorno previsto dal presente articolo». L'art. 22 t.u. imm., infatti, disciplina l'autorizzazione al lavoro subordinato a tempo determinato ed indeterminato, ma non prevede il permesso di soggiorno, che è invece disciplinato dall'art. 5 t.u. imm.³³⁶.

La Corte costituzionale, tuttavia, investita della questione di legittimità costituzionale³³⁷, ha ritenuto la stessa infondata: «non c'è alcun errore materiale nella redazione legislativa, poiché la norma fa riferimento al permesso di soggiorno per motivi di lavoro (disciplinato, appunto, dall'art. 22) e non al permesso di soggiorno generico previsto dall'art. 5 t.u. Di conseguenza il possesso di un valido permesso di soggiorno per motivi diversi (turismo, cure mediche) dal lavoro subordinato, non esclude l'integrazione della contravvenzione»³³⁸.

Per quel che concerne l'elemento soggettivo la trasformazione della fattispecie da contravvenzione a delitto, ad opera della l. 125/2008, rende necessario il dolo

³³⁴ Così Cass. pen., Sez. I, 30 marzo 2005, n. 18182, cit., p. 3314 e ss., secondo cui l'espressione “lavoratori” utilizzata dal legislatore nel comma 5 dell'art. 12 t.u. imm. è, «anche sotto il profilo grammaticale, una espressione indeterminativa e cioè una espressione che vuole riferirsi ad un soggetto indipendentemente dalle sue caratteristiche, sia che si tratti di uno che di più soggetti». *Contra*, isolatamente, Trib. Treviso, ord. 19 maggio 2004, in *Dir. imm. citt.*, 2004, p. 172 e ss. In dottrina cfr. P. BALBO, *Stranieri. Profili civili, amministrativi e penali*, cit., p. 259; nonché B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 857, il quale evidenzia come la differenza tra la lettera delle due fattispecie penali di cui agli artt. 22 e 24 t.u. imm. circa il numero dei lavoratori è dovuta ad una svista del legislatore.

³³⁵ Cass. pen., Sez. I, 4 febbraio 2000, n. 1392, *Gli stranieri*, 2000, 2, p. 192.

³³⁶ F. DI PIETRO, *Impiego di lavoratori stranieri irregolari*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 263.

³³⁷ Trib. Asti, ord. 23.0.2001, *Gli stranieri*, 2002, 2, p. 124, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 t.u. che, punendo «il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato», farebbe riferimento, per errore materiale, al permesso di soggiorno di cui all'art. 22 e non già a quello di cui all'art. 5 del medesimo decreto legislativo, ponendosi in tal modo in contrasto con gli art. 3, 24, 25, comma 2, e 101 cost. nonché con i principi di legalità, tassatività e necessaria determinatezza delle norme penali.

³³⁸ Corte Cost., 31 luglio 2002, n. 419, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3009 e ss.

dell'agente, ovvero la coscienza e volontà di occupare alle proprie dipendenze uno straniero extracomunitario, sapendo che si trova in una situazione di irregolarità circa la permanenza in Italia³³⁹.

Sul piano del trattamento sanzionatorio, si è affermato che «non possono essere sottoposti a sequestro preventivo l'immobile, le strutture e gli apparecchi costituenti l'azienda funzionante ed economicamente produttiva in ragione dell'occupazione non totalitaria o prevalente di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, in quanto tali beni non sono in rapporto di pertinenzialità rispetto al reato di cui all'art. 22, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e succ. mod.»³⁴⁰.

Come anticipato, con il d.lgs. n. 109 del 2012³⁴¹, di attuazione della direttiva 2009/52/UE, contenente «Norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare», è stata introdotta una nuova circostanza aggravante ad effetto speciale del delitto di cui all'art. 22, comma 12, t.u. imm. Il nuovo comma 12 *bis* stabilisce un aumento da un terzo alla metà delle pene previste al comma 12 quando i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre ovvero sono minori non in età lavorativa oppure quando sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'art. 603 *bis* c.p. Esso ha altresì introdotto il nuovo art. 22, comma 12 *ter* nel t.u., che attua l'art. 5 della direttiva, prevedendo che, nei casi di condanna per il delitto di cui al comma 12, «il giudice applica la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto

³³⁹ Sul punto cfr. Cass. Pen., Sez. I, 20 maggio 2013, n. 21362, in *Dir. imm. citt.*, 2013, 2, p. 171 e ss., secondo cui l'intervento normativo del 2008, che ha trasformato da contravvenzione a delitto il reato di occupazione di stranieri irregolari, ha reso penalmente irrilevante la responsabilità colposa, risolvendosi, per tale ipotesi, in una abolizione parziale della fattispecie previgente. Pertanto, «ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p., anche le condotte pregresse di impiego di stranieri privi del permesso di soggiorno valevole a fini lavorativi, possono essere tuttora punite solamente se dolose, fermo, a mente del medesimo art. 2, comma 4, che ad esse resta applicabile il trattamento sanzionatorio previgente, se più favorevole (e quindi la pena dell'arresto e dell'ammenda). Di qui il principio di diritto che l'errore, ancorché colposo, del datore di lavoro sul possesso di regolare permesso di soggiorno da parte dello straniero impiegato, cadendo su elemento normativo integrante la fattispecie, comporta l'esclusione della responsabilità penale» (Cass. Pen., Sez. I, 20 maggio 2013, n. 21362, cit., p. 173).

³⁴⁰ Cass. Pen., sez. I, 6 luglio 2007, n. 34605, in *Cass. pen.*, 2008, 11, p. 4272 ss.

³⁴¹ Sul punto cfr. M. PAGGI, *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, 4, p. 87 e ss., il quale sottolinea che «le norme adottate col d.lgs. 109/2012, nella parte in cui attuano la direttiva 2009/52/CE, pongono una serie di questioni interpretative che non traggono origine [...] dal contenuto lacunoso delle disposizioni adottate dal legislatore delegato, che non sembra aver dimostrato una effettiva volontà di realizzare lo scopo precipuo della direttiva, ovvero l'efficace contrasto dello sfruttamento di lavoratori di Paesi terzi privi di titolo di soggiorno».

illegalmente»; il comma 2 dell'art. 1, d.lgs. *de quo*, prevede, inoltre, che con decreto interministeriale vengano fissati «i criteri per la determinazione e l'aggiornamento del costo medio di rimpatrio cui commisurare la sanzione amministrativa accessoria», e che i proventi derivanti dall'applicazione di tale sanzione vadano «per il 60% al Fondo rimpatri di cui all'art. 14 bis t.u. imm. e per il residuo 40% al Fondo sociale per occupazione e formazione di cui all'art. 18 co. 1 d.l. 185/2008, per la realizzazione di interventi di integrazione sociale di immigrati e minori stranieri non accompagnati».

Ancora, in attuazione dell'art. 11 della direttiva, l'art. 2 del decreto ha esteso il novero delle ipotesi da cui discende la responsabilità da reato degli enti; il nuovo art. 25 *duodecies* d.lgs. 231/2001 stabilisce infatti che «in relazione alla commissione del delitto di cui all'art. 22, comma 12 *bis*, d.lgs. 286/98 si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 100 a 200 quote, entro il limite di 150.000 euro».

Infine, l'art. 1 co. 1 lett. b) ha aggiunto all'art. 22 t.u. imm. i nuovi commi 12 *quater* e *quinquies*, secondo cui «nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12 *bis* è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale istaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5 comma 6», ossia il permesso per motivi umanitari; permesso che ha durata di sei mesi e può essere rinnovato per un anno o per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale, ed è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, ovvero qualora vengano meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio. Tuttavia, si è rilevato che l'ambito applicativo del nuovo istituto dipenderà dalla capacità delle Procure di aprire un numero significativo di procedimenti per tale tipologia di reati dal momento che la concessione del permesso di soggiorno è in concreto legata all'instaurazione di un processo penale a carico del datore di lavoro; «sino ad ora, i processi per sfruttamento del lavoro irregolare, qualificati come favoreggiamento dell'immigrazione irregolare ex art. 12 co. 5, sono stati statisticamente assai poco numerosi, ma proprio la nuova previsione del permesso di soggiorno in caso di denuncia può costituire un incentivo importante per gli stranieri a segnalare all'autorità giudiziaria i propri sfruttatori (si ricordi che, prima della riforma, lo straniero irregolare che denunciasse il proprio datore di lavoro era

inevitabilmente esposto ad una denuncia *ex art. 10 bis* in sede penale, ed all'espulsione in sede amministrativa)»³⁴².

L'introduzione dell'aggravante in commento ha sollevato poi dei problemi di coordinamento con la fattispecie di cui all'art. 12, comma 5, t.u. imm. che, come già visto, punisce con la reclusione sino a quattro anni, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, ogni condotta di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare compiuta con il fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero. La giurisprudenza, da sempre aveva individuato proprio nel dolo specifico il *discrimen* tra la fattispecie di cui all'art. 22, comma 12, e quella più grave dell'art. 1, comma 5 t.u.³⁴³. Quest'ultima infatti avrebbe trovato applicazione nell'ipotesi in cui l'assunzione alle proprie dipendenze dello straniero irregolare fosse stata caratterizzata da condizioni gravose e discriminatorie, rese possibili da condizioni di inferiorità contrattuale; al contrario la fattispecie meno grave sarebbe risultata integrata tutte le volte in cui

³⁴² L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 settembre 2012. Diffusamente, su questi profili, l'interessante articolo di M. PAGGI, *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo*, in *Dir., imm. citt.*, 2010, 4, p. 35 ss., il quale rilevava che a tale situazione contribuiva altresì la portata restrittiva dell'art. 18 t.u. imm, che prevede la concessione di uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza ed ai condizionamenti di un'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale solo per i delitti di cui all'art. 3 l. n. 75 del 20 febbraio 1958, o di quelli previsti dall'articolo 380 c.p.p., tra cui non è compreso quello in esame; d'altro canto, è vero che l'art. 380 c.p.p. richiama l'art. 600 c.p., e tuttavia la casistica applicativa della riduzione in schiavitù risulta per lo più riferita all'ambito dello sfruttamento sessuale, e assai meno a quello lavorativo.

³⁴³ Per la giurisprudenza, sul punto, Cfr., tra le tante, Cass. Pen., sez. I, 28 giugno 2000, n. 4700, in *CED Cass. pen.*, 2000, secondo cui «il reato di favoreggiamento della illegale presenza di stranieri extracomunitari nel territorio dello Stato, previsto dall'art. 12, comma 5, del t.u. approvato con d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, non è configurabile per il solo fatto dell'assunzione al lavoro di immigrati clandestini, occorrendo anche la finalità di “ingiusto profitto”, riconoscibile soltanto quando si esuli dall'ambito del normale svolgimento del rapporto sinallagmatico di prestazione d'opera come, ad esempio, nel caso di impiego dei clandestini in attività illecite o in quello dell'imposizione a loro carico di condizioni gravose o discriminatorie di orario e di retribuzione; condizioni, queste, in assenza delle quali può soltanto configurarsi il reato contravvenzionale di cui all'art. 22, comma 10, del citato d. lgs. n. 286/1998»; nonché, Cass. Pen., sez. III, 8 marzo 2001, n. 16064, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1802 ss., secondo cui “l'impiego di lavoratori immigrati extracomunitari in condizioni di illegalità con la corresponsione di minime retribuzioni connota il fine di lucro ed il conseguente ingiusto profitto tratto dalla citata condizione di illegalità sanzionata dall'art. 12 l. 30 dicembre 1986, n. 943, come trasfuso nell'art. 12 comma 5 d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, atteso che in tal modo si favorisce la permanenza dell'immigrato extracomunitario nel territorio dello Stato al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero”. Sempre in un'ottica delimitativa, Cass. Pen., sez. I, 29 novembre 2006, n. 40398, in *Riv. pen.*, 2007, 5, p. 523 ss. «l'omesso versamento dei contributi previdenziali in relazione a un rapporto di lavoro subordinato stipulato con cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno non è da solo sufficiente ad integrare quel fine di ingiusto profitto che è elemento costitutivo del reato di favoreggiamento della permanenza nel territorio dello Stato di immigrati clandestini previsto dall'art. 12 comma 5 d. lgs. n. 286 del 1998».

l'assunzione "in nero" fosse stata finalizzata alla sola elusione fiscale e previdenziale, senza ulteriori finalità profittatorie³⁴⁴.

Tale *actio finium regundorum* non pare tuttavia più praticabile dopo l'ultima modifica normativa. La nuova aggravante «tipizza, infatti, proprio quella situazione di sfruttamento profittatorio che, prima della riforma, era ritenuta caratteristica del reato di cui all'art. 12, comma 5, e del resto, la sanzione risultante dall'applicazione dell'aggravante è più elevata di quella prevista per tale fattispecie incriminatrice, con la conseguente applicazione della clausola di riserva ivi contenuta»³⁴⁵. Sembrerebbe, dunque, che attualmente tutte le ipotesi in questione ricadano sotto l'art. 22, commi 12 o 12 *bis*, con un trattamento sanzionatorio leggermente più severo di quello applicabile in precedenza.

Quanto all' art. 22, comma 12 *ter*, autorevole dottrina ha messo in rilievo come desti in realtà «qualche perplessità la scelta di legare l'entità della sanzione all'entità del rimpatrio, dando erroneamente l'impressione di instaurare un automatismo tra occupazione illegale ed espulsione del lavoratore irregolare, che è invece smentito dalla possibilità (prevista, sia dalla direttiva che dal decreto di recepimento) per il lavoratore di ottenere un titolo di soggiorno qualora abbia denunciato la propria condizione di sfruttamento»³⁴⁶. Tuttavia, tale scelta forse lascia emergere quella che - pur a fronte di una possibilità diversa - sarà la prassi futura.

Complessivamente, la riforma del 2012 ha comportato un inasprimento quantitativo e qualitativo delle pene. Tale giro di vite è stato da taluni giustificato sulla base dell'asserzione secondo cui il lavoro in nero, rappresentando una forma di concorrenza sleale nei confronti delle aziende che operano sul mercato correttamente, arrecherebbe un grave nocimento all'economia nazionale. Laddove poi il lavoratore sia extracomunitario tale condotta inciderebbe negativamente anche sulle politiche migratorie nazionali falsando la domanda di lavoro delle aziende italiane, che sta alla base della determinazione delle quote dei flussi di ingresso³⁴⁷.

In realtà il problema reale è che il sistema delle quote si palesa come irrimediabilmente ineffettivo. Lo dimostra la sanatoria-lampo *ex art. 1 ter*, commi 8 e

³⁴⁴ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

³⁴⁵ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

³⁴⁶ L. MASERA, *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, cit.

³⁴⁷ S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione: la nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza*, Padova, Cedam, 2009, p. 27.

11, d.l. 1 ° luglio 2009, n. 78 , «che ha subito risparmiato colf e badanti irregolari, ammesse a regolarizzare la loro posizione attraverso una procedura che nell'immediato comporta la sospensione dei procedimenti penali per i reati previsti dal t.u. immigrazione (compreso pertanto quello di “clandestinità”, ma con esclusione dell'art. 12 t.u. imm.) e che, in caso di buon esito (sottoscrizione del contratto di soggiorno, comunicazione obbligatoria di assunzione all'INPS e rilascio del permesso di soggiorno), comporta l'estinzione di quei reati (anche per i datori di lavoro)»³⁴⁸. Peraltro, anche lo stesso art. 5 del d.lgs. n. 109/2012 prevede una sanatoria, così come in realtà è avvenuto per quasi ogni intervento normativo in materia di immigrazione.

In queste ipotesi sembrerebbe più appropriato l'uso di strumenti extrapenali, che semplicemente prevedessero una regolarizzazione della posizione del lavoratore migrante, non sussistendo evidentemente condizioni ostative alla concessione di un permesso di soggiorno. Ciò soprattutto in considerazione del dato per cui tale reato, nella fattispecie base, sarà applicato solo qualora non si ravvisi alcuno sfruttamento dello straniero impiegato.

3.2. La repressione del c.d. caporalato (art. 603 bis c.p.).

La principale fattispecie destinata a reprimere il fenomeno del c.d. caporalato è quella disciplinata dall'art. 603 bis c.p., rubricato “Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”³⁴⁹.

³⁴⁸ G.L. GATTA, *Immigrazione delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza*, cit., p.1339.

³⁴⁹ L'art. 603 bis c.p., introdotto dall'art. 12 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 148/2011, dispone che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato. Ai fini del primo comma, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti circostanze: 1) la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti. Costituiscono aggravante specifica e comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà: 1) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre; 2) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa; 3) l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori intermediati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro».

Coloro che per primi hanno commentato la fattispecie di nuovo conio hanno posto in rilievo come la fattura tecnica di questa norma sia talmente malriuscita, lacunosa e discutibile, da suscitare il dubbio che proprio questi difetti siano all'origine della scarsità di applicazioni giurisprudenziali sinora attestate³⁵⁰.

È opinione condivisa che uno dei limiti principali della fattispecie in commento sia rappresentato dalla mancata previsione, fra i soggetti attivi del reato, del datore di lavoro. L'art. 603 *bis* c.p. prevede infatti che è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato «chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento». Elemento centrale del fatto tipico sarebbe rappresentato, pertanto, dall'«attività di “intermediazione”, intesa come «l'insieme delle attività di facilitazione dell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, siano esse esercitate previo rilascio di apposita autorizzazione da parte dell'autorità, ovvero solamente di fatto», ed il cui cuore è rappresentato dal “reclutamento” oltre che dall'eventuale attività di organizzazione del lavoro»³⁵¹. In altri termini reclutamento ed organizzazione altro non sarebbero che due modalità di realizzazione dell'intermediazione in attività lavorativa, qualificata dalla nota modale dello sfruttamento.

Su questi presupposti esegetici, la dottrina maggioritaria perviene pertanto alla conclusione che il datore di lavoro resterebbe o rischierebbe di rimanere³⁵² impunito e ciò determinerebbe un vuoto di tutela non indifferente posto che «le condotte di sfruttamento sono poste in essere direttamente dai datori di lavoro, mentre (almeno) per questa parte della fattispecie tipica il c.d. caporale opererebbe alle dipendenze del datore di lavoro, come parte dell'organizzazione di questi, sua *longa manus*»³⁵³.

³⁵⁰ A. GIULIANI, *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova, Cedam, 2015, p. 141.

³⁵¹ A. DI MARTINO, “Caporalato” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 2015, 2, p. 109.

³⁵² A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 161, il quale rileva come l'unico strumento per coinvolgere la responsabilità del datore di lavoro sarebbe quello della responsabilità contrattuale *ex art.* 110 c.p. Tuttavia, lo stesso A. come questo istituto non varrebbe a supplire né alla mancanza di specifiche fattispecie destinate a colpire la condotta del “semplice” utilizzatore, né rimedierebbe alla lacuna, difficilmente colmabile in via interpretativa, per il caso del datore di lavoro che recluti direttamente i lavoratori assoggettandoli a sfruttamento, o li recluti bensì attraverso intermediari, ma che svolgano regolarmente l'attività relativa e dunque non realizzino alcuna attività illecita così come definita dalla fattispecie.

³⁵³ A. DI MARTINO, “Caporalato” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, *cit.*, p. 110.

La dottrina ha poi evidenziato come un'altra omissione legislativa deve essere individuata nella mancata previsione della responsabilità degli enti collettivi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001³⁵⁴. Si tratta di una lacuna piuttosto problematica dal momento che, come è stato correttamente rilevato, il fenomeno che la norma criminale mira a reprimere è composto da un complesso intreccio in cui operano sia imprese *tout court* criminali, sia imprese legali-criminali, e cioè in sostanza «enti collettivi che celano al loro interno, sotto fittizie spoglie di legalità, gerarchie e traffici criminali notevolmente complessi e ramificati»³⁵⁵.

Detta lacuna, inoltre, si porrebbe in aperta contraddizione con la tipologia delle pene accessorie previste dal legislatore che sono calibrate sull'ente collettivo e non sull'imprenditore individuale (men che meno sull'individuo "caporale"); «contraddizione resa ancora più evidente dalla previsione, invece, della responsabilità degli enti per la più grave ma assiologicamente omologa fattispecie di schiavitù nonché, soprattutto, per il reato di impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare»³⁵⁶.

Quanto al sistema sanzionatorio un'ulteriore omissione significativa è stata rinvenuta nella mancata previsione della confisca dei proventi del reato e del mezzo di trasporto utilizzato per commetterlo. Inoltre, almeno per ciò che concerne gli stranieri privi del permesso di soggiorno, «la mancata previsione della confisca come «sanzione accessoria» alla pena principale costituirebbe una violazione della direttiva 2009/52/UE sotto il profilo della necessaria introduzione di sanzioni effettive e dissuasive per il contrasto ai fenomeni criminali in corso»³⁵⁷.

Complessivamente, dunque, ci troviamo di fronte ad una inidoneità strutturale del reato a svolgere la funzione per la quale è stato specificamente introdotto: colmare un vuoto nella repressione penale di gravi offese alla persona, rappresentate da un fenomeno nascosto quale quello del caporalato grigio. Tali offese, da un lato, non raggiungerebbero il livello di gravità necessario ad integrare gli estremi del delitto di riduzione in schiavitù e, dall'altro, neppure si sostanzierebbero in una violazione

³⁵⁴ A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 165.

³⁵⁵ A. GIULIANI, *op. cit.*, p. 215.

³⁵⁶ A. DI MARTINO, "Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, cit., p. 111.

³⁵⁷ A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 112.

formale delle norme extrapenali sul collocamento, trattandosi pur sempre di violazione di diritti individuali di carattere personalissimo.

L'ambito di applicazione della norma verrebbe dunque a coprire uno spazio rimasto fino ad ora privo di tutela: il reato, evidenzia la Suprema Corte, è infatti «destinato a colmare l'esistenza di una vera e propria lacuna nel sistema repressivo delle distorsioni del mercato del lavoro e, in definitiva, è finalizzato a sanzionare quei comportamenti che non si risolvono nella mera violazione delle regole [in materia di mercato del lavoro] senza peraltro raggiungere le vette dello sfruttamento estremo»³⁵⁸. Tuttavia, all'atto pratico, la fattispecie di cui all'art. 603 *bis* c.p. presenta tali incongruenze e slabbature da risultare di difficile applicazione. In proposito si è però rilevato che le spiegazioni di un tale fallimento non possono essere ricercate solo in ragioni di carattere tecnico; il fallimento dovrebbe piuttosto rintracciarsi nella velleitaria quanto diffusa tendenza a considerare il diritto penale quale arnese di governo di un intero sistema produttivo³⁵⁹. Ci si dovrebbe chiedere, infatti, se le condotte di intermediazione in quanto tali siano davvero meritevoli di pena, oppure non debbano essere considerate per quello che sono, ossia un ingranaggio essenziale ad un sistema produttivo, figura professionale che non deve essere sanzionata ma recuperata ad una legalità pre-penale mediante politiche di investimento e non di etichettamento³⁶⁰. L'intervento penale, dunque, fermo restando la tutela contro le condotte espressive della massima offesa alla libertà, «dovrà assistere la disciplina regolatoria, assumere dunque esso stesso, paradossalmente, proprio quella funzione regolatoria che l'ipostatizzazione della repressione ha fatto passare in secondo piano, senza nessun reale incremento in termini di efficacia, né repressiva né preventiva»³⁶¹.

³⁵⁸ Cass. pen., Sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14591, in *CED Cass.*, Rv. 262541.

³⁵⁹ A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 122, il quale rileva come «il diritto penale serve, dietro la facciata, non già ad affrontare, ma a *rimuovere* la realtà delle cose, etichettando come criminale il funzionamento di un sistema autoprodottosi anche per via dell'assenza radicale (almeno sino ad oggi) di politiche economiche e sociali che si incarichino di gestire i sistemi produttivi di riferimento» (corsivo dell'A.).

³⁶⁰ Così sempre A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 123, che sottolinea come i caporali sono perfettamente «co-funzionali al modo di produzione nell'agricoltura del mezzogiorno, dove un imprenditore che intenda rivolgersi alle agenzie istituzionali vedrebbe marcire il prodotto sulla pianta».

³⁶¹ A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 123. L'A. sottolinea inoltre che le lacune nella disciplina di cui all'art. 603 *bis* c.p. hanno stimolato una recente iniziativa legislativa concretizzatasi in un disegno di legge governativo (d.d.l. 28 gennaio 2016, n. 2217, in www.senato.it).

PARTE TERZA
LO STRANIERO COME VITTIMA DEL REATO

1. Discriminazione razziale: le fattispecie incriminatrici previste dall'art. 3 l. n. 654 del 1975.

Con la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale firmata a New York il 17 marzo 1996, tutti gli Stati firmatari – tra cui l'Italia – si sono impegnati a condannare «ogni propaganda ed ogni organizzazione ispirate a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendesse di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale, e ad adottare immediatamente misure efficaci per eliminare ogni incitamento ad una tale discriminazione od ogni atto discriminatorio»³⁶².

Il problema della protezione legislativa contro fenomeni di intolleranza razziale è riconducibile ad un conflitto tra valori costituzionalmente tutelati: da un lato, il diritto di ogni individuo a non essere discriminato per motivi razziali (art. 3 Cost.), che costituisce un valore fondamentale in quanto il razzismo lede sia la dignità umana sia l'ordine pubblico minacciando la coesione del gruppo sociale e il fondamento liberale e democratico dell'ordinamento³⁶³; dall'altro, la libertà di espressione di ogni persona, che costituisce un valore essenziale di ogni democrazia (art. 21 Cost.). In proposito è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, chiarendo che «il principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost., non ha valore assoluto, ma deve essere coordinato con altri valori costituzionali di pari rango. In particolare, il diritto di manifestare il proprio pensiero incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost. che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza, e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vieti e sanzioni anche penalmente, nel rispetto dei principi di tipicità e di offensività la

³⁶² A. DEL COCO, *Discriminazione razziale*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 288.

³⁶³ Sul punto cfr. S. PIETRINI, *Il quadro legislativo della repressione dei fenomeni di intolleranza razziale in Francia e in Italia*, Milano, Giuffrè, 2009.

diffusione e la propaganda di teorie antirazziste, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell'odio e della discriminazione razziale»³⁶⁴.

La Convenzione di New York è stata ratificata, in Italia, con la legge 13 ottobre 1975, n. 654, il cui articolo 3, nel suo testo originario, puniva con la reclusione da uno a quattro anni chiunque diffondesse in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e chiunque incitasse in qualsiasi modo alla discriminazione, od a commettere atti di violenza o di provocazione nei confronti di persone appartenenti ad un gruppo nazionale, etnico o razziale.

Successivamente l'art. 3 è stato modificato dal d.l. n. 122 del 1993 convertito nella legge 25 giugno 1993, n. 205 che ha punito con la reclusione sino a tre anni la condotta di chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, e con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi incita a commettere, in qualsiasi modo, violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici o religiosi.

In seguito il legislatore è ulteriormente intervenuto con la legge n. 85 del 2006, che ha nuovamente modificato la norma in esame, punendo: da un lato, con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; dall'altro, con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi istiga a commettere, in qualsiasi modo, violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici o religiosi³⁶⁵.

Con riferimento all'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), l. n. 654/1975, la giurisprudenza ha, in un primo momento, ritenuto che si trattasse di una fattispecie caratterizzata dal dolo specifico, ossia dalla coscienza e volontà di

³⁶⁴ Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2009, n. 37581, Mereu, in *Cass. pen.*, 2009, 7-8, p. 3023 e ss.

³⁶⁵ La successione di leggi penali dal d.l. n. 122/1993, convertito nella l. n. 205/1993, alla l. n. 85/2006, laddove hanno riformulato la l. 654/1975, non ha comportato l'abolizione del reato previsto dalla legge del 1975, ma si configura quale semplice modificazione del trattamento sanzionatorio, avendo sostituito la pena originariamente comminata, quella della reclusione sino a tre anni, con la pena alternativa della reclusione fino a un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro. Sul punto cfr., in dottrina, A. DEL COCO, *Discriminazione razziale*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., pp. 294-296. Per la giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, Mereu, cit., p. 3023 e ss.

offendere l'altrui dignità umana in considerazione dell'etnia, della razza o della religione dei soggetti nei cui confronti la condotta viene posta in essere³⁶⁶.

Successivamente si è però assistito ad una radicale inversione di tendenza, tant'è che può oramai dirsi consolidato l'orientamento che ritiene necessario e sufficiente, ai fini della configurazione del reato *de quo*, il dolo generico³⁶⁷, mentre il dolo specifico continua ad essere richiesto nelle ipotesi previste dalla lettera b) dell'art. 3, comma 1, l. n. 654³⁶⁸.

È inoltre previsto che con la condanna per taluno dei reati per condotte discriminatorie il giudice può applicare anche una o più sanzioni accessorie quali: l'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità per un periodo massimo di dodici settimane; l'obbligo di rientrare nella propria abitazione o in un altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di un'altra ora prefissata; la sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno; ed, infine, il divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative per un periodo non inferiore a tre anni successivi alla condanna.

Da ultimo, sono previste, dall'art. 3, comma 2, l. n. 654/1975, pesanti sanzioni nei confronti dei membri di associazioni, organizzazioni, gruppi o movimenti aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici o religiosi. Sanzioni più severe sono infine contemplate per chi assume un ruolo direttivo o di promozione all'interno dell'organizzazione³⁶⁹.

2. Mutilazioni genitali femminili.

³⁶⁶ In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. III, 5 dicembre 2005, n. 46783, in *Cass. pen.* 2006, 3, p. 873.

³⁶⁷ App. Venezia, 20 ottobre 2008, in *Foro it.*, 2009, 7-8, p. 398. In tale pronuncia la Corte chiarisce che ai fini dell'imputazione sul piano soggettivo del «reato di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico è sufficiente il dolo generico, ossia la consapevolezza del carattere discriminatorio del messaggio propagandato».

³⁶⁸ Cass. pen., Sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, Mereu, cit., p. 3023 e ss.

³⁶⁹ Art. 3, comma 2, l. n. 654/1975 prevede che «è vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni».

La legge 9 gennaio 2006, n. 7 recante “Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile” ha introdotto gli artt. 583 *bis*³⁷⁰ e 583 *ter*³⁷¹ all’interno del codice penale³⁷² creando una nuova fattispecie di reato denominata “Pratiche di mutilazione genitale femminile”³⁷³.

Per mutilazioni genitali femminili si intendono, secondo la definizione dell’Organizzazione mondiale della sanità (1995), «tutte le pratiche che comportano la rimozione parziale o totale dei genitali esterni femminili, compiute per motivazioni culturali o altre motivazioni non terapeutiche»³⁷⁴.

³⁷⁰ L’art. 583 *bis* c.p., rubricato “Pratiche di mutilazioni degli organi genitali femminili”, stabilisce che «1. Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Al fine del presente articolo si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l’escissione e l’infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo. 2. Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a sette anni. La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità. 3. La pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso a fini di lucro. 4. La condanna ovvero l’applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per il reato di cui al presente articolo comporta, qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, rispettivamente: 1) la decadenza dall’esercizio della responsabilità genitoriale; 2) l’interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all’amministrazione di sostegno. 5. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all’estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso il colpevole è punito a richiesta del ministro della giustizia».

³⁷¹ L’art. 583 *ter* c.p., che disciplina la pena accessoria, prevede che «La condanna contro l’esercente una professione sanitaria per taluno dei delitti previsti dall’art. 583 *bis* importa la pena accessoria dell’interdizione dalla professione da tre a dieci anni. Della sentenza di condanna è data comunicazione all’ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri».

³⁷² I delitti introdotti dalla legge n. 7 del 2006 costituiscono l’attuazione della sollecitazione dei seguenti documenti internazionali: la Convenzione sui diritti del fanciullo (1989); la Dichiarazione sull’eliminazione delle violenze nei confronti delle donne (1993); la Dichiarazione e la Piattaforma d’azione di Pechino (1995); la Risoluzione di messa a bando delle mutilazioni genitali femminili (2012).

³⁷³ C. CASTELLANI, *Infibulazione ed escissione*, in *Minorigiustizia*, 1999, p. 142; M. PAGANELLI – N. VENTURA, *Una nuova fattispecie delittuosa: le mutilazioni genitali femminili*, in *Rass. Crim.*, 2004, p. 453; F. BASILE, *La nuova incriminazione delle «pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili»*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 940; ID., *Immigrazione e reati culturali motivati*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 224; T. PITCH, *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 502; G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quaderni cost*, 2007, p. 537. Per il diritto comparato cfr. A. FACCHI, *L’escissione: le pratiche tradizionali a tutela dei minorenni*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 502.

³⁷⁴ Circa la classificazione delle mutilazioni genitali femminili, l’Organizzazione mondiale della sanità ha distinto quattro tipi: 1) la clitoridectomia o circoncisione, che consiste nella rimozione del prepuzio o del cappuccio del clitoride con o senza escissione di parte o dell’interno del clitoride; 2) l’escissione o recisione, che consiste nel taglio del clitoride e del prepuzio e di tutte o parte delle piccole labbra; 3) l’infibulazione, che consiste in una procedura mutilativa che si sostanzia nella parziale chiusura della vagina all’altezza della metà delle grandi labbra; 4) le mutilazioni genitali femminili non rientranti nei precedenti tipi e consistenti nella puntura, trafittura o incisione del clitoride e/o delle labbra; nella cauterizzazione per ustione del clitoride o dei tessuti circostanti, nella raschiatura dell’orefizio vaginale; nell’introduzione di sostanze corrosive o erbe al fine di causare emorragia o per provocare contrazioni.

Tali pratiche mutilatorie sono in uso in Paesi dell’Africa centrale ed orientale (Nigeria, Uganda, Costa d’Avorio, Mali, Somalia, Etiopia, Eritrea, Sudan, Egitto) e dell’Asia (Indonesia, Malesia), ed in comunità immigrate da tali Paesi in Europa, Stati Uniti e Canada.

Il bene giuridico tutelato dal reato in esame è il diritto alla salute e, quindi, l’integrità psico-fisica della donna, maggiore o minore di età, unitamente alla sua dignità personale in considerazione della finalità delle mutilazioni, strumento di controllo sul corpo e sulla sessualità della vittima³⁷⁵.

La legge prevede, accanto ad una normativa volta alla prevenzione delle pratiche di mutilazione genitale femminile e all’assistenza e alla riabilitazione delle donne mutilate, nonché all’introduzione della responsabilità amministrativa degli enti³⁷⁶, due fattispecie delittuose³⁷⁷: il delitto di mutilazioni genitali (1 comma) e il delitto di lesioni genitali (2 comma), il primo punito con la pena da quattro a dodici anni di reclusione e il secondo da tre a sette anni.

Il soggetto attivo è “chiunque”, onde trattasi di reato comune, mentre il soggetto passivo è la donna, sia essa maggiorenne o minorenni. Presupposto negativo della condotta è l’assenza di esigenze terapeutiche, le quali ricorrono, escludendo così la tipicità del fatto di reato, quando le mutilazioni sono effettuate nell’interesse della salute della donna.

In merito alla fattispecie di cui al primo comma, si è osservato che trattasi di reato a forma libera, di evento³⁷⁸ ed il dolo è generico³⁷⁹.

³⁷⁵ A. DE BENEDICTIS, *Mutilazioni genitali femminili*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell’immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 321.

³⁷⁶ Art. 25 quater legge n. 231 del 2001.

³⁷⁷ La *ratio* dell’incriminazione consiste non nel criminalizzare condotte prima non punibili (poiché già riconducibili ai delitti dolosi di lesioni gravi o gravissime), ma nella esigenza, avvertita da più parti, di una esplicita ed autonoma previsione, più severamente sanzionata allo scopo di sottolineare il particolare disvalore, di assicurare una maggiore certezza del divieto ed, infine, di evitare il bilanciamento con circostanze attenuanti, come avviene, invece, per le lesioni gravi e gravissime, comunemente considerate come mere circostanze aggravanti. Sul punto v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 2013, 5^a ed., p. 158.

³⁷⁸ L’evento consiste nella mutilazione genitale femminile, che deve comportare una diminuzione permanente non solo anatomica, ma anche funzionale dell’apparato genitale.

³⁷⁹ In proposito cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, cit., p. 160, il quale sottolinea che il dolo è escluso *ex art. 47*, comma 3, c.p., nel caso di erronea convinzione di recare un beneficio alla salute fisica o psichica della donna, ed *ex art. 5 c.p.*, nel caso di ignoranza inevitabile del precetto penale. In argomento cfr. A. MASSARO, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell’offesa*, M. TRAPANI - A. MASSARO (a cura di), *Temi penali*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 113 e ss.

Quanto al secondo delitto, ossia le lesioni agli organi genitali femminili, va precisato innanzitutto che la condotta consiste nelle attività lesive degli organi genitali femminili, diverse da quelle indicate nel primo comma, e, quindi, comprendente soltanto lesioni, menomatrici della funzionalità sessuale, non permanenti; in secondo luogo che l'evento consiste nella provocata malattia nel corpo o nella mente. Per quel che concerne, invece, l'elemento soggettivo del reato, questo consiste nel dolo specifico, essendo richiesto dalla norma non solo la coscienza e volontà di provocare lesioni diverse da quelle previste dall'art. 583 *bis*, comma 1, e la conseguente malattia e la consapevolezza dell'assenza di esigenze terapeutiche, ma altresì il fine di menomare le funzioni sessuali³⁸⁰.

Per entrambi i suddetti delitti l'art. 583 *bis* c.p. prevede inoltre due tipi di circostanze aggravanti nell'ipotesi in cui il reato sia commesso a danno di un minore o per fini di lucro. Per il solo delitto di cui all'art. 583 *bis*, comma 2, è prevista poi una circostanza attenuante che trova applicazione ogni qual volta la lesione sia di lieve entità, ossia abbia cagionato una malattia non superiore ai 40 giorni e nessuno degli eventi aggravatori, previsti dall'art. 583 c.p.

Da ultimo, occorre precisare che è discussa la questione della possibilità di far valere la scriminante del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 c.p.

Parte della dottrina rileva, infatti, come le pratiche di mutilazione, incidendo su diritti individuali concernenti l'integrità fisica e la salute psichica e sessuale, sono relativamente disponibili. Ciò significa che la scriminante del consenso è idonea in teoria ad escludere la responsabilità dell'agente allorquando sia intervenuto il consenso informato e consapevole della donna maggiorenne³⁸¹. Secondo una diversa ricostruzione, tali pratiche non possono essere scriminate dal consenso dell'avente diritto per la duplice ragione che innanzitutto tale consenso non scrimina, stante i limiti dell'art. 5 c.p., né le mutilazioni di cui all'art. 583 *bis*, 1 comma, poiché comportano una menomazione permanente dell'integrità fisica, né le lesioni di cui al 2 comma poiché, in

³⁸⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, cit. p. 161.

³⁸¹ In questo senso cfr. A. DE BENEDETTIS, *Mutilazioni genitali femminili*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 327. L'A. rileva come nella pratica, avuto riguardo al periodo della vita in cui tali pratiche vengono generalmente effettuate e considerato, pertanto, che vittime delle mutilazioni sono quasi sempre bambine o giovani donne minorenni, il consenso espresso dalla minore è del tutto irrilevante. Se, dunque, è ipotizzabile l'operatività della scriminante, nella pratica, fatta eccezione per casi isolati, la stessa rimane non configurabile.

quanto finalizzate alla menomazione, anche se non permanente, delle funzioni sessuali, sono contrarie all'ordine pubblico; in secondo luogo, i genitori, in quanto rappresentanti legali delle figlie minori, possono validamente consentire soltanto agli interventi sul corpo delle stesse, in quanto obiettivamente utili per le medesime, mentre tali non sono le pratiche in questione³⁸².

Pacifico è invece l'orientamento³⁸³ che ritiene non invocabile, nel caso di specie, la scriminante dell'esercizio di un diritto ai sensi dell'art. 51 c.p. In proposito si sostiene che il diritto di praticare le mutilazioni non è previsto da alcuna espressa disposizione di legge ed, inoltre, siffatte pratiche non possono considerarsi neppure esercizio del diritto dei genitori di istruire ed educare i figli secondo le proprie convinzioni religiose, avendo le stesse non un fondamento religioso ma culturale tribale³⁸⁴.

3. Tratta di persone.

La tratta di esseri umani rappresenta, oggi, per l'entità del fenomeno e per l'importanza sociale che esso ha assunto, uno degli ambiti di maggiore interesse dell'agenda politica di molte istituzioni, anche di rilevanza sovranazionale³⁸⁵. La commercializzazione degli individui ed il relativo sfruttamento per fini di profitto costituiscono, infatti, uno dei settori di maggiore interesse del crimine organizzato a livello sovranazionale³⁸⁶.

³⁸² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, cit. p. 162. In giurisprudenza v. Cass. pen., Sez. VI, 20 ottobre 1999, n. 3398, Bajrami, in *Riv. pen.*, 2003, p. 238.

³⁸³ A. DE BENEDICTIS, *Mutilazioni genitali femminili*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, cit., p. 327; nonché F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, cit. p. 162.

³⁸⁴ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, cit. p. 162, il quale ravvisa proprio in questo la differenza con la circoncisione maschile rituale ebraica, rispetto alla quale giustificata si ritiene la prevalenza del diritto genitoriale dell'educazione religiosa e l'interesse del minore ad acquisire il sigillo della propria appartenenza a pieno titolo al proprio gruppo culturale, stante l'assenza di un reale danno o rischio per la salute.

³⁸⁵ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 558 secondo cui «l'art. 3, comma 1, lett. a, [...] nel vietare ogni tipo di discriminazione ravvisabile in atti, individuali o collettivi, di incitamento all'offesa della dignità di persone di diversa razza, etnia o religione, ovvero in comportamenti di effettiva offesa di tali persone, consistenti in parole, gesti e forme di violenza ispirati in modo unico da intolleranza, delinea una figura di reato caratterizzato da dolo specifico, ossia dalla coscienza e volontà di offendere l'altrui dignità umana».

³⁸⁶ La tratta di esseri umani costituisce infatti un tipico esempio di crimine transnazionale, anche se il reato può manifestarsi anche in una dimensione tipicamente nazionale ed a prescindere dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato. Così E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 558.

Il fenomeno della tratta di persone, intesa quale traffico di esseri umani finalizzato al loro successivo sfruttamento, deve essere tenuto distinto da quello del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Il primo viene infatti definito convenzionalmente, nei testi normativi internazionali, *trafficking of human beings*, il secondo *smuggling of migrants*, essendo quest'ultimo finalizzato all'introduzione illegale, realizzata attraverso forme associative più o meno strutturate, di un elevato numero di immigrati clandestini.

La distinzione risponde in primo luogo a precise esigenze pratiche, avendo avuto la sua base nell'azione delle polizie giudiziarie europee, che ha portato a suddividere il fenomeno, distinguendosi tra le organizzazioni che hanno operato nel favoreggiamento delle immigrazioni clandestine, da quelle attive nella tratta dei migranti³⁸⁷. Essa riflette anche la differenza degli interessi giuridici lesi dai comportamenti delittuosi: nel favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, i confini nazionali e la corretta attuazione delle politiche migratorie, nella tratta, la persona umana, che viene pesantemente lesa nella sua dignità a seguito dei relativi comportamenti illeciti³⁸⁸. Inoltre si è osservato che, dal punto di vista politico, le legislazioni dei singoli Stati, hanno manifestato una maggiore attenzione al fenomeno del favoreggiamento proprio perché quest'ultimo aspetto è strettamente correlato ai problemi di sicurezza nazionale.

Nell'approfondire la differenza tra i due fenomeni va tenuto presente che con l'espressione favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ci si riferisce generalmente, come si è già avuto modo di precisare, a quelle molteplici attività illecite, tendenzialmente gestite da organizzazioni criminali, di matrice transnazionale, che sono strumentali al trasporto ed al successivo ingresso illegale degli immigrati clandestini in uno Stato straniero, sulla base di una loro domanda, e quindi consensualmente. La fattispecie delittuosa finisce per incentrarsi, dunque, sulla condotta di trasporto organizzato, sul presupposto indispensabile che lo stesso sia gestito da gruppi criminali transnazionali e, soprattutto, risulti funzionale all'ingresso illegale degli immigrati clandestini nel territorio di uno Stato straniero. Attraverso le relative condotte si punta a ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio di carattere finanziario o

³⁸⁷ A livello nazionale le due attività illecite sono state affidate rispettivamente alla Direzione centrale di Polizia criminale e al Servizio Stranieri all'interno dello stesso dipartimento.

³⁸⁸ Dal momento che le due fattispecie sono poste a tutela di beni giuridici diversi nell'ipotesi in cui la tratta è realizzata attraversando illegalmente le frontiere nazionali si potrebbe configurare secondo alcuni il concorso fra i reati degli artt. 601 c.p. e 12 t.u. imm. In tal senso cfr. A. PECCIOLI, "Giro di vite" contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 42-43.

materiale, sfruttando l'ingresso illegale di una o più persone in uno Stato straniero, di cui i soggetti trasportati non sono cittadini o residenti permanenti. Invece, con la differente espressione “tratta di persone” si punta a definire quel complesso di attività delittuose, che consistono nell'offerta iniziale di servizi di trasporto migratorio illegale ovvero nel successivo reclutamento, tramite l'impiego della forza fisica o di altre invasive forme di coercizione morale, di immigrati clandestini o di persone in generale, in funzione del loro sistematico sfruttamento per scopi criminali³⁸⁹, una volta giunti nel luogo di destinazione finale dopo il trasporto migratorio illegale³⁹⁰. Nel caso del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sono dunque gli stessi individui oggetto del trasferimento che, non disponendo del capitale necessario, si rivolgono ai rappresentanti delle organizzazioni criminali per poter emigrare; invece nel caso della tratta di persone, queste ultime vengono reclutate dagli organizzatori, gestori del traffico, per rispondere ad una domanda di mercato che esiste, questa volta, nei Paesi di destinazione, ove si determina la esigenza di acquisire persone, intese quali merce di scambio, per avviarle alla prostituzione o all'accattonaggio, al lavoro nero, ovvero ad un mercato quale quello del traffico di organi umani³⁹¹.

Sul piano normativo il fenomeno del traffico internazionale di persone³⁹², nelle sue distinte implicazioni, ha solo di recente trovato un preciso assetto. E' dunque rilevabile

³⁸⁹ L'attività illecita di sfruttamento, generalmente, tende a consentire l'impiego coatto degli immigrati clandestini in alcuni mercati illegali tipici dello Stato straniero di destinazione, quali ad esempio il mercato della prostituzione o della pedopornografia, l'attività di spaccio di sostanze stupefacenti, il lavoro forzato ed altre forme di schiavitù personale, il prelievo di organi.

³⁹⁰ Sembra opportuno sottolineare che anche alla base del fenomeno di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina può esservi un fenomeno di asservimento che nasce nel momento in cui l'immigrato assume nei confronti del trafficante un debito affinché quest'ultimo gli assicuri l'illegale trasferimento. Infatti, normalmente, il ricorso a tali forme illegali di trasferimento avviene ad opera di persone che, versando in precarie condizioni economiche nei loro Paesi d'origine, spesso non sono in grado di provvedere al pagamento monetario, e dunque, per liberarsi dall'obbligazione assunta, asservono la loro persona al trafficante. Ma nelle due forme di manifestazione del fenomeno, il rapporto trafficante-emigrante viene a differenziarsi nella fase finale del rapporto: nel caso dello *smuggling* il rapporto è infatti limitato al trasferimento, sia pure illegale, delle persone, mentre nel caso della tratta, esso prosegue anche nel Paese di destinazione, mirando i trafficanti allo sfruttamento della persona.

³⁹¹ Secondo E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 560, la tratta di esseri umani consta di tre fasi fondamentali: il reclutamento nei Paesi di origine dei migranti; il trasporto dei medesimi; il controllo e l'asservimento nel luogo di destinazione. L'A. precisa inoltre come non sia necessario che tutte queste fasi siano seguite da un unico attore, ben potendo esservi casi in cui il reclutamento di persone che cercano lavoro nei Paesi occidentali sia gestito da agenzie legali, che poi affidano il trasporto a gruppi criminali, specializzati nel valico clandestino delle frontiere, e casi in cui il reclutamento dei migranti sia effettuato da organizzazioni illecite, che poi attribuiscono il compito del trasferimento a vettori istituzionali. Le modalità realizzative del fatto possono essere, dunque, estremamente variegate.

³⁹² In G. TINEBRA – A. CENTONZE, *I flussi migratori clandestini ed il traffico internazionale di persone*, in AA. VV., *Il traffico internazionale di persone*, a cura di G. Tinebra e A. Centonze, Milano,

in materia un certo ritardo, che denuncia una sorta di iniziale distrazione del legislatore nazionale ed internazionale, in parte giustificata dalla erronea convinzione che il fenomeno appartenesse ad epoca passate e non richiedesse una precisa regolamentazione, anche sul piano definitivo. Ciò ha fatto sì che la mancanza di un consenso internazionale sulla definizione normativa di questo fenomeno è stata uno dei problemi fondamentali nella risposta alla tratta di esseri umani. E' persistita, infatti, una confusione di fondo riguardante, in particolare, la distinzione fra tratta di persone, traffico di migranti e migrazione irregolare. A livello internazionale questi problemi sono stati affrontati ed in larga misura risolti con l'adozione dei due Protocolli addizionali alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, sottoscritta a Palermo il 12 dicembre 2000, con cui, per la prima volta, si è affermata la necessità di un'azione di contrasto alla criminalità organizzata nazionale ed internazionale, fondata su una disciplina normativa armonica sul piano del diritto internazionale e sul rafforzamento delle scelte di cooperazione giudiziaria, che ha posto le basi per una visione comune del fenomeno della criminalità organizzata transnazionale.

Con tale Convenzione e con i due annessi Protocolli, sul *trafficking* (tratta di donne e minori ai fini della prostituzione) e sullo *smuggling* (traffico di clandestini) è giunto dunque a conclusione un percorso normativo lento ma inarrestabile, che ha portato all'affermazione, all'interno dell'unitario fenomeno del traffico internazionale di persone, delle due fattispecie del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e della tratta di persone.

Con specifico riferimento alla tratta di persone, la Convenzione ed, in particolare, i suoi protocolli, si caratterizzano per la esistenza di una chiara distinzione tra *trafficking* e *smuggling*, come premessa per una corretta analisi del fenomeno³⁹³. E' dunque in

Giuffrè, 2004, p. 149 e ss. è utilizzata l'espressione "traffico internazionale di persone" come sincretica di ogni forma di manifestazione del fenomeno, fondata sul trasferimento di immigrati da uno Paese ad un altro. La stessa ricomprende, dunque, tanto i casi di tratta quanto quelli di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, fra loro differenti per la situazione di sfruttamento coatto alla quale le vittime della tratta sono sottoposte.

³⁹³ Il primo protocollo denominato "*Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime*" riguarda il fenomeno del *trafficking in persons*. Esso è entrato in vigore il 25 dicembre 2003. Suo scopo è garantire la protezione degli esseri umani che subiscono coattivamente, ossia con violenza, minaccia o frode – un trasferimento presso territori diversi da quello di provenienza, finalizzato al loro successivo sfruttamento. In esso lo sforzo di armonizzazione ha avuto ad oggetto innanzitutto la necessità di definire in concreto le attività nelle quali consiste lo sfruttamento delle persone umane. La

questo contesto di larga condivisione ideale e normativa, che è stato dedicato ampio spazio ai fenomeni del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e della tratta, efficacemente distinti sia sotto l'aspetto normativo che sotto l'aspetto concettuale, con l'accoglimento delle definizioni, largamente in uso presso la dottrina di lingua inglese, di *smuggling of migrants* e di *trafficking of human beings*. Si tratta senza dubbio di un significativo passo in avanti rispetto allo stato della preesistente normativa, in cui mancava una chiara e netta differenziazione dei due fatti delittuosi, per la previsione di un obbligo internazionalmente assunto dagli Stati contraenti di penalizzazione, anche nel loro diritto interno, dei suddetti comportamenti, tenendo conto delle definizioni normative poste nei due protocolli e nella Convenzione³⁹⁴. In tal senso, la Convenzione persegue un chiaro intento di armonizzazione delle fattispecie penali in materia, consentendo di superare la pluralità di definizioni che di tali fenomeni era dato riscontrare sul piano del diritto interno, nelle legislazioni dei diversi Paesi.

In Italia la suddetta Convenzione ed i relativi protocolli sono stati ratificati con la legge n. 146 del 2006. Tuttavia, già in precedenza il legislatore nazionale, con la legge 11 agosto 2003 n. 228, aveva provveduto ad introdurre, nel nostro ordinamento, nuove misure contro la tratta di persone, con la previsione di nuove ipotesi di reato: la riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (che ha modificato l'art. 600 del c.p.)³⁹⁵;

definizione di tratta è contenuta all'art. 3 paragrafo a) laddove è precisato che per essa si intende «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'ospitare o l'accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di danaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha un'autorità su un'altra, a scopo di sfruttamento». Il secondo dei protocolli addizionali - che reca titolo "*against the smuggling of migrants by land, air and sea, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime*" - ha ad oggetto il contrasto del traffico finalizzato alla immigrazione clandestina. Tale Protocollo è entrato in vigore, per gli Stati che lo hanno ratificato, il 28 gennaio 2004. L'art. 3 prevede che con l'espressione "Traffico di migranti" si intende «il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente».

³⁹⁴ La definizione del traffico di esseri umani contenuta nell'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo, è stata ripresa dall'art. 4 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro il traffico di esseri umani, adottata il 3 maggio 2005, aperta il successivo 16 maggio, in occasione del Vertice dei Capi di Stati e di Governo svoltosi a Varsavia, alla firma degli Stati membri nonché degli Stati che hanno partecipato alla sua elaborazione e della Comunità europea.

³⁹⁵ L'art. 600 c.p., rubricato "Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù", prevede che «Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di

il reato di "tratta di persone" (art. 601 c.p.)³⁹⁶; l'acquisto o alienazione di schiavi (art. 602 c.p.)³⁹⁷; ed un nuovo sesto comma dell'art. 416 c.p., che prevede un aumento di pena per l'associazione a delinquere diretta a commettere taluno dei delitti precedentemente indicati³⁹⁸. La modifica del codice penale è stata, inoltre, accompagnata da significative disposizioni processuali che, tra l'altro, prevedono la competenza delle Direzioni Distrettuali Antimafia ed il coordinamento della Direzione Nazionale Antimafia per i delitti in precedenza indicati, nonché la possibilità di applicazione di misure di prevenzione. La citata legge riveste dunque una particolare importanza in quanto, da un lato, estende al traffico di esseri umani l'intera legislazione antimafia, inclusa la possibilità di particolari benefici ad eventuali collaboratori di giustizia, dall'altro, bilancia l'aspetto repressivo con quello sociale e di protezione delle vittime e attribuisce alle Direzioni Distrettuali Antimafia la competenza delle indagini trattandosi, generalmente, di fatti commessi dalla criminalità organizzata.

Per quel che concerne il contesto europeo, numerosa è stata la produzione normativa in materia di tratta, ciò a conferma di una generalizzata e costante preoccupazione verso il fenomeno, il cui contrasto, da tempo, costituisce una priorità.

vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona».

³⁹⁶ È utile al riguardo soffermare l'attenzione sulla nuova riformulata fattispecie di cui all'art. 601 c.p. La disposizione, nella sua versione originaria, prevedeva che chiunque commetteva tratta o comunque faceva commercio di schiavi o di persone in condizione analoga alla schiavitù era punito con la reclusione da cinque a venti anni. Attualmente questa norma prevede due fattispecie distinte: la tratta di chi si trova già in condizione di schiavitù o servitù e la costrizione o l'induzione all'ingresso o al soggiorno nel territorio dello Stato o all'uscita da questo di una persona da ridurre in condizioni di schiavitù o servitù. Nel primo caso, lo *status* di schiavo o servo è presupposto del reato, oggetto di rappresentazione dell'agente, tant'è che il reato è a dolo generico; nel secondo è il fine dell'autore della condotta, l'oggetto del dolo specifico. In entrambi i casi siamo in presenza di un reato comune, che può essere commesso da chiunque, come pure qualsiasi persona ne può essere il soggetto passivo. Il primo è un reato di evento e di danno a forma libera; il secondo un reato di pericolo a condotta vincolata. L'eventuale consenso della persona oggetto del traffico non ha efficacia scriminante, tanto che il delitto permane anche qualora l'asservimento sia successivo ad un contatto proposto dalla stessa vittima, che pure ha sostenuto le spese di viaggio. Il bene della libertà individuale, infatti, è ritenuto solo parzialmente disponibile: può essere limitato, cioè, in modo circoscritto, ma non può essere né annullato né compresso al punto da determinarne la menomazione.

³⁹⁷ L'art. 602 c.p. rubricato, "Acquisto e alienazione di schiavi", stabilisce che «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni».

³⁹⁸ L'art. 416, comma 6, c.p. dispone che «Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602, nonché dell'articolo 12, comma 3 *bis*, del T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma».

La lotta al traffico degli esseri umani si è andata sviluppando congiuntamente ad una politica europea di controllo degli ingressi e di gestione dei flussi migratori.

Quest'ultima infatti ha risentito delle iniziative adottate in sede di contrasto ai fenomeni di tratta degli esseri umani, configurando un'interfaccia necessaria rispetto alle politiche repressive del crimine organizzato transnazionale.

È necessario ricostruire le tappe salienti del percorso compiuto dagli organi dell'Unione, sino alla recente presa di posizione avvenuta ad opera della direttiva 2011/36/UE.

Benché espliciti riferimenti alla necessità di contrastare i fenomeni del traffico degli esseri umani e delle reti criminali che ne organizzano le relative attività fossero già contenuti nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (del 1990) e nella stessa Convenzione di costituzione di Europol del 1995, un primo decisivo impulso alle attività delle istituzioni comunitarie nel settore può farsi risalire al 1997, ed in particolare all'Azione comune del Consiglio per la lotta contro la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini³⁹⁹. Con tale atto, tenuto conto delle dimensioni sempre più preoccupanti assunte da tali gravi forme di criminalità organizzata internazionale, gli Stati membri si impegnavano, nel rispetto delle proprie norme costituzionali e tradizioni giuridiche, a rivedere le legislazioni nazionali al fine di considerare le attività criminali connesse a tali fenomeni come reati e a prevedere le relative sanzioni.

Con il Trattato dell'Unione Europea, firmato ad Amsterdam il 2 ottobre del 1997, entrato in vigore il 1° maggio del 1999, che ha profondamente mutato il quadro normativo nel settore della cooperazione giudiziaria, l'azione dell'Unione Europea per la lotta contro tali fenomeni, ha trovato nuovi presupposti normativi e politici per effettuare un salto di qualità e divenire più efficace ed incisiva, potendo far leva sul nuovo strumento normativo costituito dalle decisioni e dalle decisioni quadro. Tale rafforzamento è avvenuto nell'ambito di ben più ampio e consapevole obiettivo strategico che l'Unione si è data, ai fini del rafforzamento della cooperazione nel settore penale. L'art. 2 del nuovo Trattato prevede infatti tra i nuovi obiettivi dell'azione europea, il raggiungimento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto

³⁹⁹ Azione comune 97/154/Gai del Consiglio del 24 febbraio 1997.

concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima. Si tratta dunque, di un chiaro ed importante obiettivo strategico del tutto assente nel precedente Trattato, richiamato anche all'art. 29 del Titolo VI, contenente disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

La necessità di contenere l'espansione del fenomeno della tratta e di procedere al suo contrasto, ha costituito, negli anni successivi, una priorità di natura politica sempre più forte e consapevole, e ciò ha condotto all'adozione della decisione quadro del Consiglio del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta di esseri umani.

Altri due importanti interventi a livello europeo, contro tale fenomeno, sono stati poi individuati nei programmi Stop e Daphne, «il primo volto ad incidere sulle fasi del reclutamento, del viaggio, dell'approdo nel Paese di destinazione e del vero e proprio sfruttamento, il secondo volto a realizzare il reinserimento delle persone sfruttate, la tutela della loro salute fisica e psichica, la prevenzione della violenza ed il sostegno a coloro che ne sono vittime»⁴⁰⁰.

Sempre in funzione della lotta contro il traffico di esseri umani è stata adottata, infine, la direttiva 2011/36/UE⁴⁰¹. L'approccio della stessa è ispirato ad una visione globale ed integrata delle azioni da intraprendere per contrastare il fenomeno della tratta non solo nell'ambito della repressione penale, ma anche della prevenzione e della tutela delle vittime⁴⁰². Si è osservato che si tratta del primo caso in cui l'Unione europea abbia

⁴⁰⁰ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 565. In argomento cfr., anche, S. SCICCHITANO, *La tratta degli esseri umani nel contesto dei processi migratori*, in *Aff. soc. int.*, 2002, 2, pp. 107-108.

⁴⁰¹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI, Bruxelles, 29.3.2010, COM (2010)95 definitivo, 2010/0065 (COD).

⁴⁰² In proposito cfr. M.G. GIANMARINARO, *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, 1, p. 15 e ss. L'A. evidenzia come solo nel momento in cui la persona trafficata si sente assicurata e protetta è in grado di cooperare con l'autorità inquirente e di fornire informazioni utili. Inoltre la protezione sociale contribuisce senza dubbio a spezzare il circolo vizioso del traffico. L'Italia, com'è noto, si è fornita di uno strumento giuridico a tutela delle persone straniere vittime di tratta e in generale di gravi forme di sfruttamento in epoca antecedente rispetto ad altri Paesi, alle Convenzioni internazionali ed alle direttive europee che hanno introdotto specifici obblighi a carico degli Stati, si pensi ad esempio alla direttiva 2004/81/CE. L'art. 18 del d.lgs. n. 286/1998 costituisce tutt'oggi uno strumento importante non soltanto perché prevede il rilascio di un permesso di soggiorno, ma anche in quanto, prevedendo l'accesso della vittima al programma di assistenza ed integrazione sociale, ha creato il Sistema anti-tratta italiano, articolato nei singoli territori mediante interventi diversificati su più livelli. Tali interventi sono realizzati da enti sociali, pubblici e privati, e sono coordinati a livello centrale dal Dipartimento per le pari opportunità presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

adottato una prospettiva olistica al contrasto di un fenomeno criminale⁴⁰³. Molte le disposizioni di rilievo.

In primo luogo si adotta una nozione più ampia di tratta di esseri umani, sulla scorta di quella fornita dal Protocollo delle nazioni Unite e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa⁴⁰⁴.

Altra previsione importante è quella contenuta nell'art. 8, relativa al mancato esercizio dell'azione penale in favore delle vittime coinvolte in attività criminali quando siano state costrette a commettere tali azioni a causa del loro *status*⁴⁰⁵.

Ancora, sempre di primaria importanza, le disposizioni contenute nell'art. 11 relative alle misure di assistenza e di sostegno alle vittime, in particolare per quel che concerne l'obbligo per gli Stati di adottare tutte le misure necessarie per l'assistenza alle vittime non appena le autorità competenti abbiano un ragionevole motivo di ritenere che sia stato compiuto il reato di tratta ed il principio per cui il sostegno non deve essere subordinato alla collaborazione della vittima nel procedimento penale.

Particolare attenzione è poi dedicata ai minori vittime di tratta, per i quali la direttiva prevede importanti misure tanto nell'ambito dei procedimenti penali, quanto per quel che attiene alle misure di assistenza e tutela.

Rilevante è anche la disposizione contenuta nell'art. 17 che impone agli Stati membri di consentire alle vittime di tratta di avere accesso ai vigenti sistemi di risarcimento per le vittime dei reati dolosi violenti.

Infine, l'art. 18, relativo alle misure di prevenzione, dispone che gli Stati promuovano la formazione regolare dei funzionari che possono entrare in contratto con le vittime effettive o potenziali.

⁴⁰³ M.G. GIANMARINARO, *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, cit., p. 15.

⁴⁰⁴ L'art. 2 definisce la tratta di esseri umani « il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento

⁴⁰⁵ F. NICODEMI, *La tutela delle vittime della tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 2, p. 94, la quale rileva come «tale disposizione appare di non poco conto ove si pensi alle persone straniere che vivono situazioni di sfruttamento e che dunque sono esposte, in particolar modo, anche a causa della loro irregolarità sul territorio o comunque della loro vulnerabilità, alle contestazioni di illeciti penali di vario genere».

La direttiva 2011/36/UE è stata recepita in Italia con il d.lgs. 4 marzo 2014 n. 24, il quale, tuttavia, si è limitato ad apportare alcune «modifiche alla normativa previgente sotto il profilo penale, sostanziale e procedurale e relativamente alle norme volte all'assistenza alle vittime, senza tuttavia introdurre una normativa organica in linea con l'approccio olistico del legislatore europeo. Il decreto ha, inoltre, mancato di introdurre nel nostro ordinamento alcune importanti disposizioni sotto il profilo della effettiva tutela delle vittime di tratta»⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ F. NICODEMI, *La tutela delle vittime della tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, cit., p. 96.

CAPITOLO III

L'ITALIA E LA SPAGNA DI FRONTE ALLA CRISI: VERSO UNA GESTIONE NON EMERGENZIALE?

SOMMARIO: 1. Premessa. 1.1. La situazione italiana. La prima accoglienza. 1.2. (Segue): La seconda accoglienza. 2. L'immigrazione in Spagna in tempo di crisi. 2.1. La situazione di Ceuta e Melilla.

1. Premessa.

Il significativo afflusso di migranti negli Stati dell'Unione europea ha portato alla luce, soprattutto negli ultimi tempi, numerose problematiche, riguardanti «non solo la politica di gestione/controllo dell'immigrazione ma anche le dinamiche interne degli Stati membri nonché di quelli di origine e transito di tali flussi»⁴⁰⁷.

Sono sotto gli occhi di tutti, infatti, le difficoltà sperimentate dai c.d. Paesi di frontiera esterna in termini sia di impegni finanziari che capacità di accoglienza⁴⁰⁸. Su tali Paesi gravano, di fatto, specifici oneri per quanto riguarda non solo il controllo delle frontiere⁴⁰⁹, ma anche l'accoglienza dei migranti e l'esame delle eventuali domande di protezione⁴¹⁰.

L'Unione europea, a partire dall'Agenda europea per la migrazione del maggio 2015⁴¹¹, ha avviato numerose iniziative «concernenti la gestione delle frontiere, la protezione internazionale e il controllo dell'immigrazione irregolare»⁴¹².

⁴⁰⁷ Così G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 15.

⁴⁰⁸ Nel 2015, sono arrivate via mare più di 150.000 persone in Italia e più di 850.000 in Grecia.

⁴⁰⁹ Cfr. il 6° considerando del Codice Frontiere Schengen (regolamento UE n. 52/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26.6.2013, in GUUE n. L. 105 del 13.4.2006, p. 1 e ss., reperibile *online*).

⁴¹⁰ In base al c.d. "sistema Dublino" ora disciplinato dal regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, in GUUE n. L. 180 del 29 giugno 2013, p. 31 (c.d. Dublino III). Su questi aspetti v., per tutti, G. CAGGIANO, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "Paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri del Mediterraneo*, in *Gli Stranieri*, 2011, p. 45 e ss.; A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. intern.*, 2009, p. 669 e ss.; più di recente, C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, p. 701 e ss., spec. p. 723 e ss.

⁴¹¹ COM (2015) 240 del 13 maggio 2015.

⁴¹² G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, cit., p. 16.

L'intervento dell'Unione, che mantiene ben ferma la distinzione tra richiedenti asilo e migranti economici, si snoda lungo un triplo binario: accoglienza ed esame delle domande di coloro che richiedono la protezione internazionale, avvio della procedura di ricollocazione per i richiedenti ammissibili ed, infine, rimpatrio degli immigrati che non hanno alcun titolo per rimanere⁴¹³.

L'attuazione di tali iniziative, improntate al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra Stati (art. 80 TFUE), sta incontrando, tuttavia, non poche difficoltà⁴¹⁴. Gli Stati membri, infatti, respingono indiscriminatamente i migranti ed invocano la sospensione delle regole Schengen. La Commissione, dal canto suo, invoca invece il rispetto del principio della libera circolazione e del carattere temporaneo ed eccezionale del ripristino dei controlli alle frontiere interne⁴¹⁵.

1.1. La situazione italiana. La prima accoglienza.

Prima della riforma del 2015 mancava in Italia una disciplina organica delle modalità di accoglienza degli stranieri irregolari nell'immediatezza del loro arrivo in Italia.

Nonostante questo, la struttura di fondo che si desumeva dall'intricata trama normativa era, in astratto, abbastanza lineare.

Tutti gli stranieri irregolari, infatti, venivano accolti, immediatamente dopo lo sbarco, in un Centro di primo soccorso ed accoglienza (CPSA). In questa struttura doveva avvenire, nel più breve tempo possibile, l'identificazione di tutti gli stranieri e la separazione tra i richiedenti asilo ed i migranti economici: i primi venivano indirizzati in un Centro di accoglienza per i richiedenti asilo (CARA), i secondi erano invece sottoposti, ove possibile, all'immediato rimpatrio, oppure erano trattenuti in un Centro di identificazione ed espulsione (CIE); qualora poi non fossero disponibili posti in uno di tali centri, gli stessi divenivano destinatari di un ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato entro sette giorni.

⁴¹³ Sul punto v. G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio internazionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 3, p. 459 e ss.

⁴¹⁴ G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, cit., p. 16.

⁴¹⁵ Si veda, in proposito, la comunicazione Ritorno a Schengen Tabella di marcia, COM (2016) 120 del 4.3.2016, che delinea un insieme di azioni dirette a ripristinare il pieno funzionamento dello spazio Schengen.

Ciascuna di queste fasi trovava la propria fonte di regolamentazione in una diversa sede normativa. La procedura prodromica al rimpatrio dei migranti economici non richiedenti asilo era disciplinata all'interno del d.lgs. n. 286 del 1998⁴¹⁶; le procedure per la formalizzazione della domanda di protezione e le misure di prima accoglienza erano invece disciplinate dal d.lgs. n. 25 del 2008, attuativo della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, e dal d.lgs. n. 140 del 2005, attuativo della direttiva 2003/9/CE recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo.

Risultava invece del tutto carente, sotto il profilo della disciplina normativa, la fase della primissima accoglienza all'interno dei Centri di primo soccorso ed accoglienza. Tali centri venivano infatti menzionati nell'art. 23, comma 1, del D.P.R. n. 394 del 1999⁴¹⁷ e tale norma regolamentare si limitava a rinviare, per definire le modalità di gestione di tali centri, al contenuto del d.l. n. 451 del 1995 ed alla sua legge di conversione (legge n. 563 del 1995 c.d. legge Puglia).

Proprio i luoghi dove si svolgevano operazioni delicatissime, come la prima identificazione e la richiesta di protezione, erano dunque sostanzialmente sforniti di una disciplina normativa, dal momento che le uniche disposizioni ad essi dedicate si limitavano a prevedere la possibilità di istituire centri di prima assistenza ed accoglienza, senza però nulla precisare in ordine alle modalità in cui tale assistenza doveva essere erogata, e senza peraltro regolare le attività di identificazione e di registrazione delle domande di protezione che ivi venivano espletate.

Questo vuoto normativo aveva cagionato da un lato, una situazione di assoluta incertezza e, dall'altro, aveva fatto sorgere "prassi di polizia" gravemente lesive dei diritti fondamentali.

La necessità di dare attuazione a due direttive europee del 2013, unita alle forti pressioni provenienti dalle istituzioni europee affinché l'Italia predisponesse un sistema più efficace di controllo dei flussi migratori e di identificazione degli stranieri (c.d.

⁴¹⁶ L'art. 10 regola l'istituto del respingimento, l'art. 13 quello dell'espulsione amministrativa ed, infine, l'art. 14 contiene la disciplina dell'esecuzione dell'espulsione e del trattenimento nei CIE.

⁴¹⁷ L'art. 23, comma 1, D.P.R. n. 394/1999 dispone che «Le attività di accoglienza, assistenza e quelle svolte per le esigenze igienico-sanitarie connesse al soccorso dello straniero possono essere effettuate anche al di fuori dei centri di cui all'articolo 22, per il tempo strettamente necessario all'avvio dello stesso ai predetti centri o all'adozione dei provvedimenti occorrenti per l'erogazione di specifiche forme di assistenza di competenza dello Stato».

approccio *hotspots*⁴¹⁸), hanno infine condotto il legislatore ad un intervento di complessiva riscrittura del sistema di prima accoglienza.

Il d.lgs. n. 142 del 2015, entrato in vigore il 30 settembre dello stesso anno, costituisce infatti l'attuazione della direttiva 2013/33/UE, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale⁴¹⁹.

Il decreto è articolato in due Capi: il Capo I (artt. 1-24) contiene le norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, che sostituiscono il d.lgs. 140 del 2005; il Capo II (artt. 25 e 26) contiene invece le norme relative alle procedure di riconoscimento della protezione internazionale, che modificano il d.lgs. n. 25 del 2008 e quello n. 150 del 2011.

L'ambito di applicazione della nuova normativa comprende le misure relative all'accoglienza dei cittadini di Paesi terzi o degli apolidi che chiedono protezione internazionale nel territorio italiano (comprese frontiere, zone di transito, acque territoriali, navi o aeromobili italiani), e di coloro che sono soggetti alla c.d. procedura Dublino di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di asilo⁴²⁰.

⁴¹⁸ Di "*hot-spot approach*" si parla per la prima volta nella versione inglese della *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Agenda europea sulla migrazione* del 13 maggio 2015. A seguito della decisione UE 2015/1523 del 14 settembre 2015 e 2015/1601 del 22 settembre 2015 del Consiglio dell'Unione europea, che ha istituito misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, il nostro Paese ha recepito le indicazioni europee, prima mediante la predisposizione della "Roadmap italiana" del 2015, curata dal Ministero dell'Interno, poi tramite la circolare del 6 ottobre 2015, dello stesso Ministero. Per un'analitica trattazione del tema cfr. G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, cit., p. 15 e ss.

⁴¹⁹ Per una lettura ragionata del testo normativo cfr. N. MORANDI – G. SCHIAVONE, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 84 e ss.

⁴²⁰ L'art. 1 del d.lgs. 140/2015 dispone infatti che «1. Il presente decreto stabilisce le norme relative all'accoglienza dei cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e degli apolidi richiedenti protezione internazionale nel territorio nazionale, comprese le frontiere e le relative zone di transito, nonché le acque territoriali, e dei loro familiari inclusi nella domanda di protezione internazionale. 2. Le misure di accoglienza di cui al presente decreto si applicano dal momento della manifestazione della volontà di chiedere protezione internazionale. 3. Le misure di accoglienza di cui al presente decreto si applicano anche ai richiedenti protezione internazionale soggetti al procedimento previsto dal regolamento (UE) n. 604/2013, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale. 4. Il presente decreto non si applica nell'ipotesi in cui sono operative le misure di protezione temporanea, disposte ai sensi del decreto legislativo 7 aprile 2003, n. 85, recante attuazione della direttiva 2001/55/CE relativa alla concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati ed alla cooperazione in ambito comunitario».

Tali misure devono applicarsi fin dal momento di manifestazione della volontà di chiedere la protezione internazionale, e non più, come in passato, da quello di effettiva presentazione della domanda⁴²¹. Al richiedente, dopo la formalizzazione della richiesta di protezione, è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo valido per sei mesi in Italia, rinnovabile fino alla decisione e, in caso di ricorso giurisdizionale, fino a che il richiedente è autorizzato a rimanere in Italia (art. 4, comma 1). Detto permesso consente l'esercizio di attività lavorativa dopo due mesi dalla presentazione della domanda. All'atto della verbalizzazione della domanda è infine rilasciata una ricevuta che costituisce un permesso di soggiorno provvisorio (art. 4, comma 3)⁴²².

Il complessivo sistema di accoglienza, delineato dagli artt. 8 e ss. del decreto in commento, è poi articolato in tre diverse fasi, specificamente: 1) una primissima fase di soccorso, prima accoglienza ed identificazione, che si svolge all'interno dei CPSA (art. 8); 2) una fase di prima accoglienza in appositi CPA, ossia Centri governativi di prima accoglienza (nuova definizione dei CARA), in cui il richiedente formalizza la domanda di protezione internazionale (art. 9); infine, è prevista una seconda fase di accoglienza disciplinata dagli artt. 14 e ss., riguardante il richiedente che ha formalizzato la domanda e che sia privo di mezzi di sussistenza: costui verrà inviato nei centri del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR).

Il decreto legislativo regola soltanto la prima e la seconda accoglienza, mentre rispetto al primo soccorso e alla primissima assistenza, effettuata in funzione

⁴²¹ Il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 26 del d.lgs. n. 25 del 2008 prevede infatti che «Il verbale di cui al comma 2 è redatto entro tre giorni lavorativi dalla manifestazione della volontà di chiedere la protezione ovvero entro sei giorni lavorativi nel caso in cui la volontà è manifestata all'Ufficio di polizia di frontiera. I termini sono prorogati di dieci giorni lavorativi in presenza di un elevato numero di domande in conseguenza di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti».

⁴²² L'art. 4 d.lgs. n. 142/2014, rubricato "Documentazione", dispone che «1. Al richiedente è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo valido nel territorio nazionale per sei mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda o comunque per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 19, commi 4 e 5, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150. 2. In caso di trattenimento ai sensi dell'articolo 6, la questura rilascia al richiedente un attestato nominativo, che certifica la sua qualità di richiedente protezione internazionale. L'attestato non certifica l'identità del richiedente. 3. La ricevuta attestante la presentazione della richiesta di protezione internazionale rilasciata contestualmente alla verbalizzazione della domanda ai sensi dell'articolo 26, comma 2 *bis*, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, come introdotto dal presente decreto, costituisce permesso di soggiorno provvisorio. 4. L'accesso alle misure di accoglienza e il rilascio del permesso di soggiorno di cui al comma 1, non sono subordinati alla sussistenza di requisiti ulteriori rispetto a quelli espressamente richiesti dal presente decreto. 5. La questura può fornire al richiedente un documento di viaggio ai sensi dell'articolo 21 della legge 21 novembre 1967, n. 1185, quando sussistono gravi ragioni umanitarie che ne rendono necessaria la presenza in un altro Stato».

dell'identificazione e della manifestazione di volontà dello straniero arrivato in Italia, esso si limita a rimandare alla lacunosa legge Puglia, istitutiva dei predetti CPSA⁴²³.

Detta legge si è peraltro già rivelata del tutto inadeguata nel disciplinare i Centri di primo soccorso ed accoglienza, nella prassi divenuti dei veri e propri Centri di trattenimento⁴²⁴ dove detenere migranti e richiedenti asilo in assenza di alcun provvedimento formale, né di una convalida giudiziaria, dunque in palese violazione delle tutele di cui agli artt. 13 e ss. Cost.⁴²⁵. Data la gravità della situazione, la questione è stata portata all'attenzione della Corte EDU⁴²⁶ la quale, con la sentenza *Khlaifia e al.*

⁴²³ L'art. 8, comma 2, d.lgs. 142/2015 si limita infatti a stabilire che «le funzioni di soccorso e prima accoglienza, nonché di identificazione continuano ad essere svolte nelle strutture allestite ai sensi del d.l. n. 451 del 1995, convertito nella legge n. 563 del 1995». Sul punto v. F.V. VIRZÌ, *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 125, nota 14, il quale sottolinea come nell'iniziale schema di decreto nessun riferimento fosse stato fatto ai Centri di primo soccorso e assistenza di cui alla l. n. 563 del 1995 ed anzi solo in recepimento delle indicazioni della Conferenza unificata il legislatore ha deciso di introdurre la norma di cornice richiamata e di accennare ai CPSA (cfr. Repertorio Atti n. 63/CU del 16.7.2015).

⁴²⁴ È il caso del CPSA di Lampedusa. In proposito cfr. le osservazioni della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, istituita dal Senato della Repubblica italiana nel “Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia” del 6.3.2012 reperibile sul sito web del Senato: «L'accoglienza nel centro di Lampedusa dovrebbe essere limitata al tempo strettamente necessario per stabilire l'identità del migrante e la legittimità della sua permanenza sul territorio o per disporre l'allontanamento. In realtà, come denunciato dall'UNHCR e da diverse organizzazioni che operano sul campo, i tempi di permanenza si sono prolungati anche per più di venti giorni senza che siano stati adottati provvedimenti formali riguardanti lo status giuridico delle persone trattenute. Il trattenimento prolungato, l'impossibilità di comunicare con l'esterno, la mancanza di libertà di movimento senza alcun presupposto giuridico o amministrativo che preveda tali restrizioni ai migranti hanno provocato un clima di tensione molto alta, spesso sfociata in episodi di protesta e di autolesionismo. Sulla legittimità di tale situazione si sono succeduti in questi mesi numerosi appelli da parte delle organizzazioni che lavorano sull'isola» (p. 114 e ss.). Sul trattamento dello straniero nel periodo intercorrente tra l'arrivo sul territorio italiano e l'inizio delle procedure di identificazione cfr. L. MASERA, *Il “caso Lampedusa”: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2014, 1, p. 83; M. BORRACETTI, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, 2, p. 13 e ss.; nonché A. NATALE, *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso Lampedusa*, in *Quest. giust.*, 2013, 5, p. 181 e ss.

⁴²⁵ Sulla pacifica applicabilità dell'art. 13 Cost. non solo ai cittadini, ma anche agli stranieri, regolari e irregolari, cfr. per tutti Corte Cost., 22 marzo 2001, n. 105, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui non «potrebbe dirsi che le garanzie dell'art. 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

⁴²⁶ Il ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stato presentato da tre cittadini tunisini che, nel settembre 2011, erano stati trattenuti per alcuni giorni nel Centro di Lampedusa ed in seguito in alcune navi attraccate nel porto di Palermo, prima di essere rimpatriati all'esito di una procedura sommaria di riconoscimento della loro nazionalità da parte del Console tunisino. I ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 3 CEDU, per i trattamenti inumani e degradanti cui erano stati sottoposti nel Centro e sulle navi; dell'art. 5, in ragione della detenzione di fatto cui erano stati sottoposti da parte delle forze di

c. Italia⁴²⁷, ha condannato l'Italia stabilendo che il trattenimento degli stranieri irregolari in strutture chiuse come quello che si è praticato per anni a Lampedusa, anche se disposto nell'immediatezza dei soccorsi ed in una situazione di massiccio afflusso di stranieri sul territorio dello Stato, configura una detenzione di fatto, priva di base legale, in contrasto con l'art. 5 CEDU. Proprio in relazione alla necessità che quando è in gioco la libertà personale sia la legge a fissare con chiarezza limiti e presupposti della misura coercitiva, la Corte ha affermato che *«lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté, il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Par conséquent, il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de «légalité» fixé par la Convention»*. La Corte ha inoltre evidenziato come la legge italiana non preveda espressamente la possibilità di trattenere i migranti irregolari all'interno dei CPSA, l'unica norma pertinente restando l'art. 14 d.lgs. n. 286 del 1998, che tuttavia si riferisce solo alla detenzione amministrativa nei CIE e risponde a finalità del tutto diverse. La privazione di libertà subita dai ricorrenti risulterebbe dunque priva di base legale secondo il diritto interno, e pertanto sarebbe priva di uno dei requisiti essenziali imposti dall'art. 5 CEDU⁴²⁸.

polizia senza alcuna base legale (art. 5, §1), senza controllo giurisdizionale (art. 5, §4), e senza che fosse loro fornita alcuna informazione circa le ragioni della detenzione (art. 5, §2); dell'art. 4 Prot. 4, in ragione della natura collettiva del rimpatrio cui erano stati sottoposti in ragione della loro nazionalità; e dell'art. 13, in ragione della mancanza della possibilità di un ricorso effettivo avverso la detenzione ed il rimpatrio.

⁴²⁷ Corte EDU, Sez. II, 1 settembre 2015, Khlaifia, ric. n. 16483/12.

⁴²⁸ In particolare, due sono i passaggi della motivazione che meritano di essere segnalati. La Corte innanzitutto afferma che ogni forma di privazione della libertà, anche dello straniero irregolare, deve avvenire nel più rigoroso rispetto dei requisiti fissati dall'art. 5 CEDU: base legale, informazione, controllo giurisdizionale, ed a nulla rileva la circostanza che la struttura in cui lo straniero si trovava fosse formalmente un centro di accoglienza e non un centro di detenzione, come altrettanto priva di valore è la circostanza che l'autorità di polizia si trovasse ad affrontare una situazione di emergenza. Quanto poi agli elementi che giustificano la qualificazione di una espulsione come collettiva, e dunque contraria all'art. 4 Prot. 4, la Corte precisa che «la semplice identificazione non basta ad escludere una espulsione collettiva», essendo necessario che l'espellendo abbia avuto la possibilità di esporre la propria specifica situazione in un colloquio individuale. Il giudizio espresso dalla seconda sezione è stato però parzialmente riformato dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo. In proposito cfr. Corte E.D.U., Grande Camera, sent. 15 dicembre 2016, Khlaifia e altri c. Italia, in www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2016, con nota di A. GILIBERTO, *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*. La sentenza del 1° settembre 2015, infatti, aveva accolto integralmente le censure concernenti le violazioni dell'art. 5, §§ 1, 2 e 4, CEDU; aveva accolto in parte quelle relative alle violazioni dell'art. 3 CEDU; e accolto integralmente quelle fondate sull'art. 4, prot. 4, CEDU, aspetto quest'ultimo particolarmente rilevante stante l'esiguo numero di pronunce in materia. La Corte, infine, aveva attribuito ai ricorrenti un

L’emanazione del d.lgs. n. 142/2015 non ha dunque costituito l’occasione per il legislatore italiano di finalmente disciplinare una grave lacuna. Questa totale mancanza di disciplina legislativa avrebbe come inevitabile effetto quello di fare dei CPSA una sorta di “zona franca”, la cui concreta gestione è interamente affidata alla discrezionalità amministrativa. Tale scelta apparirebbe ancora più censurabile, dal momento che la norma di nuovo conio espressamente riconosce che nei CPSA non si svolgono soltanto funzioni di primo soccorso, ma anche di identificazione, e che proprio al fine di rendere effettiva l’attività identificativa, considerata centrale nella prospettiva di adeguamento del sistema complessivo di accoglienza alle sollecitazioni delle istituzioni europee, un recente documento programmatico del Governo preveda che i luoghi dove avviene la prima identificazione siano strutture chiuse, dalle quali lo straniero non è autorizzato ad uscire.

In linea con l’Agenda europea sulle immigrazioni, l’Italia ha infatti adottato un nuovo approccio *hotspot* che sostituisce i CPSA con aree di sbarco attrezzate allestite per l’espletamento di operazioni di *screening* sanitario, pre-identificazione, registrazione e fotosegnalamento. Si tratta di un piano volto a canalizzare gli arrivi via mare in una serie di porti di sbarco selezionati⁴²⁹ dove vengono effettuate tutte le procedure previste per lo smistamento dei migranti.

Il metodo non è stato formalizzato in atti europei vincolanti e viene descritto in termini vaghi nell’Agenda. La Commissione ha fornito specificazioni in una nota esplicativa e nell’allegato alla comunicazione del 23 settembre 2015⁴³⁰ con cui si è dato seguito all’Agenda⁴³¹.

In Italia la “Roadmap italiana” del 28 settembre 2015, cui ha fatto seguito la circolare del 6 ottobre 2015 del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’Interno, definisce chiaramente gli *hotspots* come centri chiusi; è previsto inoltre, secondo quanto dispone la circolare del Ministero dell’Interno, che in tali centri

rilevante risarcimento del danno, la cui proporzionalità era stata fatta specifico oggetto di una delle opinioni dissenzianti allegate alla pronuncia. La Grande Camera ha confermato la sussistenza delle violazioni dell’art. 5 CEDU e dell’art. 13 CEDU in relazione all’art. 3, escludendo però la violazione sia dell’art. 3 CEDU, sia dell’art. 4, prot. 4, CEDU.

⁴²⁹ A settembre 2015, quattro porti sono individuati come *hotspots*: Pozzallo, Porto Empedocle, Trapani e Lampedusa, CPSA con una capacità ciascuno di 1.500 posti; entro fine 2015 si prevede poi l’apertura di altre due aree, Augusta e Taranto, sicché la capacità complessiva degli *hotspots* dovrebbe raggiungere oltre 2.500 posti entro fine 2015 (cfr. la “Roadmap italiana” pubblicata dal Ministero dell’Interno il 28 settembre 2015 p. 6).

⁴³⁰ Comunicazione COM (2015) 490 def., Allegato 2, del 23.9.2015.

⁴³¹ G. MORGESE, *Recenti iniziative dell’Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, cit., p. 19.

dovranno essere indirizzati gli sbarchi dei migranti affinché possano essere garantite, nell'arco di 28/48 ore, le operazioni di *screening* sanitario, pre-identificazione, registrazione e foto-segnalamento per ingresso illegale (categoria Eurodac 2).

Il Governo quindi prevede la possibilità che lo straniero sia privato della libertà personale, almeno per il tempo necessario all'espletamento degli incombenzi indicati, senza che tuttavia vi sia alcuna norma di legge che dia base legale a tale privazione della libertà, né si precisi se e a quale autorità giudiziaria essa debba essere comunicata, ai fini dell'eventuale convalida, in evidente violazione delle garanzie di cui agli artt. 13 Cost. e 5 CEDU.

Le procedure che devono poi essere attuate in questi *hotspots* sono le seguenti: 1) sottoposizione a *screening* medico, al fine di accertare problemi sanitari di immediata evidenza; 2) sottoposizione alla procedura di pre-identificazione, consistente in interviste ad opera di funzionari degli uffici immigrazione, per la compilazione del c.d. "foglio notizie" contenente le generalità della persona, le informazioni di base, la sua fotografia, nonché l'indicazione della volontà o meno di richiedere la protezione internazionale; individuazione delle persone che potrebbero rientrare nella procedura di ricollocazione⁴³²; 3) sottoposizione ad interviste di carattere investigativo o di intelligence ad opera di funzionari di polizia investigativa, di Frontex ed Europol nei confronti di coloro che, sulla base delle prime risultanze, si presume possano fornire indicazioni utili; 4) separazione, dopo la pre-identificazione, delle persone che vengono segnalate come CAT 1 (richiedenti asilo, anche ricollocabili, che saranno inviati per la formalizzazione della domanda negli "*hubs* regionali", ossia i CPA), o CAT 2 (le persone in posizione irregolare che non richiedono protezione, destinate ad essere trasferite nei CIE in vista del rimpatrio).

Il d.lgs. n. 142 del 2015 ricostruisce dunque il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo, distinguendo tra prima e seconda accoglienza, a partire dal momento in cui viene manifestata tale volontà. È evidente quindi che il diritto ad essere correttamente e tempestivamente informati circa tale possibilità rappresenta un momento cruciale per il destino del migrante, fin dall'arrivo negli *hotspot*-CPSA in quanto è già in questi Centri

⁴³² La c.d. *relocation* consente il trasferimento dall'Italia (ma anche dalla Grecia e dall'Ungheria) verso altri Stati membri delle persone in evidente necessità di protezione internazionale, appartenenti a quelle nazionalità che hanno ottenuto un tasso di accoglimento delle domande di protezione pari o superiore al 75%, secondo i dati Eurostat.

che si procede ad una prima selezione tra richiedenti protezione e migranti economici, con immediato invio dei primi alle strutture di prima accoglienza e dei secondi alle procedure di rimpatrio, previo eventuale trattenimento nei CIE. Ovviamente anche il trattenuto in uno dei Centri di identificazione ed espulsione potrà poi formulare richiesta di asilo, ma in condizioni di restrizione della sua libertà e con cadenze procedurali differenti, come disciplinate agli artt. 6⁴³³ e 7⁴³⁴ del d.lgs. n. 142/2015.

⁴³³ L'art. 6 d.lgs. n. 142/2015, rubricato "Trattenimento" prevede che: «1. Il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda. 2. Il richiedente è trattenuto, ove possibile in appositi spazi, nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sulla base di una valutazione caso per caso, quando: a) si trova nelle condizioni previste dall'articolo 1, paragrafo F della Convenzione relativa allo *status* di rifugiato, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata con la legge 24 luglio 1954, n. 722, e modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, ratificato con la legge 14 febbraio 1970, n. 95; b) si trova nelle condizioni di cui all'art. 13, commi 1 e 2, lettera c), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e nei casi di cui all'art. 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155; c) costituisce un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica. Nella valutazione della pericolosità si tiene conto di eventuali condanne, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti indicati dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti agli stupefacenti, alla libertà sessuale, al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; d) sussiste rischio di fuga del richiedente. La valutazione sulla sussistenza del rischio di fuga è effettuata, caso per caso, quando il richiedente ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione ovvero non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti di cui all'articolo 13, commi 5, 5.2 e 13, nonché all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. 3. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, il richiedente che si trova in un centro di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di espulsione ai sensi degli articoli 13 e 14 del medesimo decreto legislativo, rimane nel centro quando vi sono fondati motivi per ritenere che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione. 4. Lo straniero trattenuto nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, riceve, a cura del gestore, le informazioni sulla possibilità di richiedere protezione internazionale. Al richiedente trattenuto nei medesimi centri sono fornite le informazioni di cui all'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, con la consegna dell'opuscolo informativo previsto dal medesimo articolo 10. 5. Il provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda ai sensi dell'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento. 7. Il richiedente trattenuto ai sensi dei commi 2 e 3 che presenta ricorso giurisdizionale avverso la decisione di rigetto della Commissione territoriale ai sensi dell'articolo 19 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, e successive modificazioni, rimane nel centro fino all'adozione del provvedimento di cui agli articoli 5 e 19, comma 5, del medesimo decreto legislativo, nonché per tutto il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale in conseguenza del ricorso giurisdizionale proposto. 8. Ai fini di cui al comma 7, il questore chiede la proroga del trattenimento in corso per periodi ulteriori non superiori a sessanta giorni di volta in volta prorogabili da parte del tribunale in composizione monocratica, finché permangono le condizioni di cui al comma 7. In ogni caso, la durata massima del trattenimento ai sensi dei commi 5 e 7 non può superare complessivamente dodici mesi. 9. Il trattenimento è mantenuto soltanto finché sussistono i motivi di cui ai commi 2, 3 e 7. In ogni caso, nei confronti del richiedente trattenuto che chiede di essere rimpatriato nel Paese di origine o provenienza è immediatamente adottato o eseguito il provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera ai sensi dell'articolo 13, commi 4 e 5 *bis*, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. La richiesta di rimpatrio equivale a ritiro della domanda di protezione

Il diritto del migrante ad essere informato circa la possibilità di chiedere la protezione internazionale riveste dunque una importanza decisiva nell'implementazione di un sistema di primo soccorso ed accoglienza che sia conforme ai diritti fondamentali, ed è del resto riconosciuto da un insieme di norme europee⁴³⁵ e nazionali⁴³⁶, oltre che dalla giurisprudenza di legittimità⁴³⁷.

internazionale. 10. Nel caso in cui il richiedente è destinatario di un provvedimento di espulsione da eseguirsi con le modalità di cui all'articolo 13, commi 5 e 5.2, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, il termine per la partenza volontaria fissato ai sensi del medesimo articolo 13, comma 5, è sospeso per il tempo occorrente all'esame della domanda. In tal caso il richiedente ha accesso alle misure di accoglienza previste dal presente decreto in presenza dei requisiti di cui all'articolo 14». Per una dettagliata analisi della disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo, così come modificata dal d.lgs. n. 142/2015, cfr. G. SAVIO, *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 142 e ss.

⁴³⁴ L'art. 7 d.lgs. n. 142/2015, rubricato "Condizioni di trattenimento", dispone che «1. Il richiedente è trattenuto nei centri di cui all'art. 6 con modalità che assicurano la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità, secondo le disposizioni di cui agli articoli 14 del testo unico e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, e successive modificazioni. È assicurata in ogni caso alle richiedenti una sistemazione separata, nonché il rispetto delle differenze di genere. Ove possibile, preservata l'unità del nucleo familiare. È assicurata la fruibilità di spazi all'aria aperta. 2. È consentito l'accesso ai centri di cui all'articolo 6, nonché la libertà di colloquio con i richiedenti ai rappresentanti dell'UNHCR o alle organizzazioni che operano per conto dell'UNHCR in base ad accordi con la medesima organizzazione, ai familiari, agli avvocati dei richiedenti, ai rappresentanti degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore, ai ministri di culto, nonché agli altri soggetti indicati nelle direttive del Ministro dell'interno adottate ai sensi dell'articolo 21, comma 8, del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, con le modalità specificate con le medesime direttive. 3. Per motivi di sicurezza, ordine pubblico, o comunque per ragioni connesse alla corretta gestione amministrativa dei centri di cui all'articolo 6, l'accesso ai centri può essere limitato, purché non impedito completamente, secondo le direttive di cui al comma 2. 4. Il richiedente è informato delle regole vigenti nel centro nonché dei suoi diritti ed obblighi nella prima lingua da lui indicata o in una lingua che ragionevolmente si suppone che comprenda ai sensi dell'articolo 10, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni. 5. Non possono essere trattenuti nei centri di cui all'articolo 6 i richiedenti le cui condizioni di salute sono incompatibili con il trattenimento. Nell'ambito dei servizi socio-sanitari garantiti nei centri è assicurata anche la verifica periodica della sussistenza di condizioni di vulnerabilità che richiedono misure di assistenza particolari».

⁴³⁵ Il Considerando 26 della direttiva 2013/32/UE evidenzia l'opportunità di formare i pubblici ufficiali incaricati della sorveglianza alle frontiere affinché siano in grado di fornire le pertinenti informazioni a chi manifesta la volontà di presentare domanda di protezione, ed anche di «riconoscere e trattare le domande di protezione», mentre il Considerando 28 sottolinea l'opportunità «che sia garantita, con appositi servizi di interpretazione, la comunicazione di base necessaria per consentire alle autorità competenti di comprendere se le persone interessate dichiarino l'intenzione di chiedere protezione internazionale». L'art. 8 della direttiva citata sancisce poi l'obbligo di fornire informazioni, anche solo in presenza di indicazioni «che cittadini di paesi terzi o apolidi tenuti in centri di trattenimento o presenti ai valichi di frontiera, comprese le zone di transito a frontiere esterne, desiderino presentare una domanda di protezione internazionale».

⁴³⁶ L'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 25/2008, stabilisce che «all'atto della presentazione della domanda l'ufficio di polizia competente a riceverla informa il richiedente della procedura da seguire, dei suoi diritti e doveri durante il procedimento e dei tempi e mezzi a sua disposizione per corredare la domanda degli elementi utili all'esame; a tale fine consegna al richiedente l'opuscolo informativo di cui al comma 2». Tale norma è stata integrata dall'inserimento dell'articolo 10 *bis* (ad opera del d.lgs. n. 142/2015) secondo cui «le informazioni di cui all'articolo 10, comma 1, sono fornite allo straniero che manifesta la volontà di chiedere protezione internazionale ai valichi di frontiera e nelle relative zone di transito nell'ambito dei servizi di accoglienza previsti dall'articolo 11, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286». Tale precisazione risulta essere quanto mai opportuna poiché impone l'obbligo di informazione non solo

Sempre con riferimento al nuovo sistema *hotspots* si deve poi mettere in rilievo un ulteriore aspetto problematico relativo all'utilizzo dei mezzi di coercizione fisica per il rilevamento delle impronte digitali.

Come è noto l'art. 9 del Regolamento UE n. 603/2013, che istituisce l'EURODAC per il confronto delle impronte digitali, obbliga ciascuno Stato membro a procedere al rilevamento delle impronte digitali di tutte le dita di ogni richiedente protezione internazionale di età superiore a quattordici anni, ed a trasmettere tali dati al sistema centrale non appena possibile e in ogni caso entro 72 ore dalla presentazione della domanda di protezione. Analogo obbligo è prescritto dall'art. 14 nei confronti dello straniero fermato in relazione all'attraversamento irregolare di una frontiera esterna. Il rilevamento di tali impronte avviene nei Centri di primo soccorso ed accoglienza.

Orbene è lecito chiedersi se, e soprattutto in che misura, le forze di polizia possano ricorrere a mezzi di coercizione fisica per il rilevamento delle impronte digitali nei confronti di persone che oppongono resistenza passiva.

Il nostro ordinamento non dispone infatti di una disciplina chiara a questo proposito. L'unico appiglio può forse rinvenirsi nell'art. 349 c.p.p. che consente alla polizia giudiziaria che procede alla identificazione delle persone sottoposte ad indagini l'effettuazione di rilievi dattiloscopici, fotografici, antropometrici. La stessa norma dispone inoltre che, qualora detti accertamenti comportino il prelievo di capelli o saliva e manchi il consenso dell'interessato, si deve procedere al prelievo coattivo nel rispetto della dignità della persona e previa autorizzazione del pubblico ministero. Sarebbe

all'atto della presentazione della domanda di protezione, ma a fronte della mera manifestazione di volontà che può avvenire al di fuori di formule sacramentali; e ciò in coerenza con la previsione per cui è considerato richiedente protezione internazionale chiunque abbia in qualsiasi forma manifestato la volontà di chiederla (art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 142/2015).

⁴³⁷ Cfr. in particolare, in epoca anteriore al d.lgs. n. 142/2015, Cass. civ., Sez. VI, 25 marzo 2015, ord. n. 5926, in *DeJure*, secondo cui «se deve per un verso negarsi che le norme nazionali prevedano espressamente il dovere d'informazione ai valichi di frontiera invocato dal ricorrente, o che sia nella specie direttamente applicabile la previsione di tale dovere contenuta nel richiamato art. 8 della direttiva 2013/32/UE, non può tuttavia continuare ad escludersi che il medesimo dovere sia necessariamente enucleabile in via interpretativa facendo applicazione di regole ermeneutiche pacificamente riconosciute, quali quelle dell'interpretazione conforme alle direttive Europee in corso di recepimento e dell'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto delle norme interposte della CEDU, come a loro volta interpretate dalla giurisprudenza dell'apposita corte sovranazionale. Ed invero nessun ostacolo testuale alla configurazione di un dovere d'informazione sulle procedure da seguire per ottenere il riconoscimento della protezione internazionale, come delineato dal richiamato art. 8 della direttiva 2013/32/UE, conforme alle indicazioni della giurisprudenza CEDU, è dato scorgere nella normativa nazionale, e in particolare nel d.lgs. n. 25 del 2008, art. 3, comma 2, art. 6, comma 1, e art. 26, comma 1, o nel D.P.R. n. 303 del 2004, art. 2, comma 1, che specificamente fanno riferimento alla presentazione delle domande di protezione internazionale all'ingresso nel territorio nazionale».

tuttavia arduo sostenere l'estensione analogica di una norma che, come quella in esame, incide su diritti fondamentali dell'individuo⁴³⁸. Quando, come in questo caso, entrano in gioco i beni essenziali tutelati dall'art. 13 Cost., dovrebbe essere il legislatore a farsi carico dell'onere di stabilire in maniera chiara i limiti dell'intervento coercitivo, nel rispetto delle garanzie di legalità e giurisdizione previste dalla norma costituzionale.

Non sembrerebbe invece presentare alcuna criticità la fase di prima accoglienza successiva alla presentazione della domanda di protezione.

L'art. 9, comma 1 del d.lgs. n. 142/2015⁴³⁹ prevede infatti che per le esigenze di prima accoglienza e per l'espletamento delle procedure necessarie alla definizione della posizione giuridica, lo straniero viene accolto in appositi centri governativi i.c.d. Centri di prima accoglienza che sono istituiti con decreto del Ministero dell'Interno. La gestione di tali centri è affidata ad enti locali, enti pubblici o privati che operano nel

⁴³⁸ La Corte costituzionale del resto già nel 1962, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 4 T.U.L.P.S. nella parte in cui consentiva all'autorità di pubblica sicurezza l'effettuazione di rilievi segnaletici comportanti ispezioni corporali nei confronti delle persone sospette o pericolose che si rifiutassero di provare la loro identità, aveva evidenziato come l'individuazione delle misure coercitive consentite per procedere all'identificazione «spetta unicamente al legislatore, il quale, avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, potrà formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13».

⁴³⁹ L'art. 9 d.lgs. n. 142/2015, rubricato "Misure di prima accoglienza", prevede che: «1. Per le esigenze di prima accoglienza e per l'espletamento delle operazioni necessarie alla definizione della posizione giuridica, lo straniero è accolto nei centri governativi di prima accoglienza istituiti con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, secondo la programmazione e i criteri individuati dal Tavolo di coordinamento nazionale e dai Tavoli di coordinamento regionale ai sensi dell'articolo 16. 2. La gestione dei centri di cui al comma 1 può essere affidata ad enti locali, anche associati, alle unioni o consorzi di comuni, ad enti pubblici o privati che operano nel settore dell'assistenza ai richiedenti asilo o agli immigrati o nel settore dell'assistenza sociale, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici. 3. Le strutture allestite ai sensi del decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, possono essere destinate, con decreto del Ministro dell'interno, alle finalità di cui al presente articolo. I centri di accoglienza per richiedenti asilo già istituiti alla data di entrata in vigore del presente decreto svolgono le funzioni di cui al presente articolo. 4. Il prefetto, sentito il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, invia il richiedente nelle strutture di cui al comma 1. Il richiedente è accolto per il tempo necessario, all'espletamento delle operazioni di identificazione, ove non completate precedentemente, alla verbalizzazione della domanda ed all'avvio della procedura di esame della medesima domanda, nonché all'accertamento delle condizioni di salute diretto anche a verificare, fin dal momento dell'ingresso nelle strutture di accoglienza, la sussistenza di situazioni di vulnerabilità ai fini di cui all'articolo 17, comma 3. 5. Espletate le operazioni e gli adempimenti di cui al comma 4, il richiedente che ne faccia richiesta, anche in pendenza dell'esame della domanda, in presenza dei presupposti di cui all'articolo 15, è trasferito nelle strutture di cui all'articolo 14, individuate anche tenendo conto delle particolari esigenze del richiedente di cui all'articolo 17. In caso di temporanea indisponibilità di posti nelle strutture di cui all'articolo 14, il richiedente rimane nei centri di cui al presente articolo, per il tempo strettamente necessario al trasferimento. Il richiedente portatore delle particolari esigenze di cui all'articolo 17 è trasferito in via prioritaria nelle strutture di cui all'articolo 14».

settore dell'assistenza ad immigrati e richiedenti asilo, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici. Anche le strutture di cui alla c.d. "Legge Puglia" possono peraltro, previo decreto del Ministro dell'Interno, essere destinate alle medesime finalità. Nei CPA il richiedente protezione internazionale è avviato dal prefetto ed accolto per il tempo necessario al completamento delle procedure di identificazione (già iniziate comunque nei CPSA), alla verbalizzazione della domanda di protezione ed all'avvio della procedura di esame della domanda stessa. Contestualmente, si procede all'accertamento delle condizioni di salute del richiedente, anche al fine di verificare la sussistenza di situazioni di vulnerabilità. Espletate tali formalità, il richiedente che sia privo di mezzi di sussistenza e ne faccia richiesta, è avviato alle strutture di seconda accoglienza: il c.d. sistema SPRAR.

L'articolo 10⁴⁴⁰ disciplina poi le modalità di accoglienza all'interno dei CPA e prevede che sono innanzitutto assicurati il rispetto della sfera privata, delle esigenze connesse all'età, la tutela della salute fisica e mentale dei richiedenti la protezione e l'unità dei nuclei familiari. È previsto inoltre che sia consentita l'uscita dal centro nelle ore diurne, con obbligo di rientro in quelle notturne, e che lo straniero possa chiedere al prefetto un permesso temporaneo di allontanamento per periodi maggiori, con obbligo di motivazione dell'eventuale diniego. Infine, viene assicurata agli stranieri la facoltà di comunicare con i rappresentanti dell'UNHCR, degli enti di tutela, dei ministri di culto, con avvocati e familiari.

⁴⁴⁰ L'art. 10 d.lgs. n. 142/2015, rubricato "Modalità di accoglienza", dispone che: « 1. Nei centri di cui all'articolo 9, comma 1, sono assicurati il rispetto della sfera privata, comprese le differenze di genere, delle esigenze connesse all'età, la tutela della salute fisica e mentale dei richiedenti, l'unità dei nuclei familiari composti da coniugi e da parenti entro il primo grado, l'apprestamento delle misure necessarie per le persone portatrici di particolari esigenze ai sensi dell'articolo 17. Sono adottate misure idonee a prevenire ogni forma di violenza e a garantire la sicurezza e la protezione dei richiedenti. 2. E' consentita l'uscita dal centro nelle ore diurne secondo le modalità indicate nel regolamento di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, con obbligo di rientro nelle ore notturne. Il richiedente può chiedere al prefetto un permesso temporaneo di allontanamento dal centro per un periodo di tempo diverso o superiore a quello di uscita, per rilevanti motivi personali o per motivi attinenti all'esame della domanda. Il provvedimento di diniego sulla richiesta di autorizzazione all'allontanamento è motivato e comunicato all'interessato ai sensi dell'articolo 10, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni. 3. E' assicurata la facoltà di comunicare con i rappresentanti dell'UNHCR, degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore, con i ministri di culto, nonché con gli avvocati e i familiari dei richiedenti. 4. E' assicurato l'accesso ai centri dei soggetti di cui all'articolo 7, comma 2, nonché degli altri soggetti previsti dal regolamento di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, fatte salve le limitazioni giustificate dalla necessità di garantire la sicurezza dei locali e dei richiedenti presenti nel centro. 5. Il personale che opera nei centri è adeguatamente formato ed ha l'obbligo di riservatezza sui dati e sulle informazioni riguardanti i richiedenti presenti nel centro».

L'articolo 11⁴⁴¹ prevede inoltre che nel caso in cui sia temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno dei CPA o degli SPRAR, a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di immigrati, l'accoglienza può essere disposta dal prefetto nei CAS, ossia nei Centri di accoglienza straordinaria appositamente allestiti. La permanenza in tali Centri deve essere però limitata al tempo strettamente necessario al trasferimento nelle strutture di cui sopra.

Quanto alle condizioni materiali di accoglienza, l'art. 12⁴⁴² prevede che il Ministro dell'Interno adotti con decreto lo schema di capitolo di gara d'appalto per la fornitura dei beni e dei servizi in tutte le diverse categorie di centri, in modo da assicurare livelli di accoglienza uniformi nel territorio nazionale, in relazione alle peculiarità di ciascuna tipologia di centro.

L'allontanamento ingiustificato dal centro comporta infine, ai sensi dell'art. 13⁴⁴³, la revoca delle condizioni di accoglienza. Anche i CPA, dunque, come i CARA che vanno

⁴⁴¹ L'art. 11 d.lgs. n. 142/2015, rubricato "Misure straordinarie di accoglienza", stabilisce che: «1. Nel caso in cui è temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno delle strutture di cui agli articoli 9 e 14, a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti, l'accoglienza può essere disposta dal prefetto, sentito il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, in strutture temporanee, appositamente allestite, previa valutazione delle condizioni di salute del richiedente, anche al fine di accertare la sussistenza di esigenze particolari di accoglienza. 2. Le strutture di cui al comma 1 soddisfano le esigenze essenziali di accoglienza nel rispetto dei principi di cui all'articolo 10, comma 1, e sono individuate dalle prefetture-uffici territoriali del Governo, sentito l'ente locale nel cui territorio è situata la struttura, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici. E' consentito, nei casi di estrema urgenza, il ricorso alle procedure di affidamento diretto ai sensi del decreto legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle relative norme di attuazione. 3. L'accoglienza nelle strutture di cui al comma 1 è limitata al tempo strettamente necessario al trasferimento del richiedente nelle strutture di cui all'articolo 9 ovvero nelle strutture di cui all'articolo 14. 4. Le operazioni di identificazione e verbalizzazione della domanda sono espletate presso la questura più vicina al luogo di accoglienza».

⁴⁴² L'art. 12 d.lgs. n. 142/2015, rubricato "Condizioni materiali di accoglienza", statuisce che: «1. Con decreto del Ministro dell'interno è adottato lo schema di capitolato di gara d'appalto per la fornitura dei beni e dei servizi relativi al funzionamento dei centri di cui agli articoli 6, 8, comma 2, 9 e 11, in modo da assicurare livelli di accoglienza uniformi nel territorio nazionale, in relazione alle peculiarità di ciascuna tipologia di centro. 2. Sullo schema di capitolato di cui al comma 1 sono acquisite le valutazioni del Tavolo di coordinamento nazionale di cui all'articolo 16. 3. Con il regolamento di cui all'articolo 30, sono individuate forme di partecipazione e di coinvolgimento dei richiedenti nello svolgimento della vita nelle strutture di cui agli articoli 9, 11 e 14».

⁴⁴³ L'art. 13 d.lgs. n. 142/2015, rubricato "Allontanamento ingiustificato dai centri", prevede che: «1. L'allontanamento ingiustificato dalle strutture di cui agli articoli 9 e 11 comporta la revoca delle condizioni di accoglienza di cui al presente decreto, adottata con le modalità di cui all'articolo 23, comma 1, lettera a), con gli effetti di cui all'articolo 23-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, come introdotto dal presente decreto».

a sostituire, sono strutture aperte, nelle quali lo straniero richiedente protezione non è privato della libertà personale, ma è solo limitato nella libertà di circolazione⁴⁴⁴.

1.2. (Segue): La seconda accoglienza.

La seconda accoglienza in Italia è garantita dal Sistema di protezione dei richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) che assicura la c.d. “accoglienza integrata”, un insieme di misure che, andando al di là dell'erogazione del vitto e dell'alloggio, accompagnano il richiedente nel percorso di inserimento socio-economico.

In proposito si è rilevato che il sistema delineato all'interno del d.lgs. n. 142/2015 «opportunitamente tiene conto di come la logica dell'accoglienza non rimane eguale a sé stessa ma muta in ragione della sua durata: in un primo momento essa può pure consistere nella mera assistenza e nell'alloggio; in un secondo momento, però, deve divenire vero e proprio percorso di inserimento e integrazione»⁴⁴⁵.

Lo SPRAR è stato istituito dalla legge n. 189 del 2002, raccogliendo l'eredità del Programma Nazionale Asilo (PNA), un'esperienza consortile di enti locali ed enti del terzo settore instauratasi nel 2001 con la stipula di un protocollo d'intesa tra Ministero dell'Interno, Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) e Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI). Esso è attualmente costituito dalla rete degli enti locali che, per la predisposizione e per l'attuazione dei progetti di accoglienza integrata, s'avvalgono delle realtà del terzo settore, e dal Servizio centrale, una struttura operativa istituita dal Ministero dell'Interno e affidata con convenzione all'ANCI, che svolge funzioni di monitoraggio, di informazione e formazione, di assistenza degli enti locali nella gestione dell'accoglienza. Il Sistema di protezione è finanziato dal Fondo nazionale per le politiche e i servizi per l'asilo (FNPSA), inserito nello stato di previsione del Ministero dell'Interno e aggiornato dalla legge finanziaria dello Stato.

⁴⁴⁴ Sulla possibilità che rimanga affidata al legislatore ordinario la tutela della libertà di circolazione e soggiorno riconosciuta dall'art. 16 Cost. ai soli cittadini cfr., per tutti, A. BARBERA, *Sub art. 2*, G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 116.

⁴⁴⁵ F.V. VIRZÌ, *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, cit., p. 129.

L'accesso allo SPRAR è consentito a coloro che, formalizzata la richiesta di protezione internazionale, risultino privi di mezzi per il proprio sostentamento⁴⁴⁶. La procedura prevista non ammette poteri discrezionali dell'amministrazione: il richiedente, ai sensi dell'art. 15⁴⁴⁷ del decreto in commento, insieme alla presentazione della domanda di protezione internazionale presso la questura, può presentare richiesta per l'accesso allo SPRAR per sé e per i propri familiari; la prefettura, cui è trasmessa tale richiesta, verificata l'insufficienza dei mezzi di sussistenza in relazione all'importo dell'assegno sociale, provvede all'invio dello stesso nella struttura individuata. Procedura simile è prevista per i minori non accompagnati: l'autorità che riceve la richiesta di protezione internazionale deve darne immediatamente notizia al Servizio centrale per l'inserimento del minore all'interno delle strutture SPRAR; contestualmente deve darne comunicazione al Procuratore della Repubblica presso il

⁴⁴⁶ L'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 142/2015 prevede infatti che «il richiedente che ha formalizzato la domanda e che risulta privo di mezzi sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata per il sostentamento proprio e dei propri familiari, ha accesso, con i familiari, alle misure di accoglienza del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) predisposte dagli enti locali ai sensi dell'articolo 1-*sexies* del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, e finanziate dal Fondo di cui all'articolo 1-*septies* del medesimo decreto anche in deroga al limite dell'80 per cento di cui al comma 2 del medesimo articolo 1-*sexies*». Come la prima accoglienza anche la seconda è slegata dalla regolarità del richiedente: nel d.lgs. n. 142/2015 – diversamente che nel previgente d.lgs. n. 140/2015 – l'accesso allo SPRAR non è consequenziale al rilascio del permesso di soggiorno.

⁴⁴⁷ L'art. 15 d.lgs. n. 142/2015, rubricato “Modalità di accesso al sistema di accoglienza territoriale – Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati”, dispone che: «1. Nelle ipotesi di cui all'articolo 14, comma 1, il richiedente presenta richiesta di accesso all'accoglienza per se' e per i propri familiari, previa dichiarazione, al momento della presentazione della domanda, di essere privo di mezzi sufficienti di sussistenza. 2. La prefettura - ufficio territoriale del Governo, cui viene trasmessa, da parte della questura, la documentazione di cui al comma 1, valutata l'insufficienza dei mezzi di sussistenza, accerta, secondo le modalità stabilite con provvedimento del Capo del Dipartimento per libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, la disponibilità di posti all'interno del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati di cui all'articolo 14. 3. La prefettura - ufficio territoriale del Governo provvede all'invio del richiedente nella struttura individuata, anche avvalendosi dei mezzi di trasporto messi a disposizione dal gestore. 4. L'accoglienza è disposta nella struttura individuata ed è subordinata all'effettiva permanenza del richiedente in quella struttura, salvo il trasferimento in altro centro, che può essere disposto, per motivate ragioni, dalla prefettura - ufficio territoriale del Governo in cui ha sede la struttura di accoglienza che ospita il richiedente. Il trasferimento in un centro collocato in una provincia diversa è disposto dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno. 5. L'indirizzo della struttura di accoglienza è comunicato, a cura della prefettura - ufficio territoriale del Governo, alla Questura, nonché alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 5, comma 2. E' nella facoltà del richiedente comunicare l'indirizzo della struttura al proprio difensore o consulente legale. E' consentito l'accesso nelle medesime strutture dell'UNHCR, nonché dei rappresentanti degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale al fine di prestare assistenza ai richiedenti. 6. Avverso il provvedimento di diniego delle misure di accoglienza è ammesso ricorso al Tribunale amministrativo regionale territorialmente competente».

Tribunale per i minorenni e al Tribunale per i minorenni per la ratifica delle misure predisposte⁴⁴⁸.

L'accesso allo SPRAR è pertanto concepito come un "diritto" del richiedente protezione internazionale, sottratto alla discrezionalità dell'amministrazione, la cui decisione è incanalata in un procedimento compiutamente delineato.

Per legge il richiedente rimane all'interno delle strutture del Sistema di protezione sino alla decisione che conclude la procedura di riconoscimento internazionale da parte della Commissione territoriale. In caso di rigetto, le misure di accoglienza sono garantite sino al termine per l'impugnazione della decisione e, in presenza di ricorso giurisdizionale, per tutto il tempo in cui il richiedente è autorizzato a rimanere nel territorio dello Stato. Tale previsione risulta peraltro coerente con il novellato art. 19, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011, in cui è previsto che «la proposizione del ricorso sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato»⁴⁴⁹.

In caso di accoglimento, tuttavia, la legge non dispone nulla. Nonostante ciò, per prassi, al riconoscimento della protezione internazionale o della concessione di protezione umanitaria, il periodo di accoglienza è automaticamente prorogato per sei mesi che decorrono dalla comunicazione della decisione della Commissione territoriale; tale periodo peraltro può essere ulteriormente prorogato qualora ricorrano circostanze straordinarie, debitamente motivate in relazione ai percorsi di inserimento sociale intrapresi ovvero a comprovati motivi di salute.

Allo stesso modo, la legge dispone che i minori non accompagnati siano accolti nelle Strutture del Sistema di protezione sino al raggiungimento della maggiore età. Per prassi, però, l'accoglienza del neomaggiorenne è prorogabile per ulteriori dei mesi.

Neppure il procedimento di autorizzazione alla proroga è regolato per legge. Sempre per prassi, il prolungamento dei tempi di accoglienza dei titolari di protezione internazionale è richiesta dal progetto territoriale che, per mezzo della banca dati SPRAR, inoltra una sintetica relazione sociale sull'interessato; è il Ministero dell'Interno, per il tramite del Servizio centrale SPRAR, ad autorizzare la proroga⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Cfr. art. 19, comma 5, del d.lgs. n. 142 del 2015 e art. 26 del d.lgs. n. 25 del 2008.

⁴⁴⁹ Tranne che ricorrano le ipotesi di cui all'art. 19, comma 4, lett. b), c) e d), dello stesso decreto.

⁴⁵⁰ Cfr. *Manuale operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza integrata in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria* (Manuale operativo SPRAR), 2015, p. 109 e ss. La proroga delle misure di accoglienza successivamente al riconoscimento della protezione

Tale procedura sembrerebbe profilare però talune criticità. In primo luogo, occorre sottolineare che è il responsabile del progetto territoriale che, alla luce di una sua valutazione discrezionale, decide se richiedere o meno l'autorizzazione del Ministero dell'Interno per la proroga dei tempi di accoglienza; mentre non è procedimentalizzato alcun intervento dell'interessato. In secondo luogo, la discrezionalità del Ministero dell'Interno riguardo tale autorizzazione, non è adeguatamente disciplinata: nello specifico, appare del tutto oscuro l'interesse pubblico che può indurre l'amministrazione a negarla⁴⁵¹.

Il legislatore ha invece delineato la procedura di revoca⁴⁵² della seconda accoglienza che deve essere disposta dal prefetto in caso di: a) mancata presentazione presso la struttura individuata, a meno che ciò non sia stato causato da forza maggiore, caso fortuito o gravi motivi personali; b) mancata presentazione del richiedente all'audizione

internazionale, trova copertura legislativa all'interno dell'art. 29 del d.lgs. n. 251 del 2007, come modificato dal d.lgs. n. 18 del 2014.

⁴⁵¹ Cfr. Manuale operativo SPRAR che si limita a precisare che «le proroghe per il prolungamento del periodo di accoglienza sono tendenzialmente sempre possibili nel caso di persone con specifiche vulnerabilità che ne rallentino i tempi del percorso di inclusione sociale».

⁴⁵² L'art. 23 del d.lgs. n. 142 del 2015, rubricato "Revoca delle condizioni di accoglienza", dispone che: «1. Il prefetto della provincia in cui hanno sede le strutture di cui all'articolo 14, dispone, con proprio motivato decreto, la revoca delle misure d'accoglienza in caso di: a) mancata presentazione presso la struttura individuata ovvero abbandono del centro di accoglienza da parte del richiedente, senza preventiva motivata comunicazione alla prefettura - ufficio territoriale del Governo competente; b) mancata presentazione del richiedente all'audizione davanti all'organo di esame della domanda; c) presentazione di una domanda reiterata ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni; d) accertamento della disponibilità da parte del richiedente di mezzi economici sufficienti; e) violazione grave o ripetuta delle regole delle strutture in cui è accolto da parte del richiedente asilo, compreso il danneggiamento doloso di beni mobili o immobili, ovvero comportamenti gravemente violenti. 2. Nell'adozione del provvedimento di revoca si tiene conto della situazione del richiedente con particolare riferimento alle condizioni di cui all'articolo 17. 3. Nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera a), il gestore del centro è tenuto a comunicare, immediatamente, alla prefettura - ufficio territoriale del Governo la mancata presentazione o l'abbandono della struttura da parte del richiedente. Se il richiedente asilo è rintracciato o si presenta volontariamente alle Forze dell'ordine o al centro di assegnazione, il prefetto territorialmente competente dispone, con provvedimento motivato, sulla base degli elementi adottati dal richiedente, l'eventuale ripristino delle misure di accoglienza. Il ripristino è disposto soltanto se la mancata presentazione o l'abbandono sono stati causati da forza maggiore o caso fortuito o comunque da gravi motivi personali. 4. Nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera e), il gestore del centro trasmette alla prefettura - ufficio territoriale del Governo una relazione sui fatti che possono dare luogo all'eventuale revoca, entro tre giorni dal loro verificarsi. 5. Il provvedimento di revoca delle misure di accoglienza ha effetto dal momento della sua comunicazione, ai sensi dell'articolo 5, comma 2. Il provvedimento è comunicato altresì al gestore del centro. Avverso il provvedimento di revoca è ammesso ricorso al Tribunale amministrativo regionale competente. 6. Nell'ipotesi di revoca, disposta ai sensi del comma 1, lettera d), il richiedente è tenuto a rimborsare i costi sostenuti per le misure di cui ha indebitamente usufruito. 7. Quando la sussistenza dei presupposti per la valutazione di pericolosità del richiedente ai sensi dell'articolo 6, comma 2, emerge successivamente all'invio nelle strutture di cui agli articoli 9, 11 e 14, il prefetto dispone la revoca delle misure di accoglienza ai sensi del presente articolo e ne dà comunicazione al questore per l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 6».

davanti alla Commissione territoriale competente all'esame della domanda; c) presentazione di una domanda reiterata; d) accertamento della disponibilità da parte del richiedente dei mezzi di sussistenza; e) violazione grave e ripetuta delle regole delle strutture in cui il richiedente è accolto, compreso il danneggiamento doloso dei beni mobili o immobili, ovvero comportamenti gravemente violenti.

Si tratta di un procedimento di tipo sanzionatorio che, tuttavia, è delineato in maniera molto sommaria: infatti la legge prevede che sia il prefetto territorialmente competente a provvedere con decreto motivato, sulla scorta della relazione del gestore delle strutture di accoglienza nei casi disciplinati dalle lett. a) e c). Niente è previsto in ordine al diritto dell'interessato di essere sentito prima della comminazione della sanzione; carenza che apparirebbe ancor più grave considerato che la decisione è assunta, sostanzialmente, sulla scorta delle comunicazioni del gestore di accoglienza⁴⁵³.

Pure in punto di revoca, peraltro, la legge riguarda soltanto i richiedenti protezione internazionale; per i titolari di protezione accolti, invece, il procedimento sarebbe, per così dire, lasciato alla prassi, secondo cui il gestore del progetto di accoglienza diviene l'ente competente all'emanazione dell'atto sanzionatorio, potendo provvedere mediante determinazione unilaterale di allontanamento dalla strutture SPRAR⁴⁵⁴.

Durante la permanenza nello SPRAR il richiedente protezione internazionale può essere trasferito, con provvedimento motivato del prefetto o del Ministero dell'Interno, da una struttura ad un'altra, nella stessa o in diversa provincia.

In merito alle condizioni di accoglienza, l'art. 14⁴⁵⁵ si «limita a rinviare al decreto del Ministero dell'Interno che, tra l'altro, detta le linee guida per la predisposizione dei

⁴⁵³ Devono ritenersi applicabili le disposizioni sulla partecipazione al procedimento delineate dalla legge n. 241 del 1990; di recente cfr. Tar Emilia Romagna, 12 gennaio 2016, n. 26, in *DeJure*, che annulla il provvedimento prefettizio di revoca delle misure di accoglienza SPRAR per la mancata comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento da parte dell'amministrazione.

⁴⁵⁴ Manuale operativo SPRAR 2015, p. 112.

⁴⁵⁵ L'art. 14 del d.lgs. 142 del 2015, rubricato "Sistema di accoglienza territoriale - Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati", dispone che: « 1. Il richiedente che ha formalizzato la domanda e che risulta privo di mezzi sufficienti a garantire una qualità di vita adeguata per il sostentamento proprio e dei propri familiari, ha accesso, con i familiari, alle misure di accoglienza del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) predisposte dagli enti locali ai sensi dell'articolo 1-*sexies* del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, e finanziate dal Fondo di cui all'articolo 1-*septies* del medesimo decreto anche in deroga al limite dell'80 per cento di cui al comma 2 del medesimo articolo 1 *sexies*. 2. Con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, che si esprime entro trenta giorni, sono fissate le modalità di presentazione da parte degli enti locali delle domande di contributo per la realizzazione dei progetti di accoglienza di cui al comma 1. Il medesimo decreto detta le linee guida per la predisposizione dei servizi da assicurare,

servizi da assicurare, compresi quelli destinati alle persone portatrici di esigenze particolari»⁴⁵⁶.

Nei casi in cui poi la recettività delle strutture dello SPRAR sia esaurita e tale carenza non possa essere supplita nemmeno mediante l'impiego dei CPA, il richiedente protezione internazionale è accolto all'interno di strutture straordinarie appositamente allestite (CAS)⁴⁵⁷. Queste ultime «non svolgono le funzioni dei CPA e men che meno le funzioni dello SPRAR, realizzando una sorta di *tertium genus* che prolunga la filiera dell'accoglienza»⁴⁵⁸.

La sistemazione nei CAS del richiedente è disposta dal prefetto, sentito il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno e previa

compresi quelli destinati alle persone portatrici di esigenze particolari di cui all'articolo 17. 3. La valutazione dell'insufficienza dei mezzi di sussistenza di cui al comma 1 è effettuata dalla prefettura Ufficio territoriale del Governo con riferimento all'importo annuo dell'assegno sociale. 4. Le misure di accoglienza sono assicurate per la durata del procedimento di esame della domanda da parte della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, e, in caso di rigetto, fino alla scadenza del termine per l'impugnazione della decisione. Salvo quanto previsto dall'articolo 6, comma 7, in caso di ricorso giurisdizionale proposto ai sensi dell'articolo 35 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni, il ricorrente, privo di mezzi sufficienti ai sensi del comma 1, usufruisce delle misure di accoglienza di cui al presente decreto per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale ai sensi dell'articolo 19, commi 4 e 5, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150. Nei casi di cui all'articolo 19, comma 5, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, fino alla decisione sull'istanza di sospensione, il ricorrente rimane nella struttura o nel centro in cui si trova. 5. Quando vengono meno i presupposti per il trattenimento nei centri di cui all'articolo 6, il richiedente che ha ottenuto la sospensione del provvedimento impugnato, ai sensi dell'articolo 19, comma 5, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, ha accoglienza nei centri o strutture di cui all'articolo 9. 6. Al richiedente di cui al comma 5, è prorogata la validità dell'attestato nominativo di cui all'articolo 4, comma 2. Quando ricorrono le condizioni di cui all'articolo 6, comma 2, lettere a), b) e c), al medesimo richiedente possono essere imposte le misure di cui all'articolo 14, comma 1-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. In tal caso competente alla convalida delle misure, se ne ricorrono i presupposti, è il tribunale in composizione monocratica».

⁴⁵⁶ F.V. VIRZÌ, *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, cit., p. 131.

⁴⁵⁷ L'art. 11 del d.lgs. n. 142 del 2015, rubricato "Misure straordinarie di accoglienza", stabilisce che: «1. Nel caso in cui è temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno delle strutture di cui agli articoli 9 e 14, a causa di arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti, l'accoglienza può essere disposta dal prefetto, sentito il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, in strutture temporanee, appositamente allestite, previa valutazione delle condizioni di salute del richiedente, anche al fine di accertare la sussistenza di esigenze particolari di accoglienza. 2. Le strutture di cui al comma 1 soddisfano le esigenze essenziali di accoglienza nel rispetto dei principi di cui all'articolo 10, comma 1, e sono individuate dalle prefetture-uffici territoriali del Governo, sentito l'ente locale nel cui territorio è situata la struttura, secondo le procedure di affidamento dei contratti pubblici. E' consentito, nei casi di estrema urgenza, il ricorso alle procedure di affidamento diretto ai sensi del decreto legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle relative norme di attuazione. 3. L'accoglienza nelle strutture di cui al comma 1 è limitata al tempo strettamente necessario al trasferimento del richiedente nelle strutture di cui all'articolo 9 ovvero nelle strutture di cui all'articolo 14. 4. Le operazioni di identificazione e verbalizzazione della domanda sono esplesate presso la questura più vicina al luogo di accoglienza».

⁴⁵⁸ F.V. VIRZÌ, *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, cit., p. 132.

valutazione delle condizioni di salute del richiedente; l'assistenza e l'accoglienza del minore non accompagnato è assicurata dall'autorità del Comune in cui lo stesso si trova.

All'interno dei CAS i richiedenti protezione internazionale sono ospitati soltanto per il tempo strettamente necessario al loro trasferimento all'interno dei CPA o dello SPRAR; tuttavia la recettività non particolarmente elevata delle strutture ordinarie rende verosimile che la permanenza all'interno dei CAS nella prassi sia tutt'altro che temporanea.

Da quanto detto emerge come la seconda accoglienza in Italia presenti ancora una disciplina incompleta sia per quel che concerne il suo svolgimento sia in relazione alla sua organizzazione. Sotto il primo profilo, infatti, l'accoglienza è soltanto parzialmente proceduralizzata; le procedure di proroga e di revoca delle misure SPRAR sono carenti di una disciplina significativa, riguardante l'attribuzione e la distribuzione del potere pubblico, in balia dell'amministrazione o del gestore del progetto SPRAR. Per quel che concerne, invece, l'organizzazione dell'accoglienza non può non evidenziarsi come le carenze delle strutture ordinarie siano state causa di un continuo ricorso alle strutture CAS, un *tertium genus* dell'accoglienza che, come già precisato, non svolge né le funzioni dei CPA né quelle del Sistema di protezione.

2. L'immigrazione in Spagna in tempo di crisi.

Come è noto, di fronte all'elevato numero di persone richiedenti protezione internazionale, gli Stati membri dell'Unione europea, inclusa la Spagna, hanno implementato una serie di politiche di controllo dei flussi migratori. Tali misure da un lato, hanno avuto quale effetto quello di rendere più ostica l'entrata dei rifugiati nel territorio europeo, dall'altro, hanno reso altresì più problematico l'accesso alla procedura per il riconoscimento della protezione internazionale.

Di fronte al fallimento delle politiche espulsive praticate a livello nazionale, che hanno ridotto di fatto i centri di detenzione amministrativa a luoghi di prolungamento della detenzione carceraria, gli Stati membri dell'Unione europea hanno riscoperto la "cooperazione internazionale"⁴⁵⁹ e le politiche europee di vicinato (PEV). In

⁴⁵⁹ Sul punto v. G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, cit., p. 41, il quale sottolinea come da anni l'Unione e i suoi Stati ritengano necessario affiancare agli strumenti "a valle" dei movimenti migratori appropriate misure "a monte", destinate ad incidere

quest'ottica si è tentato di imporre ai governi degli Stati di transito, soprattutto dei Paesi nord-africani, accordi di collaborazione basati sul finanziamento delle politiche di arresto, di detenzione ed espulsione dei migranti irregolari prima che questi potessero tentare la traversata verso il territorio europeo. In questa direzione l'Italia e la Spagna hanno offerto gli esempi più eclatanti, nei rapporti, rispettivamente, con la Libia e con il Marocco, concludendo rapporti bilaterali e intese a livello di forze di polizia che hanno permesso il blocco e l'arresto dei clandestini, in molti casi minori non accompagnati e potenziali richiedenti asilo, in cambio di trattamenti preferenziali negli scambi commerciali con i Paesi dell'area comunitaria⁴⁶⁰.

Altro cardine essenziale delle politiche europee di "lotta all'immigrazione clandestina" è costituito poi dagli accordi di pattugliamento congiunto e dalle attività dell'Agenzia Frontex⁴⁶¹, istituita dall'Unione europea nel 2004 per il controllo delle frontiere esterne e il contrasto dell'immigrazione clandestina.

Italia, Spagna e Grecia costituiscono oggi i principali snodi operativi delle attività promosse da tale agenzia su impulso della Commissione europea. L'obiettivo comune è quello di trasferire sui Paesi di transito le responsabilità e gli oneri della lotta all'immigrazione irregolare, a partire da una loro partecipazione alle operazioni di contrasto. Queste operazioni consistono in pratiche di riammissione sempre più sbrigative e in azioni coordinate di polizia di frontiera, a terra ed in mare, con il ricorso al "pattugliamento congiunto" delle frontiere marittime in acque internazionali.

In Spagna le politiche di esternalizzazione delle frontiere attualmente previste sono le stesse adottate a livello europeo⁴⁶². Esse si traducono, infatti, nei c.d. accordi di riammissione, nel controllo delle coste spagnole ed africane tramite il sistema Frontex,

direttamente nelle Regioni di origine o transito di tali movimenti. Per approfondimenti v. P. DEVISSCHER, *Legal Migration in the Relationship between the European Union and ACP Countries: The Absence of a True Global Approach Continues*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, p. 53 e ss.; nonché M. GUIDI, *L'Unione europea alla ricerca della "sinergia" ottimale tra migrazione e sviluppo nell'ambito della cooperazione internazionale*, F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, Bordeaux Edizioni, 2015, p. 23 e ss.

⁴⁶⁰ Per quel che concerne la situazione della Grecia si rinvia all'analisi di G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, cit., p. 41 e ss.

⁴⁶¹ Per l'analisi delle attività e delle prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo v. G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 73 e ss.

⁴⁶² Sul punto cfr. J. DURÀ THOUS, *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, I. REIG FABADO (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 93, il quale sottolinea come «*La obsesión por el control de los flujos migratorios está provocando que el control de las fronteras europeas cada vez se realice más lejos del propio territorio europeo, en las mismas costas y fronteras de los países de tránsito y origen, en lo que se ha denominado como "externalización de fronteras"*».

nell'adozione di una politica restrittiva per quel che concerne la concessione della protezione internazionale e del diritto di asilo⁴⁶³ ed, infine, in tutta una serie di altre misure adattate alle caratteristiche delle zone di confine dello Stato spagnolo⁴⁶⁴.

Tali ultime misure, che trovano applicazione negli aeroporti, nei Centri di internamento degli stranieri, nei porti, nonché nelle città di Ceuta e Melilla, si sostanziano in una politica restrittiva di accesso alla procedura di asilo che ha come finalità quella di disincentivare l'afflusso di rifugiati nel territorio spagnolo.

Preme sottolineare che della totalità delle richieste di protezione internazionale presentate in Spagna, la maggioranza vengono presentate nei punti di frontiera e nei Centri di internamento degli stranieri, mentre solo una percentuale ridotta degli immigrati che hanno accesso al territorio spagnolo tramite lo sbarco sulla costa o le città di Ceuta e Melilla formalizza una richiesta di asilo, il che è sintomo evidente degli ostacoli che sussistono per accedere al procedimento di protezione internazionale. Ostacoli che iniziano con l'assenza di una procedura per l'identificazione dei soggetti che hanno diritto a richiedere una tale protezione, continuano con l'assenza di agenzie competenti e con le difficoltà di accesso alle ONG specializzate nei luoghi di detenzione, e finiscono con la mancanza di interpreti adeguati. Inoltre in molti punti di entrata di potenziali richiedenti, quali Fuerteventura, Lanzarote, Tarifa o Algeciras, le persone vengono immediatamente internate in un CIE in attesa della espulsione.

Tale utilizzo distorto del procedimento d'asilo come strumento per il controllo delle frontiere fa sì che difficilmente gli immigrati riescano ad accedere al sistema di protezione internazionale. L'utilizzo distorto di tale strumento si percepisce soprattutto laddove si guardi alle differenze che sussistono tra il procedimento d'asilo adottato sul territorio e quello invece osservato nelle zone di confine, esistendo requisiti di ammissione più rigorosi in quest'ultimo caso, così come un termine più stringente per la risoluzione. La maggioranza delle richieste di asilo che vengono presentate nelle c.d. zone di confine o nei CIE non vengono infatti accolte⁴⁶⁵.

⁴⁶³ In proposito v. Così J. DURÀ THOUS, *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, ob. cit., p. 103, il quale sottolinea come «En 2011, España introdujo el visado de tránsito a las personas nacionales de Siria, imposibilitando en la práctica su acceso al territorio español y al procedimiento de asilo».

⁴⁶⁴ Così J. DURÀ THOUS, *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, ob. cit., p. 98. Cfr. anche M. LOZA GUTIÉRREZ, *Sos Europa: derechos humanos y control migratorio*, I. REIG FABADO (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 338.

⁴⁶⁵ J. DURÀ THOUS, *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, ob. cit., p. 104, il quale evidenzia che «Mientras se puede afirmar que existe un elevado porcentaje de admisión a trámite de

Nel 2011 nei CIE spagnoli sono state presentate 261 richieste di protezione internazionale. Tale numero, sebbene il Ministero dell'Interno spagnolo non offra cifre esatte del numero delle persone che furono private della libertà personale, appare basso rispetto alla totalità degli stranieri che molto verosimilmente hanno transitato in uno di tali centri di trattenimento, questo a riprova del fatto che in queste strutture si continua ad assistere ad una violazione dei diritti degli internati che richiedono asilo⁴⁶⁶.

Altra situazione che si segnala per la sua gravità è poi quella dei clandestini in arrivo nei porti spagnoli. Anche in questo caso, infatti, la sussistenza di gravi irregolarità nella gestione degli sbarchi rende più difficoltoso l'accesso dei migranti ai diritti che gli spetterebbero ai sensi della *Ley de Asilo y de Extranjería*.

2.1. La situazione di Ceuta e Melilla.

Come già precisato, la Spagna, come l'Italia e la Grecia, è uno dei paesi che riceve i primi flussi di migrazione, facendosi carico dell'accoglienza. Fra le zone sottoposte ad un maggior controllo da parte della polizia ci sono sicuramente le frontiere di Ceuta e Melilla, città autonome spagnole situate sulla costa del Marocco. Queste due piccole enclavi, che subiscono ogni giorno diversi tentativi di ingresso da parte degli immigrati provenienti principalmente dall'Africa subsahariana o occidentale, si sono col tempo trasformate in due casi paradigmatici di attuazione della strategia orientata a provocare una diminuzione delle richieste di asilo in Spagna.

Nel mese di ottobre del 2014, infatti, veniva infatti presentato in Parlamento un emendamento al Progetto della *Ley de Seguridad Ciudadana*, attraverso il quale si intendeva apportare delle modifiche alla *Ley de Extranjería*⁴⁶⁷. Nello specifico la modifica prevedeva la possibilità di effettuare l'espulsione immediata dei migranti che

solicitudes presentadas en territorio, no se puede decir lo mismo para las solicitudes realizadas en frontera o en los CIE, observándose un elevado número de denegaciones, 392. Que la gran mayoría de las solicitudes presentadas en puestos fronterizos sean denegadas evidencia una grave disparidad entre los procedimientos en territorio y en frontera. [...] Esta decisión de denegar las solicitudes presentadas en frontera, responde únicamente a un objetivo bien preciso: el endurecimiento de las condiciones de entrada en España y su repercusión en la gestión de los flujos migratorios. Sin embargo, la finalidad de la legislación de asilo no es el control de fronteras, sino garantizar el acceso a un derecho concreto, el asilo».

⁴⁶⁶ J. DURÀ THOUS, *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, ob. cit., p. 101.

⁴⁶⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, "Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social".

si fossero trovati nello spazio compreso “tra le recinzioni”⁴⁶⁸. L’obiettivo della novella legislativa era duplice: da un lato, intensificare la vigilanza nella zona di frontiera, dall’altro rafforzare la cooperazione ispanico-marocchina⁴⁶⁹.

A seguito di un travagliato *iter* legislativo tale modifica è stata approvata dal Parlamento spagnolo. La prima disposizione finale della Ley Orgánica 4/2015 del 30 marzo (*Ley de protección de la seguridad ciudadana*), vigente dal 1° aprile 2015, ha infatti aggiunto alla *Ley de Extranjería* la decima disposizione addizionale che così dispone: «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla mientras intentan superar, en grupo, los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera, podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte».

Tale misura, si è autorevolmente evidenziato, non ha legittimato la c.d. “*devoluciones en caliente*”. Al contrario, la modifica legislativa ha chiarito in maniera definitiva, che gli stranieri che sono fermati dalla polizia di frontiera mentre tentano di superare il sistema perimetrale di sicurezza non sono formalmente entrati nel territorio spagnolo con la conseguenza che non potrà trovare applicazione in questo caso l’istituto della “*devolución*” come meccanismo giuridico appropriato per ottenere l’allontanamento dello straniero dal Paese⁴⁷⁰.

In conclusione, non si può non evidenziare come qualsiasi tentativo di attraversamento di una frontiera genera diversi tipi di conflitti, tutti di difficile risposta: umanitari e sociali, se visti con riferimento alle persone alle quali si nega l’accesso nel Paese; internazionali tra Paesi che sono implicati nel fenomeno dell’immigrazione

⁴⁶⁸ Sul punto cfr. A. SELMA PENALVA, *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, Ediciones Laborum, Murcia, 2015, p. 308, la quale sottolinea che «En concreto, con la nueva redación, y bajo la rúbrica de “Régimen especial de Ceuta Y Melilla”, incluida en el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, actualmente en proceso de tramitación parlamentaria, se pasaría a indicar que “Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla mientras intentan superar, en grupo, los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera, podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”».

⁴⁶⁹ Sul punto cfr. A. SELMA PENALVA, *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, ob. cit., p. 297 y sigs.

⁴⁷⁰ Così A. SELMA PENALVA, *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, ob. cit., p. 309, secondo cui «todo fenómeno de “devolución” implica, por esencia, una previa “entrada” en territorio español».

irregolare; di opportunità politica ed economica, infine, tra i distinti Paesi d'Europa che per il momento ancora non hanno unito le forze per addivenire ad una politica migratoria comune ed ad un controllo delle frontiere unificato in tutto il territorio dell'Unione, ed han lasciato che il peso di questo problema ricadesse esclusivamente sui Paesi che, per vicinanza con il territorio extraeuropeo, sono soliti soffrire maggiormente per gli episodi dei flussi di immigrati irregolari⁴⁷¹.

Proprio in considerazione della situazione personale cui vanno incontro gli stranieri quando entrano in Europa e dei problemi di diritto internazionale che discendono da questo tipo di entrate irregolari, sarebbe opportuno che l'Unione europea predisponesse un piano di attuazione congiunta.

L'Europa, infatti, ancora non ha saputo attuare una politica comune ed efficace di controllo e gestione dei flussi migratori, lasciando al contrario che ciascuno Stato adottasse le misure che reputava più opportune, molte volte insufficienti. Tuttavia l'unico modo per porre un argine al problema della immigrazione irregolare sembrerebbe ancora oggi quello di realizzare una politica uniforme e coordinata, gestita dall'Unione europea e alla quale partecipino tutti gli Stati membri.

⁴⁷¹ In proposito, per una approfondita ricostruzione del problema, cfr. G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, cit., p. 51 e ss.

CAPÍTULO III

ITALIA Y ESPAÑA FRENTE A LA CRISIS: ¿TODAVÍA UNA GESTIÓN DE LA EMERGENCIA?

SUMARIO: 1. Premisa. 1.1. La situación italiana. La primera acogida. 1.2. (Sigue): La segunda acogida. 2. La inmigración en España durante la crisis. 2.1. La situación de Ceuta y Melilla.

1. Premisa.

La significativa afluencia de migrantes en los Estados de la Unión Europea ha destacado, sobre todo últimamente, numerosas problemáticas con relación «no sólo a la política de gestión/control de la inmigración, sino también a las dinámicas internas de los Estados miembros y de los de origen y tránsito de tales flujos»⁴⁷².

En efecto, son evidentes las dificultades experimentadas por los llamados Países fronterizos, tanto en términos de compromisos financieros cuanto de capacidad de acogida⁴⁷³. Sobre esos Países recaen, de hecho, cargas específicas por lo que se refiere no sólo al control de las fronteras⁴⁷⁴, sino también a la acogida de los migrantes y al examen de las posibles demandas de protección⁴⁷⁵.

La Unión Europea, a partir de la Agenda Europea de Migración de mayo de 2015⁴⁷⁶, ha entablado numerosas iniciativas «relativas a la gestión de las fronteras, la protección

⁴⁷² Así MORGESE, G., *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, en *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 15.

⁴⁷³ En 2015 han llegado por mar más de 150.000 personas a Italia y más de 850.000 a Grecia.

⁴⁷⁴ Cfr. el 6º considerando del Código Fronteras Schengen (reglamento UE n. 52/2006 del Parlamento europeo y del Consejo, de 26.6.2013, en el DOUE n. L. 105 de 13.4.2006, p. 1 y ss., disponible *online*).

⁴⁷⁵ Según el llamado “sistema Dublín”, ahora regulado por el reglamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 26.6.2013, en el DOUE n. L. 180 de 29.6.2013, p. 31 (Dublín III). Sobre estos aspectos, v., por todos, CAGGIANO, G., *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di “Paese di primo ingresso” per gli Stati frontalieri del Mediterraneo*, en *Gli Stranieri*, 2011, p. 45 y ss.; ADINOLFI, A., *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, en *Riv. dir. intern.*, 2009, p. 669 y ss.; más recién, FAVILLI, C., *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, en *Riv. dir. intern.*, 2015, p. 701 y ss., spec. p. 723 y ss.

⁴⁷⁶ COM (2015) 240 de 23 de mayo de 2015.

internacional y el control de la inmigración irregular»⁴⁷⁷.

La intervención de la Unión, que mantiene firme la distinción entre solicitantes de asilo y migrantes económicos, se desarrolla a través de tres vías: acogida y examen de las demandas de los que piden la protección internacional, inicio del trámite de reubicación para los solicitantes admisibles y, finalmente, repatriación de los inmigrantes que no tienen derecho alguno para quedarse⁴⁷⁸.

La actuación de tales iniciativas, orientadas al principio de solidaridad y de reparto equitativo de las responsabilidades entre Estados (art. 80 TFUE), está encontrando, sin embargo, varias dificultades⁴⁷⁹. Los Estados miembros, de hecho, rechazan indiscriminadamente los migrantes e invocan la suspensión de las normas de Schengen. La Comisión, por su lado, alega en cambio el respeto del principio de la libre circulación y del carácter provisional y excepcional del restablecimiento de los controles en las fronteras interiores⁴⁸⁰.

1.1. La situación italiana. La primera acogida.

Antes de la reforma de 2015, no había en Italia una disciplina orgánica de las modalidades de acogida de los extranjeros irregulares en la inmediatez de su llegada a Italia.

No obstante, la estructura básica que se desprendía de la compleja textura normativa era, en abstracto, bastante lineal.

Todos los extranjeros irregulares, de hecho, eran acogidos, inmediatamente después del desembarque, en un Centro de acogida y de primeros auxilios (CPSA). Siguiendo esta estructura debía ocurrir, lo más rápidamente posible, la identificación de todos los extranjeros y la separación entre solicitantes de asilo y migrantes económicos: los primeros se enviaban a un Centro de acogida para los solicitantes de asilo (CARA), los

⁴⁷⁷ MORGESE, G., *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, op. cit., p. 16.

⁴⁷⁸ Sobre ese tema, v. CAGGIANO, G., *Alla ricerca di un nuovo equilibrio internazionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 3, p. 459 y ss.

⁴⁷⁹ MORGESE, G., *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, op. cit., p. 16.

⁴⁸⁰ A este respecto, véase la comunicación Regreso a Schengen – Hoja de ruta, COM (2016) 120 de 4.3.2016, la cual define un conjunto de acciones dirigidas a restablecer el pleno funcionamiento del espacio Schengen.

demás se sometían, cuando fuera posible, a la repatriación inmediata, o se retenían en un Centro de identificación y expulsión (CIE); si no hubiese plazas disponibles en uno de estos centros, una orden del cuetor les obligaba a abandonar el territorio del Estado dentro de siete días.

Cada una de estas fases era regulada por diferentes fuentes normativas. El procedimiento prodrómico a la repatriación de los migrantes económicos no solicitantes de asilo era regulado en el D.leg. n. 286 de 1998⁴⁸¹; los procedimientos para formalizar la solicitud de protección y las medidas de primera acogida se regían por el D.leg. n. 25 de 2008, en actuación de la Directiva 2005/85/CE, reguladora de normas mínimas para los procedimientos actuados en los Estados miembros con el fin de reconocer y revocar el estatus de refugiado, y por el D.leg. n. 140 de 2005, en actuación de la Directiva 2003/9/CE, reguladora de normas mínimas sobre la acogida de los solicitantes de asilo.

Al contrario, carecía de marco jurídico, la fase de primera acogida en los Centro de acogida y primeros auxilios. Esos centros estaban mencionados en el art. 23.1 del Decreto del Presidente de la República n. 394/1999⁴⁸², la cual se limitaba al reenvío al contenido del Decreto Ley n. 451 de 1995 y a su Ley de conversión (Ley n. 563 de 1995, denominada “Ley Puglia”), para determinar las modalidades de gestión de tales centros.

Justo a los lugares donde se desarrollaban operaciones delicadísimas, como la primera identificación y la solicitud de protección, no se le había proporcionado un marco jurídico, ya que las únicas normas existentes se limitaban a prever la posibilidad de establecer centros de primera asistencia y acogida, sin precisar nada en relación a las modalidades con que tal asistencia había que ser proporcionada, y sin regular las actividades de identificación y registro de las solicitudes de protección que en él se tramitaban.

Este vacío normativo había causado, por un lado, una situación de absoluta incertidumbre y, por otro, había permitido el ascenso de “prácticas de policía” que vulneraban gravemente los derechos fundamentales.

⁴⁸¹ El art. 10 regula la institución del rechazo, el art. 13 la de la expulsión administrativa y, por fin, el art. 14 incluye la disciplina de la ejecución de la expulsión y del internamiento en los CIE.

⁴⁸² El art. 23.1 del Decreto del Presidente de la República n. 394/1999 prevé que «Las actividades de acogida, asistencia y las realizadas por las exigencias higiénico-sanitarias relacionadas con el socorro del extranjero, pueden desarrollarse también fuera de los centros establecidos en el artículo 22, durante el tiempo estrictamente necesario para el envío del mismo a dichos centros o para la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de formas específicas de asistencia de competencia estatal».

La necesidad de actuar las dos Directivas europeas del 2013, junto con las fuertes presiones procedentes de las instituciones europeas para que Italia elaborase un sistema más eficaz de control de los flujos migratorios y de identificación de los extranjeros (denominado método *hotspots*⁴⁸³), han llevado al legislador a intervenir con una reescritura global del sistema de primera acogida.

El D.leg. n. 142 de 2015, entrado en vigor el 30 de septiembre del mismo año, constituye de hecho la actuación de la Directiva 2013/33/UE, reguladora de normas relativas a la acogida de los solicitantes de protección internacional, así como de la Directiva 2013/32/UE, reguladora de procedimientos comunes con el fin de reconocer y revocar el estatus de protección internacional⁴⁸⁴.

El Decreto se articula en dos Capítulos: el Capítulo I (arts. 1-24) contiene las normas relativas a la acogida de los solicitantes de protección internacional, que reemplaza el D.leg. n. 140 de 2005; el Capítulo II (arts. 25 y 26) contiene las normas relativas a los procedimientos de reconocimiento de la protección internacional, que modifican los D.legs. n. 25 de 2008 y n. 150 de 2011.

El ámbito de aplicación de la nueva normativa incluye las medidas relativas a la acogida de ciudadanos de Países terceros o de los apátridas que piden protección internacional en el territorio italiano (inclusas fronteras, zonas de tránsito, aguas territoriales, buques o aeronaves italianos), y de los que están sometidos al denominado procedimiento Dublín, de determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Se habla por primera vez de “*hot-spot approach*” en la versión inglesa de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Agenda europea sobre la migración de 13 de mayo de 2015. Después de la decisión UE 2015/1523 de 14 de septiembre de 2015 y 2015/1601 de 22 de septiembre de 2015 del Consejo de la Unión europea, la cual ha establecido medidas temporales en el sector de la protección internacional beneficiando a Italia y Grecia, nuestro País ha actuado las indicaciones europeas, inicialmente mediante la predisposición de la “Roadmap italiana” de 2015, por manos del Ministerio del Interior, y luego a través de la circular de 6 de octubre de 2015, por el mismo Ministerio. Para una análisis detallada del tema, cfr. MORGESE, G., *Recenti iniziative dell’Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, op. cit., p. 15 y ss.

⁴⁸⁴ Para una lectura razonada del texto normativo, cfr. MORANDI, N. – SCHIAVONE, G., *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, en *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 84 y ss.

⁴⁸⁵ El art. 1 del D.leg. 140/2015 prevé que: «1. El presente decreto establece las normas relativas a la acogida de los ciudadanos de Países que no pertenecen a la Unión europea y de los apátridas solicitantes de protección internacional en el territorio nacional, inclusas las fronteras y las relativas zonas de tránsito, así como las aguas territoriales, y de sus familiares incluidos en la solicitud de protección internacional. 2. Las medidas de acogida del presente decreto se aplican desde el momento en que se manifiesta la

Estas medidas deben aplicarse desde el momento de manifestación de la voluntad de pedir la protección internacional, y no como sucedía anteriormente, desde la tramitación de la solicitud⁴⁸⁶. Después de la formalización de la solicitud de protección, al solicitante se le expide un permiso de residencia por solicitud de asilo válido durante seis meses en Italia, renovable hasta la resolución y, en caso de recurso judicial, hasta que se le autorice al solicitante de quedarse en Italia (art. 4.1). Dicho permiso permite el ejercicio de actividad profesional después de dos meses de la tramitación de la solicitud. A la hora del registro de la demanda se expide un recibo que constituye un permiso de residencia provisional (art. 4.3)⁴⁸⁷.

El sistema de acogida global, regulado por los arts. 8 y ss. de dicho Decreto, se articula en tres diferentes fases: 1) una primera fase de auxilio, acogida inicial e identificación, que se desarrolla en los CPSA (art. 8); 2) una fase de primera acogida en específicos CPA, o sea Centros gubernamentales de prima acogida (nueva definición de los CARA), en los que el solicitante formaliza la demanda de protección internacional (art. 9); finalmente, se prevé una segunda fase de acogida regulada por los arts. 14 y ss., en relación con el solicitante que haya formalizado la demanda y que sea desprovisto de

voluntad de pedir protección internacional. 3. Las medidas de acogida del presente decreto se aplican también a los solicitantes de protección internacional sometidos al procedimiento previsto por el reglamento (UE) n. 604/2013, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, que establece los criterios y los mecanismos de determinación del Estado miembro competente para examinar las solicitudes de protección internacional. 4. El presente decreto no se aplica en el caso de que se estén actuando medidas de protección provisional, dispuestas con arreglo al decreto legislativo de 7 de abril de 2003, n. 85, que actúa la directiva 2001/55/CE, relativa a la concesión de protección provisional en caso de afluencia masiva de desplazados y a la cooperación en ámbito comunitario».

⁴⁸⁶ El nuevo apartado 2 *bis* del art. 26 D.leg. n. 25 de 2008, prevé de hecho que: «El informe a que se refiere el apartado 2 se redactará dentro de tres días laborables a partir de la manifestación de la voluntad de pedir la protección, o dentro de seis días laborables en el caso de que la voluntad se manifieste ante la Oficina de policía fronteriza. Los términos han de entenderse prorrogados de diez días laborables en caso de un gran número de solicitudes derivados de llegadas masivas y cercanas de solicitantes».

⁴⁸⁷ El art. 4 D.leg. n. 142/2014, denominado “Documentación”, prevé que «1. Al solicitante se le expide un permiso de residencia por solicitud de asilo válido en el territorio nacional durante seis meses, renovable hasta la resolución de la demanda o, en todo caso, durante el tiempo en que está autorizado a quedarse en el territorio nacional con arreglo al artículo 19, apartados 4 y 5, del Decreto legislativo de 1 de septiembre de 2011, n. 150. 2. En caso de retención de acuerdo con el artículo 6, la comisaría expide al solicitante un certificado nominativo, que certifica su condición de solicitante de protección internacional. El certificado no certifica la identidad del solicitante. 3. El recibo que certifica la tramitación de la solicitud de protección internacional, expedido junto al registro de la solicitud con arreglo al artículo 26, apartado 2 *bis*, del Decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, en su versión modificada, como establecido por el presente decreto, constituye permiso de residencia temporal. 4. El acceso a las medidas de acogida y la expedición del permiso de residencia mencionado en el apartado 1, no están sometidos a la subsistencia de requisitos adicionales a los expresamente requeridos por el presente decreto. 5. La comisaría puede proporcionar al solicitante un documento de viaje con arreglo al artículo 21 de la Ley de 21 de noviembre de 1967, n. 1185, cuando existan graves razones humanitarias que hagan que sea necesaria la presencia en otro Estado».

medios de subsistencia: él será enviado a los centros del Sistema de protección para solicitantes de asilo y refugiados (SPRAR).

El Decreto legislativo regula sólo la primera y segunda acogida, mientras que se limita a reenviar a la incompleta “Ley Puglia”, que establece los CPSA⁴⁸⁸, con respecto a los primeros auxilios y a la primera asistencia.

Dicha ley, por otra parte, ha demostrado ser totalmente inadecuada a regular los Centros de acogida y primeros auxilios, que se han convertido prácticamente en verdaderos Centros de internamiento⁴⁸⁹ donde retener migrantes y solicitantes de asilo en ausencia de una disposición formal, y de la validación judicial, eso es, en violación de las tutelas a las que se hace referencia en los arts. 13 y ss. de la Constitución italiana⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ El art 8.2 D.leg. 142/2015 se limita, en efecto, a establecer que «las funciones de auxilio y primera acogida, así como las de identificación, continúan a desarrollarse en las instalaciones establecidas por el Decreto Ley n. 451 de 1995, convertido en Ley n. 563 de 1995». Sobre este tema, v. VIRZÌ, F.V., *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, en *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 125, nota 14, que destaca que en el esquema inicial de decreto no se hacía referencia a los Centros de primer auxilio y asistencia establecidos por la Ley n. 563 de 1995, y que sólo en actuación de las indicaciones de la Conferencia unificada, el legislador ha decidido introducir dicha norma y mencionar los CPSA (cfr. Repertorio de Actos n. 63/CU de 16.7.2015).

⁴⁸⁹ Es el caso de los CPSA de Lampedusa. A este respecto, cfr. las observaciones de la Comisión extraordinaria para la tutela y la promoción de los derechos humanos, establecida por el Senado de la República italiana en el “Informe sobre el estado de los derechos humanos en los institutos penitenciarios y en los centros de acogida y retención para migrantes en Italia” de 6.3.2012, disponible en el sitio web del Senado: «La acogida en el centro de Lampedusa tendría que limitarse al tiempo estrictamente necesario para establecer la identidad del migrante y la legitimidad de su estancia en el territorio, o para prever su alejamiento. En realidad, como denunciado por el ACNUR y por diversas organizaciones que operan en el campo, los tiempos de permanencia se han prolongado por más de veinte días, sin que se hayan adoptado medidas formales con respecto al estatus jurídico de las personas retenidas. La retención prolongada, la imposibilidad de comunicar con el exterior, la falta de libertad de movimiento sin presupuesto jurídicos o administrativo que prevea tales restricciones a los migrantes, han provocado un clima de tensión muy alta, que a menudo ha desembocado en episodios de protesta y autolesión. Sobre la legitimidad de tal situación se han sucedido en estos meses numerosas apelaciones por parte de las organizaciones que trabajan en la isla» (p. 114 y ss.). Sobre el trato del extranjero en el período entre su llegada en el territorio italiano y el inicio de los procedimientos de identificación, cfr. MASERA, L., *Il “caso Lampedusa”: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, en *Dir. um. e dir. int.*, 2014, 1, p. 83; BORRACCETTI, M., *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, en *Dir. imm. citt.*, 2014, 2, p. 13 y ss.; así como NATALE, A., *I migranti e l’habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso Lampedusa*, en *Quest. giust.*, 2013, 5, p. 181 y ss.

⁴⁹⁰ Sobre la pacífica aplicabilidad del art. 13 de la Constitución italiana no sólo en relación a los ciudadanos, sino también a los extranjeros, regulares e irregulares, cfr., por todos, Tribunal Constitucional italiano, sent. de 22 de marzo de 2001, n. 105, en www.cortecostituzionale.it, según la cual no «se podría afirmar que las garantías del art. 13 de la Constitución sufran atenuaciones con respecto a los extranjeros, dada la tutela de los otros bienes constitucionalmente relevantes. Aunque los intereses públicos sobre esa materia de la inmigración sean múltiples y aunque los problemas de seguridad y de orden público en relación a los flujos migratorios no controlados se puedan percibir como graves, no se puede vulnerar el carácter universal de la libertad personal, que, como los demás derechos que la Constitución declara inviolables, pertenece a los particulares, no por el hecho de que participan a una determinada comunidad política, sino por el hecho de que son seres humanos».

Por la gravedad de la situación, el asunto se ha llevado a la atención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁹¹, que, con su sentencia *Khlaifia et al. contra Italia*⁴⁹², ha condenado Italia estableciendo que el internamiento de los extranjeros irregulares en enclaves cerrados, como lo que se ha llevado a cabo durante años en Lampedusa, aun cuando se desarrolle en la inmediatez de los auxilios y en una situación de afluencia masiva de extranjeros en el territorio del Estado, constituye una detención de hecho, sin base legal, en contradicción con lo dispuesto en el art. 5 CEDH. En relación a la necesidad de que, cuando entra en juego la libertad personal, sea una ley la que fija límites y presupuestos de la medida coercitiva, el Tribunal ha afirmado que *«lorsqu'il s'agit d'une privation de liberté, il est particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique. Par conséquent, il est essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de «légalité» fixé par la Convention»*. Además el Tribunal ha destacado que la ley italiana no prevé expresamente la posibilidad de retener los migrantes irregulares en los CPSA, ya que la única norma al respecto queda el art. 14 del D.leg. n. 286 de 1998, que sin embargo se refiere sólo a la detención administrativa en los CIE y cumple objetivos diferentes. La privación de libertad de los demandantes carecería, en definitiva, de fundamento jurídico de acuerdo con el derecho interno, y por tanto carecería de uno de los requisitos esenciales impuestos por el art. 5 CEDH⁴⁹³.

⁴⁹¹ El recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido tramitado por tres ciudadanos tunecinos que, en septiembre de 2011, habían sido retenidos durante unos días en el Centro de Lampedusa y luego en unos buques en el puerto de Palermo, antes de ser repatriados cuando terminó el procedimiento sumario de reconocimiento de su nacionalidad por parte del Cónsul tunecino. Los demandantes lamentaban la violación del art. 3 CEDH, por los tratos inhumanos y degradantes a que se habían sometido en el Centro y en los buques; del art. 5, por la detención de hecho a la que se habían sometido por parte de las fuerzas de policía sin fundamento legal alguno (art. 5.1), sin control judicial (art. 5.4), y sin que se le proporcionasen informaciones sobre las razones de la detención (art. 5.2); del art. 4 Protocolo n. 4, por la naturaleza colectiva de la repatriación a la que se habían sometido por su nacionalidad; y del art. 13, por la falta de la posibilidad de un recurso efectivo contra la detención y la repatriación.

⁴⁹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección II, 1 de septiembre de 2015, *Khlaifia* rec. n. 16483/12.

⁴⁹³ En particular, son dos los argumentos de la motivación que merecen ser señalados. La Corte ante todo afirma que cada forma de privación de la libertad, también del extranjero irregular, debe ocurrir respetando rigurosamente los requisitos establecidos por el art. 5 CEDH: fundamento jurídico, información, control judicial, y no cabe mencionar la circunstancia que la instalación en que el extranjero se encontrase fuese formalmente un centro de acogida y no de internamiento, así como no cabe mencionar la circunstancia que la autoridad de policía se encontrase a enfrentar una situación de emergencia. Por lo que se refiere, además, a los elementos que justifican la calificación de una expulsión como colectiva, y por tanto contraria al art. 4 Protocolo n. 4, la Corte precisa que «la simple identificación no basta para

La adopción del D.leg. n. 142/2015 no constituyó la ocasión para el legislador italiano de regular por fin una grave laguna. Esta total falta de disciplina legal tendría como efecto inevitable el de convertir los CPSA en una especie de “zona franca”, cuya concreta gestión se le confió integralmente a la discrecionalidad administrativa. Tal decisión aparecería aun más censurable, ya que la norma de nueva acuñación reconoce expresamente que en los CPSA no se desarrollan sólo funciones de primer auxilio, sino también de identificación, y que, con el fin de actuar la actividad identificadora, considerada fundamental en la perspectiva de adaptación del sistema global de acogida a las tensiones de las instituciones europeas, un reciente documento programático del Gobierno prevea que los lugares donde ocurre la primera identificación sean instalaciones cerradas, de las que el extranjero no está autorizado a salir.

De conformidad con la Agenda Europea sobre las migraciones, Italia ha adoptado un nuevo método *hotspot* que sustituye los CPSA con áreas de desembarque equipadas para la realización de operaciones de cribado sanitario, pre-identificación, registro y señalización a través de fotos. Se trata de un plan encaminado a canalizar las llegadas por mar en una serie de puertos de desembarque seleccionados⁴⁹⁴ donde se efectúan todos los procedimientos previstos para la clasificación de los migrantes.

El método no ha sido formalizado en actos europeos vinculantes y se encuentra descrito vagamente en la Agenda. La Comisión ha proporcionado especificaciones en una nota explicativa y en el anexo a la comunicación del 23 de septiembre de 2015⁴⁹⁵,

excluir una expulsión colectiva», ya que se necesita que quien se está expulsando El juicio expresado por la segunda sección ha sido parcialmente reformado por parte de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A este respecto, cf. TEDH, Gran Sala, sent. 15 de diciembre de 2016, Khlaifia et al. c. Italia, en *www.penalecontemporaneo.it*, 23 de diciembre de 2016, con nota de GILIBERTO, A., *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*. La sentencia de 1 de septiembre de 2015, de hecho había acogido íntegramente las censuras relacionadas con las violaciones del art. 5, párr. 1, 2 y 4, CEDH; había acogido en parte las relativas a las violaciones del art. 3 CEDH; y acogido íntegramente las basadas en el art. 4, prot. 4, CEDH, un aspecto particularmente importante, habida cuenta del número exiguo de resoluciones al respecto. El Tribunal, por fin, había atribuido a los demandantes una indemnización significativa por el daño sufrido, cuya proporcionalidad había sido objeto específico de una de las opiniones discrepantes adjuntadas a la decisión. La Gran Sala ha confirmado la existencia de las violaciones del art. 5 CEDH y del art. 13 CEDH en relación con el art. 3 CEDH, excluyendo la violación tanto del art. 3 CEDH como del art. 4, prot. 4, CEDH. haya tenido la posibilidad de expresar la propia específica situación en una entrevista individual.

⁴⁹⁴ En septiembre de 2015, cuatro puertos se han identificado como hotspots: Pozzallo, Porto Empedocle, Trapani y Lampedusa, CPSA con una capacidad de 1.500 plazas cada uno; dentro de la fin de 2015, se prevé la apertura de otras dos áreas, Augusta y Taranto, así que la capacidad total de los hotspots alcanzaría más que 2.500 plazas dentro de la fin de 2015 (cfr. “Roadmap italiana” publicada por el Ministerio del Interior el 28 de septiembre de 2015, p. 6).

⁴⁹⁵ Comunicación COM (2015) 490 def., Anexo 2, de 23.9.2015.

con que se ha cumplido la Agenda⁴⁹⁶.

En Italia, la “Roadmap italiana” del 28 de septiembre de 2015, a la que siguió la circular del 6 de octubre de 2015 del Departamento para las libertades civiles y la inmigración del Ministerio del Interior, define claramente los *hotspots* como centros cerrados; se prevé, además, que en tales centros deberán ser dirigidos los desembarques de los migrantes para que se les puedan garantizar, dentro de 28/48 horas, las operaciones de cribado sanitario, pre-identificación, registro y señalización a través de fotos por ingreso ilegal, según lo establecido en la circular (categoría Eurodac 2).

El Gobierno, por tanto, prevé la posibilidad que el extranjero sea privado de su libertad personal, al menos durante el tiempo necesario a la realización de las tareas indicadas, sin que haya norma alguna que regule tal privación de libertad, y sin que se exprese si y a cuál autoridad judicial ésa deba ser comunicada, con el fin de ser convalidada, eso es, en manifiesta violación de las garantías establecidas en los arts. 13 de la Constitución italiana y 5 CEDH.

Los procedimientos que deben ser actuados en estos *hotspots* son los siguientes: 1) sometimiento a cribado sanitario, con el fin de aclarar los problemas sanitarios que destaquen; 2) sometimiento al procedimiento de pre-identificación, que consiste en entrevistas por funcionarios de la oficina de inmigración, para rellenar la llamada “hoja noticias” que contiene los datos personales de la persona, las informaciones básicas, su fotografía, así como la indicación de la voluntad, si del caso, de pedir la protección internacional; individuación de las personas que podrían cumplir los requisitos del procedimiento de reubicación⁴⁹⁷; 3) sometimiento a entrevistas de carácter investigativo o de inteligencia por parte de funcionarios de policía judicial, de Frontex y Europol frente a los que, basándose sobre las primeras constataciones, se consideran aptos a proporcionar indicaciones útiles; 4) separación, tras la pre-identificación, de las personas que estén señaladas como CAT 1 (solicitantes de asilo, aun reubicables, que serán enviados a los “*hubs* regionales”, o sea los CPA, para formalizar la demanda), o CAT 2 (las personas en posición irregular que no piden protección, y que serán

⁴⁹⁶ MORGESE, G., *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, op. cit., p. 19.

⁴⁹⁷ La llamada relocation consiente el traslado de Italia (y también de Grecia y de Hungría) hacia otros Estados miembros de las personas en efectiva necesidad de protección internacional, que pertenezcan a aquellas nacionalidades que han obtenido un porcentaje de acogida de las solicitudes igual o superior al 75%, según los datos de Eurostat.

mudados a los CIE con vistas a la repatriación).

El D.leg. n. 142 de 2015 reconstruye el sistema de acogida de los solicitantes de asilo, distinguiendo entre primera y segunda acogida, a partir del momento en que se manifiesta tal voluntad. Destaca así que el derecho a ser informados correctamente y sin demora sobre tal posibilidad representa un momento crucial para el destino del migrante, desde su llegada a los *hotspots*-CPSA, como ya en estos Centros se desarrolla una primera selección entre solicitantes de protección y migrantes económicos, con envío inmediato de los primeros a las instalaciones de primera acogida, y de los segundos a los procedimientos de repatriación, con eventual previo internamiento en los CIE. Obviamente también el detenido en uno de los Centros de identificación y expulsión podrá formular la solicitud de asilo, pero en condiciones de restricción de su libertad y con plazos diferentes, según lo establecido por los arts. 6⁴⁹⁸ y 7⁴⁹⁹ del D.leg.

⁴⁹⁸ El art. 6 D.leg. n. 142/2015, denominado “Retención”, prevé que: «1. El solicitante no puede ser retenido con el único fin de examinar su solicitud. 2. El solicitante es retenido, si posible en espacios específicos, en los centros mencionados en el artículo 14 del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286, sobre la base de una evaluación caso por caso, cuando: a) se encuentra en las condiciones previstas por el artículo 1, párrafo F de la Convención relativa al estatus de refugiado, firmada en Ginevra el 28 de julio de 1951, ratificada por la ley de 24 de julio de 1954, n. 722, y modificada por el protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, ratificado por la ley de 14 de febrero de 1970, n. 95; b) se encuentra en las condiciones mencionadas en el artículo 13, apartados 1 y 2, letra c), del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286, y en los casos previstos por el art. 3, apartado 1, del decreto-ley de 27 de julio de 2005, n. 144, convertido con modificaciones, por la ley de 31 de julio de 2005, n. 155; c) constituye un peligro para el orden y la seguridad pública. En la evaluación de la peligrosidad se tienen en cuenta eventuales condenas, también procedentes de sentencia no definitiva, incluyendo la adoptada después de la aplicación de la pena a petición según el artículo 444 del código de enjuiciamiento criminal, por uno de los delitos indicados en el artículo 380, apartados 1 y 2, del código de enjuiciamiento criminal, o por reatos inherentes a los estupefacientes, a la libertad sexual, al encubrimiento de la inmigración clandestina o por reatos encaminados al reclutamiento de personas a destinar a la prostitución o al proxenetismo o de menores para emplearles en actividades ilícitas; d) existe riesgo de huida del solicitante. La evaluación de la existencia del riesgo de huida se efectúa, caso por caso, cuando el solicitante ha utilizado precedentemente declaraciones o certificaciones falsas sobre los propios datos con el único fin de evitar la adopción o la ejecución de una medida de expulsión o no ha cumplido lo establecido en el artículo 13, apartados 5, 5.2 y 13, así como en el artículo 14, del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286. 3. Fuera de las hipótesis del apartado 2, el solicitante que se encuentre en un centro mencionado en el artículo 14 del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286, en espera de la ejecución de una medida de expulsión con arreglo a los arts. 13 y 14 del mismo decreto legislativo, se queda en el centro cuando haya motivos fundamentados para considerar que la demanda ha sido tramitada con el único fin de retrasar o impedir la ejecución de la expulsión. 4. El extranjero internado en los centros del artículo 14 del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286, recibe, por parte del gestor, las informaciones sobre la posibilidad de solicitar protección internacional. Al solicitante internado en tales centros se le proporcionan las informaciones mencionadas en el artículo 10, apartado 1, del decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, con la entrega del informe previsto por el mismo artículo 10. 5. La medida con la cual el gestor actúa el trato o la prórroga del internamiento no puede retrasarse tras el tiempo estrictamente necesario al examen de la solicitud según el artículo 14 del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286. Eventuales retrasos en la realización de los procedimientos administrativos necesarios para el examen de la solicitud, no imputables al solicitante, no justifican la prórroga del internamiento. 7. El solicitante retenido con arreglo a los apartados 2 y 3, que recurra judicialmente contra la decisión de

n. 142/2015.

El derecho del migrante a ser informado sobre la posibilidad de pedir la protección internacional juega un papel fundamental en la ejecución de un sistema de primeros auxilios y acogida que se ajuste a los derechos fundamentales, y está reconocido además por un conjunto de normas europeas⁵⁰⁰ y nacionales⁵⁰¹, aparte de la jurisprudencia de

rechazo de la Comisión territorial con arreglo al artículo 19 del decreto legislativo de 1 de septiembre de 2011, n. 150, en su versión modificada, se queda en el centro hasta que se adopte la medida prevista por los arts. 5 y 19.5 del mismo decreto legislativo, así como durante todo el tiempo en que está autorizado a quedarse en el territorio nacional en consecuencia del recurso jurisdiccional interpuesto. 8. Con las finalidades previstas por el apartado 7, el cuestor pide la prórroga del internamiento en curso por períodos adicionales que no superen los sesenta días, que se pueden prorrogar por parte del tribunal unipersonal, hasta que permanezcan las condiciones mencionadas en el apartado 7. En todo caso, la duración máxima del internamiento con arreglo a los apartados 5 y 7 no puede superar globalmente los doce meses. 9. El internamiento dura sólo hasta que existan los motivos indicados en los apartados 2, 3 y 7. En todo caso, frente al solicitante internado que pida repatriación en el País de origen o procedencia, se adopta o ejecuta inmediatamente la medida de expulsión acompañándosele a la frontera con arreglo al artículo 13, apartados 4 y 5 *bis*, del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286. La solicitud de repatriación equivale a la retirada de la solicitud de protección internacional. 10. En el caso de que el solicitante es destinatario de una medida de expulsión a ejecutarse con las modalidades del artículo 13, apartados 5 y 5.2, del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286, el plazo por la salida voluntaria fijado según el mismo artículo 13, apartado 5, se suspende durante el tiempo que ocurra para el examen de la solicitud. En ese caso, el solicitante accede a las medidas de acogida previstas por el presente decreto en presencia de los requisitos del artículo 14». Por una análisis detallada de la disciplina del internamiento de los solicitantes de asilo, en su versión modificada por el D.leg. n. 142/2015, cfr. SAVIO, G., *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, en *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 142 y ss.

⁴⁹⁹ El art. 7 D.leg. n. 142/2015, denominado “Condiciones de retención”, establece que «1. El solicitante está retenido en los centros mencionados en el art. 6 con modalidades que aseguran la necesaria asitencia y el pleno respeto de su dignidad, según las disposiciones de los artículos 14 del texto único y 21 del decreto del Presidente de la República de 31 de agosto de 1999, n. 394, en su versión modificada. Se asegura en todo caso a las solicitantes de sexo femenino un alojamiento separado, así como el respeto de las diferencias de género. Cuando sea posible, se preserva la unidad del núcleo familiar. Se asegura la disponibilidad de los espacios abiertos. 2. Se les consiente el acceso a los centros del artículo 5, así como la libertad de coloquios con los solicitantes, a los representantes del ACNUR, o a las organizaciones que operan por su cuenta sobre la base de acuerdos con la misma organización, a los familiares, a los abogados de los solicitantes, a los representantes de los entes de tutela de los titulares de protección internacional con experiencia consolidada en el sector, a los ministros religiosos, así como a los otros sujetos indicados en las directivas del Ministro del Interior adoptadas con arreglo al artículo 21, apartado 8, del decreto del Presidente de la República de 31 de agosto de 1999, n. 394, con las modalidades específicas determinadas en las mismas directivas. 3. Por razones de seguridad, orden público, o en todo caso por razones relativas a la correcta gestión administrativa de los centros mencionados en el artículo 6, el acceso a los centros puede ser limitado, aunque no impedido totalmente, según las directivas del apartado 2. 4. Al solicitante se le informa de las normas vigentes en el centro así como de sus derechos y obligaciones en el primer idioma que él haya indicado, o en un idioma del cual se supone razonablemente su comprensión, con arreglo al artículo 10, apartado 4, del decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, en su versión modificada. 5. No se pueden internar en los centros del artículo 6 los solicitantes cuyas condiciones de salud sean incompatibles con el internamiento. En el ámbito de los servicios higiénico-sanitarios garantizados en los centros, se asegura también la verificación periódica de la existencia de condiciones de vulnerabilidad que requieren medidas de asistencia particulares».

⁵⁰⁰ El Considerando 26 de la Directiva 2013/32/UE destaca la oportunidad de formar los públicos funcionarios encargados de la vigilancia en las fronteras para que sepan proporcionar las informaciones pertinentes a quien manifieste la voluntad de tramitar la solicitud de protección, y también para que sean capaces de «reconocer y tratar las solicitudes de protección», mientras que el Considerando 28 subraya la oportunidad de «que se garantice, mediante específicos servicios de interpretación, la comunicación

legitimidad⁵⁰².

Aún en relación con el nuevo sistema *hotspots* hay que resaltar un adicional aspecto problemático relativo al uso de los medios de coacción física para la recogida de huellas digitales.

Como es sabido, el art. 9 del Reglamento UE n. 603/2013, que crea el EURODAC para la comparación de huellas digitales, obliga cada Estado miembro a proceder a la recogida de las huellas digitales de todos los dedos de cada solicitante de protección internacional que tenga más de catorce años, y a transmitir esos datos al sistema central tan pronto como sea posible, en cada caso dentro de 72 horas desde la tramitación de la demanda de protección. Análoga obligación se prevé en el art. 14 frente al extranjero bloqueado al atravesar irregularmente una frontera exterior. La detección de tales huellas tiene lugar en los Centros de acogida y primeros auxilios.

necesaria para permitir a las autoridades competentes comprender si las personas afectadas declaren la intención de pedir la protección internacional». El art. 8 de dicha Directiva establece la obligación de proporcionar informaciones, aun sólo en presencia de indicaciones del hecho de que «ciudadanos de países terceros o apátridas internados en los centros o presentes en los cruces fronterizos, incluso las zonas de tránsito a fronteras exteriores, deseen tramitar una solicitud de protección internacional».

⁵⁰¹ El art. 10, apartado 1, D.leg. n. 25/2008, establece que «a la hora de la tramitación de la solicitud, la oficina de policía competente a recibirla informa al solicitante del procedimiento a seguir, de sus derechos y deberes durante el procedimiento y de los tiempos y medios a su disposición para acompañar la demanda con los elementos útiles al examen; con ese fin entrega al solicitante el informe mencionado en el apartado 2». Esa norma ha sido integrada por la inserción del artículo 10 *bis* (por el D.leg. n. 142/2015), por el cual «las informaciones mencionadas en el artículo 10, apartado 1, se le proporcionan al extranjero que manifieste la voluntad de pedir la protección internacional en los cruces fronterizos y en las relativas zonas de tránsito en el ámbito de los servicios de acogida previstos por el artículo 11, apartado 6, del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286». Esa precisión parece, más que nunca, oportuna ya que establece la obligación de información no sólo a la hora de la tramitación de la solicitud de protección, sino también frente a la mera manifestación de voluntad que puede ocurrir fuera de las fórmulas sacramentales; y eso es coherente con la previsión por la cual se considera solicitante de protección internacional quien haya manifestado en cualquier forma la voluntad de pedirla (art. 2, apartado 1, a), D.leg. n. 142/2015).

⁵⁰² Cfr., en particular, en época anterior al D.leg. n. 142/2015, sentencia Casación civil, Sección VI, de 25 de marzo de 2015, n. 5926, en *DeJure*, según la cual «si hay que negar, por un lado, que las normas nacionales prevean expresamente el deber de información en los cruces fronterizos invocado por el demandante, o que sea aplicable directamente la previsión de tal deber contenida en el mencionado art. 8 de la directiva 2013/32/UE, no se puede, sin embargo, continuar a excluir que el mismo deber sea necesariamente determinable en vía interpretativa, aplicando reglas hermenéuticas pacíficamente reconocidas, como las de la interpretación conforme a las directivas europea en curso de recepción y de la interpretación constitucionalmente orientada al respeto de las normas interpuestas del CEDH, como ya se han interpretado por la jurisprudencia de la corte supranacional. Y en verdad, ningún obstáculo textual a la configuración de un deber de información sobre los procedimientos a seguir para obtener el reconocimiento de la protección internacional, como definido por dicho art. 8 de la directiva 2013/32/UE, conforme a las indicaciones de la jurisprudencia TEDH, se puede ver en la normativa nacional, y en particular en el D.leg. n. 25 de 2008, art. 3, apartado 2, art. 6, apartado 1, y art. 26, apartado 1, o en el Decreto del Presidente de la República n. 303 de 2004, art. 2, apartado 1, que específicamente hace referencia a la tramitación de las solicitudes de protección internacional al ingresar en el territorio nacional».

Ahora bien, cabe preguntarse si, y en qué medida, las fuerzas de policía puedan utilizar medios de coacción física para la detección de las huellas digitales con respecto a las personas que resistan pasivamente.

Nuestro ordenamiento no establece una disciplina clara a este respecto. La única solución se puede encontrar a lo mejor en el art. 349 del Código de Enjuiciamiento Criminal italiano, que permite a la policía judicial, que procede a la identificación de las personas sometidas a investigaciones, recoger impresiones dactilares, fotográficas y antropométricas. La misma norma prevé además que, si las investigaciones implican el muestreo de cabellos o saliva y falte el consentimiento del interesado, hay que proceder al muestreo coactivo respetando la dignidad de la persona y requiriendo previamente la autorización del fiscal. Sin embargo, sería difícil sustener la extensión analógica de una norma que, como la antes mencionada, afecta los derechos fundamentales del individuo⁵⁰³. Cuando, como en este supuesto, juegan su papel los bienes esenciales tutelados por el art. 13 de la Constitución italiana, sería el legislador el que se encargaría de establecer claramente los límites de la intervención coactiva, respetando las garantías de legalidad y jurisdicción previstas en la norma constitucional.

Al contrario, parece que la fase de primera acogida, tras la tramitación de la demanda de protección, carezca de desafíos.

El art. 9.1 del D.leg. 142/2015⁵⁰⁴ prevé que para las exigencias de primera acogida y

⁵⁰³ El Tribunal Constitucional italiano, por lo demás, ya en 1962, a la hora de declarar la ilegitimidad del art. 4 T.U.L.P.S. en la parte en que permitía a la autoridad de seguridad pública la ejecución de inspecciones de identificación que incluyesen inspecciones corporales frente a las personas sospechosas o peligrosas que rechazaran probar su identidad, había destacado que la identificación de las medidas coercitivas permitidas para proceder a la identificación «corresponde únicamente al legislador, el cual, con el fin, respetando la Constitución, de tutelar la libertad de los particulares y la seguridad de los particulares y de la colectividad, podrá formular un precepto claro y completo que indique, por un lado, los poderes que, en materia de inspecciones de identificación, los órganos de policía de seguridad puedan ejercer en cuanto fuera de la aplicación del art. 13 de la Constitución, y, por otro lado, las condiciones en las que las inspecciones de identificación, que incluyan inspección personal, con arreglo al mismo artículo, puedan cumplirse según los apartados segundo y tercero del mismo art. 13».

⁵⁰⁴ El art. 9 D.leg. n. 142/2015, denominado “Medidas de primera acogida”, prevé que: «1. Por las exigencias de primera acogida y por la realización de las operaciones necesarias a la definición del marco jurídico, el extranjero se acoge en los centros gubernamentales de primera acogida establecidos por decreto del Ministro del Interior, oída la Conferencia unificada mencionada en el artículo 8 del decreto legislativo de 28 de agosto de 1997, n. 281, según la programación y los criterios identificados por la Mesa de coordinación nacional y por las Mesas de coordinación regional, con arreglo al artículo 16. 2. La gestión de los centros del apartado 1 puede ser delegada a entes locales, también asociados, a las uniones o consorcios de ayuntamientos, a entes públicos o privados que operan en el sector de la asistencia a los solicitantes de asilo o a los inmigrantes o en el sector de la asistencia social, según las licitaciones para la adjudicación de los contratos públicos. 3. Las instalaciones establecidas por el decreto-ley de 30 de octubre de 1995, n. 451, convertido, con modificaciones, por la ley de 29 de diciembre de 1995, n. 563, pueden destinarse, por decreto del Ministro del Interior, a las finalidades establecidas en el presente

la realización de los procedimientos necesarios a la definición de su marco jurídico, el extranjero es acogido en centros gubernamentales específicos, los llamados “Centros de primera acogida”, creados con decreto del Ministerio del Interior. La gestión de esos centros está en manos de los entes locales, entes públicos o privados que operan en el sector de la asistencia a los inmigrantes y solicitantes de asilo, de acuerdo con los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. También las instalaciones mencionadas en la “Ley Puglia” pueden, sin embargo, con previo decreto del Ministerio del Interior, ser finalizadas a cumplir los mismos objetivos. En los CPA el solicitante de protección internacional se acoge, con orden del prefecto, durante el tiempo necesario al cumplimiento de los procedimientos de identificación (ya iniciados en los CPSA), al registro de la solicitud de protección y al inicio del procedimiento de examen de la solicitud misma. Al mismo tiempo, se procede al esclarecimiento de las condiciones de salud del demandante, con el fin adicional de verificar la existencia de situaciones de vulnerabilidad. Realizados estos trámites, el solicitante que no tenga medios de subsistencia y los pida, se encamina a las instalaciones de segunda acogida: el denominado sistema SPRAR.

El artículo 10⁵⁰⁵ regula las modalidades de acogida en los CPA y prevé que se

artículo. Los centros de acogida para solicitantes de asilo ya establecidos en la fecha de entrada en vigor del presente decreto, desempeñan las funciones del presente artículo. 4. El prefecto, oído el Departamento para las libertades civiles y la inmigración del Ministerio del Interior, envía al solicitante a las instalaciones del apartado 1. El solicitante se acoge durante el tiempo necesario a la realización de las operaciones de identificación, si no se hayan realizado anteriormente, al registro de la solicitud y al inicio del procedimiento de examen de la misma solicitud, así como a la comprobación de las condiciones de salud, con el fin de verificar, desde el momento de ingreso en las instalaciones de acogida, la existencia de situaciones de vulnerabilidad con el fin del artículo 17, apartado 3. 5. Realizadas las operaciones y los desempeños del apartado 4, el solicitante que lo pida, también en espera del examen de la solicitud, en presencia de los presupuestos del artículo 15, se traslada a las instalaciones del artículo 14, que se identifican también teniendo en cuenta las particulares exigencias del solicitante, mencionadas en el artículo 17. En caso de indisponibilidad temporal de plazas en las instalaciones del artículo 14, el solicitante se queda en los centros establecidos por el presente artículo, durante el tiempo estrictamente necesario al traslado. El solicitante que tenga las particulares exigencias del artículo 17 se traslada con carácter prioritario a las instalaciones del artículo 14».

⁵⁰⁵ El art. 10 D.leg. n. 142/2015, denominado “Modalidades de acogida”, establece que: «1. En los centros mencionados en el artículo 9, apartado 1, se aseguran el respeto de la esfera privada, incluidas las diferencias de género, de las exigencias relativas a la edad, la tutela de la salud física y mental de los solicitantes, la unidad de los núcleos familiares compuestos por cónyuges y parientes dentro del primer grado, la realización de las medidas necesarias para las personas con particulares exigencias según el artículo 17. Se adoptan medidas idóneas a prevenir cada forma de violencia y a garantizar la seguridad y la protección de los solicitantes. 2. Se consiente la salida del centro en las horas diurnas según las modalidades indicadas en el reglamento mencionado en el artículo 38 del decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, con obligación de regreso en las horas nocturnas. El solicitante puede pedir al prefecto un permiso temporal de alejamiento del centro por un período de tiempo diferente o superior al de la salida, por relevantes motivos personales o por motivos inherentes al examen de la solicitud. La

aseguren, ante todo, el respeto de la esfera privada, de las exigencias relacionadas con la edad, la tutela de la salud física y mental de los solicitantes de protección y la unidad de los núcleos familiares. Se prevé también que se les permita la salida del centro durante el día, obligándoles a regresar por la noche, y que el extranjero pueda pedir al prefecto un permiso temporal de alejamiento por más tiempo, y que la eventual denegación sea motivada. Finalmente, se asegura a los extranjeros la facultad de comunicar con los representantes de la ACNUR, de los entes de tutela, de los ministros religiosos, así como con abogados y miembros de su familia.

El artículo 11⁵⁰⁶, más aún, prevé que, en el caso de que no hayan plazas disponibles en los CPA o en los SPRAR, dadas las llegadas masivas y contemporáneas de inmigrantes, la acogida se puede realizar a través del prefecto en los CAS, es decir, en los Centros de acogida extraordinaria específicamente instalados. La estancia en tales Centros debe ser limitada al tiempo estrictamente necesario al desplazamiento en las instalaciones antes señaladas.

En relación con las condiciones materiales de acogida, el art. 12⁵⁰⁷ prevé que el

resolución de rechazo de la solicitud de autorización al alejamiento está motivado y comunicado al interesado con arreglo al artículo 10, apartado 4, del decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, en su versión modificada. 3. Se asegura la facultad de comunicar con los representantes de ACNUR, de los entes de tutela de los titulares de protección internacional con experiencia consolidada en el sector, con los ministros religiosos, así como con los abogados y familiares de los solicitantes. 4. Se asegura el acceso a los centros de los sujetos mencionados en el artículo 7, apartado 2, así como de los demás sujetos previstos por el reglamento mencionado en el artículo 38 del decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por la necesidad de garantizar la seguridad de las instalaciones y de los solicitantes presentes en el centro. 5. El personal que opera en los centros es adecuadamente formado y tiene la obligación de confidencialidad sobre los datos y las informaciones que se refieren a los solicitantes presentes en el centro».

⁵⁰⁶ El art. 11 D.leg. n. 142/2015, denominado “Medidas extraordinarias de acogida”, establece que: «1. En el caso de que no haya temporalmente disponibilidad de plazas en las instalaciones de los artículos 9 y 14, a causa de llegadas masivas y cercanas de solicitantes, la acogida puede ser dispuesta por el prefecto, oído el Departamento para las libertades civiles y la inmigración del Ministerio del Interior, en instalaciones temporales, establecidas específicamente, previa evaluación de las condiciones de salud del solicitante, también con el fin de aclarar la existencia de exigencias particulares de acogida. 2. Las instalaciones del apartado 1 satisfacen las exigencias esenciales de acogida respetando los principios del artículo 10, apartado 1, y se identifican por las prefecturas-oficinas territoriales del Gobierno, oído el ente local en cuyo territorio se sitúa la instalación, según las licitaciones de adjudicación de los contratos públicos. Se consiente, en caso de extrema urgencia, el recurso a los procedimientos de adjudicación directa con arreglo al decreto-ley de 30 de octubre de 1995, n. 451, convertido, con modificaciones, por la ley de 29 de diciembre de 1995, n. 563, y a las normas relativas de actuación. 3. La acogida en las instalaciones del apartado 1 queda limitada al tiempo estrictamente necesario al traslado del solicitante en las instalaciones del artículo 9, o en las instalaciones del artículo 14. 4. Las operaciones de identificación y registro de la solicitud se realizan en la comisaría más cercana al sitio de acogida».

⁵⁰⁷ El art. 12 D.leg. n. 142/2015, denominado “Condiciones materiales de acogida”, establece que: «1. Por decreto del Ministro del Interior se adopta el esquema de expediente de licitación por el suministro de bienes y servicios relativos al funcionamiento de los centros de los arts. 6, 8.2, 9 y 11, así que se aseguren niveles de acogida uniformes en el territorio nacional, en relación con las peculiaridades de cada tipología

Ministro del Interior adopte con decreto el esquema de licitación para el suministro de bienes y servicios en todas las diferentes categorías de centros, así que se aseguren niveles de acogida armonizados en el territorio nacional, con respecto a las peculiaridades de cada tipología de centro.

El alejamiento injustificado del centro implica, por fin, con arreglo al art. 13⁵⁰⁸, la revocación de las condiciones de acogida. También los CPA, así como los CARA a los que se sustituyen, son instalaciones abiertas, en las que al extranjero solicitante de protección no se le priva de su libertad personal, sino sólo se le limita su libertad de circulación⁵⁰⁹.

1.2. (Sigue): La segunda acogida.

La segunda acogida en Italia está garantizada por el Sistema de protección de los solicitantes de asilo y refugiados (SPRAR), que asegura la “acogida integrada”, es decir, un conjunto de medidas que van más allá de la concesión de alojamiento y comida, y que acompañan al demandante en el procedimiento de inclusión socioeconómica.

A este respecto cabe destacar que el sistema definido en el D.leg. n. 142/2015 «adecuadamente tiene en cuenta cómo la lógica de la acogida no queda igual a sí misma, sino cambia en relación con su duración: en un primer momento ella puede consistir en la mera asistencia y en el alojamiento; pero, en un segundo momento, debe convertirse en verdadero camino de inserción e integración»⁵¹⁰.

El sistema SPRAR se creó por la Ley n. 189 de 2002, recogiendo la herencia del Programa Nacional Asilo (PNA), una experiencia de consorcio de entes locales y entes del tercio sector iniciada en 2001 con la firma de un protocolo de acuerdo entre

de centro. 2. Sobre el esquema de expediente del apartado 1 se adquieren las evaluaciones de la Mesa de coordinación nacional mencionada en el artículo 16. 3. Por el reglamento mencionado en el artículo 30, se identifican formas de participación y de inclusión de los solicitantes en el desarrollo de la vida en las instalaciones mencionadas en los artículos 9, 11 y 14».

⁵⁰⁸ El art. 13 D.leg. n. 142/2015, denominado “Alejamiento injustificado de los centros”, prevé que: «1. El alejamiento injustificado de las instalaciones mencionadas en los artículos 9 y 11 implica la revocación de las condiciones de acogida del presente decreto, adoptada con las modalidades del artículo 23, apartado 1, letra a), con los efectos del artículo 23-bis del decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, en su versión modificada, así como introducido por el presente decreto».

⁵⁰⁹ Sobre la posibilidad de que quede en las manos del legislador ordinario la tutela de la libertad de circulación y residencia reconocida por el art. 16 de la Constitución italiana sólo a los ciudadanos, cfr., por todos, BARBERA, A., Sub *art.* 2, BRANCA, G., (a cargo de), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 116.

⁵¹⁰ VIRZÌ, F.V., *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, op. cit., p. 129.

Ministerio del Interior, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y Asociación nacional de los ayuntamientos italianos (ANCI). Él se compone actualmente de la red de entes locales que, para la predisposición y actuación de los proyectos de acogida integrada, utilizan realidades del tercio sector, y del Servicio central, una estructura operativa creada por el Ministerio del Interior y gestionada por el ANCI, la cual desempeña funciones de supervisión, información y formación, de asistencia de los entes locales en la gestión de la acogida. El Sistema de protección está financiado por el Fondo nacional para las políticas y los servicios de asilo (FNPSA), incorporado en el estado de previsión del Ministerio del Interior y actualizado por la ley financiera del Estado.

El acceso al SPRAR se permite a los que, una vez formalizada la solicitud de protección internacional, quedan sin sustento⁵¹¹. El procedimiento previsto no admite poderes discrecionales de la administración: el demandante, con arreglo al art. 15⁵¹² de

⁵¹¹ El art. 14, apartado 1, D.leg. n. 142/2015 prevé que «el solicitante que haya formalizado la solicitud y que esté sin medios suficientes para garantizar una calidad de vida adecuada al sustento propio y de sus familiares, tiene acceso, con los familiares, a las medidas de acogida del Sistema de protección para los solicitantes de asilo y refugiados (SPRAR), predisuestas por los entes locales según el artículo 1-*sexies* del decreto-ley de 30 de diciembre de 1989, n. 416, convertido, con modificaciones, por la ley de 28 de febrero de 1990, n. 39, y financiadas por el Fondo mencionado en el artículo 1-*septies* del mismo decreto, también derogando el límite del 80 por ciento del apartado 2 del mismo artículo 1-*sexies*». Tanto la primera acogida como la segunda no están relacionadas con la regularidad del solicitante: en el D.leg. n. 142/2015 – contrariamente al antiguo D.leg. n. 140/2015 – el acceso al SPRAR no es consecuencia de la expedición del permiso de residencia.

⁵¹² El art. 15 D.leg. n. 142/2015, denominado “Modalidades de acceso al sistema de acogida territorial – Sistema de protección para solicitantes de asilo y refugiados”, establece que: «1. En las hipótesis del artículo 14, apartado 1, el solicitante tramita demanda de acceso a la acogida para sí y sus familiares, previa declaración, e la hora de tramitar la solicitud, de ser desprovisto de medios suficientes de subsistencia. 2. La prefectura – oficina territorial del Gobierno, a la que se tramita, por parte de la comisaría, la documentación del apartado 1, evalúa la insuficiencia de medios de subsistencia, aclara, según las modalidades establecidas por resolución del Jefe del Departamento para las libertades civiles y la inmigración del Ministerio del Interior, la disponibilidad de plazas en el Sistema de protección para solicitantes de asilo y refugiados mencionado en el artículo 14. 3. La prefectura – oficina territorial del Gobierno vela por el envío del solicitante a la instalación identificada, también utilizando los medios de transporte dispuestos por el gestor. 4. La acogida está prevista en la instalación identificada y está sometida a la efectiva permanencia del solicitante en aquella instalación, sin perjuicio del traslado a otro centro, que puede ser dispuesto, por razones motivadas, por la prefectura – oficina territorial del Gobierno en que se sitúa la instalación de acogida que hospeda el solicitante. El traslado a otro centro situado en una provincia diferente es dispuesto por el Departamento para las libertades civiles y la inmigración del Ministerio del Interior. 5. La dirección de la instalación de acogida se comunica, por parte de la prefectura – oficina territorial del Gobierno, a la Comisaría, así como a la Comisión territorial para el reconocimiento de la protección internacional, con arreglo al artículo 5, apartado 2. Es facultad del solicitante comunicar la dirección de la instalación al propio letrado o asesor jurídico. Se permite el acceso en las mismas estructuras de ACNUR, así como de los representantes de los entes de tutela de los titulares de protección internacional con el fin de asistir a los solicitantes. 6. Contra la resolución de denegación de las medidas de acogida se admite recurso al Tribunal administrativo regional territorialmente competente».

dicho decreto, conjuntamente con la tramitación de su solicitud de protección internacional en la comisaría, puede presentar instancia para acceder al SPRAR para sí y los miembros de su familia; la prefectura, a la que se remite tal demanda, verificada la insuficiencia de los medios de subsistencia en relación con el importe del subsidio social, envía el demandante a la instalación seleccionada. Análogo procedimiento está previsto para los menores de edad no acompañados: la autoridad que recibe la demanda de protección internacional debe informar al Servicio central para la inserción del menor en las instalaciones SPRAR; al mismo tiempo debe informar el Fiscal de la República del Tribunal de menores y el Tribunal de menores para la ratificación de las medidas establecidas⁵¹³.

El acceso al SPRAR se concibe como un “derecho” del solicitante de protección internacional, sustraído de la discrecionalidad de la administración, cuya decisión se canaliza en un procedimiento plenamente definido.

Según la ley el solicitante se queda en las instalaciones del Sistema de protección hasta la resolución que pone fin al procedimiento de reconocimiento internacional por parte de la Comisión territorial. En el caso de denegación, las medidas de acogida se garantizan hasta el término para la impugnación de la resolución y, en caso de recurso judicial, durante todo el tiempo en que el solicitante está autorizado a quedarse en el territorio del Estado. Esta previsión es coherente con el nuevo art. 19.4 del D.leg. n. 150 de 2011, en el que se prevé que «la interposición del recurso suspende la eficacia ejecutiva de la resolución impugnada»⁵¹⁴.

Sin embargo, la ley no regula el caso de admisión de la demanda. No obstante, la práctica sugiere que, al reconocer la protección internacional o la concesión de protección humanitaria, el período de acogida se prorroga por seis meses desde la comunicación de la resolución de la Comisión territorial; tal período se puede prorrogar adicionalmente si concurren circunstancias extraordinarias, debidamente motivadas en relación con los caminos de inserción social realizados o con razones comprobadas de salud.

Asimismo la ley prevé que los menores no acompañados sean acogidos en las instalaciones del Sistema de protección hasta que alcancen la mayoría de edad. No

⁵¹³ Cfr. art. 19, apartado 5, del D.leg. n. 142/2015 y art. 26 del D.leg. n. 25 de 2008.

⁵¹⁴ Salvo que se cumplan las condiciones mencionadas en el art. 19, apartado 4, letras b), c), y d), el mismo decreto.

obstante, en la práctica, la acogida del que acaba de alcanzar la mayoría de edad se puede prorrogar por dos meses.

Ni siquiera el procedimiento de autorización de la prórroga está regulado por ley. Siempre en la práctica, la prolongación de los tiempos de acogida de los titulares de protección internacional viene solicitado por el proyecto territorial, que, a través de la base de datos SPRAR, envía una relación social sintética sobre el interesado; será el Ministerio del Interior, por trámite del Servicio central SPRAR, que autorizará la prórroga⁵¹⁵.

Este procedimiento merecería, pues, algunas críticas. En primer lugar, cabe subrayar que le toca al responsable del proyecto territorial, a la luz de su evaluación discrecional, decidir si solicitar o menos la autorización del Ministerio del Interior para la prórroga de los tiempos de acogida; mientras que no está regulado el procedimiento de una posible intervención del interesado. En segundo lugar, la discrecionalidad del Ministerio del Interior con respecto a tal autorización, no está regulada: específicamente, parece oscuro el interés público que puede inducir la administración a denegarla⁵¹⁶.

El legislador, en cambio, ha definido el procedimiento de revocación⁵¹⁷ de la

⁵¹⁵ Cfr. *Manuale operativo per l'attivazione e la gestione di servizi di accoglienza integrata in favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale e umanitaria* (Manual de Operaciones SPRAR), 2015, p. 109 y ss. La prórroga de las medidas de acogida posteriores al reconocimiento de la protección internacional, encuentra fundamento legislativo dentro del art. 29 del D.leg. n. 251 de 2007, en su versión modificada por el D.leg. n. 18 de 2014.

⁵¹⁶ Cfr. Manual de Operaciones SPRAR, que se limita a especificar que «las prórrogas para la prolongación del período de acogida tienden a ser siempre posibles en el caso de personas con específicas vulnerabilidades que frenen los tiempos del camino de inclusión social».

⁵¹⁷ El art. 23 D.leg. n. 142/2015, denominado “Revocación de las condiciones de acogida”, establece que: «1. El prefecto de la provincia en que se sitúan las instalaciones del artículo 14, establece, por propio motivado decreto, la revocación de las medidas de acogida en caso de: a) falta de presentación en la instalación identificada o abandono del centro de acogida por parte del solicitante, sin previa motivada comunicación a la prefectura – oficina territorial del Gobierno competente; b) falta de presentación del solicitante a la audición ante el órgano de examen de la solicitud; c) presentación de una solicitud reiterada con arreglo al artículo 29 del decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, en su versión modificada; d) comprobación de la disponibilidad por parte del solicitante de medios económicos suficientes; e) violación grave o reiterada de las normas de las instalaciones en que el solicitante está acogido, incluso el daño doloso de bienes muebles o inmuebles, o comportamientos gravemente violentos. 2. En la adopción de la resolución de revocación se tiene en cuenta la situación del solicitante con particular referencia a las condiciones del artículo 17. 3. En la hipótesis del apartado 1, letra a), el gestor del centro tiene que comunicar inmediatamente a la prefectura – oficina territorial del Gobierno la falta de presentación o el abandono de la instalación por parte del solicitante. Si el solicitante de asilo se rastrea o se presenta voluntariamente a las Fuerzas del orden o al centro de asignación, el prefecto territorialmente competente establece, por resolución motivada, sobre la base de los elementos proporcionados por el solicitante, el eventual restablecimiento de las medidas de acogida. El restablecimiento se establece sólo si la falta de presentación o el abandono han sido causados por fuerza mayor o caso fortuito o, en todo caso, por graves motivos personales. 4. En la hipótesis del apartado 1, letra e), el gestor del centro tramita a la prefectura – oficina territorial del Gobierno una relación sobre los

segunda acogida, que debe ser dispuesta por el prefecto en caso de: a) falta de presentación en la instalación seleccionada, a menos que sea por causa de fuerza mayor, caso fortuito o graves motivos personales; b) falta de presentación del solicitante en la audiencia ante la Comisión territorial competente para el examen de la demanda; c) presentación de una solicitud reiterada; d) esclarecimiento de la disponibilidad por parte del solicitante de los medios de subsistencia; e) violación grave y reiterada de las normas de las instalaciones en que el solicitante se encuentra acogido, incluso el daño doloso de bienes muebles o inmuebles, o comportamientos gravemente violentos.

Se trata de un procedimiento de tipo sancionador que, sin embargo, se define sumariamente: efectivamente la ley prevé que sea el prefecto territorialmente competente el que asegure la adopción de un decreto motivado, a partir de la relación del gestor de las instalaciones de acogida en los casos regulados por las letras a) y c). Nada se prevé en relación al derecho del interesado a ser oído antes de la imposición de la sanción; carencia que parecería aún más grave considerando que la decisión se toma esencialmente con arreglo a las comunicaciones del gestor de la acogida⁵¹⁸.

También al momento de la revocación, además, la ley se refiere sólo a los demandantes de protección internacional; para los titulares de protección acogidos, en cambio, el procedimiento sería, por decirlo así, regulado por la práctica según la cual el gestor del proyecto de acogida se convierte en ente competente para la adopción de sanciones, ya que puede asegurar la resolución unilateral de alejamiento de las instalaciones SPRAR⁵¹⁹.

Durante la estancia en el SPRAR, el solicitante de protección internacional puede ser mudado, con resolución motivada del prefecto o del Ministerio del Interior, de una

hechos que pueden desembocar en la eventual revocación, dentro de tres días de su verificación. 5. La resolución de revocación de las medidas de acogida despliega sus efectos desde el momento de su comunicación, con arreglo al artículo 5, apartado 2. La resolución se comunica también al gestor del centro. Contra la resolución se admite recurso al Tribunal administrativo regional competente. 6. En la hipótesis de revocación, dispuesta según lo establecido por el apartado 1, letra d), el solicitante debe reembolsar los costes incurridos por las medidas de las que se ha beneficiado indebidamente. 7. Cuando la existencia de los presupuestos para la evaluación de peligrosidad del solicitante según el artículo 6, apartado 2, se desprende posteriormente al envío a las instalaciones mencionadas en los artículos 9, 11 y 14, el prefecto establece la revocación de las medidas de acogida según lo establecido en el presente artículo e informa el gestor para la adopción de las medidas del artículo 6».

⁵¹⁸ Hay que considerar aplicables las disposiciones sobre la participación al procedimiento definidas por la ley n. 241 de 1990; recién cfr. Tribunal administrativo regional de Emilia Romagna, sent. de 12 de enero de 2016, n. 26, en *DeJure*, la cual anula la resolución del prefecto de revocación de las medidas de acogida SPRAR por la falta de comunicación al interesado acerca del inicio del procedimiento por parte de la administración.

⁵¹⁹ Manual de Operaciones SPRAR 2015, p. 112.

instalación a otra, en la misma provincia o en otra.

En relación con las condiciones de acogida, el art. 14⁵²⁰ se «limita a reenviar al decreto del Ministerio del Interior que, entre otras cosas, dicta las directrices para la predisposición de los servicios a asegurar, incluso los que se destinan a las personas con exigencias particulares»⁵²¹.

En los casos en que la admisibilidad en las instalaciones del SPRAR no sea posible y tal carencia tampoco pueda ser compensada mediante los CPA, el solicitante de protección internacional es recibido dentro de estructuras extraordinarias específicamente creadas (CAS)⁵²². Éstas «no desempeñan las funciones de los CPA y

⁵²⁰ El art. 14 D.leg. n. 142/2015, denominado “Sistema de acogida territorial – Sistema de protección para solicitantes de asilo y refugiados”, establece que: «1. El solicitante que haya formalizado la solicitud y que esté desprovisto de medios suficientes a garantizar una calidad de vida adecuada para el sustento propio y de sus familiares, tiene acceso, junto con los familiares, a las medidas de acogida del Sistema de protección para solicitantes de asilo y refugiados (SPRAR) predispuestas por los entes locales con arreglo al artículo 1-*sexies* del decreto-ley de 30 de diciembre de 1989, n. 416, convertido, con modificaciones, por la ley de 28 de febrero de 1990, n. 39, y financiadas por el Fondo mencionado en el artículo 1-*septies* del mismo decreto, también en déroga del límite del 80 por ciento mencionado en el apartado 2 del mismo artículo 1-*sexies*. 2. Por decreto del Ministro del Interior, oída la Conferencia unificada del artículo 8 del decreto legislativo de 28 de agosto de 1997, n. 281, que se expresa dentro de treinta días, se fijan las modalidades de presentación por parte de los entes locales de las solicitudes de contribución para la realización de los proyectos de acogida mencionados en el apartado 1. El mismo decreto establece las directrices para la predisposición de servicios a asegurar, incluso los destinados a las personas con exigencias particulares mencionadas en el artículo 17. 3. La evaluación de la insuficiencia de los medios de subsistencia mencionados en el apartado 1 se efectúa por parte de la prefectura-oficina territorial del Gobierno, con arreglo al importe anual del subsidio social. 4. Las medidas de acogida se aseguran durante todo el procedimiento de examen de la solicitud por parte de la Comisión territorial para el reconocimiento de la protección internacional mencionada en el artículo 4 del decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, en su versión modificada, y, en caso de rechazo, hasta el plazo establecido para la impugnación de la decisión. Salvo lo establecido en el artículo 6, apartado 7, en caso de recurso judicial interpuesto con arreglo al artículo 35 del decreto legislativo de 28 de enero de 2008, n. 25, en su versión modificada, el demandante, desprovisto de medios suficientes con arreglo al apartado 1, se beneficia de las medidas de acogida del presente decreto durante el tiempo en que esté autorizado a quedarse en el territorio nacional con arreglo al artículo 19, apartados 4 y 5, del decreto legislativo de 1 de septiembre de 2011, n. 150, hasta la resolución de la instancia de suspensión, el demandante se queda en la instalación o centro en que se encuentre. 5. Si dejan de darse las condiciones por la retención en los centros del artículo 6, el solicitante que haya obtenido la suspensión de la resolución impugnada, con arreglo al artículo 19, apartado 5, del decreto legislativo de 1 de septiembre de 2011, n. 150, se acoge en los centros o instalaciones mencionadas en el artículo 9. 6. Al solicitante identificado por el apartado 5, se le prorroga la validez de la certificación nominativa mencionada en el artículo 4, apartado 2. Si se dan las condiciones del artículo 6, apartado 2, letras a), b) y c), al mismo solicitante se le pueden imponer las medidas identificadas en el artículo 14, apartado 1-bis, del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286. En ese caso, si se dan las condiciones, el tribunal unipersonal es competente para la validación de las medidas».

⁵²¹ VIRZÌ, F.V., *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, op. cit., p. 131.

⁵²² El art. 11 del D.leg. n. 142/2015, denominado “Medidas extraordinarias de acogida”, establece que: «1. En el caso de que esté temporalmente agotada la disponibilidad de plazas dentro de las instalaciones de los artículos 9 y 14, a causa de llegadas masivas y cercanas de solicitantes, la acogida puede disponerse por parte del prefecto, oído el Departamento para las libertades civiles y la inmigración del Ministerio del Interior, en instalaciones provisionales, específicamente creadas, previa evaluación de las condiciones de salud del solicitante, con el fin adicional de aclarar la existencia de exigencias particulares

menos aún las funciones del SPRAR, realizando una especie de *tertium genus* que prolonga la cadena de la acogida»⁵²³.

El alojamiento en los CAS del demandante está dispuesto por el prefecto, tras consultar el Departamento para las libertades civiles y la inmigración del Ministerio del Interior y con previa evaluación de las condiciones de salud del demandante; la asistencia y la acogida del menor no acompañado están aseguradas por la autoridad del Ayuntamiento en que él se encuentra.

Dentro de los CAS, los solicitantes de protección internacional son huéspedes sólo durante el tiempo estrictamente necesario para su desplazamiento dentro de los CPA o del SPRAR; sin embargo, la baja probabilidad de ser aceptado en las instalaciones ordinarias vela por convertir la permanencia dentro de los CAS en cualquier cosa menos provisional.

De lo expuesto anteriormente, destaca que la segunda acogida en Italia todavía presenta una disciplina incompleta, tanto por lo que se refiere a su realización, como en relación a su organización. En cuanto al primer aspecto, el procedimiento de acogida está regulado sólo parcialmente; los procedimientos de prórroga y revocación de las medidas SPRAR carecen de una regulación significativa, en relación con la atribución y distribución del poder público, en las manos de la administración o del gestor del proyecto SPRAR. Por lo que se refiere, en cambio, a la organización de la acogida, cabe destacar que las deficiencias de las instalaciones ordinaria hayan causado el constante recurso a las instalaciones CAS, un *tertium genus* de acogida que, como ya se ha señalado, no desarrolla las funciones de los CPA ni las del Sistema de protección.

2. La inmigración en España durante la crisis.

Como ya se sabe, frente al gran número de personas que solicitan protección

de acogida. 2. Las instalaciones mencionadas en el apartado 1 satisfacen las exigencias esenciales de acogida respetando los principios mencionados en el artículo 10, apartado 1, y están identificadas por las prefecturas-oficinas territoriales del Gobierno, oído el ente local en cuyo territorio se sitúa la instalación, según los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Se consiente, en casos de urgencia extrema, el utilizo de procedimientos de adjudicación directa con arreglo al decreto-ley de 30 de octubre de 1995, n. 451, convertido, con modificaciones, por la ley de 29 de diciembre de 1995, n. 563, y a las normas relativas de actuación. 3. La acogida en las instalaciones mencionadas en el apartado 1 está limitada al tiempo estrictamente necesario al traslado del solicitante a las instalaciones mencionadas en el artículo 9, o en las del artículo 14. 4. Las operaciones de identificación y registro de la solicitud se realizan en la comisaría más cercana al lugar de acogida».

⁵²³ VIRZÌ, F.V., *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, op. cit., p. 132.

internacional, los Estados miembros de la Unión europea, incluso España, han implementado políticas de control de los flujos migratorios. Esas medidas por un lado, han tenido el efecto de complicar aun más la entrada de los refugiados en el territorio europeo, por otro, han hecho más problemático el acceso al procedimiento para el reconocimiento de la protección internacional.

Frente al fracaso de las políticas de expulsión llevadas a cabo a nivel internacional, que han reducido de hecho los centros de detención administrativa a lugares de prolongación de la detención penitenciaria, los Estados miembros de la Unión europea han redescubierto la “cooperación internacional”⁵²⁴ y las políticas europeas de vecindad (PEV). En este sentido, han intentado imponer a los Gobiernos de los Estados de tránsito, sobre todo de los Países de África septentrional, acuerdos de cooperación basados en la financiación de las políticas de arresto, de detención y expulsión de los migrantes irregulares antes que éstos pudieran intentar la travesía hacia el territorio europeo. En esta dirección, Italia y España han ofrecido los ejemplos más evidentes en las relaciones, respectivamente, con Libia y con Marruecos, concluyendo acuerdos bilaterales y convenios sobre fuerzas armadas que han permitido el bloqueo y el arresto de los clandestinos, que a menudo son menores no acompañados y posibles solicitantes de asilo, a cambio de tratos preferentes en los intercambios comerciales con los Países de la Unión⁵²⁵.

Otro punto clave de las políticas europeas de “lucha contra la inmigración clandestina” son los acuerdos de patrulla conjunta y las actividades de la agencia Frontex⁵²⁶, creada por la Unión europea en 2004 para el control de las fronteras exteriores y el contraste de la inmigración clandestina.

⁵²⁴ Sobre ese tema, v. MORGESE, G., *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, op. cit., p. 41, el cual subraya que desde años la Unión y sus Estados consideran necesario acompañar los instrumentos “antes” de los movimientos migratorios con medidas adecuadas “después”, encaminadas a afectar directamente a las Regiones de origen o tránsito de tales movimientos. Para profundizar, v. DEVISSCHER, P., *Legal Migration in the Relationship between the European Union and ACP Countries: The Absence of a True Global Approach Continues*, en *European Journal of Migration and Law*, 2011, p. 53 y ss.; así como GUIDI, M., *L'Unione europea alla ricerca della “sinergia” ottimale tra migrazione e sviluppo nell'ambito della cooperazione internazionale*, CHERUBINI, F. (a cargo de), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, Bordeaux Edizioni, 2015, p. 23 y ss.

⁵²⁵ Por lo que se refiere a la situación de Grecia, v. el análisis de MORGESE, G., *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, op. cit., p. 41 y ss.

⁵²⁶ Para un análisis de las actividades y de las perspectivas de intervención de la Agencia Frontex en el Mediterráneo, v. CAGGIANO, G., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 73 y ss.

Italia, España y Grecia constituyen hoy día los principales eslabones operativos de las actividades realizadas por esa agencia, dirigida por la Comisión europea. El objetivo común es hacer recaer sobre los Países de tránsito las responsabilidades y las cargas de la lucha a la inmigración irregular, a partir de su participación en las operaciones de contraste. Estas operaciones consisten en prácticas de readmisión cada vez más desdeñosas y en acciones coordinadas de guardia fronteriza, en tierra y en el mar, con el recurso a la “patrulla conjunta” de las fronteras marítimas en aguas internacionales.

En España, las políticas de externalización de las fronteras actualmente previstas son las mismas que se adoptan a nivel europeo⁵²⁷. Ellas se plasman, de hecho, en acuerdos de readmisión, en el control de las costas españolas y africanas mediante el sistema Frontex, en la adopción de una política restrictiva por lo que se refiere a la concesión de la protección internacional y del derecho de asilo⁵²⁸ y, finalmente, en otras medidas adaptadas a las características de las zonas fronterizas del Estado español⁵²⁹.

Tales últimas medidas, que se aplican en los aeropuertos, en los Centros de internamiento de los extranjeros, en los puertos, así como en las ciudades de Ceuta y Melilla, prevén en concreto una política restrictiva de acceso al procedimiento de asilo, que tiene el objetivo de desincentivar la afluencia de refugiados en el territorio español.

Cabe destacar que la mayoría de las solicitudes de protección internacional en España se tramitan en las zonas fronterizas y en los Centros de internamiento de los extranjeros, mientras que sólo un porcentaje reducido de inmigrantes que tienen acceso al territorio español mediante el desembarque en la costa o en Ceuta y Melilla, formaliza la solicitud de asilo, lo que representa el síntoma evidente de los obstáculos que existen para acceder al procedimiento de protección internacional. Obstáculos que inician con la ausencia de un procedimiento para la identificación de los sujetos que tienen derecho a pedir tal protección, continúan con la ausencia de agencias

⁵²⁷ Sobre ese tema, cfr. DURÀ THOUS, J., *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, REIG FABADO, I. (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 93, en que se subraya que «La obsesión por el control de los flujos migratorios está provocando que el control de las fronteras europeas cada vez se realice más lejos del propio territorio europeo, en las mismas costas y fronteras de los países de tránsito y origen, en lo que se ha denominado como “externalización de fronteras”».

⁵²⁸ A este respecto, v. DURÀ THOUS, J., *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, REIG FABADO, I. (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, op. cit., p. 103, en que destaca que «En 2011, España introdujo el visado de tránsito a las personas nacionales de Siria, imposibilitando en la práctica su acceso al territorio español y al procedimiento de asilo».

⁵²⁹ Así DURÀ THOUS, J., *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, REIG FABADO, I. (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, op. cit., p. 98.

competentes y con las dificultades de acceso a las ONG especializadas en los lugares de detención, y terminan con la falta de intérpretes adecuados. Además, en muchos puntos de entrada de posibles demandantes, como Fuerteventura, Lanzarote, Tarifa o Algeciras, las personas son inmediatamente internadas en un CIE en espera de ser expulsados.

Este empleo distorsionado del procedimiento de asilo como instrumento para el control de las fronteras hace que difícilmente los inmigrantes logren acceder al sistema de protección internacional. El empleo distorsionado de ese instrumento se percibe sobre todo mirando las diferencias que existen entre el procedimiento de asilo adoptado en el territorio y el que se observa en las zonas fronterizas, ya que existen requisitos de admisión más rigurosos en el último caso, así como un término más estricto para la resolución. La mayoría de las solicitudes de asilo que se tramitan en las zonas fronterizas o en los CIE no se acogen⁵³⁰.

En 2011, en los CIE españoles se tramitaron 261 solicitudes de protección internacional. Este número, aunque el Ministerio del Interior español no ofrezca cifras exactas de las personas que fueron privadas de libertad personal, parece bajo frente a la totalidad de los extranjeros que probablemente han transitado en uno de esos centros de internamiento, lo que demuestra el hecho de que en estas instalaciones se sigue asistiendo a violaciones de los derechos de los internados que solicitan asilo⁵³¹.

Otra situación que se señala por su gravedad es la de los clandestinos que llegan a los puertos españoles. En este caso también, la existencia de graves irregularidades en la gestión de los desembarques hace más complicado el acceso de los migrantes a los derechos que tienen con arreglo a la Ley de Asilo y de Extranjería.

2.1. La situación de Ceuta y Melilla.

⁵³⁰ Así DURÀ TOHUS, J., *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, REIG FABADO, I. (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, op. cit., p. 104, en que destaca que «Mientras se puede afirmar que existe un elevado porcentaje de admisión a trámite de solicitudes presentadas en territorio, no se puede decir lo mismo para las solicitudes realizadas en frontera o en los CIE, observándose un elevado número de denegaciones, 392. Que la gran mayoría de las solicitudes presentadas en puestos fronterizos sean denegadas evidencia una grave disparidad entre los procedimientos en territorio y en frontera. [...] Esta decisión de denegar las solicitudes presentadas en frontera, responde únicamente a un objetivo bien preciso: el endurecimiento de las condiciones de entrada en España y su repercusión en la gestión de los flujos migratorios. Sin embargo, la finalidad de la legislación de asilo no es el control de fronteras, sino garantizar el acceso a un derecho concreto, el asilo».

⁵³¹ DURÀ TOHUS, J., *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, REIG FABADO, I. (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, op. cit., p. 101.

Como ya se ha indicado, España, así como Italia y Grecia, es uno de los países que recibe los primeros flujos de migración, encargándose de su acogida. Entre las zonas sometidas a mayor control por parte de la policía, están sin duda las fronteras de Ceuta y Melilla, ciudades autónomas españolas situadas en las costas de Marruecos. Estos dos pequeños enclaves, que sufren día tras día diversos intentos de ingreso por parte de inmigrantes procedentes principalmente de África subsahariana u occidental, se han convertido con el tiempo en dos casos paradigmáticos de actuación de la estrategia encaminada a provocar una disminución de las solicitudes de asilo en España.

En el mes de octubre de 2014, en efecto, se presentó en el Parlamento una enmienda al Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, con el cual se quería modificar la Ley de Extranjería⁵³². Más específicamente, la modificación preveía la posibilidad de efectuar la expulsión inmediata de los migrantes que se encontrasen en el espacio incluido “entre las vallas”⁵³³. El objetivo de la enmienda era doble: por un lado, intensificar la vigilancia en la zona fronteriza, y por otro reforzar la cooperación hispano-marroquí⁵³⁴.

Como resultado de un turbulento iter legislativo, esa modificación fue aprobada por el Parlamento español. La primera disposición final de la Ley Orgánica 4/2015 del 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en vigor desde el 1 de abril de 2015, ha añadido a la Ley de Extranjería la disposición adicional décima, que cuenta con lo que sigue: «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte».

Esa medida, como ya han señalado con prestigio, no ha legitimado las llamadas

⁵³² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁵³³ Sobre ese tema, cfr. SELMA PENALVA, A., *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, Murcia, Ediciones Laborum, 2015, p. 308, la cual subraya que «En concreto, con la nueva redacción, y bajo la rúbrica de “Régimen especial de Ceuta y Melilla”, incluida en el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, actualmente en proceso de tramitación parlamentaria, se pasaría a indicar que “Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla mientras intentan superar, en grupo, los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera, podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”».

⁵³⁴ Sobre ese tema, cfr. SELMA PENALVA, A., *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, op. cit., p. 297 y ss.

“devoluciones en caliente”. Por el contrario, la modificación legislativa ha aclarado, en definitiva, que los extranjeros que sean bloqueados por la policía fronteriza mientras intentan cruzar el sistema del perímetro de seguridad, no han ingresado formalmente en el territorio español, con la consecuencia de que no se podrá aplicar la “devolución” como entidad jurídica adecuada para obtener el alejamiento del extranjero del País⁵³⁵.

En conclusión, cabe destacar que cualquier intento de cruzar una frontera genera diversos tipos de conflictos, todos con caracteres diferentes: humanitarios y sociales, en relación con las personas a las que se deniega el acceso en el País; internacionales, entre Países que están implicados en el fenómeno de la inmigración irregular; de oportunidad política y económica, por fin, entre los diferentes Países de Europa que por ahora todavía no han unido sus fuerzas para llevar a cabo una política migratoria común y un control de las fronteras unificado en todo el territorio de la Unión, y han dejado que la carga de este problema cayese exclusivamente sobre los Países que, por su proximidad al territorio extraeuropeo, suelen sufrir más por los episodios de los flujos de inmigrantes irregulares⁵³⁶.

Considerando la situación personal a la que se enfrentan los extranjeros cuando llegan a Europa y los problemas de derecho internacional que proceden de este tipo de entradas irregulares, sería oportuno que la Unión europea adoptase un plan de actuación conjunta.

En efecto, Europa todavía no ha sabido actuar una política común y eficaz de control y gestión de los flujos migratorios, dejando que cada Estado adoptase las medidas que considerara más adecuadas, muchas veces insuficientes. Sin embargo, la única manera para poner fin al problema de la inmigración irregular parecería, hasta el día de hoy, consistir en realizar una política uniforme y coordinada, gestionada por la Unión europea y a la que participen todos los Estados miembros.

⁵³⁵ Así SELMA PENALVA, A., *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, op. cit., p. 309, según que «todo fenómeno de “devolución” implica, por esencia, una previa “entrada” en territorio español».

⁵³⁶ A este respecto, para una exhaustiva reconstrucción del problema, cfr. CAGGIANO, G., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, op. cit., p. 51 y ss.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La condizione giuridica dell'immigrato. Normativa, dottrina, giurisprudenza*, Supplemento a *Giur. merito*, 2004, 7-8, p. 84;
- AA. VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Milano, Ipsoa, 2003;
- AA.VV., “Decreto sicurezza”: *tutte le novità*, Milano, Giuffrè, 2008;
- Aa.VV., “Decreto sicurezza”, Milano, Giuffrè, 2008, p. 200;
- AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, Cedam, 2009;
- AA.VV., *Il decreto sicurezza – d.l. n. 92/2008 conv. con modif. in l. n. 125/2008*, a cura di A. Scalfati, Torino, Giappichelli, 2008;
- AA.VV., *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, a cura di F. Giunta ed E. Marzaduri, Milano, Giuffrè, 2010;
- AA. VV., *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, Cedam, 2004;
- AA. VV., *Il traffico internazionale di persone*, a cura di G. Tinebra ed A. Centonze, Milano, Giuffrè, 2004;
- AA. VV., *La condizione giuridica dell'immigrato. Normativa, dottrina e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 17;
- ADINOLFI A., *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Riv. dir. intern.*, 2009, p. 669 e ss.;
- ALLEGRETTI U., *Costituzione e diritti cosmopolitici*, G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 182;

- AMALFITANO C., *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2786;
- AMODIO N., *Espulsione e diritti dello straniero*, in *Giur. cost.*, I, 1987, p. 3322;
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983;
- BALBO P., *Stranieri. Profili civili, amministrativi e penali*, Torino, Giappichelli, 2008;
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, p. 23;
- BALZELLONI P., *Immigrazione (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, II, Torino, Utet, 2004;
- BARBAGLI M., *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2002;
- BARBALINARDO G., *Nota a Tribunale di Napoli del 25 settembre 2008*, in *Giur. Mer.*, 2009, 5, p. 1366 e ss.;
- BARBERA A., Sub art. 2, G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 116;
- BARBUTO G., *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 267;
- BASILE F., *La nuova incriminazione delle «pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili»*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 940;
- BASILE F., *Immigrazione e reati culturali motivati*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 224;
- BELLAGAMBA G. - CARITI G., *La disciplina dell'immigrazione*, Milano, Giuffrè, 2005;
- BELLUCCIO D., *Se la legge inibisce l'esercizio dei diritti fondamentali. Ancora sull'art. 10 bis TU n. 286/98 ed i suoi effetti*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, 3-4, p. 124 e ss.;

- BONETTI P., *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 99;
- BORRACCETTI M., *Il rimpatrio dei cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 1, p. 33;
- BORRACCETTI M., *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, 2, p. 13 e ss.;
- BOTTALICO F., *Art. 6 t.u. imm.*, F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007, p. 2606;
- BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida dir.*, 2009, n. 34, p. 34;
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, Utet, 1973, p. 82;
- BRUNELLI G., *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quaderni cost*, 2007, p. 537;
- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, vol. II, Padova, Cedam, 1988, p. 814 e ss.;
- CAGGIANO G., *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "Paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri del Mediterraneo*, in *Gli Stranieri*, 2011, p. 45 e ss.;
- CAGGIANO G., *Alla ricerca di un nuovo equilibrio internazionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 3, p. 459 e ss.;
- CAGGIANO G., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2015;
- CALCAGNO E., *I reati dello straniero espulso dopo le modifiche introdotte dalla "legge Bossi-Fini"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 7, p. 835;

- CALLAIOLI A., *Le recenti scelte politiche sul governo dell'immigrazione: norme barocche che non sciolgono i nodi di fondo (d.p.r. 18.10.2004 n. 334)*, in *Leg. pen.*, 2005, 4, p. 395 e ss.;
- CALLAIOLI A., Sub art. 6, T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali d'udienza*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1837;
- CALLAIOLI A., Sub art. 12, T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali d'udienza*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1847;
- CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2006;
- CAPUTO A., *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, p. 1197;
- CAPUTO A., *I delitti di favoreggiamento alle migrazioni illegali*, in *Dir. form.*, 2004, 1, p. 57-58;
- CAPUTO A., voce *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, agg., Roma, 2005, p. 1 ss.;
- CAPUTO A., *I reati collegati all'espulsione: profili generali e principali questioni applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, Speciale immigrazione, p. 9 e ss.;
- CAPUTO A., *Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, 2003, 1, p. 142;
- CAPUTO A., *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust.*, 1999, 3, p. 432;
- CAPUTO A., *Favoreggiamento all'emigrazione: questioni interpretative e dubbi di costituzionalità*, in *Quest. giust.*, 2003, 6, p. 1243;
- CAPUTO A., *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, 2002, 5, p. 964 e ss.;

- CAPUTO A., *Diseguali, illegali, criminali, (una guida pratica alla lettura)*, in *Quest. giust.*, 2009, 1, p. 86;
- CAPUTO A., *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA – G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 235;
- CAPUTO A., *Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. n. 286/1998)*, A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, Ipsoa, 2005, p. 1295;
- CASTELLANI C., *Infibulazione ed escissione*, in *Minorigiustizia*, 1999, p. 142;
- CENTONZE S., *L’espulsione dello straniero*, Padova, Cedam, 2006;
- CENTONZE S., *Sicurezza e immigrazione: la nuova disciplina dell’immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza*, Padova, Cedam, 2009;
- CERASE M., *Riformata la disciplina dell’immigrazione: le novità della “Legge Bossi-Fini”. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 11, p. 1343 e ss.;
- CERCHI R., *L’allontanamento dall’Italia del cittadino straniero e del cittadino europeo*, P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2015, pp. 229-264;
- CORSI C., *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001;
- CORSI C., *Le nuove disposizioni al testo unico sull’immigrazione: tra inasprimento della disciplina e norme «bandiera»*, in *Foro amm.*, 2002, 11, p. 3047 e ss.;
- COZZI A.O., *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in *Quad. cost.*, 2010, 3, p. 551;
- CUNIBERTI M., *La cittadinanza. Libertà dell’uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997;

- D'AMBROSIO L., *Niente più garde à vue per gli stranieri irregolari in Francia in seguito alle sentenze della Corte di giustizia UE sulla direttiva rimpatri*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 giugno 2012;
- D'ANTONIO S., *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 82;
- D'AURIA G., *L'immigrazione e l'emigrazione*, S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo speciale*, vol. I, *Le funzioni di ordine, Le funzioni del benessere*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 758;
- D'ORAZIO G., *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Diritto e società*, I, 1973, p. 957;
- DE BENEDICTIS A., *Mutilazioni genitali femminili*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 321;
- DE GIORGIO M., *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 41;
- DE PASQUALE P., *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 927;
- DEGL'INNOCENTI L., *Il reato di immigrazione clandestina. Prime osservazioni*, in *RPol*, 2009, p. 762;
- DEL COCO A., *Discriminazione razziale*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 288;
- DELLA BELLA A., *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *Il Corriere del Merito*, 2009, 7, p. 709 e ss.;

- DELLA BELLA A., *Il minore straniero ed il reato di immigrazione clandestina*, in *Il Corriere del Merito*, 2010, p. 424 e ss.;
- DEVISSCHER P., *Legal Migration in the Relationship between the European Union and ACP Countries: The Absence of a True Global Approach Continues*, in *European Journal of Migration and Law*, 2011, p. 53 e ss.;
- DI DEDDA E., *Illusione repressiva, ovvero la legge Bossi-Fini tra inapplicabilità e incostituzionalità*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 447;
- DI FILIPPO M., *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione europea*, A.M. CALAMIA - M. DI FILIPPO - M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Torino, Utet, 2012, p. 429;
- DI MARTINO A., *“Caporalato” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, 2015, 2, p. 109;
- DI MARTINO A. – RAFFAELLI R., *La libertà di Bertoldo: “direttiva rimpatri” e diritto penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 luglio 2011;
- DI PIETRO F., *Impiego di lavoratori stranieri irregolari*, S. Centonze (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 263;
- DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 1, p. 125 e ss.;
- DURÀ THOUS J., *Perspectiva global del asilo y refugio en España*, I. REIG FABADO (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 93;
- EINAUDI L., *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007;

- EPIDENDIO T., *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2011;
- FACCHI A., *L'escissione: le pratiche tradizionali a tutela dei minorenni*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 502;
- FAVILLI C., *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, p. 701 e ss.;
- FAVILLI C., *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 904;
- FIANDACA G., voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, p. 552;
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2010;
- FIORE C., *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 278 e ss.;
- FIORE S., *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli, Jovene, 2000;
- FOCARDI F., *La direttiva rimpatri non ha effetto diretto: occorre l'intervento della Corte costituzionale (ma nell'attesa lo straniero ha un giustificato motivo a restare in Italia)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 gennaio 2011;
- FORLENZA O., *Per configurare il reato di favoreggiamento non è necessaria la violenza fisica o psichica*, in *Guida dir.*, 2003, 7, p. 76;
- FORTE G., *Osservazioni in tema di "giustificato motivo" nel nuovo delitto di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1207;
- FRANCAVIGLIA M., *Il Consiglio di Stato e la sentenza "El Dridi": le direttive europee hanno efficacia "abrogativa"?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 585;

- GALLO D., *La voie italienne de la criminalisation des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière partiellement remise en cause*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2011, p. 433;
- GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 112;
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8;
- GAMBARDELLA M., *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, Jovene, 2008;
- GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002;
- GAMBARDELLA M., *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione di documenti di identificazione*, in *Cass. pen.*, 2004, n. 243, p. 776;
- GAMBARDELLA M., *Modificazioni legislative sfavorevoli e reato permanente in materia di immigrazione clandestina*, in *Cass. pen.*, 2009, 5, p. 1916 e ss.;
- GAMBARDELLA M., *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (direttiva "rimpatri") nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2011;
- GAMBARDELLA M., *Ancora sulla mancata esibizione dei documenti da parte del cittadino straniero "irregolare"*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 173 e ss.;
- GATTA G.L., *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 11, p. 1323 e ss.;
- GATTA G.L., *Abolito criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, Giuffrè, 2008;
- GATTA G.L., *Trattenimento nel territorio dello Stato dello straniero espulso: reato permanente o istantaneo?*, in *Il Corriere del Merito*, 2005, 2, p. 199;

- GIANMARINARO M.G., *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, 1, p. 15 e ss.;
- GILIBERTO A., *Lo straniero irregolare è ancora punibile per il reato di omessa esibizione dei documenti?*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, 3, p. 293 e ss.;
- GILIBERTO A., *La pronuncia della Grande Camera della Corte EDU sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2016;
- GIULIANI A., *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova, Cedam, 2015;
- GIUNTA F. – CAPUTO A. – CICALA M., *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 387 e ss.;
- GROSSO C.F., *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 1209 e ss.;
- GROSSO E., *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, 1999, p. 158;
- GUERINI U., *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del “socialismo giuridico penale”?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 3, p. 956 e ss.;
- GUIDI M., *L'Unione europea alla ricerca della “sinergia” ottimale tra migrazione e sviluppo nell'ambito della cooperazione internazionale*, F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, Bordeaux Edizioni, 2015, p. 23 e ss.;
- LA TERZA M., *Innovazioni legislative sul lavoro degli stranieri extracomunitari in Italia*, in *Quest. giust.*, 1987, p. 29;
- LANZA E., *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, Cedam, 2011;

- LANZA E., *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Rass. penit. crim.*, 2, 2010, p. 17 e ss.;
- LANZA E., *La tutela penale contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, G. TINEBRA – A. CENTONZE (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 202;
- LEO G., *Non più sanzionabili le condotte di indebito reingresso nel territorio dello Stato da parte degli stranieri espulsi da più di cinque anni*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 aprile 2012;
- LOCCHI M.C., *I diritti degli stranieri*, Roma, Carocci, 2011;
- LOCCHI M.C., *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 2010, 3, p. 571;
- LOZA GUTIÉRREZ M., *Sos Europa: derechos humanos y control migratorio*, I. REIG FABADO (coord.), *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 338;
- LUCIANI M., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 213;
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983;
- LUERTI S., *Estensione della competenza, presentazione immediata a giudizio, espulsione a titolo di sanzione sostitutiva*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA – G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 426;
- LUTZ F., *L'arrêt "Kadzoev": un premier test pour la directive "Retour"*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2010, p. 331;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2011;

- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 2013, 5^a ed.;
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, p. 1977, p. 447;
- MARI M., *I casi di arresto del clandestino e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. giust.*, 2002, 37, p. 56;
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2006, 2^a ed.;
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001;
- MARZADURI E., *Un iter giudiziario più snello e veloce che risponde alle insofferenze della collettività*, in *Guida dir.*, 2009, 33, p. 19 e ss.;
- MASERA L., “*Terra bruciata*” *attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 27 e ss.;
- MASERA L., *Art. 10 bis t.u. imm.*, E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, *Immigrazione*, Milano, Ipsoa, 2006, 3^a ed., p. 7641;
- MASERA L., *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1373;
- MASERA L., *Il “caso Lampedusa”*: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale, in *Dir. um. e dir. int.*, 2014, 1, p. 83;
- MASERA L., *Approda alla Corte di Giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la c.d. direttiva rimpatri del delitto di illecito reingresso nel territorio dello Stato (art. 13, comma 13, t.u. imm.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 luglio 2014;
- MASERA L., *Nuove norme contro i datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 settembre 2012;

- MASERA L., *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 dicembre 2011;
- MASERA L., *Illecito reingresso dello straniero e direttiva rimpatri al vaglio della Corte UE*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 settembre 2013;
- MASERA L., *La Corte di Giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU Imm) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE)*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2015;
- MASERA L., *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, 4, p. 241 e ss.;
- MASSARO A., *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, M. TRAPANI - A. MASSARO (a cura di), *Temi penali*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 113 e ss.;
- MELICA L., *Commento agli artt. 9, 10, d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 convertito nella legge 28 febbraio 1990, n. 39 e modifiche successive. Aspetti generali*, B. NASCIBENE (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 1997;
- MEREU A. – ZANNOTTI R., *Il cd. "decreto sicurezza": profili di diritto sostanziale*, in *Giur. di mer.*, 2009,1, p. 21;
- MICCÙ R., *Introduzione*, F. ANGELINI - M. BENVENUTI - A. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza. Atti del convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011*, Napoli, Jovene, 2011, p. 5;
- MIELE R., *Il contrasto dell'impiego illegale dei lavoratori extracomunitari quale strumento di lotta e di prevenzione dell'immigrazione clandestina*, in *Gli stranieri*, 1996, 3, p. 271;
- MORANDI N. – SCHIAVONE G., *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della*

protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 84 e ss.;

MORGESE G., *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 15;

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 129;

MORSELLI C., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, Jovene, 2011;

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, Cedam, 1976;

MUSACCHIO V., *Diritto penale dell'immigrazione*, Milano, Giuffrè, 2005;

MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, Giuffrè, 1974;

MUSSO M., voce *Immigrazione*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p. 161;

NAPPI A., *Guida al codice penale*, Milano, Giuffrè, 2008;

NAPPI A., *Fede pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 5 e ss.;

NAPPI G., *La successione c.d. "mediata" di leggi penali nel tempo*, M. TRAPANI – A. MASSARO (a cura di), *Temi penali*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 3;

NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1988;

NASCIMBENE B., *Nuove norme in materia di immigrazione. La legge Bossi-Fini: perplessità e critiche*, in *Corr. giur.*, 2003, 4, p. 532 e ss.;

NATALE A., *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso Lampedusa*, in *Quest. giust.*, 2013, 5, p. 181 e ss.;

NICODEMI F., *La tutela delle vittime della tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 2, p. 94;

- ONIDA V., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Diritto e società*, I, 2009, p. 537;
- ONIDA V., *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009;
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003;
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1990;
- PADOVANI T., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 1356;
- PADOVANI T., *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, 33, p. 15;
- PAGANELLI M. – VENTURA N., *Una nuova fattispecie delittuosa: le mutilazioni genitali femminili*, in *Rass. Crim.*, 2004, p. 453;
- PAGGI M., *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, 4, p. 87 e ss.;
- PALAZZO F., *Destinatari e limiti dell'obbligo di esibizione di documenti previsto dal testo unico sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2004, 4, p. 789;
- PALLADINO P., *Violazione del divieto di rientro dello straniero espulso: natura del reato e rilevanza della durata di tale divieto*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 361;
- PASTORE F., *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, L. VIOLANTE (a cura di), in collaborazione con L. Minervini, *Storia d'Italia, Annali 14 - Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 1037;
- PAZIENZA V., *Espulsione dello straniero e trattenimento ingiustificato nel territorio dello Stato*, suppl. *Cass. pen.*, 2005, 2, p. 47;

- PECCIOLI A., *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1S, p. 22;
- PECCIOLI A., *“Giro di vite” contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 42-43;
- PECORELLA C., Art. 2, E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, Ipsoa, 2006, 2^a ed., p. 67;
- PELISSERO M., *Le ipotesi di favoreggiamento all'immigrazione clandestina*, nella relazione al Convegno “Immigrazione illegale e diritto penale - un approccio interdisciplinare”, 11 novembre 2011, Prato, patrocinato dall’A.I.D.P. - GRUPPO ITALIANO, Sezione giovani penalisti;
- PEPINO L., *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 3, p. 9;
- PEPINO L., *Una soluzione insoddisfacente dei problemi dell'immigrazione*, in *Leg. pen.*, 2002, 4, p. 1091 e ss.;
- PEPINO L., *Immigrazione, politica, diritto*, in *Quest. giust.*, 1999, 1, p. 11 e ss.;
- PEPINO L. – ZANCHETTA P.L., *L'Italia degli stranieri: il controllo amministrativo e penale*, in *Quest. giust.*, 1989, p. 657;
- PERIS RIERA J.M., *El derecho penal y la condición de extranjero: autentica contradicción entre principios de tutela y tratamiento político criminal agudizada con la denominada ley de extranjería*, in *Controversia*, 2002, 3, p. 53 e ss.;
- PEZZELLA V., *Testo unico immigrazione: violazione e provvedimenti de libertate*, in *Dir. giust.*, 2002, 45, p. 60;
- PIETRINI S., *Il quadro legislativo della repressione dei fenomeni di intolleranza razziale in Francia e in Italia*, Milano, Giuffrè, 2009;
- PISA P., *Sicurezza atto secondo: luci e ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1, p. 6 e ss.;

- PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, Speciale immigrazione, p. 5 e ss.;
- PISTORELLI L., *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, S. CORBETTA - A. DELLA BELLA – G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 259;
- PITCH T., *Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 502;
- POTETTI D., *Alcuni profili di legittimità dei provvedimenti amministrativi presupposti nel reato di trattenimento dello straniero sul territorio nazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2125;
- POTETTI D., *Note in tema di giustificato motivo di trattenimento nell'art. 14 co. 5 ter d.lgs. n. 286 del 1998*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1489;
- PUCETTI L., *Trasgressione del divieto di reingresso: davvero disapplicazione per violazione del principio di primazia del diritto dell'Unione?*, in *Riv. pen.*, 2012, p. 662;
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005;
- PULITANÒ D., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 9, p. 1077 e ss.;
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976;
- RAFFAELLI R., *Case note: the Achughbabian case. Impact of the return directive on national criminal legislation*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 Febbraio 2012;
- RELLA R., *Reati propri*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 60;
- RENOLDI C., *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 43;

- RENOLDI C., *Profili di diritto intertemporale dei reati collegati all'espulsione, tra la scadenza del termine di attuazione della "direttiva rimpatri" e l'entrata in vigore della legge 129/2011*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, 1, p. 67 e ss.;
- RENOLDI C., *Il trattamento penale connesso all'espulsione e all'allontanamento e le novità del recente "decreto sicurezza"*, P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi ed orientamenti giurisprudenziali*, Torino, Utet, 2008, p. 220;
- RENOLDI C. – SAVIO G., *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, 3-4, p. 24 e ss.;
- RESCIGNO G.U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 2000;
- RISICATO L., *Commento a SS. UU. 16 gennaio 2008*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 318;
- RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, Giuffrè, 2004;
- RIZ R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2006;
- ROMANO A., *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1490;
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2004, 2^a ed., p. 55;
- ROSI E., *Modifiche all'art. 13 del Testo unico: espulsione amministrativa*, U. DE AUGUSTINIS - S. FERRAJOLO - F.A. GENOVESE - E. ROSI - M.R. SAN GIORGIO (a cura di), *La nuova legge sull'immigrazione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 67;
- ROSSI E., *Profili di diritto costituzionale*, G. DALLA TORRE (a cura di), *Immigrazione e salute: questioni di biogiuridica*, Roma, Edizioni Studium, 1999, p. 123;
- SCICCHITANO S., *La tratta degli esseri umani nel contesto dei processi migratori*, in *Aff. soc. int.*, 2002, 2, pp. 107-108;

- SAVINO M., *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Dir. imm. citt.*, 2013, n. 3-4, pp. 37-56;
- SAVINO M., *Le libertà degli altri*, Milano, Giuffrè, 2012;
- SAVIO G., *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, 4, p. 73;
- SAVIO G., *La legge Bossi-Fini e la restrizione della libertà personale conseguente all'espulsione amministrativa dello straniero*, in *Studium iuris*, 2003, 2, p. 155 e ss.;
- SAVIO G., *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 142 e ss.;
- SELMA PENALVA A., *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, Ediciones Laborum, Murcia, 2015;
- SPAGNOLO G., *Inosservanza dei provvedimenti di polizia (contravvenzioni concernenti l')*, in *Enc giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, p. 5 e ss.;
- SPITALERI F., *L'interpretazione della direttiva rimpatri tra efficienza del sistema e tutela dei diritti dello straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 2013, 1, p. 17;
- TORIELLO M., *Il reato di clandestinità*, S. CENTONZE (a cura di), *Diritto penale dell'immigrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 79;
- VALSECCHI A., *Falsità sull'identità e su altre qualità personali*, O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008;
- VANORIO F., *La pronuncia della Consulta n. 359 del 17.12.2010: incostituzionale la mancata previsione del giustificato motivo nel co. 5 quater dell'art. 14 TU.*, in *Dir. imm. citt.*, 2011, 1, p. 104 e ss.;

- VARRASO G., *Il nuovo rito a “presentazione immediata” dello straniero clandestino davanti al giudice di pace: verso un processo “virtuale”?*, O. MAZZA – F. VIGANÒ (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 120;
- VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 659 e ss.;
- VIGANÒ F., *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 3, p. 13;
- VIGANÒ F., *La Corte di giustizia UE su art. 10 bis: immigrazione e direttiva rimpatri*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2012;
- VIGANÒ F. – MASERA L., *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 maggio 2011;
- VIGANÒ F. – MASERA L., *Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 6 luglio 2011;
- VIGANÒ F. – VIZZARDI M., *“Pacchetto sicurezza” ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 7, p. 813 e ss.;
- VIGONI D., *Le norme in tema di immigrazione clandestina*, G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 182;
- VIRZÌ F.V., *La logica dell’accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, in *Dir. imm. citt.*, 2015, 3-4, p. 125;
- VIZZARDI M., *Divieto di assunzione di stranieri sprovvisti del permesso di soggiorno: una questione interpretativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, p. 1706 ss.;

ZAGREBELSKY G., *Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes (Italie. Présentation générale)*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, p. 219 ;

ZIRULIA S., *Art. 12 t.u. imm.*, E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. III, *Immigrazione*, Milano, Ipsoa, 2011, 3^a ed., p. 7658;

ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, Milano, Giuffrè, 1984.