

IL TRAFFICO DI MIGRANTI

Diritti, tutele, criminalizzazione

a cura di

VINCENZO MILITELLO e ALESSANDRO SPENA



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

IL TRAFFICO DI MIGRANTI
Diritti, tutele, criminalizzazione

IL TRAFFICO DI MIGRANTI

Diritti, tutele, criminalizzazione

a cura di

VINCENZO MILITELLO e ALESSANDRO SPENA



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0138-8

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze giuridiche, della società e dello sport dell'Università degli studi di Palermo – Fondi di ricerca scientifica FFR 2012 (Reati transnazionali ed esigenze di cooperazione giudiziaria) – Responsabile scientifico Prof. Vincenzo Militello.

Composizione: CDR - Sistemi stampa di Maria Angela Roviera - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione. “La cruna dell’ago”: il migrante fra mobilità e controllo</i> Vincenzo Militello, Alessandro Spina	1

PARTE I

I DIRITTI DEI MIGRANTI

<i>Ius migrandi, sovranità statale e cittadinanza</i> Cecilia Corsi	15
<i>L’ingresso dei migranti nell’Unione Europea – fra controllo dell’immigrazione clandestina ed esigenze di protezione</i> Serena Forlati	37
<i>Immigrazione e sicurezza: due paradigmi</i> Mario Savino	60
<i>Ius migrandi e controllo delle frontiere</i> Elisa Cavasino	69
<i>L’assistenza linguistica come presupposto delle garanzie dello straniero</i> Lucia Parlato	87

PARTE II

I MIGRANTI VITTIME DI REATO

<i>Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima</i> Marco Pelissero	105
<i>L’accertamento processuale della tratta di esseri umani fra obblighi di due diligence e tecniche di tutela integrata</i> Paola Maggio	119

	<i>pag.</i>
<i>Il traffico e la tratta di esseri umani</i> Calogero Ferrara	141
<i>La política criminal en materia de migración en España y en Europa: ¿Tráfico ilícito de migrantes o inmigración ilegal?</i> Teresa Aguado Correa	167

PARTE III

CRIMINALIZZAZIONE DEI MIGRANTI

<i>La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo</i> Gian Luigi Gatta	187
<i>The criminalisation of irregular migration in the European Union</i> Mark Provera	195
<i>I centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale</i> Giuseppe Campesi	221
<i>Quali alternative alla “detenzione” nei centri di accoglienza?</i> Annalisa Mangiaracina	244
<i>L’espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico</i> Licia Siracusa	253
<i>Condotte dei migranti tra rigori normativi e giurisprudenza costituzionale ed europea. Il ruolo dell’interpretazione</i> Ignazio Pardo, Cristina Ingraio	273
<i>Gli stranieri e il carcere tra indici di criminalità e fattori di criminalizzazione</i> Marco Manno	290
<i>Integrazione attraverso il diritto penale? Dal migrante autore di reato al migrante vittima del sistema</i> Rosaria Crupi	323

INTRODUZIONE

“La cruna dell’ago”: il migrante fra mobilità e controllo

Vincenzo Militello *, Alessandro Spena *

SOMMARIO: 1. L’Italia nel contesto europeo. – 2. Migrante complice o migrante vittima? – 3. Uno sguardo d’insieme ai contenuti del libro. – 3.1. I diritti dei migranti. – 3.2. I migranti vittime di reato. – 3.3. Criminalizzazione dei migranti.

1. L’Italia nel contesto europeo

Quando nel novembre dell’anno scorso si è svolto a Palermo il Convegno “Traffico dei migranti: Sicilia, Italia, Europa”¹, i cui contributi sono di seguito raccolti, i molteplici problemi connessi al flusso di sbarchi sulle coste siciliane di soggetti provenienti dall’Africa avevano già raggiunto una gravità tale da attirare una attenzione pubblica al di là dei confini nazionali, specie nei paesi di destinazione finale dei migranti che sceglievano la Sicilia, e dunque l’Italia, come porta d’accesso all’Europa.

Ne ha rappresentato una non trascurabile spia il crescente numero di delegazioni di parlamentari tedeschi del *Bundestag* e di singoli *Länder*, che si sono succedute in Sicilia nell’ultimo biennio per approfondire la conoscenza del fenomeno e verificare le modalità con cui viene affrontato. Il dato strutturale più significativo emerso di recente è tuttavia il cambio di paradigma segnato da una più decisa europeizzazione nella presa in carico del problema rispetto al passato.

Nei documenti europei invero la consapevolezza dell’importanza del fenomeno migratorio non può dirsi certo nuova, specie a partire dall’abolizione delle frontiere interne anche per le persone ed alla contestuale crescita di interesse per una regolamentazione comune degli accessi dall’esterno². La svolta negli atteggiamenti collettivi in materia è però ricollegabile con ogni probabilità alla tragedia di Lampedusa del 3 otto-

* Ordinario di Diritto penale, Università di Palermo.

* Ordinario di Diritto pubblico, Università di Palermo.

¹ Per un essenziale resoconto, si veda la comunicazione di S. ORLANDO, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015.

² Di recente, su tale collegamento, J. BAST, *Ursprünge der Europäisierung des Migrationsrechts*, in G. JOCHUM, W. FRITZENMEYER, M. KAU, *Grenzüberschreitendes Recht – Crossing frontiers. Festschrift für K. Heilbronner*, Heidelberg, 2013, p. 8 ss. Una panoramica sull’evoluzione della normativa europea in materia di immigrazione KILCHLING/HERZ, *Schleuserkriminalität*, in U. SIEBER, H. SATZGER, B. VON HEINTSCHELL-HEINEGG (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2014 (2. Aufl.), p. 406 ss.

bre 2013: l'enormità del numero delle vittime di un unico naufragio impose con la forza dei fatti l'esigenza di ripensare la strategia nella reazione al fenomeno, e ciò tanto in sede nazionale quanto appunto a livello europeo³.

Hanno così assunto crescente risalto i motivi umanitari connessi alla tutela delle vite in gioco: subito dopo quel tragico evento, con l'operazione *Mare Nostrum* la marina militare italiana ha spinto le operazioni di ricerca e salvataggio sino a 120 miglia dai nostri confini marittimi e al limite delle acque territoriali dei paesi sulla costa dell'Africa settentrionale, con costi ingenti per lo stato italiano ma riuscendo così a salvare in meno di un anno oltre 200.000 migranti.

Solo durante il semestre di Presidenza italiana della Commissione Europea, nella seconda metà del 2014, si avvia una concretizzazione sul versante meridionale euro-mediterraneo dell'impegno affidato all'agenzia FRONTEX, creata dall'Unione Europea sin dal 2004 "per la cooperazione operativa alle frontiere esterne degli stati membri"⁴. Peraltro, la recente condivisione europea dei problemi connessi ai migranti sul canale di Sicilia è segnata all'origine da una significativa limitazione della sfera dell'intervento umanitario: l'operazione europea denominata *Triton*, che dal dicembre 2014 ha sostituito la precedente italiana di *Mare nostrum*, aveva inizialmente un raggio ristretto entro 30 miglia dalle acque territoriali nazionali ed un budget iniziale ben inferiore (meno di un terzo) a quanto destinato dall'Italia all'altra. Una contraddizione riconducibile ad una sorta di riserva di fondo in non pochi osservatori di *Mare Nostrum*: gli interventi di recupero avanzati sino a poco lontano dalle coste di partenza, ancorché fondati su motivi umanitari, non rischiano forse di trasformarsi in un incentivo per i migranti e per le organizzazioni criminali che ne gestiscono il traffico? Certo, i componenti di queste ultime possono abbandonare ben presto gli scafi stracolmi di persone confidando sul recupero delle navi e gli stessi migranti vedono diminuiti i rischi connessi alle traversate della speranza. Tuttavia, l'idea che ridurre l'area di operatività delle azioni di salvataggio possa raggiungere l'equilibrio fra esigenze di tutela delle vite umane in gioco e gli avvertiti bisogni di controllo e contenimento del fenomeno appare, più che ipocrita, anche piuttosto ingenua: non solo infatti è disposta a concedere alla tutela delle persone solo lo spazio disegnato dai bisogni di controllo, ma anche trascura le reali cause strutturali del fenomeno migratorio, i divari strutturali nella qualità della vita e nelle prospettive di reddito fra i diversi popoli, le quali permangono indifferenti alla linea di intervento delle operazioni di *search and rescue*⁵.

³ Che l'attenzione pubblica sui temi dell'immigrazione sia catalizzata da eclatanti fatti tragici è un dato frequente a livello internazionale: cfr. gli esempi in E. KLEEMANS, M. SMITH, *Human Smuggling, Human Trafficking, and Exploitation in sex Industry*, in *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford, 2014, p. 383.

⁴ Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004 che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in *GU L 349* del 25 novembre 2004. Istruttivo il bilancio sul semestre italiano di presidenza UE rispetto ai vari temi dell'immigrazione nel numero *ad hoc* della Rivista del dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione del ministero dell'Interno: *Libertà civili 2014* (pubblicato in luglio 2015: www.libertacivili.it/pdf/download/semestre%20italiano.pdf).

⁵ Per una analisi di alcune questioni giuridiche connesse alle operazioni *Mare Nostrum* e *Triton*, e più in generale al tema della sorveglianza dei confini europei nel mediterraneo, v. S. CARRERA, L. DEN HERTOG, *Whose Mare? Rule of law challenges in the field of European border surveillance in the Mediterranean*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 79/January 2015.

La contraddizione iniziale alla base di *Triton* non tarda a deflagrare: a fronte dello stillicidio di corpi senza vita di migranti che si continuano a recuperare, occorre un nuovo naufragio eclatante – avvenuto poco fuori dalle acque territoriali libiche nell’aprile di quest’anno e con vittime stimate in numero doppio rispetto all’evento di Lampedusa – per dare una scossa all’impegno europeo, che convoca d’urgenza il 23 aprile un Consiglio Europeo straordinario sulle migrazioni nel Mediterraneo⁶. Nelle sue conclusioni si riconosce apertamente “la tragedia” in atto, ci si impegna a rafforzare i mezzi a disposizione dell’operazione *Triton* e ad estendere la portata di intervento delle connesse azioni di pattugliamento e salvataggio. La prioritaria esigenza di tutela delle vite dei migranti viene strettamente collegata all’intervento contro gli *smugglers*, i trafficanti e le loro organizzazioni e per confiscare i connessi profitti illeciti; a tal fine, si chiamano le autorità degli stati membri ad interagire non solo con FRONTEX, ma anche con altre agenzie europee di cooperazione giudiziaria rafforzata, quali *Europol* ed *Eurojust*. Un approccio dunque sorretto sempre dai motivi umanitari, ma in un quadro integrato di azioni di contrasto delle attività criminali che prosperano intorno al bisogno di mobilità delle genti meno fortunate ed al sistema di ingressi controllati in Europa.

Certo, l’ulteriore obiettivo di contrastare le organizzazioni criminali che gestiscono il traffico dei migranti, o comunque ne favoriscono l’ingresso irregolare, appare indispensabile per non condannare l’intervento umanitario nei confronti dei naufraghi ad una fatica di Sisifo. L’approccio prospettato dal Consiglio Europeo sulle migrazioni segna però una trasformazione – non si sa quanto consapevole – dell’azione europea di contrasto alle organizzazioni criminali, che passa dal suo ambito tradizionale, da sempre costituito da Giustizia ed affari interni, alla politica di sicurezza esterna, che è ora chiamata ad intervenire per obiettivi comuni all’intervento penale. La precedente distinzione netta fra questi due ambiti dell’azione europea – configurati come il secondo e il terzo pilastro nell’architettura pre-Trattato di Lisbona – non è certo del tutto scomparsa nel testo attuale: tra gli obiettivi dell’Unione si delinea la comprensiva visione di uno spazio comune europeo di sicurezza libertà e giustizia affiancato da misure di controllo delle frontiere esterne e di contrasto della criminalità (art. 3, comma 2, TUE). Per la Azione esterna dell’Unione e la politica estera e di sicurezza comune si mantengono tuttavia disposizioni ad hoc, per di più distinte in un titolo a sé stante (il V), che delineano uno statuto speciale, ad es. in tema di fonti e di controllo giurisdizionale (in particolare, con l’esclusione delle fonti legislative e limitando la competenza della Corte di Giustizia: art. 21, n. 1, comma 2, TUE).

Ed è in tale ambito specifico che, a partire dalle conclusioni del Consiglio europeo straordinario sulle migrazioni⁷ e in linea con quanto esplicitato nella di poco successiva Agenda Europea sulle migrazioni⁸, le istituzioni UE hanno da ultimo interpretato il con-

⁶ La dichiarazione finale del Consiglio Europeo straordinario sulle migrazioni del 23 aprile 2015 è reperibile in www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/.

⁷ A distanza di pochi giorni dal Consiglio Europeo straordinario sulle migrazioni, anche il Parlamento Europeo ha adottato a larga maggioranza il 29 aprile 2015 una risoluzione (2015/2660) che ripropone lo stesso approccio integrato: www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1387923&t=d&l=en.

⁸ Gli impegni politici assunti da Consiglio e Parlamento sono più ampiamente sviluppati e declinati dalla Commissione Europea nella *Agenda Europa sulle Migrazioni* (Commissione Europea, 13 maggio 2015 COM 240 (2015) final). In tale programma di azione si esplicita (p. 4) l’esigenza di riportare al livello di

trasto al traffico dei migranti come un compito di tipo militare. In specie, un'azione sistematica tanto per "identificare, catturare e distruggere i natanti prima che siano usati dai trafficanti" quanto per salvare vite umane è stata affidata ad una operazione militare comune dell'Unione europea nel Mediterraneo centro-meridionale, in cui unità navali delle marine nazionali degli Stati membri sono chiamate ad operare sotto comando italiano (EUNAV for MED)⁹. Sin da giugno si è avviato il monitoraggio e la valutazione delle reti di traffico di migranti, ma il programma di interventi prevede due fasi ulteriori, che richiedono anche una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite o il consenso dello Stato costiero per abbordare e sequestrare gli scafi sospettati di traffico di migranti¹⁰.

2. Migrante complice o migrante vittima?

Il tema generale oggetto di questo libro è pertanto quello, tragicamente attuale, del trasporto irregolare di migranti. Un tema che, per sua natura, vive di un rapporto conflittuale fra logiche contrapposte: protezione, assistenza e intervento umanitario, da un lato, controllo e sicurezza, dall'altro.

La tensione fra questi due poli dell'azione pubblica è connaturata al fenomeno, che per un verso vede protagonisti soggetti per lo più bisognevoli di assistenza, ma che, per altro verso, batte su un nervo rispetto al quale gli stati sono tradizionalmente assai sensibili, quello cioè della loro sovranità territoriale e della connessa prerogativa, a tutt'oggi pacificamente riconosciuta dal diritto internazionale, di regolare gli ingressi degli stranieri nel proprio territorio. Si tratta dunque di uno di quei temi che mettono necessariamente in crisi gli stati, soprattutto gli stati costituzionali di diritto, poiché nell'atto stesso con cui sollecita la naturale propensione di ogni stato alla sorveglianza e al controllo delle frontiere li richiama altresì ad un contegno che sia all'altezza degli ideali – costituzionali – di solidarietà ed umanità su cui essi si fondano.

Nel tentativo di sciogliere questa tensione in una composizione ordinata e razionale dei valori in gioco, la comunità internazionale, e l'UE in particolare, come anche i singoli stati, scelgono per lo più di diversificare l'atteggiamento con cui guardano ai migranti, a seconda che questi siano oggetto dell'una o dell'altra delle due facce che il trasporto irregolare può assumere: ossia, quella del vero e proprio traffico di persone (*trafficking in persons*), oppure quella del contrabbando di migranti (*smuggling of mi-*

quanto aveva fatto l'Italia con "Mare Nostrum" l'impegno finanziario europeo delle operazioni *Triton* e *Poseidon* (quest'ultima coordinata dalla Grecia per i migranti che seguono le rotte con tale destinazione). Peraltro l'inadeguatezza del più recente approccio UE alla reali dimensioni raggiunte dal fenomeno è testimoniata anche da fonti ufficiali italiane: cfr. S. SARTI, *Dalla tragedia di Lampedusa alla agenda europea, in Libertà civili 2014* (cit. *supra*, nt. 4), p. 8 s.

⁹ *Council Decision* (CFSP) 2015/778 of 18 May 2015 on a European Union military operation in the Southern Central Mediterranean (EUNAVFOR MED), in OJEU L122/31 del 19 maggio 2015.

¹⁰ *Council Decision* (CFSP) 2015/972 of 22 June 2015 launching the European Union military operation in the southern Central Mediterranean, in OJEU L157/51 del 23 giugno 2015. Peraltro i compiti di monitoraggio del traffico internazionale di migranti e di salvataggio delle vite dei soggetti coinvolti erano già oggetto del sistema EUROSUR finalizzato a coordinare le azioni in materia degli Stati Membri e di FRONTEX: Regolamento (UE) N. 1052/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur), in OJEU L295/11 del 6 novembre 2013.

grants). Se si esaminano le norme che a questi due fenomeni sono rispettivamente dedicate, ci si avvede agevolmente di quanto possa essere diverso nei due casi lo statuto riconosciuto al migrante irregolarmente trasportato: quello della vittima da proteggere ed assistere, nell'uno; quello del "clandestino" che, essendo stato aiutato ad entrare illegalmente, è da respingere o da espellere, nell'altro caso. Si mettano, ad es., a confronto la Direttiva 2011/36/EU sulla prevenzione e sul contrasto del traffico di esseri umani e sulla protezione delle sue vittime con la Direttiva 2002/90/CE sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e la connessa Decisione quadro 2002/946/GAI; oppure ancora, si mettano a confronto gli artt. 601 (sulla *tratta di persone*) e 602 c.p. (su *acquisto e alienazione di schiavi*) con l'art. 12, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (sul cosiddetto *favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*): da entrambi i confronti emergerà lampante come solo il migrante *trafficked* sia stato sinora concepito come una vittima, mentre invece nei confronti del migrante *smuggled* si sia prevalentemente mostrato il volto severo e tutt'altro che accogliente della sovranità territoriale¹¹.

È però sotto gli occhi di tutti quanto insoddisfacenti siano sinora risultati simili tentativi di comporre l'antinomia di scopi che segna l'azione pubblica in materia. Come vedremo tra breve, l'alternativa tra *migrante vittima* di traffico e *migrante complice* del proprio contrabbando rischia di risultare troppo semplicistica a fronte della complessità dei problemi in gioco. La cronaca, d'altronde – anche dopo gli ultimi, problematici sviluppi dell'intervento europeo prima ricordati –, continua implacabile a snocciolare le vittime dei naufragi, ma anche sbarchi con migliaia di migranti, peraltro con numeri crescenti di richiedenti asilo¹². Ciò mostra che il problema è assai più complesso di come sinora lo si sia concepito ed affrontato: anziché discernere artificiosamente tra un volto buono ed uno cattivo dell'immigrazione, gli stati dovrebbero riflettere sull'intreccio di posizioni fra immigrazione irregolare e bisogni di assistenza ed accoglienza, che camminano per lunghi tratti assieme e spesso convivono inscindibili nelle medesime vicende umane. Una presa di coscienza di cui, per vero, si iniziano a vedere i primi albori proprio in quel cambio di paradigma del quale si è detto nel § 1 (ma quanti naufragi e quante morti per asfissia ci sono voluti prima di arrivarci!): nella operazione *Mare Nostrum*, di cui l'Italia, a dispetto dei suoi possibili effetti collaterali, va giustamente orgogliosa; come anche nell'Agenda europea sulle migrazioni della Commissione UE, e in particolare nel connesso Piano d'azione contro lo *smuggling*, dove si mette final-

¹¹ Più sfumata, invece, sul punto la posizione ONU, che ai due fenomeni in questione dedica, come noto, ciascuno dei due Protocolli alla Convenzione contro la criminalità organizzata posta alla firma in Palermo, nel dicembre del 2000. Sebbene anche qui la condizione del migrante *smuggled* sia tenuta chiaramente distinta da quello della vittima di traffico, tuttavia vi si nota una significativa attenzione ai suoi diritti e al bisogno di alleviarne le condizioni di debolezza. Sul punto, anche per un confronto col diverso approccio UE, cfr. A. SPENA, *Human smuggling and irregular immigration: from complicity to exploitation?*, in corso di pubblicazione in S. CARRERA, E. GUILD, M. PROVERA (eds.), *Addressing irregular migration, facilitation and human trafficking: Towards evidence and trust-based policy*, Brussels, 2015.

¹² Secondo Eurostat i richiedenti asilo nell'Unione Europea nel primo trimestre 2015 sono stati in un numero (185.000) pari ad un incremento dell'86% rispetto al corrispondente periodo dell'anno 2014 (<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6887997/3-18062015-CP-EN.pdf/4457b050-26f9-4cf1-bf27-9ffb73ff8c7b>). Anche FRONTEX (<http://frontex.europa.eu/news/>) ha comunicato numeri di ingressi alle frontiere europee in significativo aumento: a luglio 2015 per la prima volta superiori in un mese alle 100.000 unità (comprensivi di quelli provenienti tanto dalla rotta balcanica, quanto da quella sud-mediterranea).

mente di lato l'idea del migrante *smuggled* come complice dei propri *smugglers*, e si pone invece in risalto come lo *smuggling* violi innanzitutto i diritti del migrante stesso, e come anche e soprattutto in quest'ottica (oltre che nell'ottica di una sorveglianza dei confini d'Europa) tale fenomeno vada contrastato.

Ma al di là di questi segni più o meno marcati di cambiamento, il dibattito pubblico in materia sembra ancora dominato da alternative radicali: ridare corpo in Europa alle frontiere interne in quei paesi che sono mete finali dei migranti¹³, o all'opposto attribuire la situazione di perdurante emergenza ad un vizio di origine del sistema che crea artificialmente migranti irregolari sottoposti a forme più o meno mascherate di criminalizzazione¹⁴ e dunque rifiutare l'idea che lo stato possa regolare l'accesso degli stranieri, affermando la mobilità internazionale come diritto umano inalienabile¹⁵.

Esiti opposti e reciprocamente incompatibili nei valori rispettivamente affermati, ma accomunati dalla loro lontananza rispetto al quadro normativo attuale: tanto a livello nazionale quanto in sede europea e internazionale si riconosce per un verso l'esigenza di accogliere i soggetti che meritano la protezione internazionale al di là dei casi in cui è legittima la chiusura delle frontiere interne; per altro verso, sono ancora esistenti i poteri delle comunità statuali di regolare gli ingressi degli stranieri sui propri territori. Ed è all'interno di questo perimetro di opzioni normative che nei contributi raccolti di seguito si è cercato di delineare un quadro che mettesse in luce in primo luogo i diritti del migrante e i relativi bisogni di protezione internazionale e nazionale, ma anche e di conseguenza la sua specifica posizione di vittima di svariate condotte illecite, così come d'altra parte i punti in cui la sua condizione assume rilevanza per fondare la responsabilità penale.

3. Uno sguardo d'insieme ai contenuti del libro

La prospettiva prevalente dalla quale i saggi qui raccolti guardano al fenomeno del trasporto irregolare di migranti è, per ovvie ragioni, quella penalistica; ma il tema per sua natura evoca questioni assai complesse e non si lascia compiutamente abbracciare ad uno sguardo settoriale. È per questa ragione che abbiamo ritenuto opportuno chiamare a confrontarsi vari punti di vista: non solo quello giuridico-penale, ma anche, per

¹³ Emblematico quanto è accaduto al confine francese di Ventimiglia a metà giugno. Ma anche i ripetuti tentativi all'eurotunnel della Manica da parte di migranti che a luglio intendevano entrare in Inghilterra. Emblematico il pezzo congiunto dei due ministri dell'interno sulla stampa inglese (THERESA MAY, BERNARD CAZENEUVE, *Migrants think our streets are paved with gold*, Telegraph 1 agosto 2015).

¹⁴ In proposito ad es. A. NADIG, *Human Smuggling, National Security, and Refugee Protection*, in *J. of Refugee Studies*, 2002, p. 4 s.; e di recente A. ALIVERTI, *Crimes of Mobility. Criminal Law and the Regulation of Immigration*, London-NewYork, 2013.

¹⁵ È questa la logica che anima il documento denominato "Carta di Palermo 2015" approvato a conclusione del Convegno "Io sono persona" svoltosi a Palermo nei giorni 13-15 marzo 2015 (su cui LEOLUCA ORLANDO, *Scene da un genocidio*, L'Unità 17.8.2015). Una soluzione formalmente diversa, ma analoga nei contenuti è quella che vuole concedere permessi di soggiorno a lunga scadenza ai migranti, per consentire l'integrazione (ad es. M. VENTRELLA, *The Control of People Smuggling and Trafficking in the EU. Experiences from the UK and Italy*, Farnham, 2010, 6, p. 201 ss.).

l'importanza dei valori in gioco, quello costituzionale e storico-costituzionale; non solo, inoltre, il punto di vista del diritto interno, ma anche quello del diritto sovranazionale, poiché il tema – come s'è visto – è di interesse europeo e internazionale; e non solo il punto di vista penale sostanziale, ma – a questo strettamente connesso – anche quello penale processuale; né il solo punto di vista dello studio teorico e dottrinale, ma anche lo spaccato sulla pratica giudiziaria; e non solo, infine, il punto di vista squisitamente giuridico, ma anche, per squarci, quello della analisi sociologica.

Nonostante la complessità di questo insieme assai vario di prospettive, l'ispirazione di fondo che anima i vari contributi qui raccolti è omogenea, e si può individuare nell'idea, centrale, del migrante come *persona*, e dunque come portatore di esigenze e diritti, che gli stati debbono prendere in considerazione e, nei limiti del possibile, soddisfare. La struttura del libro – che per grandi linee riproduce quella del convegno – discende da questa centralità, che ne costituisce il filo conduttore. In ciascuna delle tre parti dell'opera, infatti, il tema del migrante come vettore di diritti è decisiva, ora come oggetto, immediato o mediato, di trattazione, ora come punto di vista critico rispetto all'analisi delle tre principali questioni che ci sono sembrate connesse.

3.1. *I diritti dei migranti*

Anzitutto, la questione dei *diritti del migrante* irregolarmente trasportato *nei confronti degli stati di destinazione o di transito*. Diritti complessivamente riconducibili alla categoria dell'*accoglienza*, ai quali fa da contraltare un insieme di correlativi doveri *giuridici* che sugli stati gravano in virtù di norme costituzionali, internazionali, sovranazionali. In primo luogo, diritti di *prima accoglienza*, che si possono condensare in quel che Kant chiama *diritto di visita*, vale a dire il diritto di non essere trattati ostilmente, come nemici, al proprio arrivo in un paese straniero¹⁶, e dunque il diritto di essere accolti e soccorsi, se si versa – come spesso accade – in condizioni precarie ed si è bisognosi di assistenza, e di non essere respinti, se da ciò potrebbe derivare una rilevante minaccia per propria la vita o per la propria libertà. Rientrano in questo novero, ad es., il divieto di respingimenti collettivi (art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU) e il divieto di *refoulement* (art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951), ma anche il divieto di estradizione dello straniero per reati politici (art. 10.4 Cost.) o l'obbligo di assistenza presso i valichi di frontiera a beneficio dello straniero pur destinatario di un provvedimento di respingimento (art. 10.5, d.lgs. n. 286/1998).

A certe condizioni, però, lo straniero vanta nei confronti dello stato di destinazione o di transito anche diritti che potremmo chiamare *di ospitalità*, e che costituiscono una categoria i cui contenuti concreti variano alquanto, a seconda dello status dello straniero stesso: la forma più ampia di ospitalità consiste nel diritto d'asilo, un vero e proprio diritto a permanere nel territorio dello stato, che ai sensi del diritto internazionale spetta a coloro ai quali va riconosciuta la condizione di rifugiati in base alla Convenzione di Ginevra¹⁷. Ma diritti di ospitalità spettano anche a chi non sia un rifugiato: in primo

¹⁶ I. KANT, *Per la pace perpetua (Progetto filosofico)*, in ID., *Scritti di filosofia politica*, a cura di D. Faucci, Firenze, 1967, p. 112.

¹⁷ Per una discussione delle diverse questioni etico-politiche che sorgono in materia di asilo, v. ad es.

luogo, a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti, ai quali vanno riconosciuti molti dei diritti che spettano ai cittadini; ma, entro certi limiti, anche ai cosiddetti soggiornanti irregolari, poiché è pacifico che il godimento delle libertà più fondamentali e l'accesso ai servizi più essenziali vadano garantiti a prescindere dalla regolarità della presenza nel territorio¹⁸.

Tale dovere d'accoglienza, certo, non spazza via la sovranità – anche territoriale – degli stati, ma determina nondimeno il passaggio, almeno nelle dichiarazioni di principio, da una *sovranità* assoluta e capricciosa ad una che potremmo chiamare *costituzionale di diritto* – che è, poi, quella propria dei moderni stati costituzionali di diritto, delle moderne carte (nazionali e internazionali) dei diritti, dell'organizzazione delle Nazioni unite, della Corte penale internazionale, e via dicendo – limitata, condizionata, dal bisogno di garantire i diritti fondamentali della persona, anche quando ciò richieda una apertura dei confini, territoriali e giuridici, degli stati all'ingresso di stranieri.

3.2. *I migranti vittime di reato*

I migranti oggetto di trasporto irregolare, naturalmente, non vantano diritti soltanto nei confronti degli stati di destinazione; ne vantano anche nei confronti di coloro che organizzano ed eseguono il loro trasporto: *diritti al rispetto delle loro libertà e della loro dignità*. La seconda parte del libro si occupa, soprattutto, di questi diritti, e meglio ancora della loro violazione in quei casi – assai frequenti e variegati – in cui il trasporto irregolare avvenga in forme tali da offenderli.

Qui torna ad assumere rilievo, cruciale e prioritaria, la già accennata difficoltà di distinguere fra traffico di migranti vero e proprio e cosiddetto *smuggling*. Le due attività, in linea teorica, sono nettamente diverse. Mentre lo *smuggling* riguarda per definizione il trasporto di stranieri nel territorio di uno stato nel quale essi non hanno diritto di entrare, il traffico, o tratta, non ha necessariamente ad oggetto stranieri né implica necessariamente il superamento dei confini di uno stato. D'altra parte, anche quando riguardi stranieri trasportati da uno stato ad un altro, il traffico si distingue dallo *smuggling* perché si assume che in esso il soggetto trasportato abbia un ruolo puramente passivo, proprio di chi si limiti a subire la condotta altrui, mentre lo *smuggling* è visto come una sorta di servizio di trasporto illegale che lo *smuggler* offre in risposta ad una domanda proveniente dal migrante stesso. Mentre, dunque, il traffico implica ed assorbe sempre – almeno in una certa fase – un sequestro di persona, allo *smuggling* si guarda piuttosto come ad un mercato al quale il migrante accede di propria volontà e per soddisfare un proprio bisogno. È

M.J. GIBNEY, *The ethics and politics of Asylum. Liberal democracy and the response to refugees*, Cambridge, 2004.

¹⁸ Si vedano, su specifici aspetti, i saggi di *Cecilia Corsi, Serena Forlati, Elisa Cavasino, Mario Savino e Lucia Parlato*. Per delle panoramiche più ampie e sistematiche, si vedano inoltre i report della FRA (European Union Agency for Fundamental Rights), tra i quali, in particolare: *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, Vienna, 2011 (reperibile su: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf); *Fundamental rights at Europe's southern sea borders*, Vienna, 2013 (reperibile su: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fundamental-rights-europes-southern-sea-borders-jul-13_en.pdf); *Fundamental rights at land borders: Findings from selected European Union border crossing points*, Vienna, 2014 (reperibile su: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/fundamental-rights-land-borders-findings-selected-european-union-border-crossing>).

per questo che, come si è visto, mentre il migrante è chiaramente vittima di reato nel primo caso, non è del tutto chiaro invece se lo sia anche nel secondo caso, in cui egli figura piuttosto come un soggetto beneficiato dall'illecito trasporto¹⁹.

Senonché, come mostrano le ormai numerosissime indagini teoriche ed empiriche²⁰, vi sono ampi tratti nei quali l'astratta nettezza dei confini tra le due vicende sfoca grandemente. Molto spesso accade che il viaggio del migrante inizi sotto forma di *smuggling* per trasformarsi in traffico lungo la via: lo *smuggling* comporta infatti che ci si debba affidare alle cure di persone e organizzazioni assai poco affidabili, con il serio rischio che quello che in partenza viene presentato al migrante come un percorso verso una vita migliore lo conduca dritto a cadere in una rete di sfruttamento e ricatto (emblematici i casi di uomini e donne che, una volta giunti a destinazione, vengono costretti a lavorare in nero o a prostituirsi per ripagare il prezzo del viaggio). Inoltre, le necessità che spingono il migrante ad affidarsi al trasporto irregolare sono spesso di tale impellenza e gravità che sarebbe superficiale considerare la sua scelta pienamente volontaria. È infine evidente dalle durissime cronache di ogni giorno che il servizio prestato dagli *smugglers* ai migranti è per costoro così irto di pericoli e umiliazioni che sarebbe fuori dalla realtà disconoscere loro la qualità di vittime²¹.

Al lettore italiano tornerà forse alla mente l'annosa distinzione tra corruzione e concussione. Il problema di fondo è, a ben vedere, analogo; in entrambi i casi, c'è in gioco il rapporto tra due (categorie di) soggetti: l'uno dei quali offre un servizio ad un altro, che ne usufruisce; e tuttavia è evidente che si tratta di un rapporto sbilanciato, poiché colui che domanda il servizio, proprio per la necessità di usufruirne, versa in condizione di soggezione nei confronti di chi invece lo offre. E proprio come nel caso del *confine conteso* tra corruzione e concussione, anche nel caso del *trafficking* e dello *smuggling* si può ben dire che una ricostruzione troppo rigida e formalistica dei rapporti fra queste due situazioni rischia di essere semplicistica e incapace di cogliere le mille sfumature che nel caso concreto possono assumere i rapporti tra libertà e necessità, tra scelta e bisogno.

3.3. Criminalizzazione dei migranti

Infine, la criminalizzazione dei migranti: espressione che qui intendiamo *lato sensu*, come riferita alle molteplici forme che può assumere l'atteggiamento – politico-elet-

¹⁹ Si vedano i saggi di Marco Pelissero, Calogero Ferrara e Paola Maggio, nonché, per una panoramica di carattere critico sulla normativa spagnola, quello di Teresa Aquado.

²⁰ V. ad es. i saggi raccolti in *Smuggled futures: The dangerous path of the migrant from Africa to Europe. A research report*, Geneva, 2014 (reperibile su: <http://www.globalinitiative.net/download/global-initiative/Global%20Initiative%20-%20Migration%20from%20Africa%20to%20Europe%20-%20May%202014.pdf>); UNODC, *Smuggling of migrants. A global review and annotated bibliography of recent publications*, New York, 2011 (reperibile su: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Smuggling_of_Migrants_A_Global_Review.pdf); UNODC, *Smuggling of migrants into, through and from North Africa. A thematic review and annotated bibliography of recent publications*, New York, 2010 (reperibile su: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant_smuggling_in_North_Africa_June_2010_ebook_E_09-87293.pdf).

²¹ Per ragionamenti analoghi, v. già M. VENTRELLA, *Recognising effective legal protection to people smuggled at sea, by reviewing the EU legal framework on human trafficking and solidarity between Member states*, in *Social Inclusion*, 1/2015, p. 76-87.

torale, politico-criminale, burocratico-amministrativo, mediatico – di ostilità nei confronti di chi, non invitato, giunge in terra straniera. Si tratta di un atteggiamento che si oppone a quel diritto di visita del quale s'è poc'anzi parlato e che può avere manifestazioni assai differenziate, ma che di norma, nei nostri stati “a sovranità costituzionale di diritto”, assume un andamento carsico: per lo più latente e velato dietro ragionamenti e giustificazioni strumentali (bisogno di garantire ai cittadini sicurezza, occupazione e accesso ai servizi assistenziali in condizioni di scarsità che risulterebbero aggravate dalla presenza di migranti²²), ma pronto ad esplodere in brutale intolleranza al primo episodio che ne dia l'occasione.

Rientra in questa logica criminalizzante l'uso dello strumentario penale e parapenale nella gestione dei flussi migratori: la cosiddetta *crimmigration*, di cui da un decennio circa si discute accesamente nel dibattito americano²³, ma che ha messo ormai radici fermissime anche in Europa²⁴. Ne costituisce espressione l'incriminazione dell'ingresso e della permanenza irregolari nel territorio dello stato: una scelta assai diffusa in ambito Europeo²⁵, sulla quale peraltro l'Italia ha (finora però solo in linea di principio) fatto retromarcia²⁶. Ma in questa stessa logica rientra anche la repressione delle condotte ancillari all'immigrazione irregolare, come nel caso già ricordato del favoreggiamento (*facilitation*), almeno quando lo si concepisca come una forma di complicità in immigrazione irregolare, e non piuttosto – o comunque non principalmente – come una condotta capace di offendere beni e libertà dello stesso migrante. Vi rientra, ancora, il massiccio ricorso alla detenzione²⁷ e alla espulsione²⁸ come risposte all'immigrazione irregolare, con le frequenti violazioni dei diritti di ospitalità a cui si assiste nella quotidianità della esecuzione di questi provvedimenti. Ma pure ne costituisce espressione la sovra-rappresentazione degli immigrati nella popolazione carceraria di molti stati europei²⁹, Italia inclusa³⁰.

²² Per una critica di questi ragionamenti strumentali quali possibili giustificazioni per l'incriminazione delle condotte di ingresso irregolare, v. A. SPENA, *A just criminalization of irregular immigration: Is it possible?*, in corso di pubblicazione su *Criminal law and philosophy* (reperibile on-line su: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11572-015-9375-0#page-1>).

²³ L'espressione risale all'ormai classico lavoro di J. STUMPF, *The crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University Law Review*, 2006, p. 367-419. Ma la letteratura sul tema è oggi divenuta davvero sterminata.

²⁴ Si veda il saggio Mark Provera. Si vedano, inoltre: V. MITSILEGAS, *The criminalisation of migration in Europe. Challenges for human rights and the rule of law*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015; A. ALIVERTI, *Crimes of mobility*, cit.

²⁵ FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Vienna, 2014 (reperibile su: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/criminalisation-migrants-irregular-situation-and-persons-engaging-them>).

²⁶ Sulla situazione italiana, si veda il saggio di Gian Luigi Gatta.

²⁷ Su cui v. i saggi di Annalisa Mangiaracina e di Giuseppe Campesi, nonché, di quest'ultimo, il libro *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013. V. anche G. CORNELISSE, *Immigration detention and human rights: Rethinking territorial sovereignty*, Leiden, 2011; M. BOSWORTH, *Inside immigration detention*, Oxford, 2014.

²⁸ V. il saggio di Licia Siracusa. V. inoltre, per uno spaccato sulla situazione statunitense, D. KANSTROOM, *Aftermath. Deportation law and the new American diaspora*, Oxford, 2012.

²⁹ N. LACEY, *The prisoners' dilemma. Political economy and punishment in contemporary democracies*, Cambridge, 2008, p. 144-169; D. MELOSSI, *Pena e processi migratori in Europa e negli Stati Uniti: una "less eligibility" transnazionale?*, in *Ragion pratica*, 2012, 2, p. 453-476; K. FRANKO AAS, M. BOSWORTH

Rispetto a tutte queste forme di criminalizzazione, i diritti dei migranti assumono il ruolo di fondamentale strumento di vaglio critico³¹. Un vaglio dal quale emergono ben presto i numerosi limiti del ricorso al diritto penale in questa materia. Senza trascurare la necessità dell'intervento penale nei confronti delle forme organizzate di sfruttamento dei bisogni dei migranti, non si possono tuttavia negare i limiti di *efficienza* dello strumentario penalistico rispetto al perseguimento degli obiettivi di gestione dei flussi migratori che il paradigma della *crimmigration* vorrebbe affidargli. Ma soprattutto emergono qui limiti che potremmo definire *personali*: quale diritto penale, per chi? Ha il diritto penale lo stesso significato per tutte le categorie dei suoi destinatari? Non abbiamo forse assistito in questi anni, e non stiamo ancora assistendo, all'emersione sempre più netta dell'ennesima area speciale del diritto penale, caratterizzata, sul piano dei presupposti culturali, dalla identificazione dello straniero come clandestino e quindi come criminale³² e, sul piano dei contenuti, da una forte, quanto discutibile, commistione con le logiche dell'efficientismo amministrativo e da una conseguente riduzione delle garanzie? E si tratta infine anche di limiti, per così dire, *applicativi*, se è vero che appunto dall'applicazione giurisprudenziale di questo stesso diritto³³ finiscono per generarsi forme inaspettate di perequazione *ex post* e di attenzione per le peculiarità della condizione del migrante³⁴.

* * *

Un ringraziamento sentito va, oltre che a tutti gli Autori dei contributi che seguono, anche alle istituzioni che hanno sostenuto la ricerca, il convegno e la presente pubblicazione: in primo luogo il Dipartimento di Scienze giuridiche, della società e dello sport dell'Università di Palermo, che ha finanziato la ricerca FFR 2012 "Reati transnazionali ed esigenze di cooperazione giudiziaria internazionale"; inoltre, il Comune di Palermo, l'Ambasciata tedesca in Italia, la Corte di Appello di Palermo e il relativo ufficio per la formazione decentrata della Scuola Superiore della Magistratura. Per l'attenta partecipazione al Convegno desideriamo ringraziare anche l'AIGA sez. di Palermo, l'I.S.I.S.C. di Siracusa, il Goethe-Institut Italia. Infine, per l'aiuto redazionale nella preparazione del presente volume, un particolare ringraziamento sentiamo di rivolgere alle dottoresse Micaela Raimondo e Cristina Ingraio, nonché, per la correzione delle bozze, al dottor Salvatore Orlando.

(eds.), *The borders of punishment. Migration, citizenship, and social exclusion*, Oxford, 2013.

³⁰ V. su ciò il saggio di Marco Manno.

³¹ V. infatti, oltre al citato lavoro di Valsamis MITSILEGAS, l'efficace *Issue paper* di E. GUILD, *Criminalisation of migration in Europe: Human rights implications*, commissionato e pubblicato dal Commissioner for Human Rights del Consiglio d'Europa e reperibile su: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1579605>.

³² Su questa equazione e sulla sua funzione stereotipante, si rinvia ad A. SPENA, *Iniuria migrandi: the criminalization of immigrants and the basic principles of criminal law*, in *Criminal law and philosophy*, 2014, 3 (reperibile su: <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11572-013-9229-6>).

³³ Su cui si veda lo spaccato offerto dal saggio di Ignazio Pardo e Cristina Ingraio.

³⁴ È ciò che sostiene, nel suo saggio, Rosaria Crupi.

PARTE I
I DIRITTI DEI MIGRANTI

Ius migrandi, sovranità statale e cittadinanza

Cecilia Corsi*

SOMMARIO: 1. Qualche cenno storico. – 2. L'avvento del costituzionalismo. – 3. Le costituzioni del secondo dopoguerra e l'affermarsi di una normativa internazionale di diritto umanitario. – 4. Il diritto d'asilo. – 5. Il ricongiungimento familiare. – 6. Cittadinanza e territorio.

1. *Qualche cenno storico*

Dei tanti aspetti che riguardano la questione del rapporto tra migranti e territorio di uno stato straniero, questo lavoro intende soffermarsi in specifico sul profilo dell'ingresso sul suolo di uno stato di cui non si è cittadini.

E volendo, innanzitutto, offrire una sia pur rapidissima panoramica storica¹, ricordo che dal binomio straniero/nemico gli ordinamenti più antichi facevano derivare forme di disfavore se non anche di avversione nei confronti degli stranieri. L'unica forma di tutela era data dall'ospitalità che poteva coinvolgere sia gruppi di stranieri sia singoli ai quali era riconosciuta tutela in quanto vivevano sotto la protezione di un patrono o del sovrano stesso.

In epoca medioevale si conosceva il c.d. *ius naufragii* per il quale le persone o le cose che dal mare fossero finite sulla riva appartenevano al signore del luogo. Ricordo la nascita, in epoca feudale, dell'adagio "l'aria fa servo" perché già il recarsi in un territorio straniero poteva comportare l'essere fatto servo dal feudatario e conseguentemente privato di qualsiasi diritto².

Solo con l'allentamento della rete feudale e lo sviluppo dei commerci, la condizione degli stranieri venne a migliorare, ed in epoca comunale si accordavano favori speciali soprattutto a quelli che per essere valenti in un'arte od una scienza potevano essere maggiormente utili al comune; si conosce infatti in questo periodo in Italia l'istituzione di borghi franchi nei quali erano offerti, a chi vi si rifugiava, la cittadinanza e non pochi privilegi³.

* Ordinario di Diritto pubblico, Università di Firenze.

¹ Per un quadro più ampio mi permetto di rinviare a C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Padova, 2001, p. 1 ss.

² G.F. ELENA, *Dei diritti della persona straniera secondo la legge italiana*, in *Arch. giur.*, 1896, p. 585.

³ S. GEMMA, *La condizione giuridica dello straniero nel passato e nel presente*, in *Arch. giur.*, 1892, p. 392 ss. Si ha in questo periodo l'istituzione di "borghi franchi" nei quali erano offerti a chi vi si rifugiava la cittadinanza e non pochi privilegi, vedi G. SAREDO, *Saggio sulla storia del diritto internazionale privato*, Firenze, 1873, p. 80. Vedi L. MORPURGO, *Sulla condizione giuridica dei forestieri in Italia nei secoli di mezzo*, in *Arch. giur.*, 1872, p. 265 che ricorda che nel periodo della nascita dei comuni i forestieri allettati

Analoga era la situazione nel resto d'Europa⁴.

Se in epoca comunale era straniero chi non apparteneva a quel comune, poi nelle grandi monarchie erano stranieri coloro che appartenevano ad un altro regno.

La prima monarchia che venne a stabilire, in un atto solenne, alcune regole di trattamento anche nei confronti di alcune categorie di forestieri fu l'Inghilterra. Nel 1215, con la Magna Carta, il sovrano s'impegnava a rispettare alcune libertà nei confronti degli uomini liberi del regno, ma da queste garanzie restavano esclusi coloro che non appartenevano al regno. Particolari tutele erano però fissate nella Magna Carta per i mercanti, i quali potevano, liberamente e in tutta sicurezza, uscire dall'Inghilterra e rientrarvi, soggiornarvi e viaggiarvi sia per terra che per acqua, per comprare e per vendere secondo le antiche e buone consuetudini, senza che si potesse imporre su di essi alcuna esazione indebita, eccettuato in tempo di guerra o quando essi fossero di una nazione in guerra⁵.

Quasi novant'anni più tardi, nel 1303, fu concessa una *carta mercatoria* che fissava particolari garanzie specificatamente per i mercanti stranieri, la cui posizione, nel corso dei secoli, si giocò tra particolari prerogative concesse dal re e misure restrittive imposte, invece, dalle città e dai borghi che vedevano una pericolosa concorrenza nei mercanti stranieri. Quello che è certo è che le politiche relative al trattamento e alla circolazione degli stranieri furono via via condizionate soprattutto dalle necessità economiche della nazione.

Deve inoltre essere tenuto presente che, nonostante la disposizione della Magna Carta che concedeva ai mercanti libertà di ingresso e di uscita dal regno, la corona, durante tutto il medioevo ed anche oltre, esercitò forti poteri sulla circolazione degli stranieri; infatti fino all'inizio del XIX secolo, il sovrano in forza delle sue prerogative aveva ampi poteri sui forestieri e sul commercio estero (che era visto come un ambito della politica estera). In base alla *common law* il re aveva, infatti, il potere di non consentire l'ingresso e di espellere qualunque forestiero dal territorio del regno. Solo dalla fine del XVIII secolo s'iniziò a discutere sul potere della corona di espellere, e ci si chiedeva se tale potere dovesse essere disciplinato da un atto del parlamento.

2. L'avvento del costituzionalismo

Con l'irrompere delle grandi dichiarazioni dei diritti americane e francesi della fine del '700 muta la condizione giuridica dello straniero? E soprattutto vi sono effetti sulla libertà di circolazione?

dalla protezione che loro si prometteva si trasferirono nelle città, e che vi accorsero anche i servi fuggiaschi, poiché come nei territori feudali vi era la prescrizione della libertà, così nei comuni vi era la prescrizione della servitù, il cui termine si andò sempre più restringendo; esso fu di dieci anni dapprima, poi di un anno ed un giorno, e finalmente all'adagio feudale i comuni contrapposero il nuovo adagio "l'aria fa libero".

⁴ Cfr. C. STORTI, *Alcune considerazioni sul trattamento dello straniero in età medievale e moderna tra flessibilità e pragmatismo*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (cur.), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, 2012, p. 129 ss.

⁵ La disposizione prosegue affermando che se si trovano di questi mercanti nel regno al principio di una guerra saranno internati senza alcun danno alle loro persone e alle loro mercanzie, fino a che noi o il nostro gran giustiziere siano informati della maniera con cui i nostri mercanti sono trattati presso il nemico: e se i nostri sono ben trattati, anche quelli del nemico lo saranno sul nostro territorio.

Nella dichiarazione d'indipendenza degli Stati Uniti del 1776 si proclama: "we hold these truths to be self-evident that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Liberty and the pursuit of Happiness". Il *bill of rights* della Virginia esordisce sancendo: "that all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot by any compact deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety". Gli emendamenti del 1791 utilizzano espressioni quali *the people, no person, any person*⁶. A chi devono intendersi garantiti questi diritti?

Si riteneva già nel corso del XIX secolo che i *civil rights*⁷ fossero riconosciuti anche agli stranieri, ed infatti se si guardano i primi emendamenti si nota che essi utilizzano espressioni generali le quali sono sempre state ritenute una garanzia anche per i non cittadini. Quando nel 1872 la corte suprema fu per la prima volta espressamente chiamata a considerare in che misura gli stranieri fossero protetti dalla legge, essa ritenne che i termini *people, person* fossero deliberatamente e coscientemente usati in modo che tutti gli individui cittadini e stranieri fossero garantiti. Come gli stranieri dovevano obbedire a tutte le leggi del paese ospitante che non fossero immediatamente connesse alla cittadinanza, così essi erano protetti da quelle stesse leggi⁸.

Anche successivamente tra la fine del diciannovesimo secolo e l'inizio del ventesimo, più volte, fu posta la questione se certi diritti garantiti dalla costituzione si estendessero a tutti, e la corte dette alla dottrina dei "diritti dell'uomo" ampia applicazione: in particolar modo gli emendamenti da quattro a otto furono estesi a tutti gli abitanti degli Stati Uniti⁹.

⁶ Primo emendamento: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances". Quarto emendamento: "the right of the people to be sure in their persons, houses, papers, and effects, ...". Quinto emendamento: "no person shall be held to answer for a capital or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury...; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life liberty or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation".

⁷ Vedi C. SWISHER, S. THOMAS, *The status of aliens in the United States*, in *L'étranger*, vol. X, Recueils de la société Jean Bodin, 1958, p. 476 ss.: i *civil rights* includono la libertà personale, il diritto di proprietà, il principio di eguaglianza, la libertà di parola, di stampa, di riunione, di religione, e coscienza, cioè quei diritti che non sono politici.

⁸ Le maggiori discriminazioni riguardavano, invece, la possibilità di essere titolari di diritti reali, discriminazioni che la legislazione americana ereditava dalla *common law*, N. ALEXANDER, *Rights of aliens under the federal constitution*, Montpellier, 1931, p. 101 ss.

⁹ Un successivo intervento in tema di stranieri si ebbe dopo la guerra civile, nel quadro degli sviluppi costituzionali legati all'abolizione della schiavitù, con l'approvazione nel 1868 del XIV emendamento, ai sensi del quale "all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws". Il problema che si poneva era se le regole del *due process* e dell'*equal protection* sancite dal XIV emendamento nei confronti dei governi dei singoli stati, dessero la stessa protezione di quella data dai primi otto emendamenti nei confronti del governo federale. La norma fu

Restava, però, fermo il principio della piena libertà del congresso di fissare le norme per l'ammissione negli Stati Uniti e per regolarvi la permanenza: il diritto di escludere o di espellere gli stranieri in guerra o in pace era un potere inalienabile di ogni nazione sovrana ed era ritenuto essenziale alla sicurezza, alla sua indipendenza e al suo benessere¹⁰.

Se il XIX secolo, primo secolo di storia degli Stati Uniti, fu dominato da forte ottimismo e le frontiere erano aperte, va anche ricordato che già nel corso dello stesso furono approvate disposizioni che rendevano più difficile la naturalizzazione e successivamente a partire dalla fine del secolo furono poste anche restrizioni all'ingresso negli Stati Uniti. Per quanto riguarda infatti la competenza a disciplinare l'ammissione nel territorio statunitense, essa restava nella piena libertà del congresso ed anzi quelle garanzie di eguaglianza di trattamento sancite dalla costituzione non trovavano applicazione quando si trattava di permettere l'ingresso sul territorio nazionale. Già dalla fine dell'800 erano stati approvati atti che stabilivano notevoli discriminazioni in ordine alla possibilità d'ingresso negli Stati Uniti da parte di determinati gruppi etnici. Il mito fondativo dell'*open door policy* venne sostituito da politiche selettive anche su base razziale¹¹. Il timore che l'eccesso di manodopera disposta a lavorare a bassi salari potesse generare un impoverimento della classe media americana condusse all'approvazione fra fine '800 ed inizi '900 degli *exclusions acts* che vietavano l'ingresso di lavoratori cinesi¹².

Anche le dichiarazioni francesi dei diritti dell'uomo, dalla Dichiarazione del 1789¹³ alle costituzioni successive¹⁴, furono sempre intese come atti che garantivano non solo il cittadino, ma l'uomo in quanto tale. L'afflato di universalità che caratterizzò il pensiero rivoluzionario portava a un riconoscimento a tutti gli uomini di determinate conquiste. Ed anche le costituzioni francesi ottocentesche, che conobbero un ripiegamento

interpretata per la prima volta dalla corte nel 1886 che precisò che “the Fourteenth Amendment to the Constitution is not confined to the protection of citizens... these provisions are universal in their application to all persons within the territorial jurisdiction, without regard to any difference of race, of colour, or nationality”. I diritti fondamentali erano garantiti a tutti, cittadini o stranieri che fossero. La giurisprudenza successiva nel dare concreta applicazione al principio di non discriminazione (*equal protection of laws*) indicò quali differenziazioni le normative dei singoli stati potevano legittimamente fissare nei confronti degli stranieri; esse erano consentite nell'ambito della proprietà immobiliare, per l'ingresso in certe professioni, e nelle attività economiche connesse col pubblico interesse.

¹⁰ *Fong Yue Ting c. United States*, 149 US 698 (1893), p. 711.

¹¹ M. PIFFERI, *Ius peregrinandi e contraddizioni dell'età liberale. Qualche riflessione sulla “falsa” libertà di migrare in Italia e negli USA*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (cur.), *Ius peregrinandi*, cit., p. 263 ss., S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, Napoli, 2006, p. 32 ss.

¹² M. PIFFERI, *La doppia negazione dello ius migrandi tra otto e novecento*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (cur.), *Diritto contro*, Torino, 2009, p. 55 ss. che ricorda che fin dal primo *Federal Immigration Act* del 1875 fu proibito l'ingresso dei *foreign convicts* fino ad arrivare ad estendere il catalogo degli *undesirable aliens* fino a ricomprendervi categorie dall'incerta definizione per giungere nel 1882 ad escludere *persons likely to become a public charge*.

¹³ La Dichiarazione parla di diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo; molti articoli usano le espressioni *les hommes, nul homme, tout homme*.

¹⁴ La costituzione del 1791 nel titolo VI dedicato ai rapporti della nazione francese con le nazioni straniere, sanciva dopo aver stabilito il principio dell'eguaglianza tra stranieri e nazionali nell'ambito dei diritti privati, che gli stranieri che si trovavano in Francia erano sottoposti alle stesse leggi penali e di polizia dei cittadini francesi, la loro persona, i loro beni, la loro industria, la loro libertà di culto erano egualmente protetti dalla legge.

rispetto allo slancio rivoluzionario e che riferivano testualmente i diritti ivi garantiti ai francesi, furono interpretate dalla dottrina come contemplanti anche gli stranieri¹⁵: era radicata l'idea che le *libertés publiques*, quali diritti fondamentali dell'uomo, dovessero essere garantite anche a chi non aveva la nazionalità francese. Diverso è invece il regime della libertà *d'aller et venir* che non fu mai garantita agli stranieri¹⁶.

Analogamente nell'Italia statutaria la dottrina riconosceva pacificamente che dei diritti sanciti dallo statuto albertino godevano anche i non cittadini; si dibatteva invece sulla libertà di circolazione e soggiorno. È, infatti, proprio degli ultimi anni dell'800 il dibattito tra coloro che configuravano il diritto di soggiorno quale libertà civile, da riconoscere quindi ad ogni uomo (per cui lo straniero poteva entrare nel territorio non per semplice tolleranza ma in virtù di un diritto soggettivo) e coloro, invece, che lo configuravano come diritto di natura eminentemente politica e quindi da riservarsi ai cittadini. Il contributo più sistematico sul tema, che divenne punto di riferimento, si trova nel lavoro di Ranalletti¹⁷ sulla polizia di sicurezza ove si legge: “nel nostro ordinamento pubblico, come del resto in quello di tutti i paesi liberi, allo straniero è riconosciuta la facoltà di entrare nel territorio dello Stato, ed a lui, come al cittadino, è riconosciuto ancora il diritto di portarsi e fissare la propria sede in quel luogo, ove i suoi interessi lo possono chiamare”. L'autore precisava, però, che non si poteva parlare di diritto subiettivo in senso stretto dello straniero, perché la legge riconosceva all'autorità di polizia un apprezzamento discrezionale in ordini ai motivi per un eventuale respingimento od espulsione, per cui si poteva dire che lo straniero aveva solo un interesse legittimo di incolato.

Come emerge chiaramente da questo rapido *excursus*, anche a seguito dell'avvento del costituzionalismo e del riconoscimento solenne di diritti in capo all'individuo, si manteneva ai poteri del legislatore ordinario la disciplina degli ingressi nel territorio dello stato e ciò che rileva, direi in tutti i secoli, è un atteggiamento utilitaristico nei confronti della manodopera straniera: di apertura o di chiusura a seconda delle circostanze e delle necessità¹⁸.

L'800 non conosceva ancora forti fenomeni migratori (salvo verso gli Stati Uniti, dove peraltro vi era anche necessità di un popolamento del paese) e generalmente non vi era preoccupazione per l'ingresso nel proprio paese di lavoratori stranieri. Si può di-

¹⁵ C. DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, Paris, 1844, p. 300 ss.

¹⁶ Così A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. II, Paris, 1908, p. 86 ss. È, però, interessante rilevare che la libertà *d'aller et venir* conosce già alcune limitazioni; vedi M. LEVEN, *Le statut des étrangers en France*, in *Travaux du comité français de droit international privé*, 1937-1938, Paris, 1939, p. 102, che ricorda una legge dell'anno VII secondo la quale l'autorità amministrativa poteva ritirare i passaporti ed ingiungere agli stranieri di lasciare il territorio francese se la loro presenza poteva turbare l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica. Vedi A. WEISS, *op. cit.*, p. 88 ss. e 103 ss. sulla possibilità di espulsione, estradizione e sulle dichiarazioni che lo straniero doveva fare all'autorità se intendeva stabilire la sua residenza in Francia. Cfr. anche G. LEPOINTE, *Le statut des étrangers dans la France du XIX siècle*, in *L'étranger*, vol. X, Recueils de la société Jean Bodin, 1958, p. 562 ss.

¹⁷ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, vol. IV, p. I, Milano, 1904, p. 999.

¹⁸ Cfr. M. PIFFERI, *Ius peregrinandi e contraddizioni dell'età liberale*, cit., p. 258: “tanto il diritto di immigrare quanto quello di emigrare ... ripropongono dunque in età liberale le medesime contraddizioni, le stesse irrisolte questioni di bilanciamento tra sovranità pubblica e libertà individuale già teorizzate nel tardo medio evo inglese e nell'età moderna”.

re che non è esistita una questione immigrazione fino alla fine dell'800: vi erano certamente dei lavoratori stranieri soprattutto nei paesi del nord Europa, ma non vi era ancora connessa alcuna problematica economica o sociale e non si conoscevano particolari misure per contenere l'afflusso di stranieri.

È tra la fine del diciannovesimo secolo e l'inizio del ventesimo secolo che si venne ad affacciare sulla scena politica dei paesi industrializzati la questione immigrazione, e sia in alcuni paesi europei che negli Stati Uniti si ebbero interventi legislativi per regolare e contenere il flusso degli ingressi che tendeva a divenire sempre più ingente¹⁹. Inoltre la crisi economica e la disoccupazione degli stessi lavoratori nazionali fece venire alla ribalta il problema dei lavoratori stranieri e non mancarono nei diversi paesi misure legislative per la protezione della mano d'opera locale, tanto che cominciarono ad affacciarsi, nel corso di questo secolo, nuove differenziazioni sia nel campo privatistico, ad esempio in ordine all'esercizio delle attività professionali ovvero all'accesso alle attività economiche²⁰, sia nel campo pubblicistico, nel settore della legislazione sociale.

3. *Le costituzioni del secondo dopoguerra e l'affermarsi di una normativa internazionale di diritto umanitario*

Vediamo se e cosa cambia con le costituzioni del secondo dopoguerra e con l'affermarsi della normativa internazionale di diritto umanitario.

Né nella normativa internazionale²¹ né in quella costituzionale vi è, in via generale,

¹⁹ Vedi G. NOIRIEL, *Le creuset français*, Paris, 1988, p. 78 ss. ed in particolare p. 86 ss. ove ricorda il decreto 2 ottobre 1888 e poi la legge 8 agosto 1893 che dettavano disposizioni in ordine al controllo degli stranieri che entravano in Francia. Col decreto 2 aprile 1917 furono dettate disposizioni ancora più stringenti sul controllo degli ingressi. Vedi per l'Inghilterra l'*Aliens act* del 1905, H.S.Q. HENRIQUES, *The law of aliens and naturalization*, London, 1906, p. 22 ss.; V. BEVAN, *The development of British immigration law*, London, 1986, p. 67 ss. Negli Stati Uniti nel 1917 fu approvato l'*Immigration act* che dettava disposizioni fortemente limitative e selettive in ordine all'ingresso degli stranieri; tale nuovo approccio corrispondeva ad un mutamento degli interessi concreti del paese, che dopo una fase iniziale di apertura verso gli stranieri, si trovò a fronteggiare un'immigrazione sempre più intensa, A.M. CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980, p. 20 ss.

²⁰ Cfr. N. ALEXANDER, *Rights of aliens under the federal constitution*, Montpellier, 1931, p. 104 ss.: sempre più frequentemente gli stati sono venuti a regolamentare l'esercizio di molte professioni, prevedendo la necessità di una autorizzazione amministrativa, il cui rilascio agli stranieri spesso era condizionato dall'esistenza di una reciprocità; inoltre l'esercizio di alcune professioni è stato vietato agli stranieri.

In Francia, ad esempio, col decreto legge 17 giugno 1938, al fine di proteggere il commercio francese, fu imposta la condizione di reciprocità per poter esercitare una professione industriale o commerciale. Col decreto legge 12 novembre 1938 fu stabilito, inoltre, che gli stranieri per poter svolgere un'attività industriale o commerciale dovessero ottenere una carta d'identità speciale rilasciata dal prefetto. È stata, poi, mitigata questa normativa tramite accordi internazionali grazie ai quali si è consentito ai cittadini degli stati contraenti di svolgere attività generalmente vietate agli stranieri.

²¹ Talvolta si fa notare che nell'epoca classica del diritto internazionale (secoli 17° e 18°) sarebbe stato riconosciuto il diritto degli individui a recarsi in terre straniere. Queste affermazioni paiono legate a interessi degli stati egemoni nel periodo delle grandi scoperte e dello sviluppo coloniale; "si trattava di una sorta di 'diritto speciale' avente riguardo alle terre dei paesi 'non civili' che si affiancava senza contraddirlo al principio dell'esercizio di un potere pieno degli Stati 'civili' quando si fosse trattato del controllo dell'ingresso degli stranieri sul proprio territorio", P. BENVENUTI, *Migrazioni e diritto internazionale: un equilibrio difficile fra interessi in competizione*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (cur.), *Ius peregrinandi*, cit., p. 93.

garanzia per lo straniero di entrare e permanere nel territorio di uno stato di cui non è cittadino.

Se la normativa internazionale di diritto umanitario fa compiere un passo fondamentale al percorso iniziato con l'avvento del costituzionalismo e non lascia più dubbi sui suoi destinatari, rivolgendosi a tutti gli individui, il dato "cittadinanza" conserva un suo importante rilievo anche nella stessa normativa internazionale in riferimento ad alcune situazioni soggettive, penso ai rapporti politici e, per quanto qui di specifico interesse, al diritto d'incolato. Certamente nel corso del tempo si sono sviluppati limiti al potere dello stato di regolamentare le migrazioni, sia sotto il profilo consuetudinario sia sotto il profilo delle norme di fonte convenzionale, ma a tutt'oggi il diritto internazionale riconosce, in linea generale, i poteri delle comunità statali di regolare gli ingressi di stranieri nel loro territorio. Pertanto tutta la materia delle migrazioni è giocata su una costante tensione tra il potere dello stato territoriale di ammettere o meno stranieri nei propri confini, da un lato, e, dall'altro, l'esigenza di riconoscerne limiti.

Anche la nostra carta costituzionale garantisce la maggior parte delle libertà e dei diritti sociali anche agli stranieri; negli articoli della prima parte della costituzione sono per lo più utilizzate espressioni generali od oggettive che tutelano ciascun individuo, ma il diritto illimitato di entrare nel territorio italiano è garantito dal secondo comma dell'art. 16 solo al cittadino.

Anche la nostra corte costituzionale²² ha ribadito in molte sentenze che è compito ineludibile dello stato presidiare le proprie frontiere e far rispettare le regole stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza; ha poi sottolineato che la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno dello straniero è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata sotto il profilo della conformità a costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli. Nella sentenza 8 luglio 2010, n. 250 avente ad oggetto il famigerato art. 10-bis – *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato* – ha soggiunto che l'assunzione ad oggetto di tutela penale del controllo e della gestione dei flussi migratori non può considerarsi irrazionale ed arbitraria, in quanto si tratta di beni che risultano offendibili dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero²³.

Sebbene da parte della dottrina siano stati compiuti anche interessanti tentativi, cui si accennerà più avanti, per individuare alcuni principi generali tesi a "spezzare" questa esclusività di rapporto tra cittadini e territorio nazionale, resta ad oggi fermo il principio per il quale il diritto d'incolato pertiene propriamente al cittadino e conseguentemente la disciplina dell'ingresso dello straniero è rimessa (sia pur con alcune garanzie specifiche) al legislatore ordinario nel rispetto della cornice normativa fissata dal diritto dell'Unione europea.

²² Corte cost., 26 giugno 1969, n. 104; Corte cost., 23 luglio 1974, n. 244; Corte cost., ord. 10 dicembre 1987, n. 503; Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 62; Corte cost., 21 novembre 1997, n. 353; Corte cost., 26 maggio 2006, n. 206; Corte cost., ord. 31 ottobre 2007, n. 361; Corte cost., 16 maggio 2008, n. 148; Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250.

²³ Non possiamo in questa sede soffermarci sull'abuso del ricorso allo strumento penale compiuto in questi anni dal legislatore italiano nel contrastare l'ingresso e la permanenza non regolari sul territorio italiano, e si rinvia ai molti contributi critici della dottrina giuspenalistica.

Certamente il cammino di integrazione europea sta spostando le frontiere dal livello nazionale ad un livello sovranazionale ed una disciplina *ad hoc* è riservata in tema di ingresso e permanenza nel territorio italiano ai cittadini dell'Unione europea, ma per chi non ha la cittadinanza europea i limiti restano tutti. E chiaramente un elemento comune caratterizza le politiche italiane ed europee: lo scopo di impedire l'ingresso nel territorio di cittadini stranieri la cui presenza non sia necessaria allo sviluppo delle attività economiche nazionali, e talvolta ciò avviene anche a scapito del diritto alla protezione, di cui, in molti casi, queste persone dovrebbero godere²⁴.

Questo potere degli stati di gestire gli ingressi sul proprio territorio conosce, infatti, dei limiti: vi sono alcune importanti garanzie fissate già dal comma terzo dell'art. 10 Cost. per lo straniero che ha diritto di asilo. Ulteriori specifiche garanzie sono state individuate appoggiandosi su alcuni diritti fondamentali, la cui tutela esige una limitazione della discrezionalità dello stato nel disciplinare l'ingresso degli stranieri. Mi riferisco al riconoscimento dei diritti della famiglia, al diritto alla difesa²⁵, al divieto di *refoulement*.

4. Il diritto d'asilo

Non c'è dubbio che il limite più forte a questo potere dello stato di non ammettere stranieri sul proprio territorio sia costituito dal diritto d'asilo²⁶.

Come sappiamo, la nostra Costituzione detta una disposizione tesa ad offrire un'ampia tutela²⁷, ma sappiamo anche quanto sia stata lungamente inapplicata, tanto che ancora oggi si discute se possa considerarsi davvero attuata a seguito del recepimento delle direttive europee in materia di protezione internazionale.

Anche la normativa internazionale contempla statuizioni importanti: l'art. 14 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sancisce che "ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni". La Convenzione europea dei diritti dell'uomo sebbene non abbia disposizioni specifiche sul diritto di asilo, grazie alla giurisprudenza della corte di Strasburgo, è divenuta un punto di riferimento imprescindibile per fissare alcuni limiti al potere degli stati di non ammettere stranieri sul loro territorio. Soprattutto grazie agli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), al Protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive) e ai Protocolli nn. 6 e 13 (abolizione pena di morte) sono state individuate alcune garanzie per i soggetti migranti.

²⁴ F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed 'esternalizzazione' della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (cur.), *Ius peregrinandi*, cit., p. 186.

²⁵ Ai sensi dell'art. 17 del t.u. n. 286/1998 "Lo straniero parte offesa ovvero sottoposto a procedimento penale è autorizzato a rientrare in Italia per il tempo strettamente necessario per l'esercizio del diritto di difesa, al solo fine di partecipare al giudizio o al compimento di atti per i quali è necessaria la sua presenza. L'autorizzazione è rilasciata dal questore anche per il tramite di una rappresentanza diplomatica o consolare su documentata richiesta della parte offesa o dell'imputato o del difensore".

²⁶ Per un quadro delle questioni cfr. C. FAVILLI (cur.), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011.

²⁷ Art. 10/3 Cost.: "Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge".

Ovviamente occupa poi un posto centrale la convenzione di Ginevra del 1951 che impegna a riconoscere lo *status* di rifugiato “a chiunque, nel giustificato timore d’essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi”. E all’art. 33 ribadisce che “nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche”²⁸.

Anche la carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea all’articolo dedicato al diritto di asilo richiama la Convenzione di Ginevra ed in seguito alla “comunitarizzazione” della materia “visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone” sono state adottate importanti direttive, recepite dal nostro legislatore, che sono venute a introdurre la nozione di protezione internazionale²⁹ a cui fa capo lo *status* di rifugiato e lo *status* di protezione sussidiaria³⁰.

Il nostro t.u. prevede, inoltre, la possibilità di permanere sul territorio italiano, nei casi in cui ricorrono seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello stato italiano: in tal caso il questore rilascia un permesso di soggiorno per motivi umanitari *ex art. 5, comma 6, t.u.*³¹. Si tratta oltre alle ipotesi in cui non sia accolta la domanda di protezione internazionale (o sia stato revocato il relativo *status art. 32/3, d.lgs. n. 25/2008*), ma si ritengano sussistere gravi motivi di carattere umanitario³², delle ipotesi in cui lo straniero produca docu-

²⁸ Dal punto di vista del diritto internazionale consuetudinario si ritiene che l’unico principio ormai cristallizzato sia il principio di *non refoulement*, di cui l’art. 33 della convenzione di Ginevra è espressione. Ricordo però che l’art. 33 prevede al secondo comma una possibile eccezione al *non refoulement* nel caso in cui il rifugiato debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese.

Diversamente l’art. 3 della Convenzione EDU è stato sempre inteso come un limite assoluto al potere di respingimento che non può conoscere contemperamenti con altri interessi.

²⁹ Dir. 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 “recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta”.

³⁰ Ha diritto alla protezione sussidiaria la persona che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che correrebbe un rischio effettivo di subire un danno grave così come definito dall’art. 15 della direttiva stessa.

³¹ Cfr. Cass., sez. un., ord. 9 settembre 2009, n. 19393 che rileva che alla pubblica amministrazione spetta il mero accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria nell’ambito dell’esercizio di una discrezionalità tecnica, in quanto la situazione giuridica dello straniero che richieda il rilascio di permesso per ragioni umanitarie ha consistenza di diritto soggettivo.

³² Vedi art. 32, comma 3, d.lgs. n. 25/2008: “Nei casi in cui non accolta la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l’eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell’articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286”. “La Commissione territoriale trasmette altresì gli

mentazione relativa ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dal territorio nazionale³³. Si tratta di ipotesi comprensibilmente non tipizzate dal legislatore per le quali occorre far riferimento al diritto internazionale umanitario³⁴, alle disposizioni costituzionali³⁵ o a situazioni di particolare vulnerabilità dell'interessato³⁶.

È interessante ricordare anche la sentenza delle SU della Cassazione 17 giugno 2013, n. 15115 che chiude la questione sul giudice competente ad esaminare i ricorsi contro

atti al Questore per le valutazioni di competenza se nel corso dell'istruttoria sono emersi fondati motivi per ritenere che il richiedente è stato vittima dei delitti di cui agli articoli 600 e 601 del codice penale". Analogo permesso può essere rilasciato nelle ipotesi in cui la commissione nazionale per il diritto di asilo decida la revoca o la cessazione dello *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, ma ritenga che sussistano comunque gravi motivi di carattere umanitario, art. 33, comma 3, d.lgs. n. 25/2008. Cfr. Cass., sez. un., ord. 19 maggio 2009, n. 11535 sul rapporto tra attribuzioni della commissione territoriale e poteri del questore.

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari è rilasciato anche nelle ipotesi di cui all'art. 19 t.u. e nelle ipotesi di cui all'art. 22, comma 12-*quater*, t.u.

³³ Art. 11, comma 1, lett. c)-*ter*, d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394.

³⁴ Vedi ad esempio art. 3 CEDU ("nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti"). Ricordo che la tutela garantita dall'art. 3 è, per certi versi, più ampia di quella offerta dall'art. 19 t.u., in quanto non implica un intento persecutorio, ma solo delle caratteristiche del trattamento o della pena.

³⁵ Vedi ad esempio art. 10, commi 3 e 4, Cost.

³⁶ Si aprirebbe a questo proposito un ulteriore e delicatissimo profilo relativo all'accoglienza che riserviamo alle persone che comunque arrivano sul nostro territorio: sia a quelle che sono temporaneamente sul suolo italiano, perché soggette ad essere rimpatriate e generalmente inviate nei CIE, sia ai richiedenti asilo, spesso alloggiati nei CARA. È recentissima la sentenza della ECHR, *Tarakhel c. Suisse*, appl. no. 29217/12, emessa su ricorso di una famiglia di origine afghana arrivata sulla costa calabrese nel 2011, i cui componenti furono identificati e poi inviati ad un Centro di accoglienza per richiedenti asilo a Bari. Centro che la famiglia lasciò senza permesso per andare prima in Austria e subito dopo in Svizzera dove furono interrogati dall'ufficio immigrazione, che in base al regolamento di Dublino decise che la famiglia dovesse tornare in Italia, decisione poi confermata dall'autorità giudiziaria svizzera di fronte alla quale era stata impugnata la decisione dell'ufficio immigrazione. I migranti presentarono, quindi, ricorso alla Corte EDU, adducendo la violazione di diversi articoli della Convenzione. La Corte nella sua sentenza prende fondamentalmente in considerazione la questione del mancato rispetto dell'art. 3, e facendo riferimento alle Raccomandazioni dell'alto commissariato delle NU e al rapporto del commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, rileva significative manchevolezze nel sistema italiano di protezione dei richiedenti asilo, tali da non escludere alloggi sovraffollati, promiscuità, rischio che la famiglia sia divisa, e forse anche possibili violenze. Ne consegue che le autorità svizzere prima di decidere di riconsegnare i richiedenti asilo avrebbero dovuto chiedere assicurazioni all'Italia sulle condizioni nelle quali sarebbero stati accolti i ricorrenti, tanto che se dovessero rinviare i ricorrenti in Italia senza adeguate garanzie commetterebbero una violazione dell'art. 3 CEDU.

Cfr. anche ECHR, *Sharifi c. Grecia e Italia*, appl. no. 16643/09. Alcuni cittadini afghani, sudanesi ed eritrei in fuga dai loro paesi, dopo aver raggiunto la Grecia, erano riusciti a arrivare in Italia, dove la polizia di frontiera li aveva immediatamente intercettati e rinviiati in Grecia. Contro questa procedura di respingimento viene presentato ricorso alla corte di Strasburgo, la quale accerta una violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4, in quanto le autorità italiane avrebbero dovuto procedere ad un esame analitico ed individuale della situazione di ciascun ricorrente, anziché porre in essere un respingimento indiscriminato e collettivo. Inoltre la Corte ricorda che, anche nel quadro del sistema di Dublino, prima di procedere ad un respingimento occorre assicurarsi che lo stato di destinazione offra sufficienti garanzie che la persona respinta non sia rinviiata nel paese di origine; conseguentemente riconosce la responsabilità dell'Italia per aver respinto i ricorrenti verso la Grecia, senza assicurarsi che non sarebbero stati rimpatriati verso i paesi di origine, ove avrebbero potuto subire trattamenti inumani e degradanti.

Pende poi un ricorso davanti alla corte EDU sulle condizioni di trattenimento nel centro di primo soccorso e accoglienza (CPSA) di Lampedusa, trasformato nei fatti in un centro di detenzione, senza il rispetto di quelle garanzie che devono accompagnare qualsiasi limitazione della libertà personale, cfr. L. MASERA, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2014, p. 83 ss.

gli atti di respingimento differito³⁷, fissando la giurisdizione del giudice ordinario, non tanto come si legge in alcune sentenze del giudice amministrativo in funzione di una omogeneità coi provvedimenti espulsivi, ma in quanto l'atto incide su situazioni di diritto soggettivo. L'adozione dell'atto di respingimento è, infatti, correlata ad un duplice accertamento: che ricorrano gli estremi di cui al secondo comma dell'art. 10 e che sia accertata l'insussistenza dei presupposti che conducono al riconoscimento della protezione internazionale o meglio l'insussistenza di situazioni legittimanti la domanda di protezione internazionale. Queste situazioni non possono infatti essere degradate ad interessi legittimi ed affidate al potere discrezionale della pubblica amministrazione: il bilanciamento degli interessi è rimesso al legislatore, e la pubblica amministrazione potrà fare uso di una mera discrezionalità tecnica³⁸.

A fronte di questa normativa internazionale, europea e interna, e a fronte anche della giurisprudenza sovranazionale e nazionale, operazioni di polizia hanno teso a ricondurre verso i paesi di provenienza i migranti, tramite operazioni transfrontaliere di interdizione navale e respingimento in alto mare, prima ancora che le persone giungessero nel territorio italiano e fossero messe in grado di far valere la loro condizione ed eventualmente gli obblighi di non respingimento e di accoglienza³⁹.

È ben noto l'episodio del maggio 2009 allorché la guardia costiera italiana intercettò in alto mare e fece salire sulle proprie imbarcazioni persone, che poi riportò in Libia, che stavano tentando la traversata verso le coste siciliane⁴⁰, episodio che dette luogo al ricorso da parte di alcuni cittadini somali ed eritrei alla corte EDU⁴¹, la quale con la

³⁷ Art. 10 t.u.: «La polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato.

Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri:

a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendoli ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo;

b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso».

³⁸ Per un commento alla sentenza, vedi G. SAVIO, *La Cassazione attribuisce al giudice ordinario la cognizione sulla legittimità dei respingimenti differiti*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2013, 2, p. 81 ss. Vedi anche sent. Cons. Stato 13 settembre 2013, n. 4543 in tema di respingimento immediato, che riconosce anche in questa ipotesi la giurisdizione del giudice ordinario; B. CATTELAN, *Ancora una pronuncia sulla giurisdizione in tema di respingimento alla frontiera: un'occasione per (ri)fare il punto sull'istituto*, *ivi*, 4, p. 91 ss.

³⁹ Ricordo alla fine degli anni '90 le operazioni navali tese a contenere i flussi migratori dall'Albania, cfr. A. ALGOSTINO, «Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio»: anche gli albanesi?, in *Politica del diritto*, 1998, p. 25 ss. Sono noti i respingimenti in alto mare verso la Libia attuati in anni più recenti anche sulla base dei Protocolli di cooperazione firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007 per la lotta all'immigrazione clandestina e del trattato del 30 agosto 2008 di amicizia, partenariato e cooperazione tra Italia e Libia. M. BENVENUTI, *Un diritto in alto mare*, in *Costituzionalismo.it*, 2009; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Controlli alle frontiere marittime e diritti fondamentali dei migranti*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (cur.), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010, p. 23 ss.; P. FARCI, *I migranti apolidi di Lampedusa*, Milano, 2014, p. 139 ss.

⁴⁰ Vedi F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e rimpatri in Libia tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 806 ss., la distinzione tra richiedenti asilo e immigrati irregolari poteva essere operata solo dopo lo sbarco in Italia: per i primi si sarebbero dovute aprire le procedure per l'accertamento della protezione internazionale e per i secondi si sarebbe potuto procedere al rimpatrio.

⁴¹ A. DEL GUERCIO, *Respingimenti di migranti verso la Libia e obblighi dell'Italia in materia di rispetto dei diritti umani*, in *Gli stranieri*, 2010, 2, p. 73 ss.

sentenza *Hirsi*⁴² ritenne che l'imbarco sulle navi italiane poneva queste persone sotto il controllo delle nostre autorità⁴³ e giunse alla condanna dell'Italia per violazione degli artt. 3 e 4 del Protocollo n. 4 e dell'art. 13 CEDU. La corte dopo aver verificato l'esistenza del rischio reale cui erano stati esposti i ricorrenti, una volta ricondotti in Libia, di essere rimpatriati, rischio che doveva essere noto alle nostre autorità, è giunta alla condanna dell'Italia che era venuta meno al suo dovere di verificare che i migranti rinviiati non fossero esposti al rischio di trattamenti inumani e degradanti. Il fatto che i migranti non avessero presentato richiesta di asilo non esimeva l'Italia dall'accertare il rischio che essi potessero subire trattamenti inumani o degradanti, tanto più che le autorità italiane avrebbero dovuto sapere che la Libia non offriva sufficienti garanzie e che queste persone rischiavano, poi, di essere rinviate nei loro paesi di origine. Inoltre la corte rilevava che l'aver ricondotto, nell'ambito di operazioni di intercettazione in alto mare, stranieri che tentavano di raggiungere le coste italiane, senza compiere alcun esame delle singole situazioni e senza consentire a queste persone di esporre le loro ragioni ha costituito violazione del divieto di espulsioni collettive⁴⁴.

Resta il problema della possibile applicabilità della Convenzione EDU e della individuazione della responsabilità di uno stato in altri scenari, in cui i battelli, ad esempio, vengano scortati senza che i migranti siano ospitati a bordo delle navi dello stato costiero oppure se le operazioni di respingimento non dovessero aver luogo interamente a bordo di una nave militare appartenente ad una Parte contraente e l'equipaggio non dovesse essere composto interamente da personale di quello stato (*joint operations*)⁴⁵. Ricordo a questo proposito l'art. 4 del reg. 656/2014/UE del 15 maggio 2014 per la sorveglianza delle frontiere marittime: "nessuno può, in violazione del principio del non respingimento, essere sbarcato, costretto a entrare, condotto o altrimenti consegnato all'autorità di un paese in cui esista, tra l'altro, un rischio grave di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura, alla persecuzione o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti, o in cui la vita o la libertà dell'interessato sarebbero minacciate a causa della razza, della religione, della cittadinanza, dell'orientamento sessuale, dell'appartenenza a un particolare gruppo sociale o delle opinioni politiche dell'interessato stesso, o nel quale sussista un reale rischio di espulsione, rimpatrio o estradizione verso un paese in violazione del principio di non respingimento"⁴⁶. Pare

⁴² ECHR, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, appl. no. 27765/09. Cfr. C. GABRIELLI, *Il rispetto dei diritti nella gestione delle politiche migratorie secondo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti umani*, in *Gli stranieri*, 2012, 1, p. 185 ss.

⁴³ La Corte ha considerato che, allorché uno stato attraverso i suoi agenti, pur operando fuori dal territorio, esercita il controllo e l'autorità su una persona, sussiste la giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU. Cfr. anche art. 4 del codice della navigazione.

⁴⁴ La corte ha infine accertato una violazione dell'art. 13 CEDU in quanto i ricorrenti non avevano ricevuto alcuna informazione da parte del personale militare italiano sulla loro destinazione, né tanto meno in merito alle modalità di reclamo per evitare di essere rinviiati in Libia.

⁴⁵ Cfr. N. NAPOLETANO, *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2012, p. 443.

⁴⁶ Cfr. A. LIGUORI, N. RICCIUTI, *Frontex ed il rispetto dei diritti umani nelle operazioni congiunte alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2012, p. 539 ss. Dal 1 novembre 2014 ha avuto avvio l'operazione *Triton* di controllo delle frontiere europee dell'area Schengen; la nuova missione non opera, diversamente da *Mare Nostrum*, in acque internazionali ma entro il limite delle 30 miglia dalle coste italiane. Ricordo che il governo italiano dette avvio nell'ottobre del 2013 dopo il naufragio avvenuto davanti all'isola di Lampedusa all'operazione *Mare Nostrum* di controllo e soccorso nel Mar Mediterraneo.

quindi indiscutibile l'applicazione del principio del *non refoulement* anche nell'ambito di intercettazioni in acque internazionali⁴⁷ ed anche l'esplicita previsione contenuta nell'art. 7, comma 2, lett. c), del regolamento medesimo che consente il respingimento di un natante intercettato in alto mare quando sia sospettato di essere utilizzato per il traffico di migranti deve essere interpretata alla luce del principio generale sancito dall'art. 4.

A fronte di questo quadro normativo, è palese la tendenza, in questi anni, degli stati verso cui sono diretti i maggiori flussi di migranti ad allontanare sempre di più dal proprio confine territoriale e far svolgere ad altri paesi operazioni potenzialmente lesive di diritti umani⁴⁸. Si è assistito ad azioni volte ad impedire all'individuo di abbandonare lo stato di provenienza attraverso la cooperazione con i paesi da dove arrivano i maggiori flussi migratori, finendo, in questo modo, per incidere su un diritto fondamentale: il diritto ad emigrare. La stessa commissione europea, in relazione all'area mediterranea, ha indicato come obiettivo di una serie di azioni di contrasto all'immigrazione illegale quello di "impedire che i migranti intraprendano viaggi pericolosi dai Paesi di origine e di transito verso le coste dell'Unione europea"⁴⁹.

Questa situazione viene spesso definita come il paradosso del diritto internazionale in materia di migrazioni, perché a fronte del diritto a lasciare il proprio paese garantito dalle convenzioni in materia di diritti dell'uomo e dalle costituzioni nazionali, non esiste un obbligo degli altri stati di accogliere lo straniero. È quindi necessario chiedersi se la prevenzione dell'immigrazione illegale possa spingersi tanto lontano dalle frontiere nazionali e tanto vicino alle frontiere dei paesi di emigrazione; si pone, cioè, il problema dell'esternalizzazione del controllo sui migranti e la creazione di zone cuscinetto nei paesi terzi i quali non si limitino a riammettere i migranti irregolari espulsi dall'Europa, ma che li intercettino prima di dirigersi verso i nostri paesi.

Risulta, ad esempio, dalla audizione parlamentare del direttore centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere presso il ministero dell'interno⁵⁰ che le autorità libiche e tunisine abbiano preso in carico e riportato indietro imbarcazioni che stavano tentando la traversata verso le nostre coste. Ciò che l'Italia dopo la sentenza *Hirsi* non può più compiere viene demandato ad altri paesi. E non c'è dubbio che l'approccio tendente a regolare i flussi migratori in partenza, attraverso la cooperazione con i paesi

⁴⁷ Resta la questione delle operazioni che *Frontex* conduce nelle acque territoriali di paesi terzi, sebbene gli accordi con i paesi terzi da cui provengono i flussi migratori non esplicitino questa possibilità, è da ritenersi implicita. Cfr. anche Codice Frontiere Schengen (allegato VI, punto 3.1.1). Anche in questa ipotesi deve ritenersi che trovino applicazione i diritti sanciti dalla carta UE e dalla CEDU, tra cui quindi il principio del *non refoulement*.

⁴⁸ F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare*, cit., p. 184: "nonostante i proclami di rispetto dei diritti umani molte misure effettivamente adottate tanto dagli stati membri quanto dalle istituzioni dell'Unione sembrano sempre più spesso volte più ad ostacolare l'accesso al territorio e conseguentemente alle procedure di accertamento del diritto alla protezione, piuttosto che a un efficace svolgimento delle stesse". P. FARCI, *op. cit.*, p. 147 ss.

⁴⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attività della Task Force "Mediterraneo" del 4 dicembre 2013, COM(2013) 869 final, p. 2.

⁵⁰ Comitato Schengen, indagine conoscitiva sui flussi migratori in Europa attraverso l'Italia, nella prospettiva della riforma del sistema europeo comune d'asilo e della revisione dei modelli di accoglienza, audizione del 4 marzo 2014.

terzi, caratterizzi le politiche europee in materia di immigrazione e asilo e che gli accordi di rimpatrio e gli accordi di partenariato con in paesi vicini prevedano l'impegno da parte di questi ultimi a garantire un maggior controllo delle frontiere in uscita.

Della legittimità di queste previsioni, alla luce della normativa costituzionale ed internazionale che riconosce il diritto a lasciare qualsiasi paese incluso il proprio, è lecito dubitare⁵¹.

5. *Il ricongiungimento familiare*

La Corte europea dei diritti dell'uomo già in una sentenza del 1985⁵² venne ad affermare che se il diritto per uno straniero, d'entrare o soggiornare in un paese non è garantito in sé dalla convenzione, il controllo sull'immigrazione deve nondimeno esercitarsi in maniera compatibile alla convenzione ed il fatto di non consentire ad una persona l'ingresso in uno stato ove vivono i membri della sua famiglia può porre dei problemi riguardo all'art. 8 della convenzione stessa. Anche in successive sentenze ha ribadito che l'art. 8 può implicare obblighi positivi tesi ad assicurare il "rispetto" effettivo della vita familiare e che occorre tener conto del giusto equilibrio da assicurare tra gli interessi concorrenti dell'individuo e quelli di tutta la collettività⁵³.

Anche la nostra corte costituzionale ha più volte sancito che il riconoscimento dei diritti della famiglia (artt. 29 ss.) comporta che il legislatore nella disciplina degli ingressi debba tener conto del diritto all'unità familiare, perché il rispetto dei diritti della famiglia implica anche il rispetto della vita familiare di ciascuno e quindi la necessità che siano apprestate quelle garanzie tese ad assicurare l'effettivo godimento di questo diritto inviolabile dell'uomo. In una prima sentenza del 1995⁵⁴ si legge che la specificità della normativa sul ricongiungimento familiare si esprime "nella garanzia di un'esigenza – la convivenza del nucleo familiare – che si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare nell'ambito di questa, ai figli minori". Pertanto la corte costituzionale ritenne che l'art. 4 della legge n. 943/1986 doveva essere interpretato nel senso che la cittadina extracomunitaria che prestasse lavoro nella propria famiglia doveva essere ricompresa nel novero dei lavoratori che hanno diritto al ricongiungimento coi figli.

Successivamente nella sentenza 26 giugno 1997, n. 203 la Corte rilevò una lacuna nell'art. 4 della legge n. 943/1986 che disciplinava il ricongiungimento familiare, in quan-

⁵¹ F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo ... o quantomeno di provarci*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2014, p. 76 ss.

⁵² ECHR, *Abdulaziz, Cabules e Bankandali c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, Series A, appl. no. 9214/80; 9473/82; 9474/81.

⁵³ ECHR, *Gül c. Svizzera*, 19 febbraio 1996, appl. no. 23218/94, *Reports* 1996-I; ECHR, *Ahmut c. Paesi Bassi*, 28 novembre 1996, appl. no. 21702/93, *Reports* 1996-VI, nelle quali, sebbene la Corte affermi che nei casi in oggetto non vi è stata violazione dell'art. 8 della Convenzione, ribadisce questo importante principio.

⁵⁴ Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 28. Nella specie era stata sollevata questione di legittimità costituzionale nel corso di una controversia promossa da una cittadina brasiliana, cui era stato negato il visto d'ingresso in Italia per il figlio naturale minore d'età e residente in Brasile. La richiesta avanzata dalla madre, sposata con un cittadino italiano, era stata respinta in quanto la richiedente essendo casalinga, non svolgeva attività lavorativa ex art. 4, legge n. 943/1986.

to non prevedeva un diritto al soggiorno nel territorio nazionale dei congiunti dello straniero minore di età, il quale fosse legalmente residente in Italia; la corte rilevò che veniva disconosciuto il diritto fondamentale del genitore straniero di figlio minore legalmente residente in Italia con l'altro genitore, non legato al primo da vincolo matrimoniale, ad entrare e rimanere nel territorio nazionale. La corte, dopo aver ribadito che il diritto all'unità familiare è diritto fondamentale che spetta anche agli stranieri, rilevò che la disciplina legislativa violava tale diritto in quanto, ai fini del ricongiungimento, "ignora[va] la situazione di coloro che, pur non essendo coniugati, siano titolari dei diritti-doveri derivanti dalla loro condizione di genitori"⁵⁵.

La materia del ricongiungimento familiare dei cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio degli stati membri⁵⁶ è stata anche oggetto di una direttiva europea (dir. 2003/86/CE) nella quale sono state fissate condizioni minime di armonizzazione, che testimoniano del difficile percorso tra gli stati membri per giungere a delle norme comuni⁵⁷; nonostante, infatti, le dichiarazioni contenute nel preambolo ove si riconosce l'importanza dell'unità familiare ai fini della stabilità socioculturale e dell'integrazione dei cittadini di paesi terzi, perfino in ordine al ricongiungimento dei minori si offre la possibilità agli Stati membri di limitare fortemente l'esercizio di questo diritto fondamentale.

Volendo brevemente accennare alle scelte adottate dal nostro legislatore, ricordo che il t.u. consente il ricongiungimento per i seguenti familiari⁵⁸: coniuge non legalmente separato e di età non inferiore a diciotto anni; figli minori⁵⁹, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; figli maggiorenni a carico⁶⁰, qualora per ragioni og-

⁵⁵ Nel corso di una controversia promossa da una cittadina bulgara contro la revoca del permesso di soggiorno era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, legge n. 943/1986, in quanto non prevedeva che il cittadino extracomunitario privo di altro titolo di legale soggiorno in Italia potesse rimanere nel territorio nazionale per vivere col figlio minore, nell'ambito della famiglia di fatto costituita con l'altro genitore, a sua volta legalmente residente in Italia con il quale non fosse unito in matrimonio.

⁵⁶ Sul diritto alla vita familiare dei cittadini degli stati membri dell'UE, vedi A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 6 ss.

⁵⁷ Cfr. G. SIRIANNI, "Diritto alla unità familiare" e "interesse agli affetti" dei cittadini extracomunitari secondo la Consulta, in *Costituzionalismo.it*, 2006: al termine di un laborioso iter, non si è potuto fare altro che rinunciare alla prospettiva di una direttiva rigorosa, intesa a promuovere il "diritto" al ricongiungimento, optando invece per una direttiva di compromesso "a maglie larghe".

⁵⁸ Il diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nei confronti dei familiari stranieri è riconosciuto agli stranieri titolari di permesso di soggiorno a tempo indeterminato o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari. L'art. 27-ter, comma 8, t.u. consente il ricongiungimento al titolare di permesso per ricerca scientifica e ai sensi del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 hanno diritto al ricongiungimento familiare anche gli stranieri ammessi alla protezione sussidiaria (art. 22) e gli stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi umanitari (art. 34).

⁵⁹ Ai sensi dell'art. 29, comma 2, t.u. i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli naturali.

⁶⁰ Come è stato rilevato da M. MALENA, *Accertamento della minore età e diritto all'unità familiare*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2007, 1, p. 64 "la ratio della norma è quella di limitare tendenzialmente la tutela legislativa alla famiglia nucleare ... ma produce l'effetto paradossale di dividere famiglie che abbiano figli minori e figli maggiorenni, creando inevitabili conflitti e squilibri, nonché pregiudicando lo stesso diritto fondamentale del minore a crescere serenamente nel proprio originale contesto familiare".

gettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale; genitori a carico qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute. È poi consentito l'ingresso, al seguito dello straniero dei familiari con i quali è possibile attuare il ricongiungimento. Ed è consentito l'ingresso per ricongiungimento al figlio minore, già regolarmente soggiornante in Italia con l'altro genitore, del genitore naturale che dimostri il possesso dei requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito⁶¹. Infine è consentito l'ingresso ed il soggiorno, ai fini del ricongiungimento, degli ascendenti diretti di primo grado col minore non accompagnato cui sia stato riconosciuto lo status di rifugiato⁶².

Nei confronti dello straniero per il quale è richiesto il ricongiungimento familiare, non vale l'automatismo del divieto di ingresso in presenza di determinate condanne, e il giudizio di pericolosità per l'ordine pubblico o la sicurezza deve essere formulato con riferimento a circostanze concrete e attuali⁶³.

Come emerge anche da questi brevi cenni, il nostro legislatore ha circoscritto il diritto alla vita familiare al solo ambito delle relazioni intercorrenti nella c.d. famiglia nucleare, scelta avallata nella sua legittimità costituzionale dalla corte, che non ha accolto la questione sollevata in ordine alla disposizione sul ricongiungimento dei genitori. Se il diritto all'unità familiare “deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori, non può invece sostenersi che il principio contenuto nell'art. 29 della Costituzione abbia una estensione così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori; infatti nel rapporto tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito e contestualmente si aprono margini che consentono al legislatore di bilanciare ‘l'interesse all'affetto’ con altri interessi di rilievo”. Sussiste pertanto ampia discrezionalità del legislatore, “in quanto il concetto di solidarietà non implica necessariamente quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo obbligo mediante modalità diverse dalla convivenza”. E nella specie non risulta irragionevole la scelta effettuata dal legislatore “di limitare il ricongiungimento alle ipotesi in cui vi sia una effettiva e grave situazione di bisogno di quei familiari che non possono in alcun modo soddisfare autonomamente le proprie esigenze primarie di vita, non avendo nemmeno altri figli nel paese di origine in grado di sostentarli”⁶⁴.

Come è stato rilevato⁶⁵, la corte, da un lato, procede a ridimensionare il diritto al ricongiungimento distinguendo tra famiglia nucleare e altri affetti familiari, dall'altro, attenua i parametri del sindacato di costituzionalità riconoscendo un'ampia discrezio-

⁶¹ Cfr. la già ricordata sentenza Corte cost., 26 giugno 1997, n. 203.

⁶² Art. 29-*bis*, comma 3, t.u.

⁶³ Art. 4, comma 3, t.u. come novellato dal d.lgs. n. 5/2007.

⁶⁴ Corte cost., 8 giugno 2005, n. 224. Vedi anche ord. 23 dicembre 2005, n. 464, ord. 25 ottobre 2006, n. 368.

⁶⁵ G. SIRIANNI, *op. cit.*

nalità del legislatore nel bilanciare gli interessi in gioco, discrezionalità limitata solo dal vincolo che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli e soprattutto la corte giunge ad esplicitare che il diritto dello stato a regolamentare l'ingresso ed il diritto al ricongiungimento familiare hanno pari dignità di rango con la conseguenza che il legislatore avrà ampi margini di bilanciamento dei valori in gioco⁶⁶.

6. Cittadinanza e territorio

Al di fuori di queste ipotesi, l'ingresso nel territorio degli stati è rimesso alla discrezionalità del legislatore: si tratta di un profilo di cui gli stati sono ben gelosi ed anche il TFUE chiarisce che resta agli stati membri il diritto di determinare il volume di ingresso dei cittadini di paesi terzi allo scopo di cercarvi lavoro. Certo per i paesi aderenti alla UE si è venuti ad invertere quel principio di libera circolazione delle persone, ma i controlli si sono spostati alle frontiere esterne.

Fra i tanti nodi che riguardano la questione migrazioni, non c'è dubbio che la questione della libertà di ingresso e soggiorno in un paese di cui non si è cittadini è il nodo più complesso. È evidente che esista una forte correlazione tra popolo e territorio e che l'esercizio della sovranità popolare trovi nel territorio l'ambito naturale di esplicazione; va però anche rilevato un tendenziale mutamento di prospettiva in questa esclusività di rapporto cittadini-territorio, nel senso che l'ambito territoriale è divenuto il profilo materiale delle numerose esigenze di chi con esso entra in relazione. E da parte della dottrina sono stati anche fatti dei significativi passi per individuare dei condizionamenti rispetto ad una piena libertà degli stati di negare l'ingresso sul proprio territorio.

È stato rilevato, che gli organi statali non dovrebbero emettere determinazioni contrastanti con gli impegni solidaristici già assunti, considerati nel loro complesso ed in relazione ai principi che da essi scaturiscono, per cui si può "ritenere che una legislazione statale di chiusura immotivata, totale, e senza limitazioni di tempo del territorio a qualsiasi straniero, renderebbe il comportamento dello Stato ... contraddittorio rispetto alla manifestazione di volontà, da esso eventualmente espressa di concorrere alla piena realizzazione dei fini dell'ONU"⁶⁷. Si è ritenuto, poi, di poter costruire un limite alla libertà degli stati sulla base del principio di non discriminazione. L'applicazione del principio costituirebbe sia un limite all'esercizio della funzione legislativa, per cui la regolamentazione degli ingressi dovrebbe essere fondata su criteri non discriminatori, sia un vincolo alla decisione di casi concreti che dovrebbe non solo essere conforme a legge, ma anche essere motivata in base a valide argomentazioni che escludano la sussistenza nel caso concreto di qualsiasi considerazione discriminatoria⁶⁸.

⁶⁶ Vedi ord. 23 dicembre 2005, n. 464. C. CORSI, *Il ricongiungimento familiare*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (cur.), *Immigrazione e cittadinanza*, Torino, 2008, p. 283 ss.; M. MANETTI, *Il ricongiungimento familiare nel diritto italiano*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (cur.), *Diritti umani degli immigrati*, Napoli, 2010, p. 61 ss.

⁶⁷ A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p. 32 ss.; cfr. G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Torino, 1999, p. 31 ss.

⁶⁸ A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p. 34 ss. Cfr. A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari*, Bologna, 1992, p. 48 che rileva la tenuità di tale vincolo, in quanto non essendo individuabili dei condizionamenti effettivi in ordine alle politiche d'ingresso degli stati, ne deriverebbe una protezione minima, consistente nel proibire le

Si è affermato che la libertà degli stati incontrerebbe un limite nel diritto degli individui di emigrare, dal quale l'obbligo di ammettere gli stranieri sarebbe la necessaria conseguenza, o, ancora in un più generale dovere di cooperazione degli stati. Sarebbe, pertanto, assurdo porre limiti solo al potere d'imperio dello stato di partenza e non anche a quello di destinazione, e sull'art. 22 della dichiarazione universale, che richiama la cooperazione internazionale, si fonderebbe uno specifico diritto all'emigrazione al fine di promuovere la dignità e lo sviluppo della persona⁶⁹.

Dalla disposizione, poi, dei patti sui diritti civili e politici che garantisce la libertà e la sicurezza della persona (art. 9) si è inteso ricavare un diritto alla libertà di circolazione tra stati, in quanto, sebbene questo articolo non lo riconosca esplicitamente, niente consentirebbe di restringere la portata della norma ed escludere questo profilo più specifico dalla più generale libertà della persona⁷⁰.

Anche sul piano costituzionale, sebbene il comma 2 dell'art. 16 affermi espressamente solo il diritto del cittadino di entrare nel territorio della repubblica, in dottrina, muovendo dall'art. 11 Cost., si è individuato un indirizzo costituzionale verso una politica di apertura. Da una lettura forte dell'art. 11 in cui pace e giustizia vengono colte non solo come fini della politica estera, ma come rientranti indissolubilmente tra i fini dello stato repubblicano, o meglio concorrenti a identificare il fine generale non meno della felicità e dello sviluppo personale dei cittadini italiani, è stato messo in evidenza come la spinta alla giustizia si è già tradotta ed è destinata a tradursi in circolazione di persone, in movimenti migratori, per cui sarebbe paradossale che mentre la circolazione delle merci e del denaro viene sempre più liberalizzata la circolazione delle persone fosse impedita⁷¹.

Si è infine sottolineato che l'art. 4 Cost. come diritto sociale al lavoro tutela anche lo straniero "nel senso di riconoscere una sua pretesa all'ingresso nello Stato per agire le sue personali opportunità di ricerca di un lavoro". Si tratterebbe di una pretesa costituzionalmente tutelata anche se limitabile, in quanto incrocia un controllo da parte dello stato sui flussi migratori, controllo che però non può non tener conto di questo interesse costituzionalmente tutelato all'ingresso⁷².

Non c'è dubbio che la questione dell'ingresso degli stranieri nel territorio dello stato sia il punto cruciale; si discute in dottrina ed in giurisprudenza sulla possibilità del riconoscimento agli stranieri di altre situazioni soggettive che la nostra costituzione garantisce al cittadino, ma il profilo più complesso, più carico di tensioni politiche ri-

sole restrizioni all'ingresso palesemente discriminatorie, quali quelle fondate su motivi razziali o di origine etnica. Cfr. M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997, p. 223 ss.

⁶⁹ Cfr. P. ONORATO, *Per uno statuto dello straniero*, in *Dem. e dir.*, 1989, 6, p. 316 ss.

⁷⁰ M. CHEMILLIER GENDREAU, *L'injustifiable*, Paris, 1998, p. 92 ss. per la quale i limiti opponibili da uno stato all'ingresso di uno straniero sarebbero solo quelli indicati dall'art. 12, comma 3, dei patti (la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la salute, la moralità pubblica, gli altrui diritti e libertà ed il rispetto degli altri diritti riconosciuti dal patto).

⁷¹ U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. GOZZI (cur.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997, p. 180 ss. Cfr. S. SASSEN, *The de-facto transnationalizing of immigration policy*, Firenze, 1996, p. 9.

⁷² B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, (Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari 16-17 ottobre 2009), Napoli, 2010, p. 226 ss.

guarda proprio il rapporto cittadini-territorio. Fino a che punto può esercitarsi il diritto di escludere chi non è cittadino dal territorio? In ordine, poi, alle politiche sugli ingressi si devono tener presenti essenzialmente le esigenze del nostro sistema economico o non anche i doveri di cooperazione internazionale e le capacità complessive di accoglienza del nostro paese e fissare, quindi, quote d'ingresso che risultino accettabili dal punto di vista di tutti gli interessati?

Questo è uno dei temi in cui la contrapposizione tra universalità e particolarità si fa sentire in maniera particolarmente forte, la tensione tra apertura universale e senso di appartenenza è ancora irrisolta⁷³; se da un lato i diritti umani cominciano a scontrarsi con il principio della cittadinanza nazionale e con gli stessi confini della nazione⁷⁴, dall'altro il principio del particolarismo territoriale, del senso di appartenenza ad una comunità stanziata su un certo territorio sono ancora ben radicati⁷⁵.

Non vi è dubbio che una comunità statale abbia un interesse basilare nella potestà di regolare gli ingressi. A seconda delle circostanze, può optare per una piena apertura, una totale chiusura o (ciò che è più probabile) un'esclusione parziale e selettiva⁷⁶. Ciò che è certo è che la cittadinanza svolge un ruolo formidabile per lo stato moderno e per il suo progetto di governo⁷⁷.

E lo stesso diritto umanitario, che pur si pone su un piano sovranazionale, riflette tale tensione: da un lato, mira a costruire delle regole giuridiche che proteggono tutti gli uomini, ovunque essi vivano, dall'altro coglie nella nazionalità una garanzia per il soggetto⁷⁸. Per certi versi può parere quasi contraddittorio trovare proprio in questi testi che tentano un superamento della statualità del diritto⁷⁹, un richiamo alla nazionalità⁸⁰ che svolge, in effetti, ancora una funzione di garanzia⁸¹, attraverso il collegamento con

⁷³ Cfr. U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, p. 187 ss.; J. HABERMAS, *Cittadinanza politica e identità nazionale. Riflessioni sul futuro dell'Europa*, in *Morale, Diritto, Politica*, trad. it. di L. CEPPA, Torino, 1992, p. 106.

⁷⁴ S. SASSEN, *Fuori controllo* (1996), trad. it. di G. BALLARINO, Milano, 1998, p. 117; cfr. D. ZOLO, *Le strategie della cittadinanza*, in D. ZOLO (cur.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Bari, 1994, p. 42.

⁷⁵ Cfr. U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, p. 189 ss.

⁷⁶ R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania* (1992), trad. it. di G. LUCIANI, Bologna, 1997, p. 51.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Per la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo "ogni individuo ha diritto ad una nazionalità. Nessuno può essere privato arbitrariamente della sua nazionalità, né del diritto a cambiare nazionalità" (art. 15); per il patto sui diritti civili e politici "ogni bambino ha diritto di acquistare una nazionalità" (art. 24); analoga disposizione è dettata dall'art. 20 della convenzione relativa ai diritti del fanciullo; vedi anche art. 20 della convenzione americana che prevede che "ogni persona ha diritto a una cittadinanza. Ogni persona ha diritto alla cittadinanza dello stato nel cui territorio è nato, se non ha diritto ad altra cittadinanza. Nessuno può essere privato arbitrariamente della sua cittadinanza, né del diritto a cambiarla". Vedi anche art. 4 della convenzione europea sulla cittadinanza del 6 novembre 1997.

⁷⁹ Cfr. S. SASSEN, *op. cit.*, p. 116 ss.: i diritti umani cominciano a scontrarsi con il principio della cittadinanza nazionale e con gli stessi confini della nazione.

⁸⁰ Sull'antitesi tra cittadinanza e ideologie "universalistiche" sull'idea del *cives mundi*, il quale costituisce il superamento dei presupposti cui si connette il sorgere dell'idea di cittadinanza, vedi R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. III, Torino, 1964, p. 307. Cfr. R. BRUBAKER, *op. cit.*, p. 10: in un mondo veramente cosmopolita uno stato potrebbe mantenere l'ordine su un territorio particolare ma non decidere chi abita in quel territorio né restringerne il godimento dei vantaggi a una parte qualsiasi della razza umana.

⁸¹ Cfr. M. WALZER, *Sfere di giustizia* (1983), trad. it. di G. RIGAMONTI, Milano, 2008, p. 41 ss.

un'autorità statale ed il relativo territorio e attraverso il collegamento tra diritto d'ingresso e cittadinanza⁸².

La stretta correlazione tra territorio e comunità di cittadini⁸³, finora fortemente tutelata, è da considerarsi, come da taluno affermato, una frontiera da abbattere per giungere a sancire il diritto di residenza e il diritto di circolazione come diritti universali e non più solo del cittadino⁸⁴?

Oppure nel rapporto privilegiato cittadino territorio c'è un valore ancora da proteggere, non potendo reggere i nostri sistemi economici e sociali ad ingressi incontrollati, per cui occorre garantire ad un ordinamento statale la possibilità di includere o escludere chi non appartiene a quella comunità⁸⁵?

Qualche autore sottolinea la necessità che anche quei diritti finora garantiti solo ai cittadini si “liberino” da un'universalità contraddetta dalla richiesta del requisito della cittadinanza⁸⁶ e si possa così “liberare” la democrazia dal legame con uno *status* che rischia, irrigidendone e restringendone l'uso di contraddirla⁸⁷. Attraverso, cioè, i diritti umani si dovrebbe giungere a sottoscrivere l'atto di morte dello stato nazionale⁸⁸, la cui perdita di sovranità toglierebbe gran parte del suo significato ai diritti ed ai doveri

⁸² Se J. HABERMAS, *Cittadinanza politica e identità nazionale*, cit., p. 127 parla di “sciovinismo del benessere”, per G. ZINCONI, *Da sudditi a cittadini*, Bologna, 1992, p. 259: “è inutile nascondersi, però, che se vogliamo mantenerci fedeli alla tradizione democratica che intende garantire uno standard minimo per i più deboli, non possiamo espandere *ad libitum* l'importazione di fasce bisognose. Il dilemma deve essere posto chiaramente: se si spalancano le frontiere, si offrono condizioni di vita degradanti ai molti che arrivano ed anche a molti nazionali costretti a competere con i nuovi arrivati; se vogliamo offrire diritti forti ai nuovi arrivati bisogna limitare il loro numero”.

⁸³ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza. Riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, p. 41 ss.; R. BRUBAKER, *op. cit.*, p. 9 ss.

⁸⁴ Se è vero che il problema della povertà dei paesi più arretrati non si risolve aprendo le frontiere, è stato anche sottolineato che solo se l'occidente si sentirà minacciato dalla pressione demografica che proviene dai paesi più poveri affronterà davvero le cause della povertà di molti paesi del sud del mondo. È quindi il controllo della mobilità territoriale, oggi, uno dei modi attraverso i quali il regime degli stati più ricchi osteggia l'affermazione di un fondamentale diritto umano: quello contro la povertà, L. ZANFRINI, *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, Bari, 2007, p. 63.

⁸⁵ G. ZINCONI, *Da sudditi a cittadini*, cit., p. 259. Cfr. M. WALZER, *op. cit.*, p. 49: “la particolarità delle culture e dei gruppi dipende dalla chiusura, senza la quale non può essere considerata una caratteristica stabile della vita degli uomini. Se questa particolarità è un valore ... allora si deve permettere che ci sia una chiusura da qualche parte; a un certo livello di organizzazione politica deve concretarsi qualcosa di simile ad uno stato sovrano che si arroghi l'autorità di creare una propria politica di ammissione, di controllare e a volte di frenare il flusso immigratorio”; “il legame fra la gente e la terra è una caratteristica cruciale dell'identità nazionale” e “la teoria della giustizia deve tener conto dello stato territoriale, specificare i diritti dei suoi abitanti e riconoscere il diritto della collettività di ammettere e di rifiutare”, p. 53 ss.

⁸⁶ A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, 2006, p. 13 ss.

⁸⁷ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2008, p. 25: occorre prendere coscienza della crisi irreversibile delle vecchie categorie della cittadinanza e della sovranità, nonché dell'inadeguatezza di quel debole rimedio alla loro valenza discriminatoria che è stato fino ad oggi il diritto di asilo. L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., p. 288 ss.: “Prendere sul serio questi diritti vuol dire avere oggi il coraggio di disancorarli dalla cittadinanza in quanto appartenenza (a una determinata comunità statale) e quindi dalla statualità ... Significa in concreto trasformare in diritti della persona i due soli diritti di libertà oggi riservati ai cittadini: il diritto di residenza e il diritto di circolazione nei nostri privilegiati paesi”.

⁸⁸ Cfr. anche T. MARCI, *La società e lo straniero*, Milano, 2003, p. 156: uno stato-nazione o una comunità di stati nazione può solo condizionare e limitare attraverso il diritto, la legge incondizionata dell'ospitalità, il cui comando esige paradossalmente un'accoglienza illimitata.

di cittadinanza, per giungere alla piena equiparazione nei diritti e nei doveri di tutti gli uomini ai cittadini. Solo istituzioni trans-nazionali⁸⁹ piuttosto che gli stati nazione potrebbero eventualmente divenire i garanti di un diritto ospitale. Un diritto veramente ospitale dovrebbe essere un diritto trans-nazionale⁹⁰.

È verosimile, o auspicabile scardinare l'idea di appartenenza ad una comunità politica, l'idea cioè di "comunità statale" e quindi annientare la nozione di cittadinanza oppure giungere ad ossimori quali la "cittadinanza globale"⁹¹? La costruzione effettiva di una democrazia sovra-statale richiede che siano soddisfatte condizioni molto esigenti che sembrano assai lontane da quelle che si danno nella situazione attuale⁹² e non c'è dubbio che gli stati svolgano una funzione essenziale di garanti e promotori dei diritti degli individui⁹³. Se è oggi patrimonio comune che la sovranità di una comunità statale conosca limiti sia verso l'interno sia verso l'esterno⁹⁴, è opportuno giungere a decostruirne il concetto?

Potremmo, invece, chiederci quale sia, oggi, un ruolo della cittadinanza (salva la necessità di ripensare i criteri per l'acquisizione della cittadinanza italiana), intesa come appartenenza stabile ad una comunità statale. Non si può, infatti, negare la rispondenza di tendenze di indipendenza di ciascuna comunità statale⁹⁵ "e del principio politico-giuridico in cui si incarnano, a un valore essenziale e condivisibile anche nel nostro tempo: il valore della personalità collettiva e dell'identità particolare di ogni popolo che ha necessità di tradursi in istituzioni autonome e in autonomo funzionamento delle stesse"⁹⁶.

⁸⁹ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 315 ss.: occorre dislocare in nuove sedi politiche e decisionali i luoghi delle garanzie costituzionali, democratizzando e sottoponendo a nuovi vincoli le diverse sedi del potere internazionale.

⁹⁰ V. anche T. MARCI, *op. cit.*, p. 190 ss. Cfr. M. CHEMILLIER-GENDREAU, *A quali condizioni garantire i diritti umani nella globalizzazione?*, in R. FINELLI, F. FISTETTI, F.R. RECCHIA LUCIANI, P. DI VITTORIO (cur.), *Globalizzazione e diritti futuri*, Roma, 2004, p. 215 ss.

⁹¹ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *L'ossimoro della locuzione "cittadinanza globale"*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 220 ss. Vedi anche F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, p. 357 ss. D. ZOLO, *Migrazione, cittadinanza, globalizzazione*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (cur.), *Diritto contro*, Torino, 2009, p. 7: "la cancellazione della cittadinanza nazionale e dei suoi valori in nome dell'ideale universalistico della cittadinanza universale è una strada che conduce, nonostante le buone intenzioni dei suoi sostenitori, nelle braccia dell'imperialismo statunitense e del suo progetto di egemonia mondiale mascherato sotto le vesti della diffusione planetaria dei valori occidentali".

⁹² S. PETRUCCIANI, *Le teorie della democrazia di fronte alle sfide della globalizzazione*, in *Globalizzazione e diritti futuri*, cit., p. 279; U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002, p. 236 ss.

⁹³ G. BUCCI, *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell'era della mondializzazione dell'economia*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, cit., p. 480 ss.

⁹⁴ Cfr. P. COSTA, *Cittadinanza*, Bari, 2005, p. 149: nel dibattito odierno non sembra univocamente determinato chi sia il portatore della sovranità cui deferire il compito di fondare un nuovo ordine dei diritti. E. CHELI, *Lo Stato costituzionale*, Napoli, 2006, p. 39 ss.

⁹⁵ Ciò che possiamo dire, sull'oggi, è che è ancora lontana una democrazia cosmopolita, ammesso che sia auspicabile; le attuali istituzioni internazionali hanno organizzazioni assai meno democratiche di quelle statali, e sono ben lontane da costituire un'alternativa politica istituzionale agli stati nazionali.

⁹⁶ U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato*, cit., p. 243. Vedi anche D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nelle teorie dei 'diritti fondamentali'*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 68 ss.; ID., *Migrazione, cittadinanza, globalizzazione*, cit., p. 9: "la cancellazione delle diversità identitarie custodite dalle istituzioni della cittadinanza ci porterebbe ... all'appiattimento delle civiltà e delle culture, alla omogeneizzazione ...". Cfr. I. EIBL-EIBESFELDT, *Etologia umana*, Torino, 1993, p. 214.

Non dobbiamo costringerci tra due estremi: o optare per una tutela della comunità statale attraverso una lettura restrittiva delle carte dei diritti, con politiche sugli ingressi meramente strumentali alle necessità del nostro mercato del lavoro, oppure tendere verso una dissoluzione della comunità statale attraverso lo scardinamento del concetto di cittadinanza e la teorizzazione di universalismi giuridici. Soltanto con una piena consapevolezza dei valori e dei limiti della cittadinanza, con una piena assunzione di responsabilità da parte dei paesi più ricchi, con politiche sugli ingressi che tengano conto di una pluralità di esigenze, con un impegno significativo per assicurare accoglienza ai richiedenti la protezione internazionale e per far fronte ad emergenze che possono verificarsi soprattutto nei paesi limitrofi, con politiche anche di medio e lungo termine di aiuto ai paesi da cui provengono i maggiori flussi migratori⁹⁷, possiamo almeno tentare di far fronte ad una delle questioni più dirimenti del nostro tempo.

⁹⁷ Cfr. D. ZOLO, *Migrazione, cittadinanza, globalizzazione*, cit., p. 9 ss.: occorrerebbe operare per un mondo in cui a tutti i popoli sia riconosciuto un minimo di potere e di benessere. “Ciò che conta è assai meno lo *jus migrandi* che non il diritto di vivere e morire nella propria terra (dopo avere possibilmente attraversato il mondo non da servi ma da persone ‘diverse’ e proprio per queste dignitose, rispettate, preziose)”.

L'ingresso dei migranti nell'Unione Europea – fra controllo dell'immigrazione clandestina ed esigenze di protezione

Serena Forlati *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ingresso dei migranti irregolari fra obblighi internazionali e diritto UE. – 3. Diritto dell'Unione europea e prerogative dello Stato rispetto al controllo delle proprie frontiere. – 4. Esigenze di protezione e diritto dei migranti irregolari all'ingresso ed alla permanenza nella UE. – 5. Ambito di applicazione delle norme UE in materia di ingresso e soggiorno e divieto di *refoulement*. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Come molti ordinamenti nazionali, anche il Diritto dell'Unione europea vive nel settore dell'immigrazione e dell'asilo una costante tensione fra l'esigenza dello Stato (e, di riflesso, della stessa Unione europea) di far rispettare la propria sovranità attraverso il controllo dei flussi migratori e la necessità, spesso confliggente, di assicurare protezione ai migranti irregolari che si trovino nelle situazioni individuate dalle pertinenti norme internazionali e di diritto UE. L'obiettivo di queste pagine è riflettere sull'attuale punto di bilanciamento fra tali due principi: il problema si pone con riferimento a tutti gli aspetti della politica europea in materia di visti, immigrazione e asilo¹, ma in questa sede ci si concentrerà principalmente sul diritto fare ingresso nel territorio degli Stati membri ed a permanervi nel momento in cui l'ingresso sia avvenuto in modo irregolare – cioè senza visto di ingresso o comunque in violazione delle norme sull'attraversamento delle frontiere², – situazione spesso ingenerata da attività che integrano “traffico di migranti” o “tratta di esseri umani”.

La scelta di circoscrivere l'analisi a questo particolare aspetto si giustifica per più di una ragione. Innanzitutto, la politica europea di immigrazione ed asilo è al centro di un

* Associato di Diritto internazionale, Università di Ferrara.

¹ V. ad esempio, rispetto all'individuazione dello Stato membro competente all'esame delle domande di asilo e protezione internazionale, E. CANNIZZARO, *Interessi statali e diritti individuali nella politica dell'Unione relativa a visti, asilo e immigrazione*, in G. CAGGIANO (cur.), *I percorsi giuridici per l'integrazione – Migranti e titolari di protezione internazionale tra Diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 235 ss.

² Non considereremo invece la situazione, a questa strettamente collegata, di chi sia entrato nel territorio UE nel rispetto delle norme UE e nazionali in materia di immigrazione, perdendo però nel tempo il diritto a permanervi. Non saranno neppure considerate le posizioni dei cittadini di paesi terzi che siano familiari di un cittadino UE o di persone regolarmente soggiornanti nell'Unione.

assetto normativo particolarmente complesso, in cui si intrecciano diverse branche del diritto e diversi livelli di disciplina (internazionale, UE e statale): proprio per i profili legati all'ingresso nel territorio, peraltro, l'interazione fra il diritto dello Stato al rispetto della sua sovranità, da un lato, ed il principio solidaristico e quello del rispetto della dignità umana, dall'altro lato, è più fortemente sbilanciata a favore del primo. Diversamente da quanto avviene per i cittadini, i cittadini di Paesi terzi non hanno alcun diritto "generale" a fare ingresso e a poter soggiornare nel territorio degli Stati membri, e solo l'esistenza di specifiche esigenze di protezione, non legate a motivi economici, vincola a consentire tale soggiorno. Chiarire i rapporti fra i diversi livelli normativi rilevanti ed il contenuto delle norme in materia di accesso al territorio dell'Unione è un passaggio imprescindibile per assicurarne il rispetto³, ed appare particolarmente importante mentre notizie drammatiche continuano a giungere rispetto al flusso di migranti che trovano la morte nel Mare Mediterraneo tendando di approdare alle coste europee⁴, interrogandoci sul senso stesso della discussione tecnico-giuridica in questo campo.

Nello stesso tempo, la valutazione di questi profili incide in modo decisivo sullo "statuto" complessivo dei migranti irregolari nell'Unione europea. Tale statuto si distingue, innanzitutto, da quello dei cittadini dell'Unione: è chiara del resto l'indicazione proveniente dall'art. 79, par. 1, TFUE, nel senso che ai cittadini di paesi terzi debba essere riservato un trattamento *equo*, ma non equivalente a quello assicurato ai cittadini dell'Unione⁵. Nell'ottica dell'Unione europea, questa distinzione è in linea con la propria funzione intrinseca, volta ad assicurare l'integrazione anche attraverso un regime di particolare favore riservato ai cittadini degli Stati membri nel godimento dei diritti individuali – regime che non è più orientato solo all'integrazione del mercato e che costituisce il fulcro della nozione di "cittadinanza europea"⁶. Ma le condizioni di accoglienza variano significativamente anche a seconda dell'inquadramento di ciascun interessato nell'ambito delle diverse categorie prese in considerazione dal diritto dell'Unione (ed in particolare ai soggetti che richiedano protezione internazionale, fra cui anche quella temporanea; ai minori; alle vittime di tratta). Questo si concreta in un regime "generale" relativo ai migranti irregolari, cui si affiancano una serie di regimi "speciali" di protezione, variabili nel contenuto delle tutele da assicurare fin dal primo ingresso, anche se irregolare, nel territorio dell'Unione.

Rispetto ai diritti ed alle libertà civili è il diritto alla libertà personale dei migranti

³ Come è stato osservato, "[t]he ability of States to fragment the legal framework and marginalize applicable norms in this way is tied to the complexity of the framework itself and the lack of clarity that this complexity generates. (...) [A]s long as the law remains unclear, States can continue to argue about it. As long as the law remains unclear, they will, almost certainly, not be brought to task for failing to apply it". (A. GALLAGHER, F.T. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, New York, 2014, p. 111).

⁴ Secondo le stime dell'UNHCR, dall'inizio del 2015 sono morte o scomparse circa 470 persone nel Mare Mediterraneo, contro le 15 dello stesso periodo dello scorso anno: v. il comunicato del 12 marzo 2015, *L'UNHCR presenta proposte per l'azione europea nel Mediterraneo*, in www.unhcr.it.

⁵ Si vedano già le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, del 15-16 ottobre 1999, § 18.

L'Unione europea deve garantire l'*equo* trattamento dei cittadini dei Paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio degli Stati membri. Una politica di integrazione più incisiva dovrebbe mirare a garantire loro diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'UE.

⁶ V. C. FAVILLI, *L'applicazione ai cittadini di Paesi terzi del divieto di discriminazione per motivi di nazionalità*, in G. CAGGIANO (cur.), *I percorsi giuridici per l'integrazione – Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 114 ss.

irregolari quello più pesantemente compromesso, non solo per le persone in attesa di rimpatrio⁷ ma anche per i richiedenti asilo⁸. In particolare la direttiva 2008/115 prevede periodi massimi di detenzione lunghi, fino a 18 mesi, laddove non sia possibile eseguire le misure di allontanamento disposte; le sue disposizioni, intese anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, tutelano comunque la libertà personale sia limitando il ricorso da parte degli Stati al reato di immigrazione clandestina⁹ sia salvaguardando il diritto degli individui interessati a disporre di un rimedio effettivo rispetto alle decisioni in materia di trattenimento¹⁰, oltre che di rimpatrio¹¹. Tali orientamenti riflettono le puntuali garanzie previste a questo riguardo dal diritto internazionale dei diritti umani¹², e fungono parzialmente da argine alla tentazione, spesso presente negli Stati membri, a ricorrere allo strumento della detenzione (amministrativa o penale che sia) nei confronti dei migranti, a dispetto anche delle garanzie costituzionali interne¹³.

Quanto invece al godimento dei diritti economici, sociali e culturali durante la permanenza nel territorio degli Stati membri le prestazioni da assicurare sempre e comunque sono solo un nucleo minimo, mentre standard più elevati sono previsti per le diverse categorie “protette” di cittadini di Paesi terzi. Essa può, entro certi limiti, essere giustificata sotto il profilo degli obblighi internazionali gravanti sull’Unione e sui suoi Stati membri: infatti, il godimento dei diritti economici, sociali e culturali non dipende, di massima, dalla cittadinanza, ma può per alcuni aspetti essere agganciato al livello di contatto ed integrazione con lo Stato che è tenuto a garantirli¹⁴. In via generale, questo

⁷ L’art. 15 della direttiva 2008/115 prevede che il trattenimento possa essere disposto, in assenza di misure meno coercitive efficaci nel caso concreto, “soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga o b) il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento”.

⁸ Direttiva 2011/33/UE, art. 7 ss.

⁹ In particolare CGUE, 28 aprile 2011, causa C-61/2011, *El Dridi* pur escludendo che il reato di clandestinità sia in quanto tale vietato dal diritto UE, ha letto in modo restrittivo lo spazio lasciato alle sanzioni penali in questo campo. Su questi profili v. C. FAVILLI, *L’attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall’inerzia all’urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 341 ss., oltre ai contributi di GATTA, SAVINO e CAMPESI nel presente volume.

¹⁰ È appena il caso di ricordare, poi, che il diritto UE prevede l’obbligo di adottare sanzioni nei confronti di chi dà lavoro a migranti clandestini e dei vettori che non adempiono ai propri obblighi funzionali al controllo dell’immigrazione: si vedano rispettivamente le direttive 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, e 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell’art. 26 della convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen del 14 giugno 1985.

¹¹ Direttiva 115/2008, art. 12 ss.

¹² È noto che l’art. 5, par. 1(f), CEDU prevede espressamente che la necessità di procedere ad una misura di espulsione possa giustificare limitazioni alla libertà personale, purché siano rispettati gli altri requisiti previsti.

¹³ Sui problemi di costituzionalità che emergono con riferimento all’Italia v. A. PUGIOTTO, *La “galera amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 573 ss.

¹⁴ V. ad esempio, rispetto alla possibilità per un minore straniero e sua madre di accedere con priorità ad un alloggio sociale, ECHR, *Bah c. Regno Unito*, 27 settembre 2011, appl. no. 56328/07, § 50. Cfr. *amplius* A. ANNONI, *Nationality and Social Rights*, in A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), *The Changing Role*, cit., p. 135 ss.; S. FORLATI, *Discriminazione sulla base della cittadinanza e Convenzione europea dei diritti umani*, in L. DESANTI, F. FERRETTI, A.D. MANFREDINI (cur.), *Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani – Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano, 2009, p. 231 ss.

presupposto apparentemente irrinunciabile, innanzitutto sul piano politico, della politica europea di immigrazione alimenta un panorama normativo farraginoso, in cui il fenomeno di parcellizzazione degli *status* comunque tende ad allontanare, da molteplici punti di vista, la piena equiparazione dei cittadini dei Paesi terzi, pur se pienamente integrati nella società ospite, a quelli dei cittadini UE¹⁵. Se questo risulta in linea di principio criticabile, la categoria di migranti di cui ci occupiamo è di norma priva di collegamenti significativi con l'Unione europea prima dell'ingresso nel territorio di questa, compiuto peraltro senza rispettare le condizioni previste dalla normativa vigente; un livello di tutela più basso di quello riservato ai cittadini ed ai residenti è quindi ammissibile se viene comunque assicurato un livello minimo di prestazioni¹⁶. Anche la realizzazione dei diritti che spetterebbero ai migranti irregolari può essere pregiudicato in concreto dall'"invisibilità" cui sono relegati a causa della loro condizione.

Per quanto qui interessa, in favore dei richiedenti protezione asilo o protezione sussidiaria il diritto dell'Unione prevede, almeno in via di principio, un vero e proprio diritto ad essere accolti nel territorio degli Stati membri almeno per il tempo necessario all'esame della loro domanda¹⁷; per le altre il diritto UE incoraggia tale soluzione pur nell'ambito di un'ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri (o, nel caso degli sfollati, alle Istituzioni dell'Unione¹⁸; infine, per altri gruppi ancora la scelta spetta esclusivamente agli ordinamenti ed alle prassi interne.

Va poi sottolineato che tutte queste diverse ipotesi sono in apparenza facilmente distinguibili alla luce del "bene protetto" dalle relative discipline: il diritto dello Stato a controllare i flussi migratori da un lato, le diverse esigenze di tutela di gruppi vulnerabili dall'altro lato¹⁹. In realtà, la qualificazione delle singole fattispecie concrete alla luce dell'uno o dell'altro regime non è semplice ma, nello stesso tempo, è cruciale per il corretto bilanciamento fra prerogative statali ed interesse pubblico al controllo delle frontiere, da un lato, ed esigenze di protezione dei migranti irregolari, dall'altro lato. Prima di affrontare questi aspetti, peraltro, è opportuno richiamare brevemente quali siano i diversi livelli normativi in gioco, distinguendo fra ambiti per i quali le scelte dell'Unione riflettono una puntuale disciplina internazionale; settori in cui invece l'Unione si determina in modo discrezionale, alla luce anche di considerazioni di natura politica; e profili, infine, per cui un potere autonomo di scelta spetta tutt'ora agli Stati membri.

¹⁵ La giurisprudenza della Corte di Giustizia fornisce una lettura delle disposizioni pertinenti che mira ad evitare discriminazioni ingiustificate: v. CGUE, 24 aprile 2012, causa C-571/2010, *Kamberaj*; 26 aprile 2012, causa C-508/2010, *Commissione c. Paesi Bassi*.

¹⁶ V. ancora le considerazioni critiche di C. FAVILLI, *L'applicazione*, cit., p. 131.

¹⁷ Le condizioni sostanziali e procedurali per la concessione della domanda di asilo e/o protezione sussidiaria sono da ultimo disciplinate dalle direttive 2011/95/UE ("direttiva qualifiche") e 2013/32/UE (rifiusione della "direttiva procedure" 2005/85/CE, la quale si applicherà a far data dal luglio 2015).

¹⁸ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, art. 5.

¹⁹ Ciò è evidente *in primis* rispetto alla distinzione fra i due Protocolli allegati alla Convenzione di Palermo: v. D. MANCINI, *Traffico di migranti e tratta di persone*, Milano, 2008, p. 109 ss.; A. GALLAGHER, F.T. DAVIES, *Migrant Smuggling*, cit., p. 66 ss.

2. L'ingresso dei migranti irregolari fra obblighi internazionali e diritto UE

Nell'analizzare il quadro giuridico di riferimento si dovrà distinguere fra norme internazionali che vincolano l'Unione europea in quanto tale; norme internazionali vincolanti per gli Stati membri e quindi, indirettamente, anche per l'Unione europea; ed infine norme di diritto UE che riflettono scelte discrezionalmente operate dalle istituzioni dell'Unione – e dunque dagli Stati membri che partecipano alla cooperazione nel settore dell'immigrazione dei cittadini di Paesi terzi e dell'asilo²⁰. Il fatto poi che la Danimarca partecipi all'attuazione delle misure previste dalla parte terza, Titolo V, TFUE solo parzialmente²¹, mentre per Gran Bretagna e Irlanda si preveda un sistema di *opting-in*²², contribuisce a complicare ulteriormente il panorama normativo.

Venendo ai vincoli gravanti sull'Unione europea in quanto tale, essi discendono innanzitutto dalle norme internazionali generali rilevanti per il settore²³; uno strumento utile per ricostruirne almeno in parte il contenuto è costituito dal Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri, recentemente completato dalla Commissione per il Diritto internazionale delle Nazioni Unite. Come è avvenuto anche per altri progetti di codificazione portati a termine in anni recenti, il Progetto di articoli non è stato trasfuso in un progetto di convenzione, bensì sembra destinato a rimanere, per il momento, solo una ricostruzione autorevole dell'attuale disciplina consuetudinaria, sottoposta all'attenzione degli Stati dall'Assemblea generale dell'ONU²⁴. Per quanto riguarda invece il diritto pattizio, l'Unione è parte, insieme agli Stati membri, di alcuni trattati particolarmente significativi per il tema di cui ci occupiamo: segnatamente, la Convenzione di Palermo sul contrasto alla criminalità organizzata transnazionale ed i due Protocolli addizionali relativi rispettivamente alla tratta di esseri umani e al traffico di migranti.

Rispetto ad altri trattati, invece, un'adesione dell'Unione non può allo stato essere formalizzata: ciò vale innanzitutto per la Convenzione europea dei diritti umani, che anche dopo l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione resta a tutt'oggi il principale strumento di tutela dei diritti fondamentali in Europa. La questione dell'adesione della Comunità europea (oggi dell'Unione) a tale strumento si discute da oltre quarant'anni²⁵: nonostante la previsione di una espressa base normativa per tale

²⁰ Si veda al riguardo A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (cur.), *Diritto dell'Unione europea – Parte speciale*, Torino, 2015, p. 63 ss., p. 150 ss.

²¹ La Danimarca partecipa al "sistema Schengen" sulla base di quanto stabilito dal Protocollo n. 22.

²² Cfr. i Protocolli nn. 20 e 21.

²³ Le consuetudini si rivolgono non solo agli Stati ma anche alle organizzazioni internazionali dotate di personalità giuridica, fra cui è certamente ricompresa anche l'Unione europea. V. A. GIANELLI, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004.

²⁴ Il 5 agosto 2014 la Commissione, che è organo sussidiario dell'Assemblea generale, incaricata di compiere studi tesi allo sviluppo progressivo e alla codificazione del diritto internazionale sulla base dell'art. 13 della Carta, ha raccomandato all'Assemblea: "(a) To take note of the draft articles on the expulsion of aliens in a resolution, to annex the articles to the resolution, and to encourage their widest possible dissemination; (b) To consider, at a later stage, the elaboration of a convention on the basis of the draft articles": si veda International Law Commission (ILC), *Report on the work of its sixty-sixth session*, UN doc. A/69/10, p. 11, § 42.

²⁵ V. G. GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union law: "Solange" Yet Again?*, in P-M. DUPUY et al. (hrsg.) *Völkerrecht als Wertordnung – Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl, 2006, p. 517 ss.

adesione, rispettivamente nell'art. 6, § 2, TUE (nella versione attualmente vigente) e nell'art. 59, § 2, CEDU (per come modificato dal Protocollo n. 14), la prospettiva dell'adesione si è allontanata e dovrà forse essere abbandonata in via definitiva dopo che la Corte di Giustizia dell'Unione, nel suo parere 2/13, ha escluso che il testo del trattato di adesione fosse compatibile con i Trattati istitutivi²⁶. Resta però che la Convenzione europea era considerata vincolante per la Comunità europea e le sue istituzioni già prima del suo formale richiamo da parte del Trattato di Maastricht, ed oggi l'art. 6.3 TUE prevede espressamente: "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultati dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Dunque, la Convenzione europea, che pure non impegna formalmente l'Unione sul piano del diritto internazionale, è vincolante a titolo di diritto UE e funge da parametro di legittimità degli atti derivati dell'Unione (mentre l'esigenza di un coordinamento fra ordinamento UE e CEDU è affermata anche dagli artt. 52(3) e 53 della Carta dei diritti fondamentali).

La stessa conclusione si deve raggiungere per altri strumenti convenzionali in materia di diritti umani di cui sono parti tutti gli Stati membri, che pure non sono oggetto di disposizioni equivalenti all'art. 6, § 3, TUE²⁷. Per quanto qui interessa, ciò vale in particolare per la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, la quale è aperta alla partecipazione di soli Stati, ma di cui tutti gli Stati membri dell'UE sono Parti contraenti²⁸. L'esercizio delle proprie competenze interne da parte dell'Unione Europea, con l'istituzione di una politica comune di asilo, ha di fatto ampliato l'ambito della competenza esterna della UE anche alle materie regolate dalla Convenzione di Ginevra²⁹. Non a caso, la Convenzione sullo *status* dei rifugiati è espressamente richiamata sia dall'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia dall'attuale art. 78 TFUE, il quale costituisce la base giuridica per lo sviluppo della politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea. In virtù dell'espresso richiamo operato dal diritto dell'Unione, la Convenzione di Ginevra costituisce un

²⁶ Non è questa la sede per un esame dettagliato del parere, reso il 18 dicembre 2014, causa C-2/2013. Il forte richiamo ivi contenuto all'autonomia dell'ordinamento comunitario e la prevalenza attribuita ad alcuni principi cardine dell'architettura costituzionale dell'Unione (in particolare quello di fiducia reciproca) su altri principi di livello apparentemente equivalente (in particolare, appunto, l'esigenza di rispetto della Convenzione europea da parte dell'Unione, che trova anch'esso il proprio fondamento giuridico nei Trattati istitutivi) si spiega comunque, verosimilmente, per la riluttanza della Corte di Giustizia ad accettare il controllo diretto del proprio operato da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si vedano in questo senso *The EU's Accession to the ECHR: a "NO!" From the ECJ*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 1 ss., 14; V. ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *SIDBlog*, 2015.

²⁷ Come sancisce l'art. 53 appena richiamato, nessuna disposizione della Carta dei diritti fondamentali può essere intesa come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione (...), dal diritto internazionale, dal diritto dell'Unione, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...).

²⁸ Lo stato delle ratifiche ed adesioni alla Convenzione del 1951 ed al Protocollo addizionale del 1967 può essere verificato all'indirizzo www.treaties.un.org.

²⁹ Nella misura in cui ciò si è verificato, gli Stati membri agiscono rispetto alla Convenzione di Ginevra nell'interesse dell'UE e devono assicurare la massima collaborazione all'Unione nell'esecuzione degli impegni assunti: cfr. CGUE, parere 2/91, *eur-lex.europa.eu*, § 36.

parametro di legittimità degli atti UE in questo settore. Pur sancendo alcuni obblighi fondamentali in questa materia, la Convenzione di Ginevra è uno strumento relativamente debole, in quanto alla protezione assicurata sul piano sostanziale non corrisponde un meccanismo forte di garanzia del rispetto dei correlativi obblighi. L'assenza, in particolare, di un organismo giudiziario o quasi-giudiziario accentrato di controllo (controbilanciata solo in parte dal ruolo dell'UNHCR come interprete autorevole della Convenzione) rende facili le interpretazioni "unilateralistiche" e riduttive della Convenzione da parte dei singoli Stati contraenti. Come osserva l'Alto commissario delle Nazioni unite per i rifugiati,

The 1951 Convention is recognized (...) as the "basic and universal instrument" and its "refugee" definition is wholly reiterated. Despite this, there is evidence that restrictive interpretations of the definition in several jurisdictions are diverting refugees into subsidiary categories, with fewer rights, or outside the framework of international protection altogether³⁰.

Sotto questo profilo, più significativo è il ruolo esercitato dalla CEDU e dalla giurisprudenza dell'omologa Corte, che grazie anche alla tecnica dell'interpretazione evolutiva e sistemica³¹ ha ampliato il novero delle situazioni in cui esigenze di protezione impongono agli Stati parti (e, per quanto solo di riflesso, alla UE) di consentire l'ingresso e la permanenza degli stranieri, ed in particolare dei gruppi vulnerabili, sul proprio territorio.

3. *Diritto dell'Unione europea e prerogative dello Stato rispetto al controllo delle proprie frontiere*

Come negli ordinamenti nazionali, anche per il Diritto UE il presupposto di partenza è il principio per cui lo Stato ha diritto al controllo delle proprie frontiere – dunque, ha il potere di regolare l'ingresso degli stranieri nel territorio nazionale e, quale corollario di questo, il potere di allontanare gli stranieri indesiderati³². Tale potere è avvertito come presupposto imprescindibile della sovranità *statale*, non solo dal diritto UE e

³⁰ Rapporto dell'Alto commissario, *Note on International Protection*, doc. A/AC.96/1098 del 28 giugno 2011, p. 4, par. 8, disponibile all'indirizzo www.refworld.org.

³¹ La Corte europea si rifà spesso, sotto questo profilo, all'art. 31, par. 3(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, la quale prevede che i trattati debbano essere interpretati alla luce delle altre regole internazionali applicabili nei rapporti fra i contraenti. Peraltro, molto spesso la Corte europea va oltre questo principio, attribuendo rilevanza ad atti di *soft law* o a strumenti pattizi non in vigore per lo Stato convenuto (fra i quali anche la stessa Carta dei diritti fondamentali e gli atti derivati dell'Unione europea) quali espressione di un "consenso europeo" sull'interpretazione da attribuire a specifiche disposizioni della CEDU. V. al riguardo C. MCLACHAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 279 ss., e su quest'ultimo aspetto A. ADINOLFI, *La rilevanza esterna della Carta dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, p. 27 ss., p. 58 ss.

³² Questo principio trova piena corrispondenza nell'art. 3 del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale, che stabilisce: "A State has the right to expel an alien from its territory". La disposizione prosegue: "Expulsion shall be in accordance with the present draft articles, without prejudice to other applicable rules of international law, in particular those relating to human rights".

nazionale ma anche a livello internazionale. Nello stesso tempo il controllo delle frontiere esterne, funzionale alla libera circolazione delle persone all'interno del mercato unico, è un problema comune all'intera UE; nella realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia l'approccio alla immigrazione irregolare è ormai per ampi aspetti armonizzato, sulla base di quanto disposto dall'art. 79 TFUE. In particolare secondo il par. 1 di questa disposizione,

L'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani.

Tuttavia, l'attribuzione di competenze all'Unione e l'armonizzazione in questo settore sono state lente e per vari aspetti difficili, anche per il carattere politicamente sensibile del tema³³. Anche dopo la comunitarizzazione avvenuta ad opera del Trattato di Amsterdam, le regole istituzionali in materia di politica di visti, asilo e immigrazione divergevano in parte rispetto a quelle applicabili in via generale al "primo pilastro" dell'UE: se dopo il Trattato di Lisbona questo aspetto è ormai del tutto superato, degli spazi di discrezionalità sono lasciati agli Stati membri sia dai Trattati che dal diritto derivato. In particolare, secondo l'art. 79, par. 5, TFUE la politica europea di immigrazione ed asilo "non incide sul diritto degli Stati membri di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, provenienti da paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo". Sul piano delle competenze esterne opera il limite previsto dal Protocollo n. 23: "Le disposizioni sulle misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne di cui all'articolo 77, paragrafo 2, lettera b), del trattato sul funzionamento dell'Unione europea non pregiudicano la competenza degli Stati membri a negoziare o concludere accordi con i paesi terzi, a condizione che tali accordi rispettino il diritto dell'Unione e gli altri accordi internazionali pertinenti"³⁴. In altri ambiti, è il diritto derivato a lasciare agli Stati dei margini di manovra significativi. Per quanto attiene agli aspetti processuali, questo è un aspetto tipico dell'ordinamento UE – pur nell'ambito di un quadro di principi di diritto dell'Unione³⁵. Anzi, soprattutto gli atti più recenti in materia di immigrazione ed asilo tendono ad armonizzare i profili procedurali, nell'ottica fra l'altro di assicurare una garanzia effettiva del diritto di ricorso, più di quanto avviene in altri settori oggetto di politiche comuni. Se guardiamo ai profili sostanziali, rispetto agli ingressi per ricongiungimento familiare gli Stati hanno mantenuto, nella direttiva che disciplina oggi la materia, la possibilità di rallentare o escludere l'ingresso dei componenti del nucleo familiare di un cittadino di Paese terzo legalmente residente nel proprio territorio, in presenza di particolari circostanze³⁶. Venendo ad esempi più vicini all'oggetto di questo lavoro, le condizioni di

³³ V. ancora A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione*, cit., p. 128.

³⁴ *Ivi*, p. 149.

³⁵ CGUE, 9 novembre 1983, causa C-199/1982, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro San Giorgio spa*.

³⁶ Il riferimento è agli artt. 4, par. 1, ultima frase, e 8 della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003. In particolare, quest'ultima disposizione prevede la possibilità di mantenere in vigore legi-

accoglienza dei richiedenti asilo sono oggetto di disciplina tendenzialmente uniforme a livello UE, per “assicurare la parità di trattamento dei richiedenti nell’Unione”³⁷, con delle implicazioni anche sull’interpretazione degli obblighi internazionali gravanti sugli Stati membri: nell’ottica della Corte di Strasburgo, in particolare, la direttiva “accoglienza” e le norme interne di recepimento sono valorizzate al fine di determinare quali siano le condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo con riferimento all’art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani³⁸. Non è invece così per i migranti in attesa di rimpatrio, rispetto ai quali “le condizioni basilari per il sostentamento (...) dovrebbero essere definite conformemente alla legislazione nazionale” (pur evidentemente nel rispetto dei diritti fondamentali, in particolare del diritto a non essere sottoposti a trattamenti contrari all’art. 3 CEDU ed all’art. 4 della Carta di Nizza)³⁹. Come si vedrà, anche nella determinazione dei profili sostanziali delle condizioni di accesso al territorio gli Stati membri hanno conservato una sfera di autonomia, pur nell’ambito di un regime tendenzialmente armonizzato.

4. *Esigenze di protezione e diritto dei migranti irregolari all’ingresso ed alla permanenza nella UE*

La possibilità di accedere al territorio dell’Unione o di permanervi è, come si diceva, il profilo di primo e forse di maggiore interesse per chi si avvicini o attraversi le frontiere della UE. Anche laddove degli obblighi specifici di protezione sorgano – in forza del diritto UE o delle norme internazionali che vincolano l’Unione europea – questo non è di per sé una condizione sufficiente a garantire agli individui interessati un diritto a restare nel territorio dell’Unione (o meglio, dei suoi Stati membri), se vi si è giunti irregolarmente, né a farvi ingresso nel momento in cui ci si avvicina alle sue frontiere.

Il diritto a fare ingresso nel territorio e il diritto a permanervi sono in realtà disciplinati in modo in parte diverso: per quanto qui interessa, lo Stato ha un margine di discrezionalità maggiore nel decidere dell’ammissione al territorio che in materia di espulsione⁴⁰. Tuttavia, alcune garanzie in materia di espulsione previste dalla Convenzione europea dei diritti umani hanno avuto una lettura estensiva da parte della Corte EDU, in modo tale da coprire anche i profili legati all’ingresso degli stranieri al territo-

slazioni nazionali che tengano conto delle “capacità di accoglienza” di uno Stato membro, che prevedano “periodi di attesa non superiore a tre anni tra la presentazione della domanda di ricongiungimento ed il rilascio del permesso di soggiorno ai familiari”. V. per una critica alla direttiva anche sotto il profilo del divieto di discriminazione, C. FAVILLI, *L’applicazione*, cit.

³⁷ Così il considerando n. 8 della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 recante norme sull’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), che si applicherà a partire dal 21 luglio 2015. Il considerando n. 8 della direttiva 2003/9/CE si riferisce invece all’esigenza di evitare movimenti secondari dei richiedenti asilo dovuti alle diversità fra Stati membri a questo riguardo.

³⁸ ECHR, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 21 gennaio 2011, appl. no. 30696/09; ECHR, *Tarakhel c. Svizzera*, 4 novembre 2014, appl. no. 29217/12, § 95.

³⁹ Le condizioni di trattenimento sono invece precisate dagli artt. 16 ss. della direttiva 115/2008.

⁴⁰ ECHR, *Dalea c. Francia*, 2 febbraio 2010, appl. no. 964/07.

rio degli Stati parti. Più in generale, una serie di limitazioni al potere degli Stati membri, e della stessa Unione, di allontanare o espellere i migranti irregolari vengono da norme pattizie come quelle contenute nella CEDU, nonché dal diritto internazionale consuetudinario. Questi limiti⁴¹ vengono concepiti come eccezioni alla regola generale per cui lo straniero non ha diritto di incolato nel territorio di uno Stato⁴², sono puntualmente ripresi dal diritto UE dell'immigrazione e dell'asilo, che anzi per taluni suoi sviluppi (in particolare in materia di protezione sussidiaria e di trattamento dei richiedenti asilo) contribuisce ad assicurare l'evoluzione nel senso di una maggiore tutela dei diritti dei migranti.

Seguendo una tendenza più generale a livello internazionale⁴³ l'Unione impegna di norma gli Stati membri a porre termine al soggiorno dei cittadini di Paesi terzi illegittimamente presenti sul territorio. Ciò è previsto dall'art. 6 della direttiva 2008/115⁴⁴, laddove non si configurino le eccezioni individuate dalla norma medesima⁴⁵.

Oltre a tali eccezioni, vengono in rilievo i divieti di espulsione che derivano dalle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali in tema di asilo, *refoulement* ed espulsione – le quali riprendono puntuali prescrizioni di norme internazionali, rispetto alle quali né l'Unione né gli Stati membri hanno discrezionalità.

In particolare l'art. 18 della Carta sancisce:

Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati e a norma del trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (...).

⁴¹ V. su questo punto G. GAJA, *Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law*, in *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 283 ss. Per quanto attiene alla consuetudine internazionale, cfr. gli artt. 4 e 5 del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale, secondo i quali, rispettivamente, “1. An alien may be expelled only in pursuance of a decision reached in accordance with law”; e “Any expulsion decision shall state the ground on which it is based. 2. A State may only expel an alien on a ground that is provided for by law. 3. The ground for expulsion shall be assessed in good faith and reasonably, in the light of all the circumstances, taking into account in particular, where relevant, the gravity of the facts, the conduct of the alien in question or the current nature of the threat to which the facts give rise. 4. A State shall not expel an alien on a ground that is contrary to its obligations under international law”.

Ulteriori limitazioni sostanziali al potere di espulsione sono individuate dagli articoli immediatamente successivi, mentre gli articoli 26 ss. prevedono specifiche garanzie di carattere procedurale.

⁴² In questo senso si orientano sia il Diritto UE sia lo stesso art. 3 del Progetto sull'espulsione degli stranieri. Sul diritto di incolato si vedano le osservazioni di C. CORSI in questo volume.

⁴³ Come ricorda il commentario all'art. 5 del Progetto sull'espulsione degli stranieri, p. 27, par. 3, “the unlawfulness of the presence of an alien in the territory of a State can in itself constitute a sufficient ground for expulsion”.

⁴⁴ Direttiva 2008/115 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (“direttiva rimpatri”). Secondo l'art. 6, par. 1, della direttiva “Gli Stati membri adottano una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare, fatte salve le eccezioni di cui ai paragrafi da 2 a 5”. Sulla direttiva e sulla sua attuazione in Italia v. C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia*, cit.

⁴⁵ Le eccezioni riguardano le situazioni in cui l'espellendo abbia un titolo di soggiorno in un altro Stato membro o possa comunque esservi trasferito (parr. 2-3), e quella in cui lo Stato valuti l'opportunità di sospendere l'allontanamento per perché è in corso una procedura che può portare al rilascio di un titolo di soggiorno all'interessato. Della possibilità, prevista dal par. 4, che lo Stato membro rilasci un permesso di soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura, si dirà meglio oltre.

Al di là dei vincoli pattizi gravanti sugli Stati membri a questo riguardo, alcune prescrizioni della Convenzione di Ginevra hanno assunto valore consuetudinario e si sono anzi evolute nel senso di una maggiore garanzia per l'individuo. Questo è confermato anche dal Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri, il quale prevede un divieto generale di espulsione verso Paesi in cui vi sia un fondato rischio che l'interessato venga sottoposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti⁴⁶ (senza riferimento alle eccezioni previste dalla Convenzione di Ginevra).

L'aspetto più critico di questa disciplina riguarda peraltro il divieto di *refoulement*. Si tratta di un divieto che si considera ormai di natura consuetudinaria⁴⁷, e che almeno in ambito europeo si applica oggi pacificamente senza le limitazioni previste dall'art. 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra. Ciò anche alla luce dei principi stabiliti dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani⁴⁸. Questi sviluppi trovano puntuale riscontro nell'art. 19, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali: "Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti"⁴⁹.

Il diritto dell'Unione europea non si limita a ribadire questi principi, ma afferma espressamente l'esigenza di garantire alle persone cui si applica il divieto di espulsione o di allontanamento adeguata protezione, assicurando un titolo di soggiorno e condizioni di accoglienza ormai sostanzialmente equiparate a quelle garantite ai rifugiati⁵⁰. Più specificamente, la direttiva cd. "qualifiche" assicura protezione non solo ai rifugiati, ma anche ai beneficiari di protezione sussidiaria, che ha "carattere complementare e supplementare rispetto alla protezione dei rifugiati sancito [sic] dalla convenzione di Ginevra"⁵¹. Tale forma di protezione spetta, secondo l'art. 2(f) della direttiva, al cittadino di Paese terzo o all'apolide che

non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine o, nel caso di un apolide, se ri-

⁴⁶ Art. 24 del Progetto. L'art. 23 prevede poi una garanzia più specifica del diritto alla vita in questo contesto.

⁴⁷ V. UNHCR, Comitato esecutivo, *Note on International Protection*, doc. A/AC.96/951 del 13 settembre 2001, p. 5, par. 16.

⁴⁸ ECHR, *Cruz Varas c. Svezia*, 20 marzo 1991, appl. no. 15576/89. Anche nella *Note on International protection*, cit., p. 6, par. 16, si ricorda che "international human rights law has established nonrefoulement as a fundamental component of the absolute prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".

⁴⁹ V. anche l'art. 5 della direttiva 115/2008: "Nell'applicazione della presente direttiva gli Stati membri (...) rispettano il principio di *non refoulement*". Il principio è richiamato anche da altri atti derivati, quali il regolamento 562/2006/CE (art. 3 (b) e la direttiva 2011/95/UE. In particolare, l'art. 21, par. 2, di quest'ultima stabilisce che uno Stato membro possa respingere un rifugiato che rappresenti un pericolo per la sua sicurezza solo nella misura in cui ciò non sia vietato dai propri obblighi internazionali (diversi e ulteriori, evidentemente, rispetto alla Convenzione di Ginevra).

⁵⁰ V. il considerando 39 della direttiva 2011/95/UE.

⁵¹ Così il 33° considerando della direttiva 2011/95/UE. Il considerando successivo chiarisce che i criteri per l'attribuzione della protezione sussidiaria "dovrebbero essere elaborati sulla base degli obblighi internazionali derivanti da atti internazionali in materia di diritti dell'uomo e sulla base della prassi esistente negli Stati membri". Sulla disciplina internazionale v. A. GALLAGHER, F.T. DAVIES, *Smuggling*, cit., p. 175 ss.

tornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno (...).

Secondo la definizione data dall'art. 15,

Sono considerati danni gravi: *a*) la condanna o l'esecuzione della pena di morte; o *b*) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o *c*) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale⁵².

I richiedenti asilo o protezione internazionale sono di norma “[a]utorizzati a rimanere nello Stato membro, ai fini esclusivi della procedura, fintantoché l'autorità competente non abbia preso una decisione secondo le procedure di primo grado”⁵³, secondo un approccio che è considerato vincolante a livello internazionale⁵⁴.

Ulteriori esigenze di protezione, che non trovano spazio nella definizione di “beneficiario di protezione sussidiaria”, vengono comunque valorizzate dal Diritto UE: ciò anche ai fini dell'attribuzione di un titolo di soggiorno che pure, come si diceva, è tutt'altro che automatica. Nel caso degli sfollati, in particolare, la protezione temporanea prevista della direttiva 2001/55/CE è possibile solo a seguito di una determinazione, da parte del Consiglio su proposta della Commissione, che esiste un flusso massiccio di persone cui deve essere riservata tale forma di protezione – una procedura che non è mai stata seguita finora.

L'accoglienza di altre categorie di soggetti è incoraggiata, e in taluni casi imposta, ma sulla base di valutazioni da effettuarsi caso per caso in cui gli Stati membri hanno un margine di discrezionalità. Ciò vale innanzitutto rispetto ai minori: nel diritto UE questi ultimi non sono oggetto di specifici divieti di espulsione o di allontanamento, come invece avviene nel diritto italiano sulla base dell'art. 19, co. 2 (a), del T.U. sull'immigrazione. Tuttavia, secondo l'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, “In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse del minore deve essere considerato preminente”. Il principio, mutuato dall'art. 3, par. 1, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino⁵⁵, viene inteso come un concetto “dinamico” che può assumere, a seconda delle circostanze concrete, valenza sia di diritto sostanziale, sia di principio interpretativo di

⁵² L'art. 17 prevede poi alcune cause di esclusione dallo *status*, che richiamano quelle previste dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra.

⁵³ Così stabilisce l'art. 9 della nuova direttiva “procedure”, 2013/32/UE, in cui si precisa peraltro che “Il diritto a rimanere non dà diritto a un titolo di soggiorno”. L'art. 7 della direttiva 2005/85/CE è formulato in modo analogo ed entrambe le disposizioni prevedono alcune eccezioni.

⁵⁴ V. il commentario all'art. 6 del Progetto di articoli sull'espulsione dello straniero, cit., p. 30, par. 6: “The prohibition of expulsion of a refugee lawfully in the territory of the expelling State for any grounds other than national security or public order has also been extended to any refugee who, being unlawfully in the territory of the State, has applied for refugee status, as long as this application is under consideration”.

⁵⁵ Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni unite con la ris. 44/25, del 20 novembre 1989. La Convenzione è lo strumento pattizio più ratificato al mondo, con 194 Parti contraenti e 2 Stati firmatari (Stati Uniti e Somalia). È quindi ragionevole ritenere che il principio del superiore interesse del minore, su cui l'intera Convenzione è imperniata, abbia assunto natura consuetudinaria a livello universale, e non solo europeo.

altre norme giuridiche (interne ed internazionali), sia infine di regola procedurale per ogni decisione relativa ai minori⁵⁶. In questa chiave, esso assume un'importanza centrale non solo nel contesto della Convenzione ONU ma anche come strumento di "interpretazione sistemica" della CEDU e di altri strumenti in materia di diritti umani: così, ad esempio, nel caso *Tarakhel c. Svizzera* la Corte di Strasburgo ha giustificato la propria decisione, relativa a bambini richiedenti asilo, ricordando che "the Convention on the Rights of the Child encourages States to take the appropriate measures to ensure that a child who is seeking refugee status enjoys protection and humanitarian assistance, whether the child is alone or accompanied by his or her parents"⁵⁷.

Ciò con ripercussioni significative anche per quanto riguarda gli aspetti legati all'immigrazione, pur se irregolare: secondo il Comitato ONU per i diritti del bambino, in caso di conflitto fra pubblico interesse (incluso quello al controllo dell'immigrazione) e superiore interesse del minore, "[i]f harmonization is not possible, (...) the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration means that the child's interests have high priority and not just one of several considerations. Therefore, a larger weight must be attached to what serves the child best"⁵⁸. Secondo la Corte europea dei diritti umani, poi, "the child's extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant"⁵⁹.

Nel diritto UE come in altri contesti, i problemi di accesso al territorio si pongono, in maniera specifica, per i minori non accompagnati, cioè per "i cittadini di paesi terzi o gli apolidi di età inferiore ai diciotto anni che entrano nel territorio degli Stati membri senza essere accompagnati da un adulto per essi responsabile, ovvero i minori che sono lasciati senza accompagnamento una volta entrati nel territorio degli Stati membri"⁶⁰. L'esigenza di determinare quale sia il "best interest" per questo particolare gruppo di minori richiede, secondo il Comitato per i diritti del bambino, "a clear and comprehensive assessment of the child's identity, including her or his nationality, upbringing, eth-

⁵⁶ V. in questo senso Comitato per i diritti del bambino, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, doc. CRC/C/GC/14 del 29 maggio 2013, p. 4, par. 6.

⁵⁷ *Tarakhel c. Svizzera*, § 99. Nella vicenda la Corte ha ritenuto che "in view of the current situation as regards the reception system in Italy, the possibility that a significant number of asylum seekers removed to that country may be left without accommodation or accommodated in overcrowded facilities without any privacy, or even in insalubrious or violent conditions, is not unfounded" (§ 120).

Dunque, il trasferimento in Italia di una famiglia di richiedenti asilo, nell'ambito del sistema "Dublino", sarebbe stato compatibile con l'art. 3 CEDU solo in presenza di "individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and that the family would be kept together" (par. 122). Nel successivo caso ECHR, *M.O.S.H. c. Paesi Bassi*, 3 febbraio 2015, appl. no. 63469/09, la Corte è giunta a conclusioni diverse rispetto ad un giovane richiedente asilo senza familiari a carico.

⁵⁸ Ivi, p. 10, par. 39.

⁵⁹ *Tarakhel c. Svizzera*, § 99. V. ECHR, *Muskhadzhiyeva ed altri c. Belgio*, 19 gennaio 2010, appl. no. 41442/07; ECHR, *Popov c. Francia*, 19 gennaio 2012, appl. nn. 39472/07 e 39474/07.

⁶⁰ Direttiva 55/2001/CE, art. 2(f). Questa definizione è ripresa anche da strumenti successivi, quali l'art. 2, lett. (k) e (l), della direttiva 2011/95/UE e l'art. 2, lett. (d) ed (e) della direttiva 2013/33/UE (v. già l'art. 2, lett. (h), della direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri).

nic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs. Consequently, allowing the child access to the territory is a prerequisite to this initial assessment process”⁶¹. Ancora, secondo la Corte europea dei diritti umani, “the States’ interest in foiling attempts to circumvent immigration rules must not deprive aliens of the protection afforded by these conventions or deprive foreign minors, especially if unaccompanied, of the protection their status warrants”⁶². Il Diritto UE riflette questi principi, pur non riconoscendo espressamente un diritto del minore a restare sul territorio dell’Unione. Così, nella parte vincolante della direttiva “qualifiche” il principio del superiore interesse del minore è puntualmente richiamato solo a proposito del *trattamento* del beneficiario di protezione internazionale⁶³, ed il considerando n. 28 indica: “Nel valutare le domande di protezione internazionale presentate da minori è necessario che gli Stati membri considerino con attenzione le forme di persecuzione riguardanti specificamente i minori”. La direttiva “rimpatri” deve essere applicata dagli Stati membri tenendo “nella debita considerazione (...) l’interesse superiore del minore”⁶⁴, mentre la direttiva “procedure” richiama l’esigenza di salvaguardare i minori in una serie di disposizioni puntuali relative al diritto a presentare domanda di protezione autonomamente o attraverso rappresentanti⁶⁵, alla necessità che l’eventuale ascolto del minore sia effettuato con modalità adeguate⁶⁶, ed alla possibilità che la decisione sulle domande di protezione sia adottata con l’assistenza di esperti⁶⁷, a misure specifiche di tutela dei minori non accompagnati⁶⁸. Solo in questo contesto, ma con portata apparentemente generale, viene stabilito che l’interesse superiore del minore “costituisce un criterio fondamentale nell’attuazione da parte degli Stati membri della presente direttiva”⁶⁹.

Alla salvaguardia dell’interesse del minore non accompagnato sono poi specifica-

⁶¹ Commento generale n. 6, *Treatment of unaccompanied and separated children outside their countries of origin*, doc. CRC/GC/2005/6 del 1 settembre 2005, p. 9, § 20. Il Comitato sottolinea anche come in ogni decisione in materia di ritorno nel Paese di origine debba essere adottata “in an age and gender-sensitive manner” (ivi, par. 27) e che particolari cautele debbano essere usate, ad esempio, per i minori vittime di tratta (ivi, p. 16, par. 53).

⁶² ECHR, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, 12 ottobre 2006, appl. no. 13178/03, § 81. Per la posizione dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa v. la ris. 1810(2011) e la raccomandazione 1969(2011), entrambe del 15 aprile 2011, *Unaccompanied children in Europe – issues of arrival, stay and return*.

⁶³ Art. 20, parr. 3 e 5, della direttiva 95/2011/UE.

⁶⁴ Art. 5, direttiva 2008/115/UE. Cfr. anche l’art. 23, par. 2, della direttiva 2001/55/CE. Per quanto riguarda l’accesso al territorio, sono spesso le esigenze di salvaguardia dei minori a configurare un obbligo, per gli Stati parti della CEDU, di accettare l’ingresso di migranti nel proprio territorio sulla base dell’art. 8: v. P. BOELES ed altri, *European Migration Law*, Antwerp, 2009, p. 161 ss.

⁶⁵ Art. 7.

⁶⁶ Art. 15, par. 3(e).

⁶⁷ Art. 10, par. 3(d).

⁶⁸ Art. 25.

⁶⁹ Ivi, par. 6. Cfr. anche il considerando n. 33 della direttiva: “L’interesse superiore del minore dovrebbe costituire una considerazione preminente degli Stati membri nell’applicazione della presente direttiva, conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (...) e della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989. Nella valutazione dell’interesse superiore del minore, gli Stati membri dovrebbero in particolare tenere debitamente conto del benessere e dello sviluppo sociale del minore, compreso il suo passato”.

mente orientati la proposta di modifica del regolamento “Dublino” attualmente all’esame delle Istituzioni UE⁷⁰, sia l’art. 10 della direttiva 115/2008:

1. Prima di emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato è fornita un’assistenza da parte di organismi appropriati diversi dalle autorità che eseguono il rimpatrio tenendo nel debito conto l’interesse superiore del bambino. 2. Prima di allontanare un minore non accompagnato dal territorio di uno Stato membro, le autorità di tale Stato membro si accertano che questi sarà ricondotto ad un membro della sua famiglia, a un tutore designato o presso adeguate strutture di accoglienza nello Stato di rimpatrio.

Questo insieme di regole protettive vincolano lo Stato, tanto da portare a prospettare che il concetto di “best interest of the child” possa essere letto come una autonoma base giuridica per la concessione della protezione internazionale⁷¹.

Per quanto riguarda invece le persone oggetto di tratta, esse sono qualificate come “vittime” di un crimine particolarmente efferato⁷², diversamente da quanto avviene per chi sia stato oggetto di “semplice” traffico di migranti⁷³; tale loro qualità impone agli Stati membri dei puntuali doveri di assistenza, sulla base del Protocollo di Palermo ma, soprattutto, della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani⁷⁴ e della direttiva 2011/36/UE. Tuttavia, il Protocollo di Palermo si limita ad impegnare gli Stati parti (e l’Unione europea) a *considerare la possibilità* di consentire alle vittime di tratta di rimanere sul loro territorio⁷⁵. La Convenzione di Varsavia prevede obblighi più incisivi a questo proposito: essa impegna fra l’altro a rafforzare i controlli alle frontiere al fine di prevenire e individuare la tratta di esseri umani⁷⁶, ed a prevedere un periodo di riflessione di trenta giorni durante il quale le persone di cui si abbia motivo di ritenere che siano vittime di tratta sono di norma autorizzate al sog-

⁷⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica il regolamento (UE) n. 604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro, COM(2014) 382 final, del 26 giugno 2014. V. già il Piano di azione sui minori non accompagnati, COM(2010) 213 del 6 maggio 2010.

⁷¹ J.M. POBJOY, *The Best Interest of the Child Principle as an Independent Source of International Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 1 ss.

⁷² La tratta comporta una violazione di norme imperative (v. F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto internazionale penale ed italiano*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 2107 ss.). Sugli Stati gravano obblighi internazionali di prevenzione e repressione del fenomeno, nonché obblighi di assistenza alle vittime, che trovano un puntuale riflesso nella direttiva 2011/36/UE: v. A. ANNONI, *Gli obblighi internazionali in materia di tratta di esseri umani*, in S. FORLATI (cur.), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 1 ss.

⁷³ Per una valutazione critica di questa impostazione v. A. GALLAGHER, F.T. DAVIES, *Smuggling of Migrants*, cit., p. 72.

⁷⁴ Varsavia, 16 maggio 2005, CETS 197. La Convenzione è stata ratificata da 43 Stati, fra cui l’Italia, ma non dall’Unione europea, che pure è abilitata a farlo (informazione reperita il 15 marzo 2015 all’indirizzo www.conventions.coe.int).

⁷⁵ Art. 7. L’art. 8 indica che il ritorno nel Paese di origine o di residenza stabile deve essere di preferenza volontario.

⁷⁶ Art. 7; cfr. poi, in materia di identificazione delle vittime, gli obblighi previsti dall’art. 10. La direttiva 2011/36/UE obbliga più genericamente gli Stati membri ad adottare “le misure necessarie per predisporre adeguati meccanismi di rapida identificazione (...) delle vittime” (art. 11, par. 4).

giorno, e non possono essere espulse⁷⁷. Successivamente, peraltro, le Parti contraenti sono tenute a rilasciare un permesso di soggiorno rinnovabile alle vittime solo in presenza di una o entrambe le seguenti condizioni: “(a) the competent authority considers that their stay is necessary owing to their personal situation; (b) the competent authority considers that their stay is necessary for the purpose of their co-operation with the competent authorities in investigation or criminal proceedings”⁷⁸. Vi è dunque un notevole margine di discrezionalità riservato alle autorità nazionali, sia rispetto all’individuazione delle condizioni per la concessione del permesso di soggiorno⁷⁹ sia anche nel valutare il loro configurarsi in ciascuna fattispecie concreta. Uno dei modelli legislativi considerati nell’elaborare questa disciplina è quello adottato dalla direttiva 2004/81/UE⁸⁰, che non a caso è già sostanzialmente in linea con i requisiti previsti dalla Convenzione sia per quanto attiene alla struttura del periodo di riflessione che per quanto attiene alla eventuale concessione del permesso di soggiorno. In ordine al primo aspetto, l’art. 6 della direttiva rimette *in toto* ai legislatori nazionali la determinazione della durata del periodo di riflessione, ma le due discipline non sono per questo in conflitto (essendo ben possibile, agli Stati membri dell’Unione e contraenti della Convenzione di Varsavia, rispettare entrambi i requisiti). Ancora, l’art. 6, par. 4, della direttiva consente agli Stati membri di interrompere in qualunque momento il periodo di riflessione “se le autorità competenti hanno accertato che l’interessato ha attivamente, volontariamente e di propria iniziativa ristabilito un legame con gli autori dei reati di cui all’articolo 2, lettere b) e c), oppure per motivi attinenti alla pubblica sicurezza e alla salvaguardia della sicurezza nazionale”. Tale disposizione appare compatibile con il richiamo a ragioni di “ordine pubblico” o all’invocazione “impropria” dello *status* di vittima, che giustificano il mancato rispetto del periodo di riflessione secondo l’art. 13, par. 3, della Convenzione di Varsavia.

Quanto alla concessione del permesso di soggiorno, l’art. 8 della direttiva orienta chiaramente questa possibilità alla tutela dell’interesse statale all’efficace repressione dei reati, piuttosto che alla protezione delle vittime. La disposizione prevede infatti che, ai fini del rilascio del permesso, gli Stati membri debbano valutare, fra le altre condizioni, “l’opportunità presentata dalla proroga del (...) soggiorno sul territorio nazionale ai fini delle indagini o del procedimento giudiziario”⁸¹. Questa impostazione spiega fra

⁷⁷ Art. 13 della Convenzione; secondo il par. 3, peraltro, “The Parties are not bound to observe this period if grounds of public order prevent it or if it is found that victim status is being claimed improperly”.

⁷⁸ Art. 14 della Convenzione.

⁷⁹ Ciò emerge con chiarezza dal par. 183 del Rapporto esplicativo alla Convenzione: “for the victim to be granted a residence permit, and depending on the approach the Party adopts, either the victim’s personal circumstances must be such that it would be unreasonable to compel them to leave the national territory, or there has to be an investigation or prosecution with the victim co-operating with the authorities. Parties likewise have the possibility of issuing residence permits in both situations”.

⁸⁰ Direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un’azione di favoreggiamento dell’immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti.

⁸¹ Le altre condizioni, cumulativamente individuate dalla disposizione in questione, riguardano l’esistenza di una chiara volontà di cooperazione manifestata dall’interessato e la rottura di ogni legame con i presunti autori dei fatti di reato individuati dall’art. 2. La *ratio* di questa disciplina è quindi diversa da quella sottesa all’art. 18 del d.lgs. n. 286/1998 che, almeno sulla carta, non condiziona il rilascio del permesso di soggiorno per ragioni di protezione sociale alla collaborazione della vittima di violenza o grave sfruttamen-

l'altro il fatto che gli Stati membri possano scegliere di applicare la direttiva non solo alle vittime di tratta, ma anche ai cittadini di Paesi terzi coinvolti in azioni di favoreggiamento dell'immigrazione illegale.

L'ampia discrezionalità lasciata agli Stati dalle convenzioni pertinenti e dalla direttiva 81 è indicativa dell'assenza di un consenso generalizzato, anche solo a livello europeo, sulla configurabilità di un vero e proprio diritto al soggiorno per le vittime di tratta di persone (laddove esse non siano in grado di dimostrare di avere titolo allo *status* di rifugiato⁸² o di beneficiario di protezione sussidiaria), nonostante per molte di esse il ritorno in patria comporti il forte rischio di ulteriore vittimizzazione. Verosimilmente anche alla luce di questo dato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è stata per il momento riluttante ad includere fra gli obblighi gravanti sugli Stati parti quello di concedere un titolo di soggiorno alle vittime, pur nel quadro di una lettura innovativa dell'art. 4 della Convenzione con riferimento al fenomeno della tratta⁸³.

Esigenze di protezione ulteriori non sono ad oggi prese in considerazione dal diritto dell'Unione europea ai fini del diritto all'ingresso e al soggiorno; né obblighi puntuali discendono, da questo punto di vista, dalla CEDU o da altri strumenti internazionali. Peraltro, l'"ultima parola" sulla permanenza nel territorio di un migrante che vi è giunto irregolarmente non spetta all'Unione, ma ai singoli Stati membri. In particolare l'art. 6, par. 4 della direttiva 2008/115 fa salva la possibilità che lo Stato interessato rilasci un permesso di soggiorno "per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura" sospendendo la procedura di rimpatrio; parallelamente, una simile discrezionalità è lasciata anche con riferimento all'individuazione dei soggetti cui attribuire lo *status* di rifugiato o di persona avente titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, in base alla direttiva 2011/95/UE⁸⁴, nonché della protezione temporanea, ai sensi della direttiva 2001/55/CE⁸⁵. Quindi, gli Stati membri restano in principio liberi di "allargare le maglie" consentendo la permanenza sul territorio ai migranti che ne hanno varcato la frontiera irregolarmente, sulla base di norme interne o di valutazioni discrezionali, laddove individuino ulteriori pertinenti esigenze di protezione.

to nell'azione di repressione dei reati collegati. V. però *amplius* M. FERRERO, G. BARBARIOL, *Prime note sulla normativa italiana per la protezione delle vittime di tratta e di grave sfruttamento dopo l'attuazione della direttiva 2009/52/CE*, in S. FORLATI (cur.), *La lotta alla tratta di esseri umani*, cit., p. 91 ss.

⁸² V. UNHCR, *Linee guida di protezione internazionale. L'applicazione dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1957 relativi allo status dei rifugiati alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta*. La direttiva "qualifiche" non considera specificamente la situazione delle vittime di tratta ai fini della concessione dello status ma solo, nel contesto dell'art. 21, rispetto al trattamento da riservare a tale gruppo di persone durante l'esame delle domande di protezione.

⁸³ Il riferimento è innanzitutto alla sentenza ECHR, *Rantsev c. Cipro e Russia*, 7 gennaio 2010, appl. no. 25965/04. Sulle forme di riparazione assicurate dalla Corte europea in questo contesto v. S. FORLATI, *I meccanismi internazionali di controllo*, in ID., *La lotta alla tratta*, cit., p. 44.

⁸⁴ Secondo l'art. 3 della direttiva, "Gli Stati membri hanno facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva".

⁸⁵ L'art. 7, par. 1, prevede infatti: "Gli Stati membri possono ammettere alla protezione temporanea prevista nella presente direttiva ulteriori categorie di sfollati oltre a quelle a cui si applica la decisione del Consiglio prevista all'articolo 5, qualora siano sfollati per le stesse ragioni e dal medesimo paese o regione d'origine. Essi ne informano immediatamente il Consiglio e la Commissione".

Questo avviene, ad esempio nelle situazioni in cui i migranti irregolari siano affetti da patologie gravi, per le quali non potrebbero ottenere cure adeguate nel Paese di origine o di provenienza. Analogamente a quanto avviene per i minori, l'art. 5 della direttiva "rimpatri" dispone che, nella sua attuazione, "gli Stati membri tengono nella debita considerazione (...) le condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato", mentre secondo l'art. 9 gli Stati membri possono "rinviare l'allontanamento per un congruo periodo, tenendo conto (...) in particolare (...) delle condizioni fisiche o mentali del cittadino di un paese terzo". Un limite puntuale a questo riguardo è stabilito specificamente per chi abbia beneficiato della protezione temporanea⁸⁶. Tuttavia, né il Diritto UE né la CEDU impongono in via generale di consentire l'accesso o la permanenza nel territorio in simili circostanze: in particolare, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'espulsione di persone affette da HIV/AIDS fosse incompatibile con l'art. 3 CEDU solo in ipotesi assolutamente eccezionali⁸⁷. Nonostante questo, considerazioni di carattere umanitario possono indurre gli Stati ad accordare un titolo di soggiorno⁸⁸.

L'impiego su ampia scala di questa prerogativa può tuttavia avere delle ripercussioni negative a livello dell'Unione, in particolare laddove il migrante possa poi beneficiare delle norme europee in materia di libera circolazione delle persone. Sono indicative in questo senso le reazioni degli altri Stati membri all'atteggiamento tenuto dall'Italia rispetto all'emergenza sbarchi durante la "primavera araba"⁸⁹ e, successivamente, nel contesto dell'operazione *Mare nostrum*⁹⁰. Non a caso, nel suo esame del funzionamento dello Spazio Schengen la Commissione europea ha rilevato che

il rilascio di visti per soggiorni di lunga durata, di permessi di soggiorno, compresi quelli temporanei, e di documenti di viaggio a cittadini di paesi terzi, in casi di afflusso massiccio improvviso di migranti, può avere effetti negativi sul corretto funzionamento dello spazio Schengen senza frontiere interne⁹¹,

invitando gli Stati membri a rilasciare tendenzialmente solo "permessi di soggiorno o

⁸⁶ Direttiva 2001/55/CE, art. 23, par. 1.

⁸⁷ V. ECHR, *D. c. Regno Unito*, 2 maggio 1997, appl. no. 30240/96, una situazione in cui le aspettative di vita del ricorrente (e dunque anche il peso che costui avrebbe comportato per il sistema di assistenza sanitaria dello Stato convenuto) erano comunque estremamente ridotte. In altri casi simili, l'espulsione di persone sieropositive verso Paesi in cui la possibilità di ottenere cure adeguate sarebbero state molto minori non è stata considerata incompatibile con la CEDU. V. in particolare ECHR, *N. c. Regno Unito*, 26 maggio 2008, appl. no. 26565/05.

⁸⁸ Cfr. ad esempio ECHR, *S.J. c. Belgio*, 19 marzo 2015, appl. no. 70055/10, in cui la Grande Camera ha constatato il raggiungimento di un accordo fra il Belgio e una donna nigeriana malata di AIDS (giunta minorenni a Malta e poi in Belgio, Paese dove aveva poi dato alla luce tre bimbi), nel cui contesto alla ricorrente ed ai figli è stato attribuito un permesso di soggiorno di durata illimitata.

⁸⁹ Il rilascio di permessi di soggiorno della durata di sei mesi ai migranti provenienti dalla Tunisia, deciso dal Governo italiano il 5 aprile 2011, ha provocato "tensions with France and a serious reassessment of freedom of movement in the Schengen area" (così il Sotto-comitato *ad hoc* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sull'arrivo massiccio di migranti in situazione irregolare, richiedenti asilo e rifugiati sulle sponde meridionali dell'Europa nel suo *Report on the visit to Lampedusa (Italy) (23-24 May 2011)*, doc. AS/MIG/AHLARG (2011) 03 REV 2, del 30 settembre 2011, p. 7, par. 52).

⁹⁰ V. A. GALLAGHER, F.T. DAVIES, *Smuggling of Migrants*, cit., p. 736.

⁹¹ *Relazione biennale sul funzionamento dello spazio Schengen 1° novembre 2011-30 aprile 2012*, Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio del 16 maggio 2012, COM(2012) 230 final, p. 15.

permessi di soggiorno temporanei non equipollenti a un visto per soggiorno di breve durata se i migranti non soddisfano le condizioni per viaggiare nello spazio Schengen”⁹². Ma anche questa soluzione appare solo parzialmente idonea ad affrontare il problema, nel momento in cui molti migranti giungono, in particolare, in Italia nella prospettiva di spostarsi immediatamente verso i Paesi del Nord Europa, non importa se in modo regolare o meno.

5. Ambito di applicazione delle norme UE in materia di ingresso e soggiorno e divieto di refoulement

In questo quadro, sono note le difficoltà ad assicurare l’effettiva considerazione, da parte degli Stati membri, delle esigenze di protezione sopra individuate. Un problema specifico pone, a questo riguardo, la tendenza ad anticipare il momento del controllo non tanto all’ingresso in frontiera, quanto piuttosto e già al momento dell’allontanamento dallo Stato di origine o nei Paesi di transito, interferendo quindi con il diritto, garantito a livello internazionale, di lasciare il proprio Paese⁹³, nonché a configurare “zone franche” quali le zone di transito aeroportuale⁹⁴. ovvero, in particolare, l’alto mare, in cui esse non troverebbero applicazione⁹⁵.

Precisare l’ambito di applicazione *ratione loci* delle garanzie imposte dal diritto internazionale e dallo stesso diritto UE non è agevole. Secondo l’art. 3, par. 1, della direttiva 2013/32/UE, la direttiva stessa si applica rispetto “a tutte le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, compreso alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri, nonché alla revoca della protezione internazionale”⁹⁶. Non vi vengono menzionate le zone marittime che si trovano oltre il limite esterno del mare territoriale, rispetto alle quali si pone un delicato problema interpretativo delle norme pertinenti. Infatti il diritto internazionale del mare, il quale pure prevede obblighi puntuali di assistenza e salvataggio, non fornisce indicazioni precise ri-

⁹² *Ivi*.

⁹³ V. F. DE VITTOR, *Nationality and Freedom of Movement*, in A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, London, 2013, p. 96 ss. Rispetto invece all’esternalizzazione delle procedure di controllo attraverso il ricorso alla nozione di “Paese terzo sicuro” v. B. CORTESE, *L’esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato: l’approccio dell’Unione europea, tra prassi degli Stati member e competenze comunitarie*, in L. ZAGATO (cur.), *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo*, Padova, 2006, p. 199 ss.

⁹⁴ Su questo punto vedi ancora *Note on International Protection*, cit., p. 6 ss. La Corte EDU ha escluso, nel caso *Amuur c. Francia*, che le zone di transito aeroportuale siano sottratte alla giurisdizione degli Stati parti ai sensi dell’art. 1 CEDU (25 giugno 1996, n. 19776/92, parr. 52-54). Su un caso di trattenimento a bordo di navi v. M. BORRACCETTI, *La prima assistenza ai migranti in arrivo fra diritti fondamentali e zone franche*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, p. 13 ss.

⁹⁵ S. TREVISANUT, *Immigrazione clandestina via mare e cooperazione tra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare*, in *Dir. um. e int.*, 2009, p. 609 ss.; B. RYAN, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden-Boston, 2010, p. 3 ss. (cfr. poi gli altri contributi contenuti nel medesimo volume).

⁹⁶ L’art. 3, par. 1, della direttiva 2005/85/CE menziona esclusivamente “le domande di asilo presentate nel territorio, compreso alla frontiera o nelle zone di transito degli Stati membri”.

spetto all'identificazione dello Stato che dovrebbe poi ammettere i migranti in transito nel proprio territorio, al fine di assisterli e di valutare eventuali domande di protezione⁹⁷. Già la Corte suprema degli Stati Uniti ha sostenuto, nel caso *Sale*, che il principio di *non refoulement* non si applicherebbe alle situazioni in cui i migranti sono intercettati in zone di alto mare⁹⁸. Né offre spunti significativi a questo riguardo il Progetto della Commissione del diritto internazionale, il quale si rivela "timido" nel suo approccio proprio perché non tocca le questioni relative all'ammissione degli stranieri sul territorio dello Stato e non copre quindi, almeno in via generale, il divieto di *refoulement*⁹⁹. L'unica garanzia in proposito è quella prevista dall'art. 6(b) del Progetto in favore dei rifugiati, ivi compresi i richiedenti asilo secondo quanto risulta dal commentario; ma nulla vi è detto a proposito della possibile applicazione extraterritoriale del divieto.

Peraltro, l'esigenza di intendere in modo ampio l'ambito di applicazione di questo divieto è stata affermata dalla Corte inter-americana dei diritti umani¹⁰⁰ e dall'UNHCR¹⁰¹, trovando conferma anche a livello europeo. Con specifico riferimento all'Italia, la Commissione europea ha avallato la lettura ampia del divieto di *refoulement* sostenuta dall'UNHCR¹⁰²; ed il Comitato per la prevenzione della tortura ha affermato che il principio deve essere rispettato in tutte le situazioni in cui il nostro Paese eserciti la propria giurisdizione¹⁰³. Questa soluzione è stata poi confermata dalla sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia*: in quell'occasione la Corte di Strasburgo ha respinto la tesi del Governo secondo cui l'assistenza in mare a persone in difficoltà non avrebbe comportato l'esercizio della giurisdizione dello Stato ai sensi dell'art. 1 CEDU¹⁰⁴ confermando che l'aspetto "esterno" dell'art. 3 della Convenzione riguarda non solo le espulsioni, ma anche le misure di allontanamento verso Paesi in cui vi è un fondato rischio di subire tortura o trattamenti e pene inumani o degradanti¹⁰⁵. Inoltre, l'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione è stato inteso come applicabile anche alle situazioni in cui lo Stato

⁹⁷ V. T. GAMMELTOFT-HANSEN, *The Externalization of European Migration Control and the Reach of International Refugee Law*, in E. GUILD, P. MINDERHOUD (eds.), *The First Decade of European Migration and Asylum Law*, Leiden, 2012, p. 273 ss.; A. GALLAGHER, F.T. DAVIES, *Migrant Smuggling*, cit., p. 85 ss.

⁹⁸ *Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, Et. Al. v. Haitian Centers Council, INC., Et. Al.*, n. 92-344, sentenza del 21 giugno 1993.

⁹⁹ Così l'art. 2(b) del Progetto.

¹⁰⁰ Commissione inter-americana dei diritti umani, caso *Haitian Centre for Human Rights v. United States*, caso n. 10675, 13 marzo 1997, § 157.

¹⁰¹ V. UNHCR, *Protection Policy Paper: Maritime interception operations and the processing of international protection claims: Legal standards and policy considerations*, novembre 2010, p. 4, § 12: "The prohibition on [sic] *refoulement* is applicable also when a State has de jure or de facto jurisdiction extraterritorially". Nello stesso senso, v. l'atto di intervento come *amicus curiae* presentato dall'UNHCR alla Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, n. 27765/09, sentenza (GC) del 23 febbraio 2012, del 29 marzo 2011, p. 12, § 4.3.1. Entrambi i documenti UNHCR sono reperibili all'indirizzo www.refworld.org.

¹⁰² V. la lettera del Vice-Presidente della Commissione Barrot, del 15 marzo 2009, riprodotta nella sentenza *Hirsi c. Italia*, § 34, in cui questa lettura viene espressamente confermata.

¹⁰³ Consiglio d'Europa, Comitato per la prevenzione della tortura e di altri trattamenti e punizioni inumani o degradanti, rapporto sull'Italia reso pubblico il 28 aprile 2010.

¹⁰⁴ *Hirsi c. Italia*, § 65, 79. La Corte ha espressamente negato rilevanza al fatto, evidenziato invece dal Governo, che le operazioni di assistenza in mare si fossero svolte in alto mare (piuttosto che nelle acque territoriali o in zona contigua).

¹⁰⁵ *Ivi*, § 123.

voglia impedire l'ingresso nel proprio territorio, in particolare a migranti che si trovino in alto mare, perché diversamente

a significant component of contemporary migratory patterns would not fall within the ambit of that provision, notwithstanding the fact that the conduct it is intended to prohibit can occur outside national territory and in particular, as in the instant case, on the high seas. Article 4 would thus be ineffective in practice with regard to such situations, which, however, are on the increase. The consequence of that would be that migrants having taken to the sea, often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State, would not be entitled to an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land. (...) [T]he special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction¹⁰⁶.

La garanzia contro le espulsioni collettive, di cui all'art. 19, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali, deve essere intesa alla luce di questa giurisprudenza, e non nel senso apparentemente più limitativo che si potrebbe ricavare dal Progetto della Commissione del diritto internazionale.

Allo stesso tempo, e con specifico riferimento al Diritto UE, il diritto di accesso alle procedure per la richiesta di asilo o di protezione internazionale secondo quanto prevede la “direttiva procedure” è chiaramente ancorato alla presenza del migrante sul territorio o quantomeno nelle acque territoriali¹⁰⁷. Se quindi l'arrivo sul territorio è spesso conseguenza diretta delle difficoltà pratiche che comporterebbe l'esame delle singole posizioni in alto mare e dell'assenza di accordi che consentano di effettuarli in Paesi terzi, non si può ricavare dalla direttiva un obbligo giuridico, per lo Stato membro interessato, di consentire l'arrivo in frontiera dei migranti intercettati in alto mare, ai fini dell'esame dettagliato della loro posizione.

Certo, la lettura ampia delle garanzie previste dalla CEDU fornita nella sentenza *Hirsi* assume rilievo non solo per l'Italia, ma per tutti gli Stati parti – compresi gli Stati membri – e per la stessa Unione europea. Almeno nel caso di intercettazioni in mare, inoltre, secondo l'UNHCR

claims for international protection made by intercepted persons are in principle to be processed in procedures within the territory of the intercepting State. This will usually be the most practical means to provide access to reception facilities and to fair and efficient asylum procedures – core components of any protection-sensitive entry system – and to ensure protection of the rights of the individual¹⁰⁸.

Rispetto a situazioni diverse, la ricostruzione di un obbligo più generale di consentire l'arrivo in frontiera è comunque funzionale alla garanzia effettiva del diritto di asilo e del divieto di *refoulement* ad esso collegato; nell'ottica del diritto dell'Unione, poi,

¹⁰⁶ *Ivi*, parr. 177-178.

¹⁰⁷ V. Cfr. l'art. 3, par. 1, della direttiva 2005/85/UE, che fa riferimento solo al territorio dello Stato, comprese le frontiere e le zone di transito, ma non menziona espressamente le acque territoriali.

¹⁰⁸ UNHCR, *Protection Policy Paper*, cit., p. 2, parr. 2-3, disponibile all'indirizzo www.refworld.org.

l'arrivo sul territorio dovrebbe consentire di valutare adeguatamente l'esistenza di esigenze di protezione ulteriori rispetto a quelle che possono portare al riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria.

Tuttavia, lo stesso UNHCR riconosce che, “under certain circumstances, the processing of international protection claims outside the intercepting State could be an alternative to standard ‘incountry’ procedures”¹⁰⁹, e che in ogni caso tale approccio non potrebbe applicarsi automaticamente alle operazioni di salvataggio ed assistenza in mare¹¹⁰.

In ogni modo, nell'ottica del diritto dell'Unione europea la mancata precisazione del regime vigente per l'alto mare dipende anche dalla ripartizione delle competenze fra UE e Stati membri nel settore delle operazioni di sorveglianza in mare. Gli Stati membri si mostrano riluttanti a rinunciare all'esercizio dei propri poteri sovrani in questo settore¹¹¹; e anche dopo l'istituzione di Frontex¹¹², di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere¹¹³ ed operazioni congiunte di controllo delle frontiere marittime come Triton, competenze significative, ad esempio in materia di salvataggio (nell'ambito del sistema S.A.R.) restano nelle mani degli Stati membri.

6. Conclusioni

In conclusione, la disciplina UE in materia di diritto di ingresso per i cittadini di Paesi terzi privi di visto o degli altri requisiti richiesti a questo fine pone numerose criticità. Pur in una prospettiva in cui l'accoglienza è consentita solo a favore dei migranti “non economici”, il diritto dell'Unione europea prevede o incoraggia tale possibilità rispetto a una serie di situazioni (in particolare quella dei richiedenti protezione internazionale, dei minori e delle vittime di tratta) in cui esigenze di protezione prevalgono, o possono prevalere, sull'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori. Queste previsioni sono in linea di principio coerenti con gli obblighi internazionali, di fonte sia consuetudinaria che pattizia, che vincolano l'Unione e i suoi Stati membri; in taluni casi, anzi, il diritto dell'Unione europea assicura livelli di protezione superiori – almeno sulla carta. Sotto questo profilo, l'aspetto maggiormente problematico è quello della corretta qualificazione della posizione dei singoli migranti irregolari – qualificazione che è critica per assicurare il più congruo bilanciamento fra esigenze di controllo dei flussi migratori, da un lato, ed esigenze di tutela dei diritti dei migranti irregolari, dall'altro lato. Per quanto riguarda l'Italia, se dopo la sentenza *Hirsi* la politica di re-

¹⁰⁹ *Ivi*, par. 3.

¹¹⁰ *Ivi*, par. 6. Cfr. anche F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. FAVILLI (cur.), *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Padova, 2011, p. 3 ss.; B. RYAN, *The Extra-territorialization*, cit., p. 37; e, con specifico riferimento a *Mare Nostrum*, F. DE VITTOR, *Il diritto di traversare il Mediterraneo... o quantomeno di provarci*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 1, p. 63 ss.

¹¹¹ V. S. TREVISANUT, *Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict?*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 523 ss.

¹¹² V. il regolamento 2007/2004/CE del Consiglio, del 27 ottobre 2004 e successive modifiche.

¹¹³ Regolamento 1052/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, che istituisce il sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosir).

spingimenti indiscriminati in mare è cessata, la presentazione delle domande di asilo o protezione sussidiaria può comunque risultare difficoltosa ed il pieno rispetto delle garanzie procedurali e sostanziali previste dagli strumenti europei in materia è lungi dall'essere realizzato¹¹⁴.

Problemi analoghi emergono in materia di tratta di esseri umani: un rapporto UNODC sulla tratta in Europa, del 2009, evidenzia come fossero all'epoca relativamente pochi, ancora, i procedimenti penali avviati per questo reato, mentre

the knowledge of the existence in Europe of exploitative practices such as child begging, work under irregular labour conditions, exploitation of the prostitution of others, domestic servitude etc. leads to the conclusion that the trafficking segments of these phenomena are large, compared to the few cases detected¹¹⁵.

Si è visto come le misure di protezione previste per le vittime di tratta, ivi compresa la concessione del permesso di soggiorno, non siano necessariamente legate all'esercizio dell'azione penale; ma anche per questo aspetto le difficoltà sono note¹¹⁶. Anche quando è in gioco un criterio apparentemente obiettivo come quello legato alla minore età non è sempre facile assicurarne la corretta applicazione¹¹⁷.

Per questi aspetti, la sfida da raccogliere non è tanto nel senso dell'elaborazione di nuove norme, ma semmai sul piano dell'attuazione pratica di principi che l'Unione è impegnata a rispettare a livello internazionale, e che sono solennemente sanciti dalle stesse norme UE. Una disciplina chiara e armonizzata manca invece per quanto riguarda il regime delle operazioni di intercettazione e salvataggio in mare – come riflesso delle incertezze sul contenuto delle norme internazionali esistenti a questo riguardo, ma anche della complessa interazione fra competenze dell'Unione e degli Stati membri in questo settore.

¹¹⁴ Questo emerge, ad esempio, dalle sentenze ECHR, *Sharifi ed altri c. Italia e Grecia*, 21 ottobre 2014, appl. no. 16643/09, e *Tarakhel c. Svizzera* sopra richiamata.

¹¹⁵ UNODC, *Trafficking in persons: Analysis on Europe*, Vienna, 2009, p. 9. Nel rapporto si legge anche (p. 6):

“While using trafficking-related offences may enable to prosecute and convict criminals easily, applying legislation that is not specifically in line with the UN Trafficking Protocol is done at the expense of the victims. Victim protection measures are often not considered or not appropriate within the context of trafficking-related offences”.

Peraltro, sempre secondo UNODC, il numero delle detenzioni per tratta è aumentato in Europa negli ultimi anni (*Global Report on Trafficking in Persons*, Vienna, 2012, p. 81).

¹¹⁶ V. ancora A. GALLAGHER, F.T. DAVIES, *Smuggling of Migrants*, cit., p. 575 ss.

¹¹⁷ V. ECHR, *Mahammad e altri c. Grecia*, 15 gennaio 2015, appl. no. 48352/12.

Immigrazione e sicurezza: due paradigmi

Mario Savino *

SOMMARIO: 1. Il problema della (presunta) specialità. – 2. Il paradigma nazionalista. – 3. Il paradigma garantista. – 4. Conclusioni.

1. Il problema della (presunta) specialità

In Italia, come in molti altri ordinamenti liberal-democratici, la clausola dell'ordine pubblico, riassuntiva delle esigenze di sicurezza, è disseminata in molte norme sull'ingresso e il soggiorno dei non cittadini. Per motivi di sicurezza e ordine pubblico, allo straniero extracomunitario può essere negato l'acquisto della cittadinanza¹, l'esercizio del diritto alla protezione diplomatica², il rilascio del visto di ingresso (che in tal caso non deve essere neppure motivato)³, l'ingresso in Italia (anche a titolo di ricongiungimento familiare⁴), il rinnovo del permesso di soggiorno⁵ (anche di quello CE per soggiornanti di lungo periodo⁶). Per gli stessi motivi, l'amministrazione può adottare provvedimenti di espulsione dal territorio nazionale⁷ ed eseguirli con modalità – l'accompagnamento coattivo alla frontiera⁸ e l'eventuale trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione (CIE), quando il rimpatrio non sia immediatamente eseguibile⁹ – che comprimono la libertà personale dei migranti.

Quali sono le ragioni della così stretta connessione tra sicurezza e immigrazione? Forse i migranti sono soggetti potenzialmente *più* pericolosi, come la pervasività della clausola di ordine pubblico lascerebbe intendere? Oppure il concetto di “ordine pubblico” – limite generale delle libertà individuali – serve a salvaguardare qualcosa di più della pubblica sicurezza, assolvendo una funzione diversa quando sono in gioco le libertà degli altri, dei non cittadini?

* Associato di Diritto amministrativo, Università della Tuscia.

¹ Art. 5, comma 1, lett. c), legge 5 febbraio 1992, n. 91.

² Art. 2, comma 7, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico sull'immigrazione.

³ Art. 4, comma 2, d.lgs. n. 286/1998.

⁴ Art. 4, comma 3, d.lgs. n. 286/1998.

⁵ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 286/1998.

⁶ Artt. 9, comma 4, e 9-bis, comma 6, d.lgs. n. 286/1998.

⁷ Art. 13, comma 1, d.lgs. n. 286/1998. Lo stesso vale anche per i titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (art. 9, comma 10, d.lgs. n. 286/1998).

⁸ Art. 13, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 286/1998.

⁹ Art. 14, comma 1-bis, d.lgs. n. 286/1998.

Tali interrogativi richiederebbero una risposta più analitica di quanto consentano i limiti di questo intervento¹⁰. Di seguito si volgerà, perciò, l'attenzione ai principali approcci al problema di fondo. Si allude, da un lato, all'approccio *difensivo* degli Stati nazionali, che esaltano la clausola di ordine pubblico come strumento di prevenzione delle minacce derivanti dall'immigrazione e come fonte di ampia discrezionalità, quando non di libera scelta, a tutela degli interessi e delle identità nazionali; dall'altra, all'approccio *garantista* – ascrivibile a un numero crescente di corti e norme, in prevalenza sovranazionali – che, all'opposto, si ispira ai principi dello Stato di diritto e mira a “normalizzare” i poteri di ordine pubblico in materia di immigrazione, riconducendoli nell'alveo degli ordinari parametri di legittimità propri della *rule of law*.

2. Il paradigma nazionalista

La regolazione dei flussi migratori mette in gioco uno dei capisaldi dell'ordinamento statale, ovvero quel che resta della sovranità territoriale dopo gli accordi di Schengen e la creazione di un'area di libera circolazione interna all'Unione. Di quella sovranità residua, strenuamente difesa degli Stati nazionali, l'immigrazione minaccia il versante esterno, cioè la capacità dell'amministrazione statale di controllare l'attraversamento delle frontiere, ma anche il versante interno, perché la presenza di individui non identificati o pericolosi frustra l'antica ambizione statale al controllo della popolazione sul proprio territorio e alla salvaguardia dell'ordinato svolgimento della vita civile. Di qui, la particolare enfasi posta dalla disciplina dell'immigrazione non solo sul controllo delle frontiere, ma anche sul concetto di ordine pubblico.

Il paradigma nazionalista è connotato dai seguenti tratti.

Il primo è la sopravvalutazione della cittadinanza come criterio di spettanza dei diritti. Secondo una risalente ma ancora influente impostazione, riconducibile alla teorizzazione dei “diritti pubblici subiettivi”, la titolarità di pretese azionabili nei confronti dello Stato dipende dall'appartenenza del soggetto a quello stesso Stato: senza lo *status* di cittadinanza “l'interesse individuale, come tale ha (...) soltanto una esistenza di fatto, ma giuridicamente esso è privo di tutela”¹¹. L'esaltazione di tale logica da parte dei regimi totalitari ha portato alla qualificazione della cittadinanza come “diritto ad avere diritti”¹². Una qualificazione tanto efficace quanto anacronistica, se si guarda al modo in cui negli ordinamenti liberal-democratici del XXI secolo sono assegnati i diritti. Da un lato, il principio personalistico, sancito dall'art. 2 della nostra Costituzione e dalle carte sui diritti umani, radica i diritti (considerati) fondamentali per lo sviluppo della personalità umana direttamente nell'individuo, a prescindere dalla sua qualità di membro di una comunità nazionale. Dall'altro, emergono nuove forme di appartenenza, come la cittadinanza europea, che hanno contenuti rilevanti, come la libertà di circolare e soggiornare nel territorio dell'Unione. Il risultato è un processo di erosione della nazionalità come legittimo fattore di discriminazione e della cittadinanza come *status* giu-

¹⁰ Per la quale sia consentito rinviare a M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

¹¹ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi* (1905, II ed.), Milano, 1912, p. 127.

¹² H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1948), Milano, 1996, p. 387 ss.

ridico: il suo rilievo tende a essere confinato all'ambito dei diritti politici, essendo i diritti civili e sociali ormai distribuiti in base ad altri parametri.

Il secondo carattere è la riduzione dei diritti del non cittadino alla legalità. In origine, quella *reductio* valeva per tutti, cittadini e non. Nell'ingenua idea di libertà del costituzionalismo liberale dell'Ottocento, condizionata dal giacobinismo giuridico e dalla flessibilità delle costituzioni dell'epoca, spettava in via esclusiva al legislatore definire il punto di equilibrio tra autorità e libertà. L'introduzione della Costituzione repubblicana ha prodotto una cesura, assegnando ai diritti dei cittadini un fondamento costituzionale. Tuttavia, la condizione giuridica dello straniero stenta a trovare le sue basi costituzionali. Da un lato, la norma che più direttamente se ne occupa – l'art. 10, comma 2, Cost. – la ancora alla disciplina legislativa (riserva di legge), con il solo limite del rispetto del diritto internazionale. Dall'altro, ha esercitato una certa influenza l'idea della Costituzione come “fatto politico”, come patto fondativo tra cittadini, i cui contenuti non valgono per gli stranieri¹³. Non sorprende, perciò, l'atteggiamento di deferenza della Corte costituzionale, che riconosce al legislatore, in materia di regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero, “un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli”¹⁴.

Il terzo elemento distintivo è il primato di cui gode, in questa materia, l'interesse pubblico sulle libertà individuali. Nel 1904, Oreste Ranelletti scriveva: “il diritto dello straniero è posto come *subordinato e dipendente dalle esigenze dell'interesse pubblico*, in modo che solo in tanto può dirsi esistente, in quanto questo consente; e di fronte ad esso è riconosciuto un potere discrezionale dell'autorità per l'apprezzamento delle esigenze della tutela dell'ordine pubblico, *da cui appunto il diritto medesimo dipende*”¹⁵. Quella impostazione ha resistito all'usura del tempo. Buona parte della disciplina dell'immigrazione è fondata sulla premessa che, rispetto a quelli dello straniero, gli interessi dei cittadini che lo Stato tutela sono prioritari. Di conseguenza, l'ordine pubblico – che di regola funge da limite *esterno* (non costitutivo) dei diritti di libertà dei cittadini – quando sono in gioco le libertà dei non cittadini opera, invece, come limite *interno*, costitutivo del diritto: è l'esistenza stessa del diritto, non la sua estensione, che dipende dalla previa verifica di compatibilità con le esigenze di sicurezza dello Stato ospitante.

Il quarto carattere riguarda, al pari dei due successivi, le ricadute sul piano amministrativo delle premesse teoriche e costituzionali sopra illustrate: sopravvive, nell'approccio difensivo degli Stati nazionali, una nozione di ordine pubblico *attrape-tout*, molto elastica e marginalmente sindacabile, non ricondotta allo Stato di diritto. Tale riconduzione è avvenuta, per le “ordinarie” misure di ordine pubblico, adottate nei confronti di categorie di persone ritenute pericolose (le c.d. misure di prevenzione¹⁶), in due modi.

¹³ Come confermerebbe la lettera dell'art. 3, che riferisce il principio di uguaglianza ai soli cittadini, e il titolo della prima parte della Costituzione, dedicata ai “diritti e doveri dei cittadini”. Per tale tesi, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, p. 143 ss.

¹⁴ Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 62, nonché, più di recente, 17 maggio 2006, n. 206, 7 maggio 2008, n. 148 e 8 luglio 2010, n. 250.

¹⁵ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (cur.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, pt. 1, Torino, 1904, p. 1006 (corsivo aggiunto).

¹⁶ Disciplinate dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

Innanzitutto, la giurisprudenza costituzionale ha imposto al legislatore di tipizzare le fattispecie di pericolosità e ancorarle a circostanze di fatto sindacabili dal giudice¹⁷. Inoltre, l'ampia discrezionalità amministrativa che in passato connotava la formulazione del giudizio di pericolosità di un soggetto sopravvive ormai come discrezionalità tecnica: pur conservando un margine di opinabilità, l'amministrazione valuta la pericolosità di un soggetto avvalendosi di regole specialistiche desunte dalle scienze criminologiche e verificabili dal giudice. Viceversa, le numerose misure di ordine pubblico previste in materia di immigrazione, salvo eccezioni (recessive anche nella prassi¹⁸), seguono una disciplina speciale, diversa da quella delle misure di prevenzione "ordinarie". Le fattispecie di pericolosità non sono né tipizzate in relazione a circostanze di fatto, in quanto il loro unico presupposto normativo è la clausola aperta di ordine pubblico, né applicate nel rispetto dei canoni della discrezionalità tecnica, data la deferenza del giudice amministrativo verso atti che considera ampiamente discrezionali e che, perciò, non implicano un rigoroso accertamento in concreto dell'attualità della minaccia rappresentata dal non cittadino.

Il quinto tratto è la mancata affermazione, in questo ambito del diritto pubblico, del canone di proporzionalità come principio di azione dei poteri pubblici. Vi si oppone il primato delle ragioni di ordine pubblico sugli interessi individuali dei non cittadini. Di regola, all'amministrazione basta valutare se le ragioni di interesse pubblico siano così rilevanti da rendere necessario il sacrificio degli interessi del non cittadino: l'interesse dello straniero all'ingresso o alla prosecuzione del soggiorno, salvo eccezioni per lo più imposte dal diritto comunitario o internazionale, non entra nella ponderazione. Esistono, poi, previsioni specifiche che consentono all'amministrazione, in base ad automatismi legislativi, di presumere la pericolosità dello straniero, senza dover procedere a un accertamento in concreto. La rigidità del meccanismo legislativo vincola l'azione amministrativa, impedendole di considerare, nel suo processo decisionale, la consistenza degli interessi individuali in gioco. Il risultato, nell'una e nell'altra ipotesi, è l'adozione di misure afflittive per definizione sottratte al canone di proporzionalità.

Un ultimo elemento caratterizzante l'approccio in esame è la debolezza del giusto procedimento amministrativo. Bastino tre esempi. *i)* Quando il visto di ingresso è negato per ragioni di ordine pubblico, la legge consente all'amministrazione di non motivare: l'esclusione dal territorio statale è disposta per motivi ignoti al destinatario e non sindacabili dal giudice¹⁹. *ii)* Quando il potere dell'amministrazione è vincolato da uno degli automatismi legislativi sopra richiamati, divengono irrilevanti ai fini della decisione (e dunque superflue, in base alla logica della dequotazione dei vizi procedimentali, accolta dall'art. 21-*octies*, comma 2, della legge sul procedimento amministrativo) le garanzie di partecipazione dell'interessato: se i suoi interessi non entrano in ponderazione (v. *supra*), perché rallentare la decisione chiedendo all'amministrazione di acqui-

¹⁷ Fondamentale, a riguardo, Corte cost., 22 dicembre del 1980, n. 177.

¹⁸ Si pensi all'espulsione prefettizia di cui all'art. 13, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 286/1998, che prescrive una rigorosa valutazione di pericolosità sociale dello straniero mediante riconduzione a una delle categorie previste dalla disciplina generale in materia di misure di prevenzione. Tale previsione, proprio per il suo rigore, è di rado applicata nella prassi, essendo il medesimo risultato conseguibile ricorrendo ad altre previsioni del testo unico sull'immigrazione.

¹⁹ Art. 4, comma 2, d.lgs. n. 286/1998.

sire il punto di vista del destinatario dell'atto? *iii*) In controtendenza rispetto alle richiamate istanze efficientiste, la legge sul procedimento amministrativo, nel definire i tempi di conclusione delle procedure, stabilisce che il termine massimo di durata posto in via generale (novanta o, a certe condizioni, centottanta giorni) vale per tutti i procedimenti amministrativi, “con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l’immigrazione”²⁰. Una delle conseguenze, di dubbia civiltà giuridica, è che il termine per provvedere sulle istanze di naturalizzazione è addirittura di 730 giorni²¹ ed è, per di più, sistematicamente eluso da procedure la cui durata può raggiungere i sei anni.

3. Il paradigma garantista

Un altro modo di impostare la relazione tra immigrazione e sicurezza è suggerito dal *rights-based approach* che ispira le norme dell’Unione in tema di circolazione intra-comunitaria e che, sia pura a fatica, penetra nella disciplina dell’immigrazione da paesi terzi, principalmente grazie al contributo delle corti. I sei caratteri di questo paradigma sono speculari rispetto a quelli del paradigma statalista.

Il primo è la sostituzione della territorialità alla cittadinanza come criterio di base nell’allocazione delle libertà individuali. Nelle esperienze rimaste immuni dall’influenza dello statalismo tedesco e da più tempo abituate a gestire l’afflusso di migranti, i diritti diversi da quelli politici sono tradizionalmente assegnati in base al criterio della presenza nel territorio, secondo la logica “the longer the stay, the stronger the claim”²². Ma ciò vale, ormai, anche nei paesi dell’Europa continentale, dove non solo i diritti civili, ma anche quelli sociali – che hanno un impatto redistributivo maggiore – sono attribuiti in base alla presenza nel territorio e alla durata del soggiorno. Il principale argomento a sostegno della convergenza verso il criterio della territorialità è di tipo democratico-egualitario: la territorialità serve come antidoto alla creazione di società di diseguali, frammentate da dislivelli giuridici che la convivenza in uno stesso territorio rende, col tempo, meno giustificabili; serve, cioè, a prevenire il ritorno alla *metoikia* greca o al sistema di ceti dell’*ancien regime*, consentendo il graduale riconoscimento dei diritti – in un arco ragionevole di tempo, anche politici – ai non cittadini che vivano stabilmente nel territorio²³. Per questo, i filosofi del diritto parlano di territorialità “etica”²⁴. E per questo numerosi istituti del diritto dell’immigrazione prevedono il progressivo arricchimento del patrimonio giuridico dello straniero nella misura in cui questi prolunghi la sua permanenza: basti pensare alla disciplina di derivazione europea sui soggiornanti di lungo periodo²⁵, che determina la giustapposizione di uno *status* terri-

²⁰ Art. 2, comma 4, legge 7 agosto 1990, n. 241.

²¹ Art. 3, d.p.r. 18 aprile 1994, n. 362.

²² Cfr. J. CARENS, *On Belonging: What we Owe People Who Stay*, in *Boston Review*, 2005, vol. 30, n. 3-4, p. 19.

²³ M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Bologna, 1983, p. 61 ss., spec. p. 69.

²⁴ L. BOSNIAK, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2007, 8, p. 389 ss.

²⁵ D.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, recante attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cit-

toriale (fondato, cioè, sulla sola presenza nel territorio, protratta nel tempo) a quello personale della cittadinanza.

Il secondo carattere è la centralità riconosciuta al principio personalistico, alla dignità umana come fondamento delle libertà dello straniero. Il richiamato criterio dell'attaccamento sociale, nell'assegnare rilievo giuridico ai vincoli lavorativi, culturali, familiari e sociali che l'immigrato instaura e consolida durante il suo soggiorno nel paese ospitante, si ricollega all'art. 2 Cost., che tutela la dignità umana in tutte le sue manifestazioni, individuali e collettive. Grazie a tale ancoraggio costituzionale, le libertà fondamentali dello straniero non sono più legislativamente determinate, cioè oggetto di scelte insindacabili operate da leggi che riflettono le preferenze della maggioranza dei cittadini-*insiders*: sono, invece, proiezione di un valore – la dignità umana, appunto – che si impone a quelle scelte legislative e le condiziona. La riduzione dei diritti del non cittadino alla legalità lascia il posto a una “legalità a due stadi”²⁶: al di sopra della legge, una legalità superiore, costituzionale, protegge le libertà che sono proiezione fondamentale della personalità umana, anche quando si tratti delle libertà degli altri.

Il terzo tratto deriva dal precedente: il ripristino della priorità degli interessi individuali su quelli statali. La supremazia della Costituzione sulla legge riflette quell'ordine di priorità, giacché postula l'anteposizione del principio personalistico, cioè delle libertà fondamentali che ad esso si collegano, agli interessi della collettività nazionale, che la legge statale eleva al rango di interessi pubblici: tali interessi possono limitare, ma non fondare, quelle libertà. Questo postulato di base deve valere, *a fortiori*, per un ambito del diritto pubblico – la disciplina dell'immigrazione – che è caratterizzato da una evidente asimmetria di fondo: i titolari del potere decisionale (la maggioranza dei cittadini) non coincidono con i titolari delle libertà che da quel potere sono limitate (i migranti stranieri). Mentre i cittadini possono auto-determinarsi attraverso la legge, gli stranieri no. Perciò, le decisioni dei primi che toccano la dignità dei secondi devono essere assoggettate – secondo i sostenitori dell'approccio garantista – a un scrutinio di costituzionalità (non meno ma) più rigoroso, che tenga ferma la priorità logica e assiologica delle libertà individuali anche quando ciò possa apparire pregiudizievole per gli interessi dello Stato o della sua nazione.

Il quarto tratto è una nozione di ordine pubblico addomesticata dallo Stato di diritto. Esempio, a questo riguardo, è l'ormai risalente pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Bouchereau* (causa 30/77), in tema di circolazione intra-comunitaria. Da un lato, la nozione ivi accolta è rigorosamente materiale. Per limitare la libertà di circolazione dei cittadini europei non basta invocare un qualsiasi interesse idealmente riconducibile all'ordine pubblico, come reinterpretato dai detentori del potere di governo, ma deve sussistere “una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività”²⁷: occorre, cioè, accertare che il singolo, data la sua propensione alla commissione di reati, rappresenti un pericolo per la pubblica sicurezza. Dal-

tadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo. Il conferimento di tale *status* avviene mediante il rilascio di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato e comporta, tra l'altro, un pieno accesso ai servizi sociali e una protezione rafforzata contro l'espulsione (v. art. 9, commi 10-12, d.lgs. n. 286/1998).

²⁶ Per quest'ordine concettuale, A. BALDASSARRE, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, p. 22.

²⁷ CGUE, 27 ottobre 1977, causa C-30/77, *Bouchereau*, punto 35.

l'altro, la Corte di Giustizia ha escluso la legittimità di qualsiasi automatismo legislativo: "l'esistenza di condanne penali può essere presa in considerazione solo in quanto le circostanze che hanno portato a tali condanne provino un comportamento personale costituente una minaccia *attuale* per l'ordine pubblico"²⁸. Dovendosi dimostrare l'attualità della minaccia, nessuna presunzione legislativa è ammessa: la condotta successiva alla commissione di un reato deve essere oggetto di un accertamento in concreto perché può sempre portare a escludere l'attualità della minaccia. Tali principi, del tutto coerenti con i principi dello Stato di diritto (e, non a caso, già incorporati nella disciplina interna delle misure ordinarie di prevenzione, pensate per i cittadini), contribuiscono ad evidenziare le contraddizioni dell'approccio nazionalista, che impone, a danno dei soli stranieri di paesi terzi, disparità di trattamento difficilmente giustificabili.

Il quinto elemento distintivo è l'affermazione del principio di proporzionalità. Nella logica garantista in esame, la necessità di preservare interessi fondamentali della collettività, come quello alla sicurezza, non può avvenire senza valutare la proporzionalità del sacrificio imposto all'interesse del migrante, tanto più se tutelato come attributo (anch'esso) fondamentale della sua persona. Emblematica è la parabola degli automatismi espulsivi. Vietati prima nell'ambito della circolazione dei cittadini europei e poi nei confronti di talune categorie di extracomunitari (i ricongiunti con cittadini europei e i titolari del permesso CE come soggiornanti di lungo periodo), i residui automatismi sono destinati a cadere del tutto. La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene, infatti, che le espulsioni interferiscano *sempre* con il diritto tutelato dall'art. 8 CEDU, sia esso declinato come diritto al rispetto della vita "familiare" oppure della vita "privata". Ne consegue – come alcune corti costituzionali hanno già riconosciuto (tra le altre, quella tedesca) – che le espulsioni, anche quando riguardino migranti non accompagnati, devono comunque essere proporzionate, cioè fondate sul bilanciamento, caso per caso, tra l'interesse pubblico all'allontanamento e l'interesse privato alla prosecuzione del soggiorno. L'incompatibilità degli automatismi con il principio di proporzionalità è strutturale²⁹. Un altro esempio è offerto dalla disciplina dell'Unione in tema di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi. Tale disciplina limita la tendenza degli Stati membri a ricorrere, nell'esecuzione di espulsioni disposte per ragioni di ordine pubblico, a misure restrittive della libertà personale (corrispondenti, nell'ordinamento italiano, all'accompagnamento coattivo alla frontiera e al trattenimento nei Cie). Queste misure possono ormai essere adottate soltanto "in ultima istanza", quando il soggetto opponga resistenza all'allontanamento, e a condizione che siano "proporzionate e non eccedano un uso ragionevole della forza"³⁰.

Il sesto tratto, infine, è il pieno riconoscimento del *due process* amministrativo. Nella misura in cui la sovranità territoriale dello Stato si traduce nell'esercizio di poteri che incidono sulla sfera giuridica di individui sottoposti alla sua giurisdizione, questi ultimi devono essere dotati degli strumenti di protezione contro l'abuso di quei poteri. Su questa base, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato che a tutte le persone

²⁸ CGUE, 27 ottobre 1997, causa C-30/77, *Bouchereau*, punto 28 (corsivo aggiunto).

²⁹ Su questa prospettiva, dischiusa dalla recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia consentito rinviare a M. SAVINO, *L'espulsione dal territorio dello Stato*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, p. 23 ss.

³⁰ Art. 8, comma 4, e considerando n. 13 della direttiva 115/2008/CE.

presenti nel territorio vanno assicurate le garanzie del *due process*, anche ove esse si trovino in condizione di irregolarità³¹. D'altra parte, trattandosi di garanzie che implicano costi amministrativi elevati, gli Stati resistono, riuscendo non di rado a imporre la visione nazionalista anche nel processo decisionale sovranazionale. Lo confermano le norme europee sul rimpatrio degli extracomunitari, che timidamente rimettono agli Stati membri la facoltà di garantire la tutela cautelare e il diritto al giudice³², e ammettono una motivazione "ridotta" per i provvedimenti disposti per ragioni di sicurezza³³. Altre norme dell'Unione, tuttavia, hanno contribuito a un sostanziale rafforzamento del *due process* amministrativo. Le norme del Codice Schengen, ad esempio, hanno procedimentalizzato il respingimento alla frontiera, prima considerato attività materiale di polizia sfornita di garanzie, stabilendo l'obbligo di motivazione e il diritto a ricorrere³⁴. Un importante contributo nella stessa direzione è offerto dalla corti europee. Basti richiamare la sentenza con la quale la Corte di Strasburgo ha chiarito che la prassi del respingimento in alto mare, in passato praticata dall'Italia, lede fondamentali principi di diritto internazionale – il *non-refoulement*, il divieto di espulsioni collettive e il diritto a un rimedio effettivo – tutelati dalla CEDU (artt. 3, 4 e 13)³⁵. In nessun caso, gli Stati possono sacrificare le garanzie procedurali richiamate in nome della sicurezza, trattandosi di corollari di diritti tutelati da norme ultrastatali che si impongono ai legislatori nazionali.

4. Conclusioni

La tutela delle libertà individuali dipende dall'appartenenza a uno Stato (cittadinanza) o dalla presenza fisica in un territorio (territorialità)? I diritti degli stranieri sono fondati soltanto sulla legge o sono tutelati da norme superiori (carte costituzionali, carte internazionali dei diritti) che vincolano i legislatori nazionali? Rispetto allo Stato e agli interessi dei cittadini da esso tutelati, le libertà individuali dei non cittadini sono un *prius* o un *posterius*? La nozione di ordine pubblico assume forme ed estensione diverse a seconda che siano in gioco libertà dei cittadini e degli stranieri? I poteri di ordine pubblico che incidono su diritti dei non cittadini devono rispettare il principio di proporzionalità? E il principio del giusto procedimento?

A questi interrogativi il diritto dell'immigrazione della nostra epoca dà risposte divergenti. Da una parte, i legislatori statali tendono a rispondere nel modo più funzionale alla salvaguardia della coesione economica e sociale delle comunità nazionali. Dall'altra, grazie a un numero crescente di corti e norme (prevalentemente ultrastatali), va emergendo un *rights-based approach* più attento alla dignità personale dei migranti e al rispetto dei principi dello Stato di diritto.

³¹ Il principio, già affermato, dalla Corte Suprema in *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 77 (1976), è stato più di recente ribadito in *Zadvidas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001): "the Due Process Clause applies to all 'persons' within the United States, including aliens, whether their presence here is lawful, unlawful, temporary or permanent".

³² Art. 13, commi 1 e 2, direttiva 115/2008/CE.

³³ Art. 12, comma 1, direttiva 115/2008/CE.

³⁴ Art. 13, par. 2 e 3, reg. CE n. 562/2006.

³⁵ ECHR, *Hirsi et al. v. Italy* [GC], 23 february 2012, appl. no. 27769/09.

Il risultato è una disciplina del fenomeno migratorio che riproduce al suo interno la tensione di fondo tra due poli: da un lato, la *rule of law* e dei diritti umani, che le costituzioni impongono agli ordinamenti liberal-democratici di rispettare; dall'altro, la capacità di autodeterminazione delle comunità nazionali, che quegli stessi Stati intenderebbero preservare. Il quesito di fondo, dunque, resta aperto: questa parte del diritto pubblico serve a proteggere lo Stato dai flussi di migranti o le libertà di questi ultimi dal pubblico potere?

Ius migrandi e controllo delle frontiere

Elisa Cavasino*

SOMMARIO: 1. *Ius migrandi* e confini statali. – 2. Migrazioni e diritto: quali regole? – 3. Il rapporto fra Stato e straniero. La soluzione praticata: frammentare gli *status*. – 4. Gli effetti del modello Stato-centrico e della frammentazione degli *status*. – 5. Per un’effettiva tutela dei diritti nel modello “Stato-centrico”: l’accoglienza dei non cittadini.

1. *Ius migrandi e confini statali*

Se si prova a ricostruire il “diritto di migrare” muovendo dalla storia e dalla tradizione giuridica europea più recente, si può affermare che tale diritto non ha uno statuto giuridico *forte* né nella storia dei diritti umani¹, né in quella del costituzionalismo europeo, nonostante in diverse costituzioni siano presenti riferimenti a principi, interessi, diritti o libertà² che potrebbero concorrere a definire uno statuto giuridico forte della libertà di circolazione *oltre* i confini statali³.

In particolare, nell’esperienza costituzionale repubblicana, mentre è prevista una di-

* Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Palermo.

¹ Cfr. ad esempio la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sulla portata dei diritti contenuti nella Convenzione europea dei diritti umani, nella quale si ritrova ormai costantemente affermato il principio di diritto per cui “the Convention does not guarantee the right of an alien to enter or to reside in a particular country and Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens” (ECHR, *Kurić and others v. Slovenia* [GC], 26 June 2012, appl. no. 26828/06, § 355; *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, appl. no. 22414/93, § 73; *El Boujaïdi v. France*, 26 September 1997, appl. no. 25613/94, § 39; *Baghli v. France*, 30 November 1999, appl. no. 34374/97, § 45; *Boultif v. Switzerland*, 2 August 2001, appl. no. 54273/00, § 39; *Üner v. the Netherlands* [GC], 18 October 2006, appl. no. 46410/99, § 54; *Slivenko v. Latvia*, 9 October 2003, appl. no. 48321/99, § 115). Questo nonostante l’art. 13 della Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo delle Nazioni Unite adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 dispone “1. Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state. 2. Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country”.

² Sul concetto di valore ed interesse, di principio, diritto o libertà nell’orizzonte culturale del costituzionalismo contemporaneo, da ultimo G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009, cap. I.

³ Nell’ordinamento costituzionale italiano è presente una disposizione costituzionale che impone il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili della persona, sulla quale si potrebbe far leva per ricostruire i limiti che incontra la sovranità dello Stato nella disciplina dell’ingresso, del soggiorno, dell’allontanamento e dell’espulsione dei non cittadini. Si aderisce qui all’opinione che intende la portata dell’art. 2 Cost. come disposizione “a fattispecie aperta”: A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (dir. da), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bari, 1975, p. 50, spec. p. 90 ss.

disciplina della libertà di circolazione, soggiorno ed emigrazione che si riferisce ai soli cittadini, è assente una analoga previsione costituzionale che riguardi lo *straniero*⁴. In relazione allo *status* del non cittadino, quindi, viene in rilievo in particolare la riserva di legge rinforzata di cui all'art. 10, comma 2, Cost., che aggancia la disciplina di questa materia al rispetto delle norme e dei trattati internazionali, salvo che vengano in rilievo l'applicazione del terzo comma dello stesso art. 10 (sul diritto d'asilo) o del comma 4 del medesimo articolo che limita l'extradizione per reati politici⁵.

Sono dunque state ritenute possibili ampie differenziazioni nella disciplina della libertà di circolazione, soggiorno, immigrazione ed emigrazione dello straniero rispetto al cittadino, facendo leva sullo *statuto debole* dello *ius migrandi* nel diritto internazionale⁶.

La base territoriale dello Stato e il principio di esclusività nell'esercizio della sovranità sul territorio, oltre al rapporto fra Stato e popolo hanno impedito allo *statuto dello ius migrandi* di sganciarsi da una prospettiva stato-centrica e configurato la struttura ed i limiti delle libertà di ingresso, soggiorno, emigrazione ed immigrazione nel contesto dello *statuto costituzionale del cittadino*⁷.

Peraltro, con riferimento all'esperienza costituzionale repubblicana, l'espressa previsione della libertà di cui all'art. 16 Cost., è stata interpretata alla luce della pregressa esperienza costituzionale italiana, nella quale è noto che la Costituzione era ritenuta un "fatto politico" volto a regolare i rapporti fra Stato e cittadini⁸ ed in cui la libertà di circolazione, soggiorno ed emigrazione (del cittadino) non aveva una disciplina autonoma ed era ritenuta un aspetto della libertà personale⁹.

⁴ Sul tema, di recente, R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, 2012.

⁵ La dottrina italiana, peraltro, anche quella meno legata alla sistematica costituzionale ed alla "lettera" della Costituzione, pur giungendo ad attribuire la titolarità dei diritti inviolabili agli stranieri, ritiene che il testo costituzionale affidi la tutela della libertà di circolazione e soggiorno e delle libertà di riunione e associazione dello straniero al legislatore (A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, cit., p. 116-117; cfr. U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 76, spec. p. 81 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 14, spec. p. 18. Sul punto, di recente, G. DEMURO, *Art. 16*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 372, spec. p. 380-382. L'analisi della disciplina costituzionale sulla libertà di circolazione, non a caso, da molti Autori viene centrata proprio con riferimento alla titolarità, sul cittadino. Cfr. es. G. AMATO, *Art. 16*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, p. 114 ss. Per tutte queste questioni cfr. C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2001, p. 57-222.

⁶ Corte cost. n. 62/1994.

⁷ Sull'interpretazione della disciplina costituzionale cfr. C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 127 ss. Nel diritto internazionale e con riferimento all'esperienza costituzionale repubblicana G. BISCOTTINI, *L'ammissione e il soggiorno dello straniero*, in *Studi in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, I, Padova, 1957, p. 155 ss. Cfr. anche M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997, p. 127 ss.

⁸ Per un'analisi della matrice "politica" delle Costituzioni figlie del costituzionalismo liberale, per tutti, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, 2009, p. 34 ss. Per le implicazioni della "centralità dello Stato" nell'esperienza costituzionale statutaria italiana S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, spec. p. 92 ss.

⁹ Per tali notazioni cfr. G. AMATO, *Art. 16*, cit., p. 114 ss. Cfr. anche S. ROMANO, *Diritto pubblico generale*, cit. Per gli aspetti relativi al rapporto fra Stato e "non cittadino" nell'età liberale, anche alla luce del fenomeno coloniale G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 40-104.

Le conseguenze dell'adozione della prospettiva stato-centrica sono diverse.

Fra queste, la prima, in ordine logico, riguarda il problema dei limiti che incontra il potere di *escludere* una persona dall'accesso ad una parte del globo terrestre. Questa questione, infatti, deve trovare delle risposte coerenti con il *tipo* di rapporto che l'ordinamento giuridico dello Stato descrive fra popolo e territorio e fra popolo e "non cittadini"¹⁰.

La seconda, invece, riguarda uno dei caratteri *strutturali* del diritto dell'immigrazione: la tendenza alla riconduzione della materia "immigrazione" nella sfera dell'ordine pubblico e della sicurezza¹¹. Questo implica anche il ricorrente ricorso a categorie e strumenti propri del diritto penale in materia d'immigrazione (immigrazione come fenomeno da reprimere)¹² – con conseguenti implicazioni sul piano della criminalizzazione di condotte legate allo *sfruttamento* del fenomeno migratorio o del migrante¹³.

2. Migrazioni e diritto: quali regole?

Le migrazioni di esseri umani sul globo terrestre appaiono un fenomeno anch'esso "strutturale" e suscettibile di forti incrementi a causa di crisi demografiche, economiche, politiche, sociali ed ambientali¹⁴.

Per queste ultime ragioni, in questo momento storico, l'Europa *fisica* e, soprattutto, le sue frontiere meridionali, si sono trasformate da territori a forte emigrazione a territori sui quali insistono forti flussi di "transito" di esseri umani¹⁵.

Le risposte *politiche* e *giuridiche* a tale trasformazione della mobilità degli esseri umani, soprattutto nei territori meridionali dell'Europa sono di diversa natura e di diversa origine, ma tutte volte a contemperare la stabilità e la coesione dei legami sociali già consolidati e strutturati in forma giuridica statale e l'esigenza che la mobilità delle persone contribuisca alla crescita (economica) di queste società senza che i mutamenti

¹⁰ Sul tema cfr. A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, spec. p. 225 ss. Probabilmente, deriva anche dal processo di formazione di uno Stato (e dall'evoluzione dello Stato-nazione, su cui per tutti, poi E.J. HOBBSBAWN, *Nations and Nationalism since 1780*, 1990, ed. it. *Nazioni e nazionalismi dal 1780*, Torino, 1991 e 2002, trad. it. P. ARLORIO).

¹¹ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 48 ss.

¹² Con contestuali ripensamenti. Cfr. art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998 ma cfr. anche art. 2, comma 3, lett. b), legge n. 67/2014 che delega il governo ad abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il suddetto art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998 che disciplina il reato d'ingresso e soggiorno irregolare sul territorio dello Stato.

¹³ Cfr. art. 79 TFUE; art. 5 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; direttiva 2011/36/UE e d.lgs. n. 24/2014 sulla tratta di esseri umani.

¹⁴ Fra le analisi sociologiche cfr. ad es. numero monografico *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World, 4th Edition*, in *Journal of ethnic Migration Studies*; T. FAIST, *The Volume and Dynamics of International Migration and Transnational Social Spaces*, Oxford, 2000.

¹⁵ Cfr. ad esempio A. PAPADOPOULOU, *Smuggling into Europe: Transit Migrants in Greece*, in *Journal of Refugee Studies*, 2004, 17 (2), p. 167-184; B. SIMEUNOVIC-PATIC, S. COPIC, *Protection and Assistance to Victims of Human Trafficking in Serbia: Recent Developments*, in *Eur. Journal of Criminology*, 2010, 7 (1), p. 45-60; G.A. ANTONOPOULOS, J. WINTERDYK, *The Smuggling of Migrants in Greece. An Examination of its Social Organization*, in *Eur. Journal of Criminology*, 2006, 3 (4), p. 439-461,

dell'identità di queste società possano determinare nuovi conflitti sociali e mettano a rischio il carattere che ha assunto il principio pluralista nelle democrazie europee.

Alcune risposte provengono dal livello statale, altre dal livello sovranazionale europeo, altre dal sistema regionale europeo di tutela dei diritti umani.

Fra queste vi è il tentativo di definizione di uno *statuto* minimo dello *ius migrandi*, ponendo l'accento sui limiti derivanti dai regimi di protezione internazionale (e costituzionale) dello straniero¹⁶. Emerge poi l'esigenza di ripensare all'elemento della territorialità nella dottrina dello Stato¹⁷ o di sostituire il criterio della cittadinanza con quello dell'*attacco territoriale* nella definizione della dimensione dei diritti costituzionali della persona¹⁸.

Una ulteriore proposta è quella di ripensare lo statuto giuridico dei regimi di protezione dello straniero nella prospettiva della lotta alle forme di tratta, di sfruttamento, di violazione dei diritti fondamentali della persona che migra. Ad esempio, in relazione alla *tratta* ed al *traffico illecito* del migrante, lo statuto dei regimi di protezione delle "vittime" appare piuttosto debole, mentre appaiono più chiari gli strumenti di protezione degli interessi pubblici sottesi al contrasto del *trafficking* e dello *smuggling*.

In altri termini, il tema dello *ius migrandi* e del controllo delle frontiere costituisce il punto di partenza per cogliere ragioni e dimensioni dei fenomeni criminali connessi alle migrazioni ed in particolare la tratta di persone ed il traffico illecito di migranti¹⁹,

¹⁶ Cfr., in questo volume, C. CORSI ed i riferimenti al diritto d'asilo, al divieto di *refoulement* contenuti nelle sue riflessioni e ID., *Lo Stato e lo straniero*, cit.

¹⁷ A. DI MARTINO, *Il territorio. Dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, cit.

¹⁸ Cfr. M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit.

¹⁹ Le espressioni *tratta* e *traffico illecito* sono utilizzate dal legislatore nella legge 16 marzo 2006, n. 146. Con questa legge si autorizza la ratifica e si ordina l'esecuzione della *UN Convention against Transnational Organized Crime* e degli allegati *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children; the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea; the Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition* (UNGA Resolution 55/25 of 15 November 2000, adoption of the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime and two of its supplementary Protocols namely: the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children and the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea*; UNGA Res 55/255 of 31 May 2001, adoption of the *Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*). Lo strumento di ratifica è stato successivamente depositato dall'Italia il 2 agosto 2006.

Cfr. art. 79 TFUE; Carta dei diritti dell'Unione europea, art. 5; direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, cui il legislatore ha dato attuazione con d.lgs. n. 24/2014. Il considerando n. 11 della direttiva 2011/36/UE chiarisce che tale atto normativo adotta *una nozione più ampia di tratta* rispetto alla decisione quadro 2002/629/GAI, che può comprendere: il servizio o lavoro forzato (Conv. OIL n. 29/1930); lo sfruttamento di attività criminali; la tratta ai fini del prelievo di organi; l'adozione illegale o il matrimonio forzato.

Per quanto riguarda poi il sistema regionale europeo di tutela dei diritti umani e le azioni relative alla *tratta*: la Convenzione del Consiglio d'Europa *on Action against Trafficking in Human Beings*, aperta alla firma a Varsavia, il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore l'1 febbraio 2008, ETS n. 197, di cui la legge 2 luglio 2010, n. 108 ordina la ratifica e l'esecuzione (l'Italia ha depositato lo strumento di ratifica il 29 novembre 2010 e la Convenzione è vincolante per l'Italia dall'1 marzo 2011) e le azioni del *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings* (GRETA), che, insieme al *Committee of the Parties of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, è coinvolto nel monitoraggio della Convenzione (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Monitoring/COP_en.asp). Per

oltre al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare²⁰.

La debolezza dello statuto giuridico dello *ius migrandi* e della posizione della persona che intende attraversare le frontiere statali, di fronte ad uno statuto giuridico *forte* degli interessi pubblici sottesi al controllo effettivo del territorio e dei confini dello Stato, ha determinato una situazione nella quale la persona diventa oggetto e strumento di altri soggetti che facilitano o consentono l'attraversamento delle frontiere degli Stati.

Questo, in particolare, è il contesto nel quale è stata definita la disciplina penale collegata ai fenomeni migratori²¹ che qualifica interessi, diritti, beni protetti dalle norme che sanzionano certe condotte o definiscono strumenti di protezione della persona che prende parte ai movimenti migratori²².

La ridefinizione dei regimi di protezione dello straniero, che è stato strumento o vittima di fenomeni criminali collegati all'attraversamento delle frontiere statali, costituisce uno degli obiettivi strategici più importanti da perseguire nel futuro per assicurare effettiva protezione ai diritti inviolabili della persona²³ e può essere perseguita sia sul piano della definizione dello statuto costituzionale della persona che dello statuto internazionale dei diritti umani (a livello regionale o globale).

A prescindere da tale prospettiva, tuttavia, è possibile risolvere nell'immediato alcune *emergenze umanitarie* provocate dai fenomeni criminali connessi alla mobilità degli esseri umani. In primo luogo è necessario riflettere sulle *regole* ed i *principi* che lo Stato d'ingresso è tenuto a rispettare quando entra in contatto con il migrante o nell'esercizio della funzione di controllo delle frontiere o nell'attesa di definire qual è la posizione giuridica del non cittadino che si trova nel territorio statale. In altri termini, bisogna innanzitutto porre l'attenzione sulla disciplina giuridica della prima accoglienza del migrante. Proprio in questa fase, infatti, i modelli organizzativi e le regole di gestione dei flussi "in entrata" di migranti sono lo strumento principale per assicurare effettività ai diritti costituzionali della persona e realizzare politiche di governo dell'immigrazione centrate sul rispetto della disciplina costituzionale sui diritti, le uniche risposte capaci di evitare che il fenomeno migratorio resti una "emergenza umanitaria infinita"²⁴.

il traffico illecito o lo sfruttamento dei migranti irregolari si vedano anche ECHR, *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, 31 July 2012, appl. no. 40020/03, spec. § 146 ss. e la giurisprudenza ivi citata in relazione al rilievo degli artt. 3 e 4 CEDU: ECHR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, 7 January 2010, appl. no. 25965/04; *Siliadin v. France*, 26 July 2005, appl. no. 73316/01.

²⁰ Direttiva 2004/81/CE.

²¹ Sul tema cfr. F. LACZKO, M.A. GRAMEGNA, *Developing Better Indicators of Human Trafficking*, in *The Brown J. World Aff.*, 2003, 10 (1), p. 179 ss.; *International Migration*, vol. 43, Issue 1-2, p. 5-363 e, sempre sugli aspetti sociologici del fenomeno M. LEE (ed.), *Human trafficking*, New York, 2013.

²² Per quanto riguarda il "livello UE" cfr. E. GUILD, P. MINDERHOUD, *Immigration and Criminal Law in the European Union: the Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Leiden, 2006; M. SEGRAVE (eds.), *Human Trafficking*, Farnham Surrey UK, 2013; sul *trafficking* e lo *smuggling* fra i diversi "livelli" ordinamentali S. FORLATI, *La lotta alla tratta di esseri umani: fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013; G. VERMEULEN, Y. VAN DAMME, W. DE BONDT, *Organised crime involvement in trafficking in persons and smuggling of migrants*, Antwerp, 2010, (IRCP, nr. 38).

²³ Art. 2 Cost.

²⁴ Cfr. EU Commission, *Communication A European Agenda on Migration*, 13 maggio 2015 COM(2015) 240 final.

Pertanto, si esaminerà brevemente dapprima la questione della disciplina positiva degli “*status di protezione*” sotto l’aspetto della sua lacunosità, soprattutto in relazione ai fenomeni criminali connessi all’immigrazione e, successivamente, si affronteranno i nodi problematici del modello e dei criteri di accoglienza previsti dalla disciplina statale ed europea.

3. *Il rapporto fra Stato e straniero. La soluzione praticata: frammentare gli status*

Il dato che emerge dalla relazione fra l’ordinamento costituzionale, l’ordinamento europeo ed il sistema regionale di tutela dei diritti umani in Europa è che le direttrici della disciplina in materia di mobilità delle persone, pur sostenute da processi politici ontologicamente differenti e indirizzate da principi costituzionali ed internazionali differenti, perseguono, tuttavia, finalità comuni: quella di mantenere ferma l’idea di sovranità rispetto alla difesa del confine territoriale, difficile da scalfire anche se si fa leva sull’esigenza di esercitare diritti costituzionalmente garantiti²⁵.

Ciò che appare essere il precipitato *comune* di queste norme che intercettano il tema dello *ius migrandi* è un approccio *stato-centrico* ed *utilitaristico* alla gestione dei flussi di movimenti umani, che sono soggetti alla discrezionalità del legislatore statale, “inerte alla stessa idea di sovranità”²⁶.

Nell’ordinamento internazionale, sovranazionale e nella legislazione statale e regionale permane, da un lato, l’accento sulla sovranità dello Stato ed il suo “dominio eminente” nel controllo delle frontiere, dell’accesso, soggiorno e allontanamento dal territorio²⁷ e, dall’altro, una distinzione – di origine sociologica – fra *migranti economici* e *migranti non economici* sia rispetto al regime dell’ingresso, del soggiorno e dell’allontanamento o dell’espulsione dal territorio nazionale, sia rispetto alla protezione dei diritti costituzionalmente garantiti, con particolare riferimento all’accesso al *sistema economico (al lavoro, in particolare)* ed al *welfare scolastico, sanitario, previdenziale ed assistenziale*²⁸.

²⁵ Non è un caso che dall’esame della giurisprudenza costituzionale italiana si può giungere alla conclusione che la Corte costituzionale italiana *gradui* l’ampiezza della discrezionalità che possiede il legislatore nel definire la condizione giuridica dello straniero da un massimo ad un minimo (a seconda se venga in rilievo l’interesse pubblico al controllo delle frontiere o altri tipi di interessi). G. CORSO, *La disciplina dell’immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*. Relazione al Convegno *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (Seminario di studio – Palazzo della Consulta – 26 ottobre 2012), in <http://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do>, spec. p. 25-26, anche in *Nuove Autonomie*, 2012, p. 377-394, con il titolo *Straniero, cittadino, uomo. Immigrazione ed immigrati nella giurisprudenza costituzionale*.

²⁶ Sempre muovendo dall’analisi degli orientamenti della Corte costituzionale italiana così G. CORSO, *La disciplina dell’immigrazione*, cit., spec. p. 5 e p. 9 ss. Rispetto al diritto UE, di recente: B. NASCIBENE, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard* Relazione al Convegno *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (Seminario di studio – Palazzo della Consulta – 26 ottobre 2012), in <http://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do>.

²⁷ Corte cost. n. 250/2010 e n. 353/1997. Cfr. sul tema C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, Relazione al Convegno *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (Seminario di studio – Palazzo della Consulta – 26 ottobre 2012), in <http://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do>.

²⁸ Cfr. ad es. Corte cost. n. 172/2012; n. 148/2008; n. 180/2008; n. 78/2005. Nella dottrina permane l’idea

Se si osserva la disciplina che definisce la posizione dei non cittadini rispetto allo Stato, si noterà immediatamente che essa appare caratterizzata da una esasperata frammentazione del loro *status* giuridico, legata ad esigenze di carattere *utilitaristico*²⁹, e vincolata da fonti *esterne*: dal diritto internazionale generale, dai sistemi regionali di protezione dei diritti umani (*in primis*, per l'Italia, dalla CEDU) e dal diritto dell'Unione europea. La ragione di questa frammentazione risiede nell'esigenza di tutelare primariamente interessi pubblici, che sono i più vari³⁰, fra i quali primeggia in modo evidente l'interesse al controllo delle frontiere e la sovranità dello Stato sul territorio. Il costituzionalista osserverà poi un dato: il diritto costituzionale *delle libertà e dei diritti*, in materia di definizione delle situazioni giuridiche soggettive dello straniero debba ritrarsi, *comunque*, per assicurare tutela a tali interessi ed alle logiche del processo d'integrazione sovranazionale o di adempimento degli obblighi internazionali³¹.

L'intervento di atti normativi UE in materia di flussi migratori, in particolare quello che si riferisce alla protezione dello straniero ed al contrasto dei fenomeni di *trafficking of human beings and smuggling of migrants*, implica poi un'ulteriore riflessione sul *tipo* di politiche migratorie e sulle funzioni che assumono i titoli d'ingresso e di soggiorno e le misure di "protezione" dei migranti³².

Le possibili declinazioni delle politiche di governo dei flussi migratori in questa prospettiva possono essere di due ordini: il primo è quello delle politiche securitarie, di "controllo forte" o di "chiusura" delle frontiere, sperimentato in Italia ed in Europa in una prima fase di svolgimento delle nuove competenze comunitarie in materia di immigrazione previste dal Trattato di Amsterdam, con l'adozione del Regolamento n. 343/2003/CE, no-

che vadano tenute distinte le politiche e le regole per la protezione internazionale dello straniero dalle politiche migratorie e, quanto alle prime, si discute sull'opportunità di mutare la struttura dei regimi di protezione dello straniero rispetto ai fenomeni di c.d. *forced migration* (cfr. J.C. HATHAWAY, *Forced Migration Studies: Could We Agree Just to 'Date'?*, in *J. Refugee Stud.*, 20 (3), 2007, p. 349-369; J. NASSARI, *Refugees and Forced Migrants at the Crossroads: Forced Migration in a Changing World*, in *J. Refugee Stud.*, 22 (1), 2009, p. 1-10; B.S. CHIMNI, *The Birth of a Discipline: From Refugee to Forced Migration Studies*, in *J. Refugee Stud.*, 22 (1), 2009, p. 11-29.

²⁹ Derivo tale considerazione dalle analisi di C. CORSI, *Stato e straniero*, cit.

³⁰ Sul punto cfr. il dibattito sul diritto dei rifugiati e gli studi sulle "forced migration". Es. critico B.S. CHIMNI, *The Birth of a Discipline: From Refugee to Forced Migration Studies*, cit. Peraltro, uno dei più importanti vincoli costituzionali relativi allo *ius migrandi*, ossia quello contenuto nell'art. 10, comma 3, Cost. è stato *derogato*, per assicurare il primato del diritto dell'Unione.

³¹ È nota la vicenda della parabola del diritto d'asilo nella giurisprudenza di legittimità, ormai acriticamente avallata anche dal legislatore (art. 7, comma 1, legge n. 154/2014: "1. Il Governo è delegato ad adottare, entro il 20 luglio 2019, secondo le procedure di cui all'articolo 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, in quanto compatibili, un decreto legislativo recante un testo unico delle disposizioni legislative vigenti che, in attuazione dell'articolo 10, terzo comma, della Costituzione, recepiscono gli atti dell'Unione europea, adottati ai sensi dell'articolo 78 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che regolano il diritto di asilo, la protezione sussidiaria e la protezione temporanea" (ove per "diritto d'asilo" s'intende lo *status* di rifugiato! N.d.r.).

³² Cfr. ad esempio EU Commission, *European Migration Network Study*, Syntesis Report, March 2014, *Identification of victims of trafficking in human beings in international protection and forced return procedures*, reperibile anche in *Refworld*, <http://www.refworld.org/docid/5326b50a4.html>; i considerando nn. 1, 4, 5 ed artt. 7 ss. della dir. 2004/81/CE sul titolo di soggiorno per le vittime della tratta o per coloro che sono coinvolti in azioni di favoreggiamento dell'immigrazione illegale e che cooperano con le autorità competenti; artt. 11 ss. dir. 2011/36/UE (spec. art. 11, comma 6) su prevenzione e repressione della tratta e protezione delle vittime. Cfr. art. 1 del d.lgs. n. 24/2014 sulla tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, di attuazione della dir. 2011/36/UE.

to anche come “Regolamento di Dublino” (definito anche come modello *Fortress Europe*³³); il secondo, invece potrebbe essere qualificato come delle politiche dell’accoglienza per i migranti in cerca di protezione e di apertura regolata delle frontiere ai migranti che presentano una qualche forma di legame con il territorio dello Stato d’immigrazione o che sono in cerca di protezione.

Il modello di controllo delle frontiere esterne è stato immaginato tenendo presenti gli obiettivi perseguiti per la realizzazione del progetto politico dello “spazio giuridico europeo”, definito nel Trattato di Amsterdam³⁴.

Il modello di *Dublino* ha presentato elevati rischi di violazione dei limiti costituzionali ed internazionali posti alla sovranità statale per tutelare i diritti umani (e costituzionali) dello straniero a causa degli automatismi in esso previsti per “dividere” fra gli Stati membri dell’Unione gli oneri dell’esame delle richieste di protezione internazionale provenienti dai non cittadini³⁵.

Ad esso si può contrapporre il modello dell’accoglienza. Questo modello pone la questione dell’effettività dei regimi di protezione, dovuta alla difficoltà a *riconoscere rapidamente lo straniero in cerca di protezione, già al momento del primo contatto con le Autorità o con il territorio dello Stato*³⁶.

Il modello delle politiche dell’accoglienza e di apertura regolata delle frontiere pone diversi interrogativi in tema di adeguata garanzia degli interessi pubblici alla sicurezza, all’ordine pubblico ed al contenimento della spesa per gli interventi pubblici di tutela dei “diritti civili e sociali” (percepito, quest’ultimo, come una evidente “eternità”

³³ I fase “Schengen” e I fase di attuazione del Trattato di Amsterdam (spec. Reg. n. 343/2003/CE c.d. Dublino I). Sul tema E. GUILD, J. VAN SELM (eds.), *International migration and security: opportunity and challenges*, London, 2005; E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam: immigration and asylum rights in EC law*, Oxford, 2002.

³⁴ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere, del 15 e 16 ottobre 1999, in http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm. Lo spazio giuridico europeo rappresenta la fase più avanzata di eliminazione dei controlli alle frontiere interne degli Stati membri dell’Unione europea iniziato nel 1985, con gli Accordi di Schengen. Il processo di Schengen, culminato con la realizzazione dello spazio giuridico europeo, è volto ad agevolare la libera circolazione delle persone e delle merci fra gli Stati che vi aderiscono ma ha, parimenti, comportato la necessità di intervenire per realizzare regole e moduli comuni di controllo delle *frontiere esterne* dello spazio giuridico europeo. L’aspetto della gestione (adesso integrata) delle frontiere esterne, delle politiche UE sui visti, l’asilo e l’immigrazione è stato immaginato per evitare che le regole sulla libera circolazione nell’area Schengen potessero servire da strumento per i migranti irregolari per agevolare i loro spostamenti dai Paesi collocati alle frontiere esterne dell’Europa verso gli Stati di “destinazione” finale, i Paesi più attrattivi per i migranti, collocati nell’Europa centro-settentrionale.

³⁵ Cfr., fra le più significative, CGUE (Grande Sezione) 21 dicembre 2011, causa C-411/10, *N. S contro Secretary of State for the Home Department*; CGUE, causa C-493/10, *M. E. e altri contro Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform.*; ECHR, *MSS v Belgium and Greece e Tarakhel v Switzerland*, cit.; UNHCR comments on the European Commission’s Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person (“Dublin II”) (COM(2008) 820, 3 December 2008) and the European Commission’s Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the establishment of ‘Eurodac’ for the comparison of fingerprints for the effective application of [the Dublin II Regulation] (COM(2008) 825, 3 December 2008) in <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=49c0ca922&skip=0&query=UNHCR%20comments%20on%20the%20European%20Commission>.

³⁶ Cfr., ad esempio, ECHR Grand Chamber, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23 February 2012, appl. no. 27765/09.

negativa di questo genere di politica, soprattutto in momenti di crisi economico-finanziaria) e non ha visto lo sviluppo di strumenti atti a contemperare la sostenibilità dei flussi di migranti in ingresso ed in transito sul territorio nazionale con la risoluzione delle crisi economiche, politiche, sociali ed internazionali dalle quali originano i movimenti migratori.

L'attuale orizzonte geo-politico, a causa di diverse circostanze, ha visto il fallimento di progetti di gestione dei movimenti migratori ai confini meridionali dell'Europa centrati sugli accordi bilaterali fra Stati di "partenza" e Stati "di arrivo"³⁷. Peraltro, ad oggi, almeno per quanto riguarda i movimenti migratori verso i confini meridionali dell'Europa, anche le politiche europee che mirano ad un approccio integrato ai problemi dell'immigrazione, se calate poi nel quadro normativo UE in tema d'immigrazione centrato sull'attuale "modello Dublino" di *burden sharing* and *mutual trust* in tema di protezione internazionale, non riusciranno ad offrire un livello di tutela dei diritti umani dei migranti sufficiente ad assicurare il rispetto né della Convenzione ONU sullo *status* di rifugiato, né della CEDU. L'obiettivo politico che gli Stati membri dell'Unione europea fisseranno nel breve periodo, sarà piuttosto quello di garantire la *sostenibilità* dei sistemi nazionali di accoglienza dei migranti negli Stati europei che sono più impegnati nella prima accoglienza dei migranti al momento del loro primo ingresso nello *spazio dell'Europa senza frontiere interne*, nel quadro della prioritaria lotta all'*immigrazione illegale*³⁸.

Inoltre, anche il modello dell'apertura "temperata" delle frontiere, così come declinato nel quadro dell'interpretazione dei meccanismi UE di divisione degli oneri in tema di gestione dei flussi migratori *orientata* al rispetto dei diritti umani dei non cittadini, non contribuisce a ridimensionare i fenomeni di "governo criminale" degli spostamenti umani verso le frontiere meridionali dell'Europa.

4. Gli effetti del modello Stato-centrico e della frammentazione degli status

È necessario, a questo punto, definire in modo più preciso quali sono le determinanti giuridiche dell'inefficacia del modello attuale di politiche migratorie e degli effetti negativi che queste hanno prodotto anche sotto il profilo del contrasto del fenomeno del *trafficking in persons* e dello *smuggling of migrants*.

L'evoluzione del diritto internazionale nella materia della protezione dei diritti umani e le trasformazioni dell'ordine economico, sociale e geopolitico mondiale ha inciso sulla definizione della condizione giuridica dei non cittadini³⁹.

³⁷ Ne costituisce un esempio l'accordo internazionale sul partenariato fra Italia e Libia del 2009, art. 19 legge n. 7/2009, *Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008*, in *GURI* 18 febbraio 2009 n. 40.

³⁸ Riunione straordinaria del Consiglio europeo, 23 aprile 2015 – dichiarazione, in <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/>. Cfr. anche la Decisione PESC/2015/778 del Consiglio, del 18 maggio 2015, per un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centro-meridionale (EUNAVFOR MED).

³⁹ B. NASCIBENE, *Straniero nel diritto internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 179 ss.

Tuttavia, sembra ancora difficile da scalfire il postulato che la sovranità dello Stato sul territorio consenta ampi margini di discrezionalità al legislatore statale nella definizione dello *status* dei non cittadini e, di conseguenza, che lo Stato disponga di poteri di inclusione o di esclusione nell'ambito del suo territorio di coloro che non posseggono lo *status* di cittadinanza che siano orientati al perseguimento di interessi pubblici connessi al principio della sovranità territoriale⁴⁰. Il processo d'integrazione sovranazionale, peraltro, condotto sotto l'ombrello dell'Unione europea, coinvolge sempre più la materia del "governo" dei flussi migratori tenendo fermo il primo postulato: il controllo delle frontiere esterne dell'Unione, una gestione del rapporto fra Stato e territorio che consenta di realizzare meglio gli obiettivi del processo d'integrazione europea.

Ora, dal principio di sovranità territoriale deriva, come si è già accennato, la frammentazione degli *status* dei non cittadini, mentre dal processo d'integrazione sovranazionale derivano alcune regole che presiedono anche al governo dei flussi migratori.

Questi postulati implicano, per gli *status di protezione* dello straniero, che resti fermo il carattere sostitutivo e precario dei regimi e la loro natura individuale⁴¹. Ciò determina l'impossibilità di inserire, fra gli interventi di contrasto delle azioni criminali che sono collegate all'azione di attraversamento delle frontiere statali da parte dei non cittadini (alla mobilità delle persone fra Stati), strumenti di tutela dei diritti delle persone che migrano che abbiano la struttura dei regimi di protezione internazionale che definiscono in modo omnicomprensivo lo *status* di protezione, quale la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, ma immaginano forme di protezione ancora più precarie di quanto sia lo *status* di rifugiato⁴².

L'effettività della tutela dei diritti umani (e costituzionali) della persona dipende, tuttavia, dalla combinazione di norme, prassi e giurisprudenza che incidono sulla struttura, la celerità e l'efficacia delle procedure per il riconoscimento degli *status* di protezione⁴³

⁴⁰ Non si può, infatti, far a meno di rilevare quanto sia "frammentato" lo statuto giuridico dei non cittadini e orientato a realizzare particolari finalità. Cfr. E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 156, spec. p. 158. Sul tema del principio della sovranità territoriale e le implicazioni sulla condizione dello straniero, ad es. Corte cost. n. 148/2008.

⁴¹ Cfr. il destino della protezione temporanea di massa di cui alla dir. 2001/55/CE. Non utilizzata nei casi recenti di afflusso massiccio di "migranti" provenienti da Stati nei quali sono in corso conflitti armati, guerre civili, persecuzioni di massa, ad esempio. Cfr. sul tema J.C. HATHAWAY, *What's in a Label*, in *European Journal of Migration and Law* 5 (1), 2003, p. 1-21.

⁴² Cfr. artt. 6-8 UN Protocol on *Trafficking of human beings*; art. 16 UN Protocol on *Smuggling of Migrants*). Il legislatore nazionale con l'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 24/2014, Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI, ha disposto l'inserimento del comma 3-bis all'art. 18 d.lgs. n. 286/1998 relativo al *soggiorno per motivi di protezione sociale*, che dispone: "Per gli stranieri e per i cittadini di cui al comma 6-bis del presente articolo, vittime dei reati previsti dagli articoli 600 e 601 del codice penale, o che versano nelle ipotesi di cui al comma 1 del presente articolo si applica, sulla base del Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani, di cui all'articolo 13, comma 2-bis, della legge 11 agosto 2003, n. 228, un programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale che garantisce, in via transitoria, adeguate condizioni di alloggio, di vitto e di assistenza sanitaria, ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 228 del 2003 e, successivamente, la prosecuzione dell'assistenza e l'integrazione sociale, ai sensi del comma 1 di cui al presente articolo".

⁴³ Cfr. l'evoluzione della disciplina UE (dalla dir. 2005/85/UE alla dir. 2013/32/UE, che il verrà recepita ai sensi della legge n. 154/2014 con decreto legislativo), anche legata alla giurisprudenza CEDU in materia di artt. 5, 6, 13, e del Protocollo n. 4 CEDU sul divieto di espulsioni collettive.

e, dall'altro, soprattutto, dalle condizioni di *prima* accoglienza dei migranti⁴⁴.

L'introduzione di regole minimali sulla protezione delle vittime del traffico dei migranti, della tratta delle persone, del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e dello sfruttamento dei migranti costituisce, lo si ribadisce, un punto d'incontro fra esigenze securitarie e limiti all'esclusione dei non cittadini dalla comunità radicata sul territorio dello Stato che ancora non dà piena effettività al principio personalista come declinato nel quadro costituzionale dall'art. 2 Cost., ma che pure costituisce un primo tentativo di *mainstreaming* e di *standard setting* europeo dei diritti umani nelle politiche UE di governo dei flussi migratori che si discostano dal modello *fortress*⁴⁵.

Tuttavia, appare ancora evidente l'intenzione del legislatore europeo oltreché di quello nazionale, nello sviluppo del diritto internazionale pattizio sui diritti umani di mantenere fermo, per i "migranti economici", il meccanismo di *selezione* dei soggetti per i quali abbattere le barriere all'ingresso sul territorio statale⁴⁶.

Lo spostamento sul livello sovranazionale (UE) delle competenze normative su parte delle politiche migratorie e sui regimi di protezione dello straniero, pur con un sempre più insistente intervento della Corte di Strasburgo rispetto ai diritti dei migranti che entrano nello spazio giuridico europeo o in contatto con gli Stati parti della Convenzione europea dei diritti umani.

Tuttavia, in assenza di uno *statuto internazionale forte* della mobilità delle persone, quelli che attualmente costituiscono i principi *base* del governo dei flussi migratori, per quanto riguarda il livello sovranazionale, restano la condivisione degli oneri, la solidarietà fra Stati e il mutuo riconoscimento di alcune decisioni assunte dagli Stati membri dell'UE in relazione allo statuto della libertà di ingresso, circolazione e soggiorno sul territorio dello Stato da parte del non cittadino (*burden sharing, solidarity and mutual trust*), mentre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani può intervenire

⁴⁴ Cfr. art. 16 UN Protocol on *Smuggling of Migrants*; e, per gli *asylum seekers*, Direttiva 2003/9/CE cui è stata data attuazione con d.lgs. n. 140/2005. La dir. 2003/9/CE è stata sostituita ("rifusa") dalla direttiva 2013/33/UE il cui termine di attuazione decorre il 15 luglio 2015. Non sono ancora state definite le misure di attuazione di quest'ultima direttiva dal legislatore italiano.

⁴⁵ La "cessione di sovranità" su questa materia all'Unione Europea vede come suoi momenti fondamentali, sul piano normativo, l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (che introdusse nel "pilastro comunitario" le politiche su visti, asilo ed immigrazione: titolo IV del trattato CE) e del Trattato di Lisbona che attrae a livello europeo le competenze sulla definizione di uno *status uniforme europeo di asilo* (Titolo V, capo II TFUE, spec. art. 78 TFUE), fase ulteriore del *Common European Asylum System*. Pensiamo al nuovo corso delle politiche europee sull'immigrazione già prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona e, più di recente, alle modifiche al TU immigrazione in materia di permessi di soggiorno di carattere umanitario (artt. 18-20 d.lgs. n. 286/1998); alla giurisprudenza CEDU sull'art. 3 e il principio del *non refoulement*; alle dir. 2004/83/CE, 2011/95/CE (cfr. d.lgs. n. 251/2007 e n. 18/2014); 2011/36/CE; 2004/81/CE; 2009/52/CE, queste ultime tre contenenti misure volte al contrasto del traffico di migranti e dell'impiego di migranti irregolari.

⁴⁶ Cfr. ad esempio il quadro normativo UE sulla "mobilità delle persone" che discrimina le posizioni dei cittadini UE; dei cittadini di Paesi con accordi di Associazione che contengono anche una disciplina relativa ai lavoratori migranti; dei *familiari* di soggetti cui il diritto UE riconosce la libertà di circolazione e soggiorno e dei non cittadini (UE) che non sono eligibili per i regimi di protezione. Come pure cfr. ad esempio la disciplina sui rimpatri delle vittime contenuta nel Protocollo di Palermo sul *trafficking* e della Convenzione di Varsavia sul *trafficking* cui non fa da parallelo una previsione sul "diritto" a restare nello Stato d'arrivo mentre la dir. 2004/81/CE disciplina il riconoscimento di un titolo di soggiorno *per le vittime della tratta* (che può essere esteso dagli Stati membri anche alle vittime del favoreggiamento dell'immigrazione illegale come definito dalla dir. 2002/90/CE) il quale ha carattere temporaneo (cfr. considerando nn. 9 e 10 dir. 2004/81/CE).

soltanto per “correggere” alcuni tratti della disciplina UE in materia di accoglienza, procedure per il riconoscimento degli *status* di protezione, espulsione e respingimento dei migranti.

In altri termini, il processo d’integrazione raggiunto dalle politiche dell’Unione europea sull’immigrazione mantiene l’approccio utilitarista nella selezione dei soggetti da “includere” e tenta di elaborare una risposta unitaria degli Stati UE sul piano della costruzione dei regimi di protezione dello straniero.

Per quest’ultimo aspetto, i criteri che presiedono proprio alla realizzazione dei principi del *burden sharing* e della solidarietà fra Stati o al mutuo riconoscimento delle decisioni in materia di asilo⁴⁷, hanno mostrato la loro inadeguatezza in presenza di forti flussi migratori diretti su singoli Paesi che presentano un “sistema” di accoglienza e di gestione delle richieste d’asilo non in grado di adempiere efficacemente e prontamente agli obblighi internazionali ed europei di accoglienza e di celerità e correttezza delle procedure relative al riconoscimento degli *status* di protezione⁴⁸.

In questo contesto, la disciplina costituzionale dei diritti inviolabili dell’uomo ha giocato un ruolo marginale, sia in ragione della riserva di legge rinforzata per contenuto posta dall’art. 10, comma 2, Cost., sia di un controllo di ragionevolezza della disciplina interna sulla situazione giuridica soggettiva dello straniero che è apparsa, in diverse occasioni piuttosto deferente rispetto alle scelte operate dal legislatore in tema di esercizio dei diritti e della libertà costituzionalmente garantite allo straniero.

In definitiva, la premessa logica che lo Stato mantiene una sfera intangibile di sovranità nel definire criteri per l’ingresso, il soggiorno, l’allontanamento e l’espulsione dello straniero dal territorio nazionale ha implicato altresì il potere di definire lo *status* dei diritti dello straniero in modo differente rispetto a quanto accade per il cittadino⁴⁹.

⁴⁷ Notissime le divergenze di posizione fra gli Stati “frontalieri” del sud dell’Europa rispetto agli Stati del centro-nord in merito ai criteri di “Dublino” sulla competenza per la presa in carico delle richieste d’asilo (Reg. n. CE/343/2003 *che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda d’asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo*) ed i problemi che l’attuale meccanismo crea sul piano della responsabilità internazionale degli Stati membri dell’Unione per ipotesi di violazione di norme internazionali che riguardano la tutela dei diritti umani (cfr. l’intervento della Corte di Strasburgo in relazione agli effetti dell’applicazione di tali criteri in casi di violazione della CEDU da parte degli Stati membri dell’Unione (a partire da ECHR, *T.I. vs UK*, *admissibility decision*, sino a ECHR, *M.S.S. vs Belgium and Greece* e *Tarakhel vs. Switzerland and Italy*)). In dottrina, per tutti J.C. HATHAWAY, *E.U. Accountability to International Law: the Case of Asylum*, in 33 *Mich. J. Int’l L.* 1 2011-2012, spec. 2011.

⁴⁸ ECHR [GC] *M.S.S. vs Belgium and Greece*, 21 January 2011, n. 30696/09; ECHR [GC] *Tarakhel vs. Switzerland and Italy*, 4 November 2014, appl. no. 29127/12.

⁴⁹ Si può affermare che la Corte costituzionale italiana, a parte alcuni interventi di notevole importanza in tema di garanzie della libertà personale dello straniero (es. Corte cost. n. 105/2001 o n. 249/2010) o del diritto di difesa (Corte cost. n. 222/2004) e di tutela del nucleo minimo essenziale dei diritti costituzionali della persona a ricevere “prestazioni” connesse all’esercizio dei diritti “sociali” (Corte cost. nn. 252/2001 e 61/2011 e 187/2010), non ha sviluppato soluzioni ermeneutiche capaci di definire lo statuto dei diritti costituzionali dello straniero in modo da elevare gli *standards* di protezione rispetto al sistema CEDU. Note, peraltro, le posizioni di parte della dottrina sulla necessità di intendere in senso restrittivo i riferimenti del costituente al “cittadino” laddove si riferisce all’uguaglianza o a specifiche libertà e diritti costituzionali. Cfr. A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo*, in *Rivista AIC*, 2010, <http://www.rivistaaic.it/dai-diritti-del-cittadino-ai-diritti-fondamentali-dell-uomo.html> in particolare.

5. Per un'effettiva tutela dei diritti nel modello "Stato-centrico": l'accoglienza dei non cittadini

L'integrazione della tutela dei diritti della persona "migrante" nel contesto del modello stato-centrico può avvenire facendo leva sull'interpretazione della disciplina costituzionale dei diritti e tentando di sostituire il paradigma della cittadinanza con quello dell'*attacco territoriale* per definire quale deve essere il complesso delle situazioni giuridiche soggettive che possono essere riconosciute allo straniero⁵⁰ oppure, ancora, riflettendo sui raccordi di differenze di *status* (fra cittadini e non cittadini), titolarità dei diritti inviolabili della persona e principio di uguaglianza⁵¹.

Tuttavia, l'adozione di entrambe le linee di pensiero non risolve la questione della selezione all'ingresso dei migranti e quindi le possibili lesioni di diritti umani e costituzionali derivanti da politiche di controllo delle frontiere e dell'immigrazione non orientate all'inclusione né consente di assicurare piena effettività al principio personalista sancito nell'art. 2 della Costituzione italiana.

Come evitare questo possibile *vulnus* all'effettività di uno dei principi di struttura dell'ordinamento costituzionale?

Si è già accennato ad una delle possibili strategie: ridefinire gli *status* di protezione dello straniero e lo statuto dello *ius migrandi*.

L'altro percorso, più pragmatico, forse, riguarda la riforma della disciplina dell'accoglienza del non cittadino, legata anche all'esigenza di assicurare tutela alla *dignità* dell'esistenza del non cittadino⁵² che entra in contatto con le autorità soggette al rispetto della Costituzione repubblicana⁵³.

⁵⁰ M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit. e giurisprudenza costituzionale ivi citata.

⁵¹ Spec. M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit.

⁵² Sulla dignità come principio supremo Corte cost. n. 238/2014 su cui, per i profili che qui interessano, A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria*, in *Consulta online*, Studi 2014, in <http://www.giurcost.org/studi/index.html>, spec. p. 9, e G. SILVESTRI, *Sovranità vs diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2015, p. 57 ss., spec. p. 60 e 63; e, criticamente, M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, spec. p. 91. Sulla dignità nella esperienza costituzionale repubblicana, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, in <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/silvestri.html>; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 1/2011, in <http://www.rivistaaic.it/appunti-per-uno-studio-sulla-dignit-dell-uomo-secondo-diritto-costituzionale.html>; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 315 ss. Sul tema dell'accoglienza F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri. Politiche di appartenenza e condizioni di esclusione nello stato sociale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (cur.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza. Atti del Convegno di Trapani 8-9-giugno 2012*, Napoli, 2013, p. 189 ss.

⁵³ Per quanto riguarda l'ordinamento dell'Unione europea, non bisogna dimenticare che: a) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si apre con un titolo sulla "dignità" (probabilmente riecheggiando l'esperienza costituzionale tedesca del Secondo Novecento); b) in diversi atti normativi dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE resa in sede di rinvio pregiudiziale d'interpretazione, in relazione al tema qui in discussione (lo statuto dello *ius migrandi*) si fa cenno alla dignità della persona come principio che deve sorreggere le relazioni fra Stato e non cittadino (cfr. ad es., CGUE (GC), 21 dicembre 2011, causa C-411/10 and 493/10, N.S., rispetto alla direttiva 2003/9/CE (ora "rifusa" con direttiva

In particolare, sarebbe necessario potenziare il sistema di accoglienza per evitare il ciclico ricorso a strumenti di gestione dei “flussi” di migranti attraverso la protezione civile o mediante operazioni di “rescue” in mare⁵⁴. Questo consentirebbe di elevare immediatamente il livello di effettività della tutela dei diritti inviolabili della persona nello spazio giuridico europeo e di garantire che il percorso di costruzione del sistema europeo comune d’asilo proceda nella direzione della tutela dei diritti del non cittadino⁵⁵.

De jure condendo, a livello sovranazionale è auspicabile che, nella costruzione del *Common European Asylum System* e delle politiche UE sull’immigrazione, si proceda all’estensione – per quanto possibile – della disciplina sulle condizioni minime di accoglienza anche a chi non richiede il riconoscimento della protezione internazionale⁵⁶ oltre ad un intervento sul “sistema europeo di accoglienza”⁵⁷, immaginando strumenti di raccordo fra amministrazioni nazionali coinvolte nel controllo delle frontiere e nell’accoglienza⁵⁸.

A livello nazionale, poi, è necessario un ripensamento della struttura del “modello italiano di accoglienza”, che appare sottoposto a forti *stress* derivanti da due ordini di fattori: a) il policentrismo normativo ed amministrativo determinato dal processo di attuazione della riforma costituzionale del titolo V, parte II della Costituzione (legge cost. n. 3/2001)⁵⁹; b) il ricorso, negli anni più recenti, a strumenti normativi ed a modu-

2013/33/UE); CGUE (GC), 18 dicembre 2014, causa C-562/13, *Centre public d’action sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida* rispetto alla direttiva 2008/11/CE (c.d. «rimpatri»)

⁵⁴ È noto, ad esempio, che negli anni più recenti, nelle fasi dell’anno in cui i flussi migratori “via mare” si sono fatti più intensi, il sistema italiano di accoglienza non è stato in grado di sostenere l’impatto degli arrivi sulle coste italiane soltanto attraverso il ricorso a strumenti straordinari (emblematica la decretazione d’urgenza attraverso la quale si è attivata la protezione civile. (Art. 23, commi 11 e 12, d.l. n. 95/2012 conv. con mod. dalla legge n. 135/2012 sullo stato di emergenza per l’afflusso via mare) vede il coinvolgimento del sistema della protezione civile; l’esercizio della decretazione d’urgenza e di poteri di ordinanza e il ricorso a fondi speciali per il Ministero dell’Interno (art. 1 d.l. n. 120/2013).

⁵⁵ Ad oggi, è dimostrato che l’assenza di uniformità negli *standards* di tutela dei diritti, in particolare dei diritti “sociali” dei migranti determina i “movimenti secondari” dei migranti (ossia il transito dallo Stato di primo arrivo verso lo Stato “di destinazione finale”) e crea un cattivo funzionamento del meccanismo di “Dublino”, in base al quale vengono distribuiti gli “oneri” di accoglienza dei non cittadini e di presa in carico delle domande di protezione internazionale da questi inoltrate. Sul tema ad esempio cfr. il recente studio di J.P. BREKKE, G. BROCHMANN, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *J. Refugee Stud.*, 28 (2), 2015, p. 145-162.

⁵⁶ Sulla questione dell’estensione delle tutele dei diritti fondamentali come strumento imprescindibile per assolvere alle funzioni del costituzionalismo nello spazio giuridico globalizzato cfr. G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 905 ss., spec. tutto il par. 12).

⁵⁷ Cfr. ECHR, Grand Chamber, *Tarakhel v. Switzerland*, 4 November 2014, appl. no. 29217/12, e giurisprudenza (britannica e tedesca, in particolare) e prassi ivi citate relative alle condizioni di accoglienza in Italia, tali da far ritenere sussistente, secondo i giudici britannici e tedeschi una violazione dell’art. 3 CEDU in caso di trasferimenti verso l’Italia in base alle regole di “Dublino” e, per quanto riguarda la ECHR, gettano un’ombra sulla capacità del sistema italiano di accoglienza di assicurare il rispetto dell’art. 3 CEDU. In Italia bisognerebbe ripensare la struttura della rete di competenze normative ed amministrative che riguardano il *welfare* per i migranti, in particolare e ad evitare il ricorso al “diritto delle emergenze umanitarie”. Tentativo ad es. d.lgs. n. 18/2014 e art. 29, commi 2 ss., d.lgs. n. 251/2007 sulle politiche d’inclusione sociale.

⁵⁸ Alcuni di questi temi sono stati recepiti nella dichiarazione di chiusura della *Riunione straordinaria del Consiglio europeo*, 23 aprile 2015, cit. Per quanto riguarda nuove forme di organizzazione dell’attività amministrativa in materia di governo dell’immigrazione, si pensa al “futuro” dell’EASO (European Asylum Support Office, Reg. (UE) n. 439/2010 che istituisce l’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo).

⁵⁹ A. RUGGERI, C. SALAZAR, “*Ombre e nebbia*” nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in ma-

li organizzativi della funzione amministrativa di carattere emergenziale che hanno denotato una forte difficoltà a “programmare” gli interventi volti a garantire condizioni di accoglienza capaci di assicurare effettiva tutela ai diritti inviolabili della persona.

Qui interessa affrontare il tema soprattutto sul piano normativo, poiché appare imprescindibile innanzitutto definire una *struttura normativa uniforme, a livello nazionale, del sistema italiano di accoglienza*.

A tal proposito, è necessario muovere dalla disciplina costituzionale sul riparto di competenze legislative. In particolare, l’art. 117, comma 2, lett. a) e b), Cost. riserva alla competenza legislativa statale le materie del *diritto d’asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea* e dell’*immigrazione*. D’altro canto, la riforma costituzionale del 2001 ha ampliato le competenze normative regionali in materia di “*welfare*” e di “*politica economica*”⁶⁰.

In particolare, il tema delle relazioni fra esercizio della potestà legislativa regionale e incidenza sulle politiche migratorie e la condizione giuridica dello straniero è stato al centro di una forte conflittualità fra Stato e Regioni.

La giurisprudenza costituzionale ha affrontato il tema soprattutto nell’esame di diverse impugnative di leggi regionali che avevano ad oggetto interventi sul “*welfare regionale*” per gli “*stranieri*” (in materia sanitaria e di accesso all’istruzione scolastica); l’integrazione degli stranieri nel tessuto socio-economico regionale; la partecipazione degli stranieri alla vita politica regionale e locale⁶¹. La Consulta si è anche occupata dei limiti posti al legislatore statale in materia di accoglienza degli stranieri⁶².

Il quadro che emerge dal contenzioso costituzionale non sembra aver risolto la que-

teria di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del titolo V, in *Quad. reg.*, 2004, p. 27; E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA, *La governance dell’immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013. Per quanto riguarda, infine, il disegno di legge di revisione costituzionale approvato dal Consiglio dei Ministri il 31 marzo 2014, attualmente all’esame delle Camere, esso non prevede interventi efficaci sul riparto di competenze in materia di immigrazione per gli aspetti qui considerati. Da un lato, infatti, la competenza esclusiva statale in materia di immigrazione, diritto d’asilo e condizione giuridica dello straniero, tiene ferma la distinzione fra lett. a) e b) del comma 2 dell’art. 117 Cost. e non prevede la clausola di adeguamento automatico per le Regioni speciali (art. 33, comma 13, ddl). Tuttavia, da un lato, viene eliminata la potestà concorrente di cui al comma 3 dell’art. 117 Cost. “distribuendo fra Stato e Regioni” diverse competenze concorrenti, quali quelle in materia di tutela della salute, istruzione, professioni (parte attribuita all’esclusiva statale e parte alla residuale regionale) e prevede una forma di “sussidiarietà legislativa”, una clausola di flessibilità verso l’alto delle competenze legislative ad iniziativa governativa all’art. 117, comma 4, Cost. (*pendant ai poteri sostitutivi governativi di cui all’art. 120 Cost.*) che potrebbe rendere più efficace l’intervento statale in materia di accoglienza.

⁶⁰ Art. 117, commi 1, 3 e 4, Cost.

⁶¹ Spec. Corte. cost. nn. 300/2005; 156/2006; 269/2010; 299/2010; 61/2011; 2/2013, 98/2013. A commento di alcune fra queste decisioni della Corte: G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del “pacchetto sicurezza”*. Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3901 ss. (nota a Corte cost. nn. 269 e 299 del 2010); F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1086 (nota a Corte cost. nn. 269/2010, 299/2010 e 61/2011); P. PASSAGLIA, «*Immigrazione*» e «*condizione giuridica*» degli stranieri extracomunitari: la Corte costituzionale precisa i termini del riparto di competenza (... e torna sulla portata delle enunciazioni di principio contenute negli statuti), in *Foro it.*, I, 2006, p. 351 (nota a Corte cost. n. 300/2005), D. STRAZZARI, *Riparto di competenze tra Stato e Regioni: alla ricerca del confine perduto?*, in *Le Regioni*, 2006, p. 1036 ss. (nota a Corte cost. n. 156/2006).

⁶² Corte. cost. n. 50/2008 che dichiara illegittima la disciplina statale relativa al fondo per l’inclusione sociale degli immigrati, finalizzata alla realizzazione di un piano per l’accoglienza degli alunni stranieri.

stione della problematica distinzione fra i due ambiti competenziali richiamati nell'art. 117, comma 1, lett. a) "diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea" e b) "immigrazione"⁶³.

Si può affermare che la Corte si è mostrata sensibile alla valorizzazione della potestà legislativa regionale con riguardo al fenomeno dell'immigrazione nell'esercizio di competenze legislative regionali quali quelle, ad esempio, in materia di assistenza sociale, istruzione, salute, abitazione, in funzione di *garanzia del nucleo essenziale* dei diritti costituzionali⁶⁴.

In merito alla possibilità d'intervento del legislatore regionale nelle *politiche di inclusione sociale del non cittadino*, infatti, appare evidente la tendenza a ricorrere al giudizio di ragionevolezza per sindacare le scelte del legislatore in materia di "definizione" delle categorie di beneficiari di prestazioni sociali o delle categorie che hanno accesso ad attività economiche⁶⁵.

Tuttavia, nonostante la giurisprudenza costituzionale abbia *riconosciuto* sfere d'intervento del legislatore regionale, non bisogna trascurare la circostanza che in materia di accoglienza ed integrazione possono giocare nel senso dell'attrazione verso il livello normativo statale sia l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., laddove si debbano definire *standards* uniformi di tutela dei diritti civili e sociali dei non cittadini; sia l'esigenza di assicurare il rispetto dei "vincoli" comunitari e degli obblighi internazionali in materia di condizione giuridica dello straniero⁶⁶.

A quest'ultimo riguardo, si possono ridurre notevolmente i margini d'intervento per il legislatore regionale laddove norme internazionali *self executing* o l'interpretazione resa da organi di monitoraggio di trattati internazionali in materia di diritti umani (soprattutto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo) identifichino precisi obblighi in

⁶³ Ad esempio, la Corte ha affermato nella sentenza n. 2/2013 che attengono alla materia immigrazione, in linea generale, "le politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno" e che in questo ambito rientra la "determinazione dei requisiti per il ricongiungimento familiare" (che potrebbe riguardare invece la condizione giuridica dello straniero).

⁶⁴ Il *leading case* è rappresentato da Corte. cost. n. 200/2005; cfr. anche Corte. cost. nn. 2/2013; 61/2011; 299, 269 e 134/2010; 50/2008 e 156/2006. Sul tema C. CORSI, *Diritti sociali e immigrazione nel contraddittorio tra stato, regioni e corte costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2012, p. 43 ss.; D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari, "neocomunitari" o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della corte*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1037 (nota a Corte cost. n. 269/2010).

⁶⁵ Si è già accennato a questi profili. In particolare, il punto di partenza è che il riconoscimento e la tutela di "diritti fondamentali" (Corte. cost. n. 61/2011) prescindono dalla *posizione giuridica* dello straniero rispetto allo Stato quanto alla disciplina dell'ingresso, del soggiorno, dell'allontanamento/respingimento/espulsione, come definita dal legislatore statale. Il criterio *discriminante* di riferimento tendenziale, semmai, – per attribuire la titolarità a ricevere prestazioni sociali – può essere quello del c.d. *attacco territoriale* "discriminante" piuttosto che quello della *cittadinanza* o dello *status* di migrante "regolare" (anche se irregolari ma dimoranti sul territorio regionale, es. Corte. cost. nn. 252/2001; 148/2008; 269 e 299/2010; 61/2011) e per l'accesso alle attività economiche a requisiti non legati al possesso dello *status* di cittadinanza o che potrebbero mostrare un *favor* per i cittadini (ad es. cfr. la sentenza di rigetto Corte. cost. n. 98/2013 sulla legge regionale lombarda in materia di artigianato e commercio).

⁶⁶ Se l'art. 29, comma 2, legge n. 234/2012, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 117 Cost., com'è noto, attribuisce alle Regioni di dare attuazione alle norme UE, il modello di "legge di delegazione europea" prefigurato dal citato art. 29 attribuisce al Governo dello Stato la "regia" della c.d. "fase discendente". Non si dimentichi anche quanto disposto, dagli artt. 117, comma 5 e 120, comma 2, Cost. e dall'art. 8 legge n. 131/2003.

capo allo Stato e, per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, laddove sia necessario fissare *standards di accoglienza e livelli di integrazione* del non cittadino o definire un livello "europeo comune" di tutela.

Non è un caso che la legislazione in vigore in materia di "prima accoglienza" (in particolare di coloro che richiedono asilo), vede l'intervento del legislatore statale, poiché tale disciplina investe direttamente anche la materia del controllo delle frontiere⁶⁷.

Per quanto riguarda, invece, la seconda accoglienza⁶⁸, si riscontrano diversi interventi del legislatore regionale, contrastati dal Governo centrale dinanzi alla Corte costituzionale con scarso esito⁶⁹, mentre da parte del legislatore statale è soltanto in seguito all'esigenza di attuare la normativa dell'Unione europea che si assiste ad un tentativo d'intervento strutturale sul sistema italiano d'integrazione che immagina meccanismi di raccordo fra Stato, Regioni ed Enti Locali.

In particolare, la disciplina statale vigente in materia di "seconda accoglienza", prevede che le *politiche d'inclusione sociale* dei richiedenti e dei beneficiari dei regimi di protezione saranno definite dal Tavolo di coordinamento nazionale insediato presso il Ministero dell'Interno-dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione "secondo gli indirizzi sanciti d'intesa con la Conferenza unificata" e che venga predisposto un *Piano biennale d'intervento per l'integrazione dei beneficiari di protezione internazionale* con riferimento all'inserimento socio-lavorativo; all'alloggio; alla formazione linguistica e all'istruzione; al contrasto delle discriminazioni⁷⁰.

Sembra però ancora assente nel modello italiano di accoglienza l'idea che la Costituzione repubblicana deve presiedere alla definizione del modello di accoglienza ed inclusione del non cittadino, nonostante la progressiva cessione della sovranità in materia di protezione dello straniero ed immigrazione e sul versante della distribuzione del potere normativo ed amministrativo sui vari livelli di governo non sembrano definiti poteri e responsabilità, raccordi e modelli di coordinamento delle politiche che incidono sull'accoglienza e l'integrazione degli stranieri che assicurino la possibilità di *sostenere l'onere* dell'accoglienza e dell'integrazione.

Tale circostanza ha già determinato violazioni degli *standards* CEDU di protezione dei diritti umani e rischia di portare all'accertamento di carenze sistemiche nel modello italiano di accoglienza, ossia violazioni degli *standards* CEDU di protezione dei diritti

⁶⁷ Il legislatore statale ha però immaginato meccanismi di raccordo con le Regioni e gli Enti locali nell'ambito dell'esercizio della funzione amministrativa e del finanziamento delle politiche di accoglienza. Art. 13 d.lgs. n. 140/2005: fondi a destinazione vincolata e passaggi in Conferenza Unificata sulle linee guida per l'accoglienza. Il d.lgs. n. 140/2005 reca disposizioni di: Attuazione della direttiva 2003/9/CE che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri.

⁶⁸ Il d.lgs. n. 18/2014: *Attuazione della direttiva 2011/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, è intervenuto sull'art. 29 d.lgs. n. 251/2007.

⁶⁹ Cfr. giurisprudenza costituzionale citata nelle note precedenti.

⁷⁰ Il d.lgs. n. 18/2014 interviene anche sul diritto all'alloggio parificando rifugiati e beneficiari della protezione sussidiaria con i cittadini italiani per quanto riguarda l'accesso agli alloggi e ai benefici di cui all'art. 40, comma 6, d.lgs. n. 286/1998. Ci si chiede se questo intervento possa porre problemi rispetto all'esercizio delle competenze regionali in materia di assistenza sociale (cfr. Corte cost. n. 156/2006 sulla legge FVG in materia di assistenza ai minori non accompagnati).

umani tali da mettere a rischio il funzionamento del *Common European Asylum System* definito nel quadro dell'Unione Europea⁷¹.

Il nodo da sciogliere è il seguente: il governo dell'accoglienza e dell'integrazione dello straniero ha bisogno di spinte centripete o centrifughe?

Il quadro costituzionale consente di giocare in entrambi i sensi.

Probabilmente le spinte centrifughe provenienti dagli interventi di alcune Regioni italiane, quelle a più forte immigrazione, nelle quali il problema del "governo della seconda accoglienza" appare più pressante, hanno imposto al livello statale di immaginare forme di raccordo, quali quelle di cui al d.lgs. n. 18/2014, volte soprattutto a coprire l'inerzia di altre Regioni, quelle nelle quali invece appare più pressante il problema del governo della "prima accoglienza"⁷² onde evitare violazioni di norme dell'Unione europea o internazionali.

Ma il disegno complessivo appare ancora lungi dal descrivere la *Costituzione delle libertà* come *prius* rispetto agli interessi pubblici sottesi alle norme che definiscono il rapporto fra Stato e straniero.

⁷¹ ECHR, *Tarakhel vs. Switzerland*, cit.; United Kingdom Supreme Court, *R. et al. vs Secretary of State for the Home Department*, Judg. 19 febbraio 2014, [2014] UKSC 12. Sulle "carenze strutturali" dell'architettura italiana in materia di immigrazione cfr. G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze*, cit.

⁷² Non a caso Toscana, Emilia Romagna, Campania e le Autonomie Speciali del Nord-Est sono state fra le Regioni "protagoniste" del contenzioso costituzionale con lo Stato (cfr. giurisprudenza citata nelle note precedenti), mentre inerte appare la Regione Siciliana, carente di una legislazione in materia di immigrazione. Soltanto di recente si registra un intervento del Governo regionale in materia di accoglienza dei minori: Decreto del Presidente della Regione Siciliana n. 600 del 13 agosto 2014 "Standard strutturali e organizzativi per l'accoglienza in Sicilia dei minori stranieri non accompagnati", in <http://www.gurs.regione.sicilia.it/Gazzette/g14-36/g14-36.pdf>.

L'assistenza linguistica come presupposto delle garanzie dello straniero

Lucia Parlato*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina processuale in materia di interpretazione e traduzione degli atti. – 2.1. Specificità del procedimento nei confronti dello straniero “irregolare”. – 3. La tutela linguistica del soggetto *in vinculis*. – 3.1. Profili concernenti la detenzione amministrativa nei CIE e la gestione dei flussi migratori.

1. Premessa

L'assistenza linguistica può assumere per lo straniero il valore di una fondamentale precondizione, in grado di influire sull'effettività dell'intero sistema delle garanzie individuali. Nel procedimento penale, in particolare, l'interpretazione e la traduzione degli atti rilevano come antifatto necessario per l'esercizio di ogni diritto dell'accusato alloggato¹. La centralità del tema emerge nel complessivo svolgersi della vicenda giudiziaria e si avverte in maniera ancora più evidente nelle ipotesi di limitazione della libertà personale, dove le esigenze di comunicazione e di informazione sono maggiori.

Ci si soffermerà in questa sede sulle principali problematiche relative al rito penale, anche alla luce delle fonti sovranazionali e di una recente riforma domestica². In questo quadro, speciale attenzione sarà dedicata alla posizione dello straniero che risiede illegalmente in Italia, sottolineando che il rischio di una compromissione dei suoi diritti si presenta, peraltro in modo accentuato, anche in relazione a strumenti e procedure di natura non penale ma amministrativa. Una simile commistione di ambiti, del resto, da una parte corrisponde all'approccio interdisciplinare che di per sé caratterizza l'analisi del fenomeno dell'immigrazione clandestina, dall'altra dipende dalla dubbia collocazione sistematica di alcuni istituti.

* Ricercatore di Diritto processuale penale, Università di Palermo.

¹ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica: l'Europa chiedeva un intervento più attento all'effettività della garanzia*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (cur.), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 441.

² D.lgs. 4 marzo 2014, n. 32.

2. La disciplina processuale in materia di interpretazione e traduzione degli atti

Per lungo tempo trascurato, il tema dell'assistenza linguistica nel processo penale è stato ultimamente tenuto in particolare considerazione sia sul piano sovranazionale, che su quello interno.

Nell'ambito dell'Unione europea, la materia, già affrontata nella proposta di decisione quadro del 2003³, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stata inclusa nella c.d. *road map* di Stoccolma⁴ e, nel 2010, è divenuta oggetto di una specifica direttiva⁵. Quest'ultima costituisce la prima fonte dell'Unione volta a tutelare i diritti dell'imputato, adottata dopo un decennio in cui gli interventi normativi si erano concentrati sugli strumenti di cooperazione nella lotta al terrorismo e alla criminalità⁶. Questo primato esprime l'importanza dell'argomento, mai messa in dubbio neppure nel corso dell'intenso dibattito riguardante la menzionata proposta di decisione quadro⁷. In quest'ottica, la direttiva non solo rappresenta una simbolica presa di posizione, ma altresì tende a fissare livelli di tutela più elevati anche rispetto a quelli già ricavabili dal versante della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁸.

Nel nostro ordinamento, sino a tempi recenti la disciplina in materia si limitava alla mera previsione del "diritto all'interprete" in sede sia costituzionale (art. 111 Cost. come riformulato dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2) che codicistica (art. 143 c.p.p.), lasciando l'attuazione della garanzia linguistica di fatto affidata ai mutevoli umori della giurisprudenza⁹.

³ Proposta di decisione quadro in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea (COM(2004)328 def.). Cfr. C. ARANGUENA FANEGO, *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3042 ss.

⁴ Punto 2.4 Programma di Stoccolma – Diritti della persona nei procedimenti penali, in *G.U.U.E.*, 4 maggio 2010, n. 115, che fa propria la c.d. tabella di marcia (Risoluzione del Consiglio, 30 novembre 2009). R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in R.E. KOSTORIS (cur.), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2013, p. 76 ss.; M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵ Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. Tra i molti, C. AMALFITANO, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 83; M. BARGIS, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla Direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, in M. BARGIS (cur.), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, p. 96; G. BIONDI, *La tutela processuale dell'imputato alloggiato alla luce della direttiva 2010/64/UE*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2422; M. GIALUZ, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1193. La fonte riguarda l'ambito della garanzia relativo alla persona sottoposta al procedimento, al quale qui si fa riferimento; per la speculare tutela linguistica della vittima, direttiva 29/2012/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

⁶ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 440 ss.

⁷ C. ARANGUENA FANEGO, *Proposta di decisione quadro*, cit., p. 3042 ss.

⁸ V. considerando nn. 14, 32 e 33 direttiva 2010/64/UE, cit.; cfr. art. 6, par. 3, CEDU; cfr. A. CAMPITIELLO, *La Corte europea dei diritti umani e la lingua nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 22.

⁹ Volendo, L. PARLATO, *I diritti dell'imputato e del condannato straniero. Tra ostacoli linguistici e difficoltà rieducative*, in E. ROSI, F. ROCCHI (cur.), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, p. 126 ss. Determinante nell'evoluzione giurisprudenziale è stata Corte cost., 12

Una riforma è stata sollecitata dalla richiamata direttiva del 2010. In seguito alla c.d. legge di delegazione europea del 2013¹⁰, il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32¹¹ ha introdotto diverse modifiche al codice di rito (artt. 104 e 143 c.p.p.), alle disposizioni di attuazione (artt. 67, 68) e al c.d. testo unico in materia di spese di giustizia (art. 5, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115)¹².

Dopo l'attesa novella¹³ è possibile tracciare un primo bilancio, individuando le lacune colmate e i problemi da risolvere. Svoltata qualche premessa, si cercherà di illustrare il quadro normativo segnalandone alcune criticità, il cui denominatore comune riguarda i risvolti operativi della riforma. All'attenzione del legislatore nell'estendere l'area applicativa della garanzia linguistica non corrisponde, infatti, un'analoga cura nell'assicurarne l'effettività: si può anticipare sin d'ora che questo squilibrio rappresenta la sintesi di "vizi e virtù" della disciplina vigente.

Il tema dell'assistenza linguistica si incrocia con altri: in particolare, con quello oggetto della direttiva del 2012 sull'informazione nei procedimenti penali, recepita dal legislatore interno nel 2014¹⁴. Basti ricordare che, secondo tale direttiva, alla persona sottoposta al procedimento penale deve essere assicurato un nucleo informativo minimo il quale, ove l'interessato sia alloglotta, non può che implicare l'operato dell'interprete/traduttore. In questo ristretto ambito garantito rientrano gli avvisi sulle fondamentali prerogative processuali: la loro effettiva conoscenza, d'altronde, è un presupposto logico rispetto alla concreta possibilità di esercitarle.

Gli atti che richiedono l'operato dell'esperto sono indicati dall'art. 143 c.p.p., che continua a rappresentare il principale riferimento normativo in materia. La disposizione, prima più laconica¹⁵, è stata riformulata nel 2014 e delinea ora un perimetro del

gennaio 1993, n. 10: v. S. MORISCO, *Imputato alloglotta e avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-bis c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 463 ss.

¹⁰ Legge 6 agosto 2013, n. 96.

¹¹ S. RECCHIONE, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it; A. COCOMELLO, A. CORBO, *Sulla lingua del processo. A proposito dell'attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, p. 1 ss.; v. A. COCOMELLO, A. CORBO, *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione (Rel. n. III/05/2014, Roma, 31 marzo 2014), Novità legislative: d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, intitolato "Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali"*.

¹² Il coordinamento è stato reso necessario dinanzi al disposto del "nuovo" art. 143, comma 1, c.p.p., che prevede la "gratuità" dell'assistenza "indipendentemente dall'esito del procedimento"; criticamente, M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 457. Cfr. art. 4 direttiva 2010/64/UE, cit.

¹³ Gli Stati membri avrebbero dovuto adeguarsi alla direttiva 2010/64/UE, cit., entro il 27 ottobre 2013 (v. art. 9): cfr. M. GIALUZ, *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; d.lgs. 1 luglio 2014, n. 101. Cfr. S. CIAMPI, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in www.penalecontemporaneo.it; ID., *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, *ivi*. V. altresì direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.

¹⁵ Cfr. G. UBERTIS, *Sub art. 143 c.p.p.*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI (dir.), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Milano, 1989, p. 145 ss.

“diritto all’interprete” per certi versi persino maggiore rispetto allo *standard* minimo ricavabile dalla citata direttiva del 2010¹⁶. Ai sensi del comma 1 dell’art. 143 c.p.p. rilevano gli atti necessari “al fine di poter comprendere l’accusa” formulata e “di seguire il compimento degli atti e lo svolgimento delle udienze” cui il soggetto partecipa. Un profilo cui viene dato espresso risalto, in ossequio alla direttiva del 2010, è quello dell’assistenza dell’interprete durante i colloqui difensivi¹⁷. È prevista, infatti, l’assistenza gratuita dell’esperto per le comunicazioni con il difensore “prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento”. La disposizione ha una portata così ampia¹⁸ da includere ogni colloquio difensivo¹⁹. Ciò alimenta i timori di chi, condivisibilmente, ritiene che un’indiscriminata estensione della tutela linguistica possa anche risultare controproducente, andando a discapito delle ipotesi in cui tale tutela sia realmente essenziale²⁰.

In forza di un’equiparazione tra interpretazione e traduzione (art. 143, comma 2, c.p.p.), negli stessi casi viene disposta la traduzione di atti scritti, “entro un termine congruo tale da consentire l’esercizio dei diritti e della facoltà della difesa”. Alcuni atti sono necessariamente da tradurre e altri, quando siano “ritenuti essenziali per consentire all’imputato di conoscere le accuse a suo carico”, possono essere parimenti oggetto di “traduzione gratuita”, integrale o “parziale”²¹.

Quest’ultima è un’ipotesi isolata, al di fuori della quale non sono previste altre forme semplificate o di *sight translation*. Da ciò derivano alcune tra le principali incongruenze della disciplina. Infatti, l’obiettivo ambizioso che mira all’interpretazione/traduzione integrale di ogni atto del procedimento, senza alcuna cernita, è in concreto difficile da realizzare sia per ragioni di carattere economico, sia per esigenze di speditezza del rito penale. In una prospettiva più realistica, sarebbe stato preferibile ammettere esplicitamente che in molti casi di fatto si fa ricorso a soluzioni alternative alla traduzione integrale, in modo da regolare il fenomeno e ridurre le possibili distorsioni²².

Fermo restando il già segnalato *leit motiv* per cui l’estensione della garanzia può risultare inversamente proporzionale alla sua effettività, sono quattro i principali nodi problematici che ancora oggi richiederebbero *de iure condendo* maggiore considerazione: accertamento delle capacità linguistiche dello straniero, qualità dell’interpretazione/traduzione, tempistiche della traduzione, lingua di riferimento.

¹⁶ M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull’assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un’occasione sprecata per modernizzare l’ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁷ Art. 2, par. 2, direttiva 2010/64/UE, cit.

¹⁸ In senso critico, M. GIALUZ, *Il decreto legislativo*, cit.

¹⁹ M. GIALUZ, *Il decreto legislativo*, cit.; in precedenza, M. BARGIS, *Inammissibile l’impugnazione redatta in lingua straniera: punti fermi e lacune di sistema dopo la pronuncia delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2024.

²⁰ M. GIALUZ, *Il decreto legislativo*, cit.

²¹ L’elenco include atti per i quali anche prima della riforma la giurisprudenza (soprattutto in seguito a Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, cit.) si era già orientata positivamente; ma ne comprende pure altri per i quali erano emerse remore. Cfr. A. MARI, *Il nuovo art. 143 c.p.p. e i vecchi problemi in tema di traduzione dell’ordinanza cautelare*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 506 ss.

²² Ad esempio, in Germania, v. *Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren*, del 2 luglio 2013, BGBl I 1938, che forse cadendo in un eccesso opposto fa della *sight translation* la regola (v. il § 187 II VVG, come riformulato): cfr. M. GIALUZ, *Il decreto legislativo*, cit.

Quanto al primo punto, ossia la verifica sulla conoscenza della lingua, ex art. 143 c.p.p. quando l'interessato sia cittadino italiano vale una presunzione relativa di conoscenza della lingua italiana, mentre nelle altre ipotesi occorre vagliare tale conoscenza²³. Anche a prescindere da aspetti lessicali, sono evidenti le difformità rispetto alla direttiva, la quale alludeva a un apposito momento incidentale dedicato a tale vaglio²⁴. Sul piano interno, infatti, questo accertamento non è disciplinato ed è destinato a seguire modalità variabili, di volta in volta stabilite dall'autorità giudiziaria. Altre perplessità dipendono proprio dalla circostanza che l'indagine sulle competenze linguistiche sia riservata dalla legge all'"autorità giudiziaria", mentre l'intervento dell'esperto potrebbe rendersi necessario anche in relazione ad atti di p.g.

Il vero *vulnus* di tutela, tuttavia, concerne il secondo tra i profili indicati, cioè la "qualità" del supporto linguistico²⁵. In proposito, sono due le prospettive da considerare.

Da un lato, per garantire una maggiore "professionalizzazione" degli esperti, sarebbe stato utile prevederne l'iscrizione in un apposito registro ufficiale²⁶, al di là del loro inserimento nell'albo dei periti presso ogni tribunale secondo il "nuovo" art. 67 disp. att. c.p.p. L'introduzione di questo adempimento avrebbe potuto, peraltro, essere accompagnata dalla creazione di regole riguardanti la formazione degli operatori e il loro rispetto di un codice etico²⁷. Per di più il legislatore, nel limitarsi a prevedere la sola iscrizione all'albo dei periti, non ha provveduto a indirizzare l'autorità giudiziaria a scegliere il professionista, almeno in via prioritaria, tra quelli così inclusi in tale albo²⁸. Da queste lacune normative potrebbero derivare prassi che, specie per ragioni di speditezza, implicino il ricorso a semplici "conoscitori della lingua".

Dall'altro lato, manca uno strumento di doglianza con cui l'accusato possa lamentare l'eventuale inadeguatezza dell'assistenza linguistica ottenuta: un simile strumento, infatti, è previsto solo per il caso di mancato riconoscimento dell'assistenza medesima²⁹. In linea di massima, quindi, il diritto a una "efficace" assistenza linguistica non risulta "azionabile" come la normativa sovranazionale avrebbe richiesto³⁰.

Anche altre circostanze, di diversa natura, possono influire negativamente sui risultati dell'apporto professionale. In particolare, viene sottovalutato il rischio di una possibile "forza della prevenzione"³¹, derivante dal precedente svolgimento di altre attività da parte di uno stesso esperto impegnato in dibattimento. V'è da auspicare una rivisitazione dell'art. 144 c.p.p. che comporti quantomeno il recepimento degli orientamenti già maturatisi in giurisprudenza³².

²³ D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002, p. 360.

²⁴ V. art. 2, par. 4 e considerando n. 21, direttiva 2010/64/UE, cit.

²⁵ Artt. 2 e 3, par. 9, direttiva 2010/64/UE, cit.

²⁶ Art. 5, par. 2, direttiva 2010/64/UE, cit.

²⁷ M. BARGIS, *L'assistenza linguistica per l'imputato*, cit., p. 104 ss.; M. GIALUZ, *Il decreto legislativo*, cit.

²⁸ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 455, anche ricordando i lavori parlamentari.

²⁹ Considerando n. 25, direttiva 2010/64/UE, cit.

³⁰ Considerando n. 24 e art. 2, par. 5, direttiva 2010/64/UE, cit.

³¹ In tema di terzietà e imparzialità del giudice, tra le altre, Corte cost., 4 luglio 2001, n. 224.

³² Corte cost., 6 luglio 2007, n. 254; Cass., sez. un., 10 maggio 2011, *Eke Sony*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4176.

Quanto al terzo profilo, riguardante le cadenze cronologiche dell'assistenza linguistica, occorre fare riferimento ai "tempi congrui" entro i quali, secondo la legge, l'attività di traduzione deve essere svolta³³. Il rischio è che tali margini temporali gravino sui termini per le impugnazioni, determinandone di fatto una riduzione in grado di compromettere l'esercizio del diritto di difesa³⁴.

Il quarto tra i nuclei problematici da considerare concerne la scelta della lingua da utilizzare per la traduzione³⁵. L'art. 143 c.p.p. non chiarisce se, ed eventualmente in che termini, debba essere data priorità alla lingua madre dell'interessato, né entro quali limiti ci si possa avvalere di una lingua veicolare. Un'apposita disciplina avrebbe scongiurato il pericolo di un uso disinvolto di lingue diverse da quella dell'interessato, solo perché più comuni, senza un'effettiva verifica della difficoltà di reperire un esperto conoscitore della lingua madre e della reale capacità dell'accusato di parlare e comprendere la lingua utilizzata.

Il moltiplicarsi di problemi di carattere applicativo rende tangibile il pericolo che il rafforzamento delle garanzie linguistiche risulti solo apparente, o si realizzi in modo poco omogeneo nelle diverse sedi giudiziarie. Il successo della recente riforma, infatti, dipende più del dovuto non solo dalle possibili letture giurisprudenziali, ma anche dall'impegno di singoli esperti e di associazioni rappresentative, a livello nazionale, di professioni non regolamentate³⁶.

2.1. Specificità del procedimento nei confronti dello straniero "irregolare"

I dubbi sull'effettività della tutela linguistica si accentuano quando l'interessato sia uno straniero che risieda illegalmente in Italia. Anzitutto, una premessa è d'obbligo. Il rito penale in questo caso è caratterizzato da una sorta di "precarietà", dovuta al fatto che sulla vicenda giudiziaria incombe il possibile sbocco costituito dall'espulsione dell'imputato. Tale esito rappresenta in definitiva la regola, al di là di specifiche ipotesi eccezionali, come quella di custodia cautelare in carcere, in cui può essere negato il nulla osta dell'autorità giudiziaria, necessario ai fini dell'espulsione.

L'avvenuta espulsione, di cui il giudice prende atto emanando una sentenza di non luogo a procedere, peraltro si configura come una situazione di improcedibilità, che ostacola il proseguimento della vicenda processuale³⁷. Quest'ultima è destinata a riprendere il suo corso qualora il soggetto rientri illegalmente nel territorio statale prima

³³ Considerando n. 18 e art. 3, par. 1, direttiva 2010/64/UE, cit.

³⁴ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 453; considerando n. 23, direttiva 2010/64/UE, cit.; v. A. COCOMELLO, A. CORBO, *Sulla lingua del processo*, cit., p. 26 ss. Sulla possibilità di rinunciare alla traduzione, artt. 3, par. 7 e 8, direttiva 2010/64/UE, cit.

³⁵ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 444, 446. V. considerando n. 22, direttiva 2010/64/UE, cit.

³⁶ V. il riformulato art. 68 disp. att. c.p.p.; cfr. M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione*, cit.

³⁷ V. art. 13, comma 3-*quinquies*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che richiama l'art. 345 c.p.p. Su queste dinamiche, ai sensi dell'art. 13, comma 3, d.lgs. n. 286/1998, per tutti, G. VARRASO, voce *Immigrazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2010, p. 612 ss.; L. CORDI, *L'espulsione dello straniero*, Milano, 2011, p. 291 ss.; A. CAPUTO, voce *Immigrazione e procedimento penale*, in G. SPAN- GHER (dir.), *Trattato di procedura penale, Modelli differenziati di accertamento*, vol. VII, tomo I, a cura di G. GARUTI, Torino, 2011, p. 545 ss.

della scadenza del termine fissato dal giudice o dalla legge (art. 13, comma 14, d.lgs. n. 286/1998). Ne deriva un chiaro effetto deterrente rispetto al ritorno dello straniero nel territorio dello Stato. Ed è evidente come la soluzione, in contrasto con la presunzione di innocenza, si basi su una presupposta “convenienza” del soggetto a lucrare di un proscioglimento temendo di andare altrimenti incontro a una decisione di merito sfavorevole.

È vero che questa chiusura condizionata del procedimento, in linea di principio, potrebbe lasciare il passo a una pronuncia liberatoria. Infatti, il giudice, anche d’ufficio, prima di emettere la sentenza di non luogo a procedere è tenuto a verificare la sussistenza di eventuali cause di proscioglimento nel merito allo stato degli atti, alla luce del *favor rei*. Ma il veloce evolversi del procedimento rende assai residuale l’ipotesi in cui si possa disporre di una “prova positiva” dell’innocenza, ai sensi dell’art. 129 c.p.p.

Abbandonando per un attimo la prospettiva dell’accertamento penale, si segnala che in questo contesto si innestano anche i problemi linguistici concernenti il provvedimento di espulsione e la conseguente convalida da parte del giudice di pace. Ebbene, al riguardo la legge offre solo semplici enunciazioni del “diritto all’interprete”³⁸, che possono legittimare anche forme approssimative di tutela³⁹.

Tornando a occuparci della vicenda processuale, emerge che anche al di là del verificarsi dell’espulsione i tempi processuali a disposizione per l’esercizio del diritto di difesa sono assai ridotti. Ciò, a causa delle “forti accelerazioni” che caratterizzano il rito penale, quando allo straniero siano contestati reati legati all’immigrazione clandestina e alla stessa vicenda espulsiva⁴⁰. Emblematici sono gli “automatismi fulminei”⁴¹ relativi all’arresto obbligatorio fuori dai casi di flagranza e al giudizio direttissimo⁴².

Per queste ragioni, dal punto di vista dello straniero, si avverte maggiormente la necessità di assicurare sin dal principio del procedimento che l’assistenza linguistica finalizzata all’esercizio del diritto di “difendersi provando” sia effettiva e intervenga celermente⁴³: ogni carenza operativa può essere determinante e accentuare il tempestivo prevalere dell’espulsione rispetto a un accertamento di merito. È lecito quindi nutrire particolari preoccupazioni sui “tempi congrui” per l’assistenza linguistica. Inoltre, proprio il menzionato utilizzo “atipico” di arresto in flagranza e giudizio direttissimo rende le sequenze cronologiche molto stringenti. E ciò può favorire la sopravvivenza di prassi che, in questa speditezza, ravvisino gli estremi di una “causa di forza maggiore”, tale da dissuadere più accurate ricerche dell’esperto quando questi sia al momento irreperibile⁴⁴.

Una maggiore attenzione per le esigenze linguistiche, soprattutto nelle battute iniziali del rito penale, può peraltro assumere anche una funzione peculiare. Il contributo dell’in-

³⁸ V. art. 13, commi 5-*bis* e 7, d.lgs. n. 286/1998.

³⁹ Sulla mancata traduzione del decreto di espulsione, Cass. civ., sez. I, 3 marzo 2004, n. 4312, in *Mass. Uff.*, n. 570761; v. però, Cass. civ., sez. VI, 14 gennaio 2013, n. 735, in *www.asgi.it*; cfr. Corte cost., 8 luglio 2004, n. 257.

⁴⁰ E. MARZADURI, L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale e delle misure restrittive della libertà personale nella prospettiva del rispetto dei provvedimenti di espulsione*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (cur.), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 474.

⁴¹ E. MARZADURI, L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale*, cit., p. 473 ss.

⁴² G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., p. 615 ss.

⁴³ G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 12.

⁴⁴ Tra le altre, Cass., sez. I, 23 febbraio 2006, X, in *Mass. Uff.*, n. 233860.

terprete, infatti, nel supportare la partecipazione dello straniero al procedimento, può servire all'autorità giudiziaria per sciogliere più agevolmente le incertezze sul ruolo processuale da assegnargli. Infatti, anche a fronte delle diverse figure criminose previste dalla c.d. legge Bossi Fini e dai successivi interventi normativi⁴⁵, occorre verificare di volta in volta se al migrante debbano essere mossi addebiti di natura penale, oppure se al contrario egli possa essere considerato "vittima" di organizzazioni criminose. È una distinzione spesso non agevole⁴⁶. Tuttavia, dissipare i dubbi sul ruolo dell'interessato è utile non solo per la tutela dei suoi diritti, ma anche per favorire un più efficace accertamento delle fattispecie delittuose relative all'immigrazione clandestina. Quando l'immigrato viene inquadrato come vittima e non come accusato, infatti, l'accertamento processuale talvolta "guadagna" un cruciale testimone: in questa veste, di testimone, il dichiarante è tenuto a rispettare gli obblighi di deporre e di verità; diversamente, il ruolo di imputato lo rende libero da obblighi di verità e titolare del "diritto al silenzio", al di là dei possibili specifici percorsi della c.d. testimonianza assistita⁴⁷. È evidente che, in virtù della suddetta qualifica di vittima-testimone, la deposizione dello straniero può assumere un peso maggiore nella lotta contro le organizzazioni criminali che ruotano attorno al fenomeno dell'immigrazione. E, anche laddove il soggetto dovesse invece risultare "complice", il sapiente operato dell'interprete ne potrebbe assicurare un maggiore coinvolgimento, agevolando e promuovendo possibili forme di collaborazione.

Per questi ultimi aspetti, l'apporto professionale si colloca al confine tra l'assistenza linguistica *stricto sensu*, per la quale le spese processuali non sono ripetibili, e altre fattispecie più simili a una sorta di "mediazione linguistica", i cui costi in caso di condanna sarebbero invece da addebitare all'imputato⁴⁸. Proprio questa contiguità tra i due ambiti di intervento può fare sì che ragionevolmente un accurato utilizzo degli strumenti del primo settore, coperti dall'assistenza linguistica vera e propria, possa generare risultati spendibili pure nel secondo. Da una qualità elevata dell'assistenza linguistica, capace di determinare uno scambio effettivo di elementi conoscitivi tra autorità giudiziaria e straniero, infatti, possono scaturire effetti assai utili anche per realizzare forme di accoglienza e "fidelizzazione" del soggetto rispetto alla giustizia italiana, con le conseguenze appena descritte.

3. La tutela linguistica del soggetto in vinculis

Specifiche considerazioni riguardano l'assistenza linguistica dell'imputato *in vinculis*. Questa condizione implica nessi ancora più fitti con il tema del diritto all'informazione nel procedimento penale, soprattutto alla luce della menzionata direttiva del

⁴⁵ G. VARRASO, voce *Immigrazione*, cit., p. 615 ss.

⁴⁶ In materia di criminalità organizzata e mafiosa, R. ALFONSO, *Criminalità organizzata, vittima di reato e testimone*, in AA.VV., *Processo penale e vittima di reato. Prospettive internazionali, europee e nazionali*, in *I quaderni europei*, 2010, 26, p. 76 ss., spec. p. 84 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

⁴⁷ L. FADALTI, *La testimonianza penale*, Milano, 2012, p. 75 ss.; R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa*, Milano, 2011.

⁴⁸ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 456 ss.

2012⁴⁹. Ad assumere importanza, anche in questa sede, è specialmente il diritto dell'accusato di essere informato sulle proprie prerogative processuali. L'emissione di provvedimenti coercitivi, infatti, rende necessaria la formulazione di una sorta di *Letter of Rights*⁵⁰ e, affinché tale garanzia sia effettiva, occorre che le indicazioni messe a disposizione siano tradotte in una lingua nota al destinatario.

Il “nuovo” dato positivo di cui all'art. 143 c.p.p. implica il superamento dell'indirizzo giurisprudenziale che, in passato, metteva in dubbio il diritto alla traduzione dell'ordinanza custodiale⁵¹. Anche in questo contesto risalta da un lato l'ampiezza della garanzia, dall'altro il pericolo che essa sia di fatto vanificata. La traduzione è prevista infatti per tutti i provvedimenti restrittivi della libertà personale, e non solo per quelli che dispongono misure custodiali. Qualche preoccupazione deriva sempre dalla mancata disciplina di forme “surrogate” di traduzione, anche mediante “interpretazione orale a prima vista”: la regolamentazione di ipotesi meno garantite, destinate di fatto a verificarsi con una certa frequenza, avrebbe senz'altro contribuito a scoraggiare soluzioni troppo approssimative⁵².

I principali timori sono legati a soluzioni interpretative che continuino a fare leva sull'applicazione dell'art. 94, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p.⁵³. La norma, nel quadro della disciplina sull'ingresso negli istituti penitenziari, si riferisce alle misure restrittive in carcere e prevede l'intervento del direttore dell'istituto o di un suo ausiliario che, con la collaborazione di un interprete, illustri il contenuto del provvedimento restrittivo. Una valorizzazione di questo meccanismo, che lo carichi di funzioni improprie, non può che produrre distorsioni. E ciò emerge a maggior ragione laddove si pensi che, di fatto, la spiegazione del contenuto del provvedimento in una lingua comprensibile all'interessato viene spesso affidata a soggetti poco qualificati, ad esempio connazionali che siano anch'essi ospiti dell'istituto penitenziario.

Con riferimento all'accusato *in vinculis*, rileva particolarmente il già menzionato diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore, previsto in linea generale sia dalla direttiva 2010/64/UE, sia dalle disposizioni codicistiche. Queste ultime, come si è già osservato, hanno peraltro una portata applicativa ampia⁵⁴, che ricomprende anche i colloqui difensivi finalizzati alla redazione di atti processuali di parte, come atti di impugnazione cautelari⁵⁵. In questi casi, si ritiene che la mancata nomina di un interprete possa comportare la rimessione nel termine per impugnare ai sensi dell'art. 175 c.p.p.⁵⁶. Il diritto in questione viene ribadito in maniera specifica con riguardo alla situazione di limitazione della libertà personale. Il “nuovo” comma

⁴⁹ Direttiva 2012/13/UE, cit.; S. CIAMPI, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, in *www.penalecon temporaneo*.

⁵⁰ Art. 4, direttiva 2012/13/UE, cit.

⁵¹ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 448, nt. 26.

⁵² Di recente, Cass., sez. I, 8 ottobre 2014, n. 48299, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1506; cfr. F. DEL VECCHIO, *Le garanzie linguistiche nel “giusto processo europeo”*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 2, p. 42 ss.

⁵³ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 450.

⁵⁴ In senso critico, M. GIALUZ, *Il decreto di attuazione*, cit.

⁵⁵ In passato, M. BARGIS, *Inammissibile l'impugnazione*, cit., p. 2024.

⁵⁶ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 446.

4-bis dell'art. 104 c.p.p. garantisce infatti all'imputato allogliotta in stato di custodia cautelare, di arresto o di fermo di fruire gratuitamente dell'assistenza linguistica di un esperto, nominato dall'autorità giudiziaria, per conferire con il proprio difensore.

Anche in questo ambito tematico, relativo alla limitazione della libertà personale, alcune considerazioni possono essere specificamente dedicate all'accusato allogliotta che sia un migrante "irregolare". L'applicazione della custodia cautelare in carcere, come già segnalato, rientra tra i casi eccezionali in cui – ai sensi dell'art. 13, comma 3-bis, d.lgs. n. 286/1988 – l'emissione del nulla osta all'espulsione nel corso del procedimento può essere negata. Paradossalmente, quindi, lo *status custodiae* può rappresentare per l'accusato un'occasione per predisporre strategie difensive finalizzate a ottenere un esito assolutorio. Ne consegue che la qualità dell'assistenza linguistica, anche nei colloqui con l'avvocato, assume in questa contingenza un rilievo ulteriore, in vista di una più probabile decisione di merito.

Il contributo dell'esperto può essere determinante anche quando lo straniero "irregolare" si trovi *in vinculis* in applicazione di una sanzione detentiva irrogata in esito al procedimento penale. L'espulsione rappresenta pure in questo caso un possibile epilogo, assumendo la veste di misura alternativa alla detenzione ai sensi dell'art. 16, d.lgs. n. 286/1988⁵⁷. Non è possibile ripercorrere qui, in maniera esaustiva, le tappe interpretative che hanno riguardato la fattispecie. È sufficiente però ricordare che l'espulsione veniva inizialmente considerata come l'unica misura alternativa alla detenzione applicabile all'immigrato "irregolare". La giurisprudenza, tuttavia, ha poi ammesso l'operatività delle misure alternative "tradizionali" che, perciò, possono essere anch'esse adottate⁵⁸. Ebbene, queste opportunità di rieducazione del condannato rispondono ai consueti canoni della progressione nel trattamento penitenziario. E affinché esse possano effettivamente prevalere sul possibile sbocco dell'espulsione e risultare realmente fruibili, occorre che l'interessato riesca utilmente a comunicare con il proprio difensore e con la magistratura di sorveglianza senza limiti linguistici. Basti rammentare i presupposti applicativi delle misure, tra i quali spiccano anche i periodi di osservazione, nonché immaginare le difficoltà nel formulare e proporre idonei programmi di *probation* o di lavoro esterno. Anche a voler considerare in maniera più elastica l'ambito applicativo della garanzia linguistica di cui all'art. 143 c.p.p., sì da renderla estensibile *tout court* al momento esecutivo⁵⁹, quest'ultimo per le sue peculiarità richiederebbe specifiche puntualizzazioni sul piano normativo.

3.1. *Profili concernenti la detenzione amministrativa nei CIE e la gestione dei flussi migratori*

A destare le maggiori preoccupazioni è la situazione in cui la limitazione della libertà personale derivi non da un provvedimento emanato nel corso o al termine di un procedimento penale, ma da un atto amministrativo. È l'ipotesi del trattenimento nei

⁵⁷ L. CORDÌ, *L'espulsione*, cit., p. 35 ss.; volendo, L. PARLATO, *I diritti dell'imputato*, cit., p. 120 ss.

⁵⁸ Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, *Alloussi*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3120.

⁵⁹ A. COCOMELLO, A. CORBO, *Sulla lingua del processo*, cit., p. 4.

centri di identificazione ed espulsione (CIE), la quale è stata oggetto di vari ripensamenti del legislatore, anche in seguito alla c.d. direttiva rimpatri⁶⁰.

È chiaro che il trattenimento nei CIE sia un'indiscutibile forma di restrizione della libertà personale e che debba essere assoggettato alle garanzie dell'*habeas corpus*, nonché corrispondere ai dettami dell'art. 13 Cost.⁶¹. Ma non si esita a riconoscere che per assicurare l'effettività dei provvedimenti di espulsione, "la leva più potente" sia proprio il ricorso a questa misura, che nonostante tutto "viene fatta rientrare nell'ambito amministrativo"⁶².

Anche dalle enunciazioni ufficiali sulla destinazione dei centri emerge lo scopo "di consentire la materiale esecuzione (...) dei provvedimenti di espulsione"⁶³. E, alla luce della c.d. direttiva rimpatri e della successiva giurisprudenza "europea", è inequivocabile che tale fattispecie coercitiva debba essere considerata esclusivamente propedeutica all'allontanamento dello straniero⁶⁴.

Tuttavia, le finalità di siffatta ipotesi detentiva hanno da sempre presentato elementi di ambiguità. Anche le modifiche normative recentemente susseguitesi recano motivazioni di fondo, per le quali questa misura risulta quasi "interscambiabile" con situazioni di detenzione "penale"⁶⁵.

La qualifica della detenzione come "amministrativa", e non "penale", a prima vista conferisce un volto più mite alla coercizione, ma nasconde in realtà livelli di tutela inferiori⁶⁶ creando un'insidiosa illusione di minore afflittività⁶⁷. Invero, né la legge, né regolamenti hanno sinora disciplinato le modalità di trattenimento in modo soddisfacente e uniforme per tutti i centri. E ciò determina conseguenze anche sul piano del rispetto del principio di uguaglianza⁶⁸.

In quest'ambito di misure restrittive continua a registrarsi una generale compromissione delle garanzie individuali⁶⁹, della quale risente il problema dell'interpretazione o

⁶⁰ L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in www.penalecontemporaneo.it; direttiva 2008/115/CE.

⁶¹ A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale. Un pamphlet*, in www.penalecontemporaneo.it; G. VARRASO, *Espulsione di stranieri extracomunitari e tutela davanti al giudice di pace: la difficile strada verso il due process*, in P. CORSO, F. PERONI (cur.), *Studi in onore di M. Pisani*, vol. I, Piacenza, 2010, p. 915 ss.

⁶² E. MARZADURI, L. CORDÌ, *Il ruolo della sanzione penale*, cit., p. 486.

⁶³ Cfr. *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattamento per migranti in Italia*, della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica, 6 marzo 2012, in www.senato.it, p. 100, 116; A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.»*, cit.

⁶⁴ A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.»*, cit. Sull'esclusione di un carattere afflittivo della misura, CGUE, 28 aprile 2011, causa C-61/2011, *El Dridi*; L. CORDÌ, *Le nuove regole in tema di allontanamento ed espulsione dello straniero dalla direttiva 2008/115/CE al d.l. n. 89 del 2011, convertito in l. n. 129 del 2011*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 819 ss.

⁶⁵ Sulle riforme, L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁶ L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo*, cit.; A. SCIURBA, *Campi di forza, Percorsi confinati di migranti d'Europa*, Verona, 2009, *passim*.

⁶⁷ W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *StV*, 2006, p. 321 ss.

⁶⁸ A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.»*, cit., p. 7.

⁶⁹ Cfr. D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in www.penalecontemporaneo.it.

traduzione degli atti, sin qui preso in considerazione per i CIE soltanto in maniera superficiale. La normativa in materia, in sostanza, è ferma a quel livello di base che corrisponde alla mera enunciazione della garanzia. È rimasta cioè al punto in cui si trovava la disciplina codicistica prima della riforma del 2014 – se non più indietro – e ne riproduce le stesse conseguenze in termini di incertezze interpretative e limiti applicativi della garanzia.

L'art. 14 d.lgs. n. 286/1998 rappresenta il riferimento normativo essenziale. Il comma 2 dell'articolo sancisce che lo straniero “è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza ed il pieno rispetto della sua dignità”. Il successivo comma 4, come riformulato, prevede che lo straniero destinatario del provvedimento del questore che dispone il trattenimento, all'udienza di convalida, sia assistito “ove necessario, da un interprete”. E il testo normativo, al comma 7 dell'art. 13, inoltre prevede che gli atti fondamentali – il decreto di espulsione e gli atti inerenti all'ingresso, al soggiorno e all'espulsione stessa – siano tradotti, anche in forma sintetica, in lingua comprensibile al destinatario.

Un'evidente lacuna è dovuta alla mancanza di un'auspicabile previsione esplicita che implichi la descrizione allo straniero, in una lingua conosciuta, delle condotte di rilevanza penale legate all'inosservanza dei provvedimenti. Tuttavia, non può che constatarsi che l'assistenza linguistica è normativamente prevista.

Ebbene, l'esperienza applicativa della disciplina codicistica relativa al rito penale, prima della riforma del 2014, ha mostrato come la semplice previsione della garanzia, se priva di necessarie precisazioni, possa comprometterne la portata effettiva, rendendola limitata e incerta. In più, in questa specifica sede, la stessa garanzia rischia di essere del tutto elusa anche in considerazione delle situazioni peculiari, “di emergenza”, che per la realtà dei CIE sono però fisiologiche e ricorrenti, ancor più di quanto si è osservato per la situazione dell'immigrato all'interno del processo penale. Risulta amplificata, così, il rischio di facili constatazioni di “situazioni di forza maggiore”, che consentano di sorvolare sulla momentanea indisponibilità dell'interprete e sulla mancata assistenza linguistica. Ed è ancora più spiccato il rischio di traduzioni poco accorte, svolte da esperti “improvvisati” o secondo tempistiche rallentate.

In definitiva, tutto il complesso di rischi e debolezze di sistema sopra individuato per la disciplina relativa a strumenti di carattere processualpenalistico raggiunge in questa sede picchi assai più elevati. E a maggior ragione in questo contesto, assimilabile a quello penitenziario, v'è da temere soluzioni approssimative in cui si legittimino forme di traduzione del tutto inadeguate, secondo quanto si è già detto facendo richiamo all'art. 94, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p.⁷⁰ I limiti della garanzia di interpretazione/traduzione, quando non si ripercuotono sull'effettività del diritto alla garanzia giurisdizionale, possono rappresentare anche un fattore determinante in vista del rispetto, nel corso della detenzione, dell'art. 3 CEDU. È sufficiente, al riguardo, pensare alla situazione che si crea quando il soggetto ristretto non riesca neppure ad ottenere le informazioni base, di carattere pratico, circa la sua permanenza presso il centro⁷¹.

⁷⁰ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica*, cit., p. 431.

⁷¹ G. CAMPESI, *Hindering the deportation machine. An ethnography of power and resistance in immigration detention*, in corso di pubblicazione in *Punishment and Society*.

A creare perplessità, ancora una volta, non è tanto allora l'ampiezza della superficie applicativa della garanzia, quanto invece la sua effettività. Il reale rispetto delle garanzie è messo in concreto pericolo per la mancanza di necessarie specificazioni normative, ma anche per i numeri elevati di soggetti bisognosi di avvalersi di queste garanzie e per la limitatezza delle risorse.

Posto che la direttiva prescrive l'assistenza linguistica nei colloqui con il difensore quando l'imputato *in vinculis*, anche qui – al di là delle ipocrisie legate alla natura "amministrativa" della misura – occorrerebbe fissare indicazioni precise, adeguate alla peculiarità della fattispecie, anche per un numero limitato di colloqui. Occorrerebbe assicurare insomma un nucleo minimo di comunicazioni "di qualità", che comprenda almeno le informazioni iniziali, al momento applicativo della misura.

Le ragioni di un impegno aggiuntivo del legislatore e degli operatori, sul fronte del "diritto all'interprete", tra l'altro sarebbero molteplici. Si proverà qui a ripercorrerle, facendo riferimento, in questo contesto "non penale" a motivazioni di carattere eterogeneo.

Anzitutto, anche la tendenza seguita di recente dal legislatore per limitare la detenzione amministrativa, nella durata e nei presupposti⁷², di fatto perde significato quando non sia assicurata la garanzia linguistica. Ogni disciplina vantaggiosa, infatti, per trovare concreto riscontro presuppone un dialogo con le autorità, che può essere realizzato solo attraverso l'apporto dell'interprete.

Un investimento sul campo dei servizi di interpretazione e traduzione, inoltre, comporterebbe vantaggi anche in vista di politiche di controllo dei flussi migratori, che siano compatibili con le fonti sovranazionali.

Una maggiore attenzione per le esigenze linguistiche può essere proficua specialmente in due direzioni: in relazione alla classificazione dei migranti all'ingresso, specie in considerazione del divieto di espulsioni collettive e del principio di non *refoulement*⁷³; e con riferimento al "diritto di ascolto", spettante ai migranti in ingresso anche in applicazione delle procedure di cui agli artt. 5 e 6 della c.d. direttiva rimpatri.

Su questa coppia di prospettive basti ricordare rispettivamente due pronunce "europee" riguardanti l'Italia: da una parte una sentenza della Corte di Strasburgo, dall'altra una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

La prima pronuncia⁷⁴ ha ritenuto violato l'art. 3 CEDU, perché non era stato consentito agli stranieri di richiedere asilo, pur essendo noti i trattamenti inaccettabili cui gli immigrati sarebbero stati sottoposti in patria. In maniera innovativa, le Corti europee ha applicato anche l'art. 4 del Protocollo n. 4 del 1963, che prevede il divieto di espulsioni collettive, nonostante i fatti si fossero svolti in alto mare⁷⁵. Si è trattato di un'interpretazione teleologica e funzionale, che ha fatto luce proprio sulla necessità di comuni-

⁷² Legge europea 2013-bis (legge ottobre 2014, n. 163).

⁷³ Secondo tale principio, com'è noto, non è consentito respingere i migranti verso Paesi nei quali corrono il rischio di essere perseguitati o di subire trattamenti inumani o degradanti: art. 33 Convenzione di Ginevra, relativa allo *status* di rifugiati, del 28 luglio 1951.

⁷⁴ ECHR, *Hirsi c. Italia* [GC], 23 febbraio 2012, appl. no. 27765/09.

⁷⁵ C. BOVA, *Respingimento collettivo degli immigrati: la parola alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.democraziaesicurezza.it.

cazione, evidenziando che lo scopo della norma è quello di impedire agli Stati di espellere gli stranieri senza esaminarne le situazioni personali⁷⁶.

La seconda pronuncia è invece quella con cui la Corte di Giustizia ha posto l'accento sul diritto del migrante "di essere ascoltato" prima di una decisione di rimpatrio: la finalità di quel diritto è di consentire all'interessato di manifestare il proprio punto di vista sulla regolarità del suo soggiorno o sull'eventuale ricorrenza di ipotesi eccezionali previste dalla c.d. direttiva "rimpatri"⁷⁷.

Per vero, una nuova sensibilità per il problema linguistico si fa avanti e si rivela sempre più chiaramente anche nelle riforme *in fieri* e in documenti recentemente formulati. Non è un caso che tali iniziative tendano ora a convergere nel riconoscere il rilievo di questa garanzia.

Nel regolamento approvato dal Ministro dell'Interno nell'ottobre del 2014, relativo alla gestione e organizzazione dei CIE⁷⁸, l'assistenza linguistica risulta maggiormente valorizzata. È previsto che sia posto a disposizione materiale informativo in diverse lingue, tra cui l'arabo, e che allo straniero sia rivolta una serie di comunicazioni in una lingua a lui comprensibile. Tra queste rientra la c.d. carta dei diritti e dei doveri⁷⁹, in cui si evidenzia l'importanza dell'uso della lingua madre (o di lingua conosciuta) nei diversi colloqui, anche con la polizia e con il difensore, e del "servizio di mediazione linguistica".

L'impressione complessiva è che l'ausilio linguistico sia incentivato non soltanto ai fini delle procedure relative alla permanenza nel centro, o di eventuali richieste di protezione. E che questa nuova sensibilità finisca per interessare pure ambiti non precisamente legati agli adempimenti formali. Si aprono così spazi per un'interlocuzione più fitta, che può essere fruttuosa anche per la stessa gestione del fenomeno dell'immigrazione.

Un'ulteriore conferma dell'attuale interesse per il problema linguistico deriva dallo schema di decreto delegato volto alla trasposizione congiunta delle due direttive "accoglienza" e "procedure", entrambe del 2013⁸⁰. Il tema dell'assistenza linguistica è una costante trama di fondo, che si manifesta in ogni passaggio disciplinato dal testo. Del resto, le sollecitazioni espresse dalle due fonti "europee" verso questo tipo di intervento non possono essere disattese⁸¹.

Anche nel progetto di riforma si fa avanti una prospettiva più generale. Prende consistenza la previsione normativa di un servizio di mediazione linguistica e culturale, nonché la regolamentazione di corsi di preparazione, anche di lingua, rivolti ai minori.

⁷⁶ C. BOVA, *Respingimento collettivo*, cit.

⁷⁷ CGUE, 11 dicembre 2014, causa C-249/13. Art. 6, direttiva 2008/115/CE.

⁷⁸ Regolamento recante "criteri per l'organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione", approvato dal Ministro dell'Interno con decreto del 20 ottobre 2014.

⁷⁹ Carta dei diritti e dei doveri dello straniero nel Centro di identificazione ed espulsione, allegato 1 a) al Regolamento cit.

⁸⁰ Schema di decreto legislativo concernente 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 internazionale, Atto del Governo n. 170, giugno 2015.

⁸¹ Considerando n. 25, artt. 10, parr. 5 e 12, direttiva 2013/32/UE.

È proprio su questo incremento di una consapevolezza di base, rispetto al tema dell'assistenza linguistica, che si debbono riporre le maggiori speranze, confidando che esso serva a superare o mitigare le naturali remore dello straniero rispetto a forme di collaborazione in senso lato. Sono remore alimentate principalmente da un timoroso passaparola tra connazionali, nella lingua madre, che può essere smentito solo sfruttando adeguati canali di comunicazione. Gli effetti di una simile evoluzione si attendono su vari piani: per la gestione del "quotidiano", in situazioni di trattenimento nei centri, ma anche in altri ambiti. È significativa, ad esempio, l'importanza del dialogo nel corso di accertamenti medici e sull'età⁸², nonché nelle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, anche in applicazione delle c.d. regole di Dublino (basti pensare ai frequenti rifiuti di fornire le generalità o le impronte digitali)⁸³. Ma soprattutto, come già segnalato, un accurato uso dell'assistenza linguistica serve a promuovere più fiduciose scelte di denuncia e di testimonianza, da parte degli immigrati, che agevolino la repressione della criminalità organizzata.

⁸² Art. 4, d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, su tratta di esseri umani e protezione delle vittime.

⁸³ Sul "regolamento Dublino III" (Regolamento (UE) n. 604/2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale, E. FERRI, *Asilo – Ecco il nuovo Regolamento Dublino III. Sarà applicato dal 1 gennaio 2014 dagli Stati Membri*, in www.meltingpot.org.

PARTE II
I MIGRANTI VITTIME DI REATO

Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima

*Marco Pelissero**

SOMMARIO: 1. Il diritto penale di fronte alla complessità del fenomeno del traffico di migranti. – 2. Il diverso ruolo del migrante nel controllo penale del traffico di migranti. – 3. Tecniche di tutela anticipata e ampliamento del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. – 4. La progressiva tipizzazione della complessità dei fenomeni della schiavitù e della tratta. – 5. La funzione del reato associativo. – 6. Il potenziamento della risposta sanzionatoria. – 7. La necessità di politiche di intervento integrate.

1. Il diritto penale di fronte alla complessità del fenomeno del traffico di migranti

Una riflessione sugli strumenti di controllo penale del traffico di migranti va contestualizzata rispetto al fenomeno sul quale si interviene, un fenomeno complesso rispetto al quale il diritto penale sconta il ruolo di strumento inadeguato e insufficiente, anche se imprescindibile: strumento inadeguato, in quanto il diritto penale, pur di fronte a fenomeni complessi, deve sempre intervenire in modo frammentario, attraverso fattispecie costruite attorno a fatti passibili di imputazione individuale nel rispetto del principio di personalità della responsabilità penale; strumento insufficiente, come bene emerge dalla più recente direttiva 2011/36/UE che prende congiuntamente in considerazione profili repressivi e preventivi, questi ultimi indispensabili sia per la loro maggiore efficacia nel contrastare un fenomeno di massa sia per garantire al diritto penale un intervento sussidiario¹. Si tratta, al contempo, di uno strumento imprescindibile, non solo perché ce lo impongono fonti sovranazionali, alla cui attuazione il nostro Paese è vincolato *ex artt.* 111 e 117 Cost., ma soprattutto perché, laddove entrano in gioco diritti fondamentali della persona, l'arretramento del diritto penale significherebbe – anche simbolicamente – un inaccettabile abbassamento della guardia di fronte a condotte di sfruttamento delle condizioni di vulnerabilità che le condizioni politiche, economiche e sociali determinano in determinati paesi.

Il traffico di migranti comprende due fenomeni criminosi connotati da eterogeneità di disvalore, definibili, per utilizzare una terminologia internazionale, come *smuggling*

* Ordinario di Diritto penale, Università di Genova.

¹ Per un'analisi della direttiva v. M. VENTUROLI, *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento «completo» per contrastare la tratta degli esseri umani*, in S. FORLATI (cur.), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 47 ss.

of migrants e trafficking of persons, che corrispondono sostanzialmente ai fatti che il nostro sistema penale riconduce rispettivamente al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 t.u. imm.) ed alla tratta (art. 601 c.p.).

Si tratta di fenomeni che tendono a sovrapporsi nelle loro forme di manifestazione, in quanto gli autori dei reati di favoreggiamento spesso sono gli stessi che realizzano fatti di tratta, come dimostra il fatto che la criminalità organizzata abbia fatto dei due fenomeni uno strumento di acquisizione di ingenti profitti. Non è un caso che alla Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale del 2000 siano collegati due protocolli addizionali, uno dedicato al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ed uno alla tratta di persone².

Al contempo, però, le fattispecie penali riportabili ai due fenomeni presentano anche elementi eterogenei.

Anzitutto, sono diversi i nuclei di disvalore: i delitti riportabili in senso ampio al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sono posti a tutela dei confini nazionali e, più ampiamente, dell'Unione europea, ossia proteggono un interesse statale; i delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. sono, invece, incentrati sulla tutela delle vittime delle condotte che ne sfruttano la personale condizione di vulnerabilità. Gli interessi tutelati si connotano, in un caso, per la statualità dell'interesse pubblico offeso, e nell'altro caso per la personalità dell'interesse (sono collocati nel codice penale tra i delitti contro la personalità individuale).

Un secondo elemento distintivo risiede nel fatto che il favoreggiamento presenta una dimensione necessariamente transnazionale, ed in particolare extra-europea, in quanto il t.u. immigrazione disciplina l'ingresso nel territorio italiano di cittadini di paesi non aderenti all'Unione europea. La tratta, invece, se solitamente ha carattere transnazionale, in quanto si innesta su un fatto di traffico di migranti cittadini di paesi non aderenti all'Unione europea, può tuttavia avere come vittime anche cittadini di apparenti ad un Paese dell'Unione (ai quali non si applica il d.lgs. n. 286/1998: t.u. imm.) o gli stessi italiani³; non è poi imprescindibile il carattere transnazionale della tratta, in quanto è possibile la c.d. tratta interna, ossia il trasferimento delle vittime all'interno del territorio di uno stesso Stato o di Stati dell'Unione europea⁴.

Un terzo profilo che differenzia le due tipologie di fattispecie sta nella permanenza: il favoreggiamento, infatti, si presenta come reato ad offesa istantanea, nel senso che il favoreggiatore, una volta realizzato l'obiettivo dell'attraverso illegale dei confini nazionali, si disinteressa del destino del migrante; il fenomeno della tratta, invece, è ad offesa protratta, in quanto nel tempo si consolida lo sfruttamento della condizione di vulnerabilità del migrante⁵.

² E. ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti: strumenti internazionali*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1986.

³ C. BERNASCONI, *La repressione penale della tratta*, in S. FORLATI (cur.), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 86; P. PISA, A. PECCIOLI, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, Padova, 2014, p. 325.

⁴ M. VENTUROLI, *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento «completo» per contrastare la tratta degli esseri umani*, cit., p. 53.

⁵ Sul carattere di reato permanente della tratta in relazione alla condotta di costrizione o induzione al soggiorno v. P. PISA, A. PECCIOLI, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, cit., p. 327.

Infine, nel favoreggiamento il migrante presta il consenso; nella tratta il consenso manca o, se c'è, è viziato, in quanto è del tutto inidoneo a fondare una causa di liceità, perché la violazione delle condizioni minime di rispetto della dignità della persona rende il consenso non valido⁶. Potremmo dire che nel primo caso c'è autonomia del progetto migratorio o, meglio, una relativa autonomia, dato che le migrazioni sono solitamente indotte da fattori sociali ed economici che rendono di fatto ben poco autonoma la scelta di abbandonare il paese di origine; nel secondo caso, la tratta si accompagna sempre all'imposizione della migrazione.

Infine, anche il profitto che l'autore trae dalle due fattispecie presenta profili differenti: nel favoreggiamento i proventi illeciti nascono dal fatto in sé della gestione del traffico migratorio, mentre nella tratta sono gli esiti della migrazione a produrre vantaggi indebiti.

A rendere più complesso il quadro normativo, intervengono fattispecie che potremmo considerare collaterali, ma non meno significative sul piano della carica offensiva, alle due che fotografano il traffico di migranti.

Collaterali al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sono il favoreggiamento della permanenza illegale e il favoreggiamento abitativo, rispettivamente previsti ai commi 5 e 5-*bis* dell'art. 12 t.u. imm.: queste due fattispecie si pongono in stretta linea di continuità temporale rispetto al reato principale di favoreggiamento, come evidenziano le stesse clausole di riserva previste ai citati commi 5 e 5-*bis* con la conseguenza che chi debba già rispondere della fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 12 t.u. imm. non risponderà degli altri due reati da considerare *post factum* non punibili. Ugualmente collaterale alla fattispecie di favoreggiamento è il delitto di impiego di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno (art. 22, comma 12, t.u. imm.), quale forma di sfruttamento della permanenza irregolare sul territorio nazionale.

Collaterali alla tratta sono i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.) e di intermediazione illecita (art. 603-*bis* c.p.); ma criminologicamente presentano la stessa caratteristica anche le diverse fattispecie di sfruttamento della prostituzione e dell'accattonaggio che solitamente si pongono come epiloghi dello sfruttamento delle vittime della tratta.

Tali fattispecie, che presentano un disvalore autonomo, costituiscono spesso "reati-spia" rispetto alle fattispecie "principali" che incriminano più specificamente il traffico, o perché ne sono gli effetti (es. favoreggiamento abitativo, impiego di lavoratori irregolari) o perché ne sono il risultato finale (mantenimento in schiavitù, intermediazione illecita; a queste si aggiungono altre fattispecie come l'accattonaggio e lo sfruttamento della prostituzione); allo stesso modo, il favoreggiamento dell'immigrazione può diventare sintomo del più grave delitto di tratta⁷.

⁶ Sull'irrelevanza del consenso v. art. 2, par. 4, direttiva 2011/36/UE. Sul punto v. R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Irrilevante il consenso allo sfruttamento se è stato utilizzato un metodo coercitivo*, in *Guida al dir.*, 2014, 16, p. 48.

⁷ C. BERNASCONI, *La repressione penale della tratta*, cit., p. 88.

2. *Il diverso ruolo del migrante nel controllo penale del traffico di migranti*

In questo complesso quadro normativo il significato dell'intervento penale può essere apprezzato partendo da una prospettiva vittimocentrica, ossia considerando il differente ruolo del migrante nelle diverse fattispecie. Dalle norme che nel nostro ordinamento definiscono i limiti del controllo penale del traffico dei migranti emerge la diversità di significato che assume il migrante all'interno della fattispecie penale ora come oggetto materiale dell'azione criminosa, ora come persona offesa, due significati non sempre nettamente distinguibili, ma spesso compresenti in diverso grado di intensità in una stessa fattispecie incriminatrice.

Nel delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina il migrante – come ha ben chiarito Massimo Donini⁸ – è semplice “oggetto materiale” dell'azione criminosa, perché la tutela si incentra sull'interesse pubblico all'integrità dei confini e delle politiche dei flussi migratori; entro la stessa logica si muove anche la fattispecie di impiego di lavoratori stranieri irregolari, nella quale il disvalore è insito nell'assenza del permesso di soggiorno in capo al prestatore d'opera (art. 22, comma 12, t.u. imm.).

La tutela della vittima si va, invece, accentuando all'interno di alcune norme, pur nell'ambito di una tutela, tutta pubblicistica, della regolarità dei flussi migratori: qui il migrante, da mero oggetto della condotta criminosa, diventa soggetto passivo del reato, perché si prende in considerazione lo sfruttamento della condizione personale di migrante. In tal senso va letta la scelta del legislatore di prevedere non come circostanza aggravante, ma come fattispecie autonoma di reato, la più grave ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, qualora il fatto sia commesso esponendo la persona trasportata a pericolo di vita o di incolumità personale o sottoponendola a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale (art. 12, comma 3, lett. *b*), *c*) e comma *3-bis*). La scelta di costruire una fattispecie autonoma, in luogo dell'originaria previsione di semplici circostanze aggravanti, riflette chiaramente l'intenzione del legislatore di garantire un trattamento sanzionatorio più severo, escludendo l'applicazione della disciplina del giudizio di bilanciamento. Che il comma 3 configuri una fattispecie autonoma e non una circostanza indipendente trova conferma nell'espressa previsione, al comma *3-bis*, di una circostanza aggravante ad effetto comune, qualora ricorrano due o più delle ipotesi di maggior disvalore previste dal comma 3.

Allo stesso modo la considerazione del migrante come vittima, piuttosto che come mero oggetto materiale della condotta criminosa, emerge nella disciplina del favoreggiamento della permanenza illegale e nel c.d. favoreggiamento abitativo: in queste fattispecie si contrae l'area di illiceità penale per ragioni di tipo umanitario, in quanto è necessario che la condotta sia sorretta dal dolo specifico, consistente nel fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di irregolarità del migrante. A tal fine non basta – chiarisce la giurisprudenza – “il mero impiego dello straniero come mano d'opera in nero, occorrendo quale elemento ulteriore l'imposizione di condizioni gravose e discriminatorie”⁹. Il

⁸ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 119 ss.

⁹ Cass., sez. I, 6 maggio 2014, in *Dir. e giust. on line*, 6 ottobre 2014.

dolo specifico accentua, dunque, la dimensione lesiva della personalità del migrante e della sua condizione di vulnerabilità.

Se il legislatore avesse inteso perseguire una pura logica di tutela pubblicistica dei confini nazionali, sarebbe stato più funzionale svincolare la fattispecie dal dolo specifico, in modo da criminalizzare *qualunque* condotta dolosamente rivolta ad assicurare la permanenza illegale dello straniero sul territorio nazionale. Mi pare, pertanto, che in relazione alla fattispecie in esame, il legislatore non abbia perseguito quella che, con felice espressione, fu definita la “tecnica della terra bruciata” intorno all’immigrato irregolare¹⁰, ossia la criminalizzazione dell’immigrazione clandestina (art. 10-*bis* t.u. imm.) con i conseguenti riflessi sul piano della disciplina amministrativa e penale. Il legislatore ha, invece, voluto incriminare il favoreggiamento della permanenza e quello abitativo solo in presenza di una finalità di sfruttamento della condizione di maggiore vulnerabilità dell’immigrato irregolare, in quanto una più ampia incriminazione avrebbe comportato anche la criminalizzazione delle condotte di aiuto umanitario.

Il ruolo del migrante come vittima emerge anche dalla circostanza aggravante ad effetto speciale prevista per il delitto di impiego di lavoratori senza permesso di soggiorno all’art. 22, comma 12-*bis*, t.u. imm., applicabile quando i lavoratori occupati sono sottoposti alle condizioni lavorative di particolare sfruttamento previste per il delitto di intermediazione illecita all’art. 603-*bis* c.p. (aver commesso il fatto esponendo i lavoratori a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro). Non è un caso che l’attenzione al migrante come vittima emerga in relazione ad una circostanza descritta per rinvio ad un’analoga circostanza prevista per un delitto collocato tra i delitti contro la personalità individuale.

Il migrante è, invece, considerato del tutto come vittima del reato nel delitto di tratta e nelle fattispecie a questo collaterali, alle quali si faceva innanzi cenno.

Il diverso ruolo assunto dal migrante nelle fattispecie incriminatrici che incriminano il traffico di migranti spiega la progressiva accentuazione degli strumenti di tutela penale in rapporto all’importanza dei beni coinvolti.

3. *Tecniche di tutela anticipata e ampliamento del delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina*

Sul piano delle scelte di incriminazione, il controllo penale del traffico di migranti registra una significativa anticipazione della soglia di punibilità, in particolare nelle fattispecie di favoreggiamento di cui all’art. 12 t.u. imm. Meritano di essere segnalati due profili: la tutela penale anticipata e l’ampliamento in via interpretativa degli spazi applicativi dell’art. 12, comma 1, cit. rispetto alla fattispecie di favoreggiamento della permanenza.

Anzitutto il fatto, consistente in atti diretti a procurare illegalmente l’ingresso nel territorio dello Stato, è costruito secondo la tecnica dei delitti di attentato: la norma

¹⁰ Il richiamo alla tecnica della “terra bruciata” è di L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (cur.), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009, p. 48.

“sanziona le condotte agevolatrici consistenti in atti preparatori univocamente finalizzati all’ingresso illegale dello straniero in altro Stato, anticipando la tutela rispetto al momento dell’attraversamento della frontiera”¹¹, essendo irrilevante il conseguimento dello scopo, ossia l’ingresso nello Stato¹². Il reato è stato ravvisato nella contraffazione di nullaosta per l’ottenimento del permesso di soggiorno di stranieri nel territorio dello Stato, perché trattasi di condotta che non si esaurisce nella mera falsificazione, ma è funzionalmente orientata a favorire l’ingresso di stranieri¹³. La giurisprudenza applica la fattispecie anche ai trasporti all’interno del territorio nazionale, quando siano “scienziamente inseriti in un più ampio percorso che, dall’estero, conduceva i clandestini prima in Italia e poi in altri Paesi europei” attraverso “una struttura associativa transnazionale”¹⁴. In relazione al delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, la giurisprudenza ha sviluppato un’interpretazione estensiva alla luce del bene giuridico tutelato (regolarità dei flussi migratori), che qui non svolge affatto una funzione critica.

La fattispecie di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina è altresì caratterizzata da una interpretazione che ne estende l’ambito di applicazione in quattro direzioni che perseguono l’obiettivo di rafforzare la tutela della regolarità dei flussi migratori.

a) Si assiste, anzitutto, all’ampliamento della condotta che l’art. 12 descrive attraverso l’elencazione casistica di alcune specifiche modalità (promozione, direzione, organizzazione, finanziamento, trasporto), alle quali segue una formula di chiusura comprensiva degli “altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso nel territorio dello Stato” e chiaramente indicativa di una fattispecie a consumazione anticipata, nella quale l’elencazione casistica delle condotte, introdotta dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, non fa venir meno i problemi di determinazione dell’inizio dell’attività punibile¹⁵.

Ora, considerato che i delitti di attentato hanno da tempo recuperato, in via interpretativa, i requisiti dell’idoneità e della direzione non equivoca degli atti¹⁶, tanto deve valere anche in relazione al delitto di cui al comma 1 dell’art. 12 cit.¹⁷, con la conseguenza che non dovrebbero integrare l’attentato gli atti meramente preparatori che non raggiungono la soglia della direzione non equivoca, come nel caso dell’accordo. La giurisprudenza, invece, quando afferma che la fattispecie di favoreggiamento è già integrata dall’accordo diretto al reclutamento degli stranieri da far entrare in Italia¹⁸, estende la condotta di attentato ad un fatto (l’accordo) che di per sé non presenta quei caratteri di idoneità ed univocità necessari per attingere la soglia di rilevanza penale. La

¹¹ Cass., sez. I, 3 ottobre 2008, n. 38936.

¹² Trib. Catania, 23 settembre 2014, in *www.iusexplorer.it*.

¹³ Cass., sez. I, 2 aprile 2014, in *Dir. e giust. on line*, 28 aprile 2014.

¹⁴ Cass., sez. I, 6 maggio 2010, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1551.

¹⁵ E. CALANDUCCI, *Art. 12 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in C. COMMANDATORE, A. DI GAETANO (cur.), *Codice dell’immigrazione, dell’asilo e della cittadinanza*, Roma, 2014, p. 174.

¹⁶ Sia consentito il rinvio a M. PELISSERO, *Delitti di attentato*, in M. PELISSERO (cur.), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, Torino, 2010, p. 23 ss.

¹⁷ A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc., Speciale Immigrazione*, 2009, 1, p. 19; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell’immigrazione*, Torino, 2006, p. 60; L. GIZZI, *Sulla natura giuridica del delitto di agevolazione dell’immigrazione clandestina*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1012 ss.

¹⁸ Cass., sez. VI, 19 maggio 2005, in *Guida dir.*, 2005, 43, p. 93.

logica che sottende quest'interpretazione è, ancora una volta, il rafforzamento della tutela della regolarità dei flussi migratori, con anticipazione dell'inizio dell'attività punibile.

b) Una seconda direttrice di ampliamento della fattispecie di favoreggiamento è conseguenza della contrazione dell'ambito di applicazione del delitto di favoreggiamento della permanenza illegale. La giurisprudenza, infatti, ha applicato il comma 1 dell'art. 12 anche in presenza di condotte realizzate interamente sul territorio nazionale successivamente all'ingresso illegale dello straniero, a condizione che sussista l'immediatezza spazio-temporale tra l'ingresso e la condotta di agevolazione e che tale condotta abbia rilevanza causale, sempre che sussista identità di interessi tra chi ha operato in Italia e chi ha operato all'estero¹⁹. Se si applicasse il delitto di favoreggiamento della permanenza si avrebbe la contrazione del controllo penale perché dovrebbe essere accertata la presenza di due elementi: l'art. 12, comma 5, struttura la fattispecie come reato ad evento, perché è necessario "un effettivo contributo agevolatore"²⁰ e richiede il dolo specifico del fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero. Questi elementi segnalano – come innanzi evidenziato – lo spostamento dell'asse di disvalore della norma dalla regolarità dei flussi migratori alla persona del migrante.

c) Una terza direttrice di ampliamento dell'art. 12, comma 1, t.u. imm. è costituita dall'interpretazione estensiva dell'elemento ad illiceità speciale presente nella fattispecie, consistente nella necessità di una condotta di favoreggiamento "in violazione delle disposizioni del presente testo unico". Questo elemento apre, in modo molto ampio, alla illiceità extrapenale dell'intera disciplina amministrativa prevista dal testo unico; sebbene ne sia stata offerta anche un'interpretazione restrittiva, che riferisce l'irregolarità all'attraversamento della frontiera²¹, la giurisprudenza si è, invece, orientata a riferire l'illiceità speciale alla condotta, applicando pertanto la norma anche nei casi di ingresso di per sé regolare, ma finalizzato alla permanenza irregolare (è il caso dello straniero che, entrato con un regolare visto turistico, sia intenzionato a permanere in territorio italiano ben oltre i limiti previsti dal titolo di soggiorno)²². Questa interpretazione pregiudica la determinatezza della fattispecie, in quanto il fatto tipico è condizionato dall'intenzione del migrante, regolarmente entrato in territorio italiano, di permanervi poi illegalmente. Di certo sussistono elementi testuali che sembrano confermare questa lettura, quantomeno in relazione ad alcune delle ipotesi previste dalla più grave fattispecie prevista al comma 3 (le lett. *a*, *b*, *c* fanno, infatti, espresso riferimento all'ingresso o permanenza illegale)²³. La giurisprudenza l'ha valorizzata nella prospettiva di potenziare la tutela della regolarità dei flussi migratori, perché attribuisce all'e-

¹⁹ Sulla questione v. S. ZIRULIA, *Art. 12 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (cur.), *Codice penale commentato*, III, Milano, 2011, p. 7667-7668.

²⁰ Cass., sez. I, 2 febbraio 2006, in *Riv. pol.*, 2007, p. 255.

²¹ A. CAPUTO, *Diritto*, cit., p. 64.

²² Cass., sez. I, 26 novembre 2013, in *www.iusexplorer.it*; Cass., sez. I, 9 ottobre 2008, n. 44600, in *Guida dir.*, 2009, 4, p. 102; Cass., 7 aprile 2004, in *Cass. pen.*, 2005, p. 965; Cass., 16 dicembre 2004, in *Riv. pen.*, 2006, p. 368.

²³ Ampliamente S. ZIRULIA, *Art. 12*, cit., p. 7673 ss. Già prima della riforma del 2009, la giurisprudenza aveva richiamato a sostegno di questa interpretazione il riferimento alla permanenza illegale, allora presente nell'aggravante prevista dal comma 3-bis, lett. *a*) e *c*) dell'art. 12: Ass. Milano, 18 febbraio 2008, in *www.iusexplorer.it*.

lemento della “violazione delle disposizioni del testo unico” la funzione di assicurare il rispetto del complesso della disciplina sull’immigrazione, sia in relazione all’ingresso che alla permanenza sul territorio dello Stato dei cittadini di paesi non aderenti all’Unione europea.

d) Va, infine, segnalato l’ampliamento del delitto di favoreggiamento dell’emigrazione clandestina – introdotto nel 2002 – in relazione alle condotte dirette all’attraversamento illegale dall’Italia verso altro Stato, solo come via di transito per consentire allo straniero di raggiungere il paese di origine²⁴. È rimasto, invece, minoritario l’orientamento contrario alla rilevanza penale del rimpatrio dello straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato, in quanto la presenza dello scopo finale di eliminare la situazione di irregolarità dello straniero “non può essere di per sé riprovato”²⁵. La giurisprudenza più recente ha, però, sostenuto che la finalità ultima del rimpatrio nel Paese di origine è del tutto irrilevante²⁶.

Questa interpretazione ampia della fattispecie incriminatrice è funzionale a rafforzare la tutela dei confini nella prospettiva dell’accordo di Schengen (art. 27), inclusiva non solo dei confini nazionali, ma anche di quelli degli altri Stati aderenti all’accordo²⁷.

4. *La progressiva tipizzazione della complessità dei fenomeni della schiavitù e della tratta*

Una seconda linea di intervento sulla disciplina penale del traffico di migranti ha interessato i delitti di riduzione e mantenimento in schiavitù e tratta, rispetto ai quali è rinvenibile una chiara linea di politica criminale rivolta ad una più precisa tipizzazione delle fattispecie penali che descrivono fenomeni complessi²⁸.

Come noto, nella versione originaria del codice Rocco, i delitti contro la personalità individuale erano connotati dalla genericità ed indeterminatezza delle nozioni di schiavitù e, di conseguenza, di tratta, definite richiamando le nozioni giuridiche ricavabili dalle convenzioni internazionali (elementi normativi); se gli artt. 600, 601 e 602 c.p.

²⁴ Cass., sez. I, 4 dicembre 2008, n. 1082, in *www.iusexplorer.it*; Cass., sez. I, 3 ottobre 2008, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3569; Cass., sez. I, 23 settembre 2008, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3073; Cass., sez. I, 28 febbraio 2008, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4292.

²⁵ Cass., sez. I, 26 ottobre 2006, in *Riv. pen.*, 2007, p. 1073. Più recentemente Cass., sez. I, 21 febbraio 2008, n. 9520, in *www.iusexplorer.it*. In dottrina v. A. CAPUTO, *Le nuove figure di favoreggiamento delle migrazioni illegali all’esame della Corte di cassazione e della giurisprudenza di merito*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, 2, p. 90 ss.

²⁶ Cass., sez. I, 9 dicembre 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 2015, con nota di S. TURCHETTI.

²⁷ S. TURCHETTI, *Favoreggiamento del transito verso uno Stato estero: è reato?*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2018. Sull’etero-integrazione della fattispecie attraverso la disciplina del paese straniero, v. M. GAMBARDELLA, *Il favoreggiamento dell’emigrazione clandestina e la Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 199.

²⁸ Sulla evoluzione della fattispecie v. G. MAZZI, *Art. 600*, in T. PADOVANI (cur.), *Codice penale*, Milano, 2014, p. 3306 ss.; A. PECCIOLI, “Giro di vite” contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta delle persone, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 34 ss.; F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in *Studi in onore di G. Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 2131 ss.

facevano riferimento alla schiavitù, intesa come *status* giuridico, spettava al delitto di plagio (art. 603 c.p.) reprimere i casi nei quali una persona fosse assoggettata di fatto al potere di un'altra persona²⁹. Questo assetto di disciplina aveva di fatto condotto alla contrazione del controllo penale: i delitti di riduzione in schiavitù e tratta avrebbero potuto essere applicati solo a fatti commessi all'estero in ordinamenti ove vigesse l'istituto della schiavitù; il plagio, richiedendo la riduzione di una persona al "totale stato di soggezione" ad un'altra, era difficilmente provabile e, come noto, per questa ragione cadde sotto la scure della Corte costituzionale per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., in quanto la formulazione della fattispecie non ne consente una "razionale applicazione concreta" (Corte cost. n. 86/1981). Tuttavia, a fronte dei mutamenti socio-politici internazionali e dello sviluppo dei fenomeni migratori, la giurisprudenza cominciò ad applicare i delitti di cui agli artt. 600 e 601 c.p. in situazioni nelle quali la condizione di schiavitù si presentava non in forma di *status* giuridico, ma come situazione di assoggettamento di una o più persone all'altrui potere di disposizione³⁰. Il legislatore con la legge 11 agosto 2003, n. 228 ha poi recepito la sollecitazione giurisprudenziale, tipizzando le condizioni di schiavitù e servitù nell'art. 600 c.p., facendo emergere i tratti caratteristici di un fenomeno complesso. Lo sforzo del legislatore va apprezzato anche per l'attenzione mostrata nel valorizzare nella struttura della fattispecie la diversificazione della domanda del macabro "mercato dei corpi": con la legge 2 luglio 2010, n. 108 ha introdotto una serie di circostanze aggravanti per i delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., tra le quali va messa in evidenza quella che contempla il fatto diretto allo sfruttamento della prostituzione o al prelievo di organi (art. 602-ter, comma 1, lett. b, c.p.), capace di riflettere l'evoluzione del mercato dei "nuovi" schiavi da inserire nel giro d'affari della prostituzione o del prelievo di organi. Da ultimo, con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 gli elementi circostanziali, che facevano riferimento allo sfruttamento delle prestazioni sessuali ed alla sottoposizione al prelievo di organi, sono stati trasformati in elementi costitutivi della fattispecie di riduzione o mantenimento in schiavitù e sono stati, di conseguenza, sottratti al giudizio di bilanciamento. Al contempo, il legislatore ha ampliato l'art. 600 c.p. attraverso una clausola di chiusura che rinvia a qualsiasi costrizione "al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento"³¹.

L'attenzione del legislatore per questi nuovi scopi di sfruttamento riflette l'adegua-

²⁹ Sull'evoluzione giurisprudenziale e normativa dell'art. 600, v. P. PISA, A. PECCIOLI, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, cit., p. 285 ss.; B. ROMANO, *Riflessioni penalistiche sulle misure contro la tratta di persone*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 660 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Padova, 2013, p. 275 ss.; G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, *I reati contro le persone*, Padova, 2014, p. 338 ss.

³⁰ Cass., sez. un., 20 novembre 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1308. Si vedano altresì Cass., sez. III, 19 maggio 1998, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1085; Cass., sez. V, 16 dicembre 1997, in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 658; Ass. Pavia, 23 luglio 2001, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1109, con nota di M.C. BARBIERI, *Moderne schiavitù e moderne libertà: quali i limiti di applicabilità dell'art. 600 c.p.?*; Ass. Firenze, 23 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, II, c. 298, con nota di A. DI MARTINO, «*Servi sunt, immo nomine*». *Schiavitù e condizione analoga alla schiavitù nell'interpretazione di una corte di merito*; Ass. Milano, 27 ottobre 1986, in *Ind. pen.*, 1987, p. 113, con nota di M. PISANI, *I bambini «argati» e la riduzione in schiavitù*.

³¹ Sugli elementi di novità apportati all'art. 600 dalla riforma del 2014, v. P. PISA, A. PECCIOLI, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, cit., p. 310; A. MADEO, *Il d. legis. 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Studium iuris*, 2014, p. 1105 ss.

mento della stessa disciplina sovranazionale alle più recenti evoluzioni del fenomeno della tratta³²: la direttiva 2011/36/UE adotta una definizione più ampia di tratta rispetto a quella accolta dalla decisione quadro 2002/269/GAI, in modo da includere anche lo “sfruttamento di attività criminali”, da intendere come “lo sfruttamento di una persona affinché commetta, tra l’altro, atti di borseggio, taccheggio, traffico di stupefacenti e altre attività analoghe che sono oggetto di sanzioni e implicano un profitto economico” (considerando n. 11, direttiva 2011/36/UE), e considerando anche la specificità di genere del fenomeno della tratta, che presenta fini diversi a seconda che vittime ne siano uomini o donne (considerando n. 3 della citata direttiva).

Allo stesso modo, il legislatore è intervenuto ad adeguare il delitto di tratta alle nuove forme di sfruttamento delle condizioni di marginalità e povertà dei migranti, affiancando alla condotta di tratta quella di chi, al fine di ridurre taluno in schiavitù o in condizione di servitù, lo induce mediante inganno o lo costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno (art. 601 così come modificato dalla legge 11 agosto 2003, n. 228). Tuttavia, margini di incertezza continuano a permanere tra i delitti di tratta (art. 601) e di acquisto e alienazione di schiavi (art. 602): al criterio puramente quantitativo, che porterebbe ad applicare l’art. 602 solo in presenza dell’acquisto o alienazione di una sola persona che si trovi in condizioni di schiavitù, sono stati preferiti criteri diversi che portano ad applicare l’art. 602 c.p. in mancanza delle modalità di minaccia, violenza o inganno descritte all’art. 600 c.p.³³ o, preferibilmente, in assenza di una dimensione imprenditoriale-organizzativa del fatto che connoterebbe invece il delitto di tratta, al quale vanno pertanto ricondotti anche i casi di alienazione o acquisto di un solo individuo, a condizione che il fatto si inserisca in un contesto di tipo imprenditoriale³⁴.

La traduzione in termini normativi della complessità del fenomeno del traffico di migranti è stata realizzata anche attraverso l’amplissimo ricorso a circostanze aggravanti: lo faceva già l’art. 12 t.u. imm. che, al comma 3-*bis*, prevedeva il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina aggravato in determinate ipotesi (il fatto riguarda l’ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone; per procurare l’ingresso o la permanenza illegale la persona è stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità; per procurare l’ingresso o la permanenza illegale la persona è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante), soluzione che il legislatore ha poi abbandonato in favore della previsione di un’autonoma fattispecie di favoreggiamento punita più gravemente, nella quale gli elementi circostanziali sono stati trasformati in elementi co-

³² Su questi sviluppi, v. A. ANNONI, *Gli obblighi internazionali in materia di tratta di esseri umani*, in S. FORLATI (cur.), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 1 ss.

³³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, p. 150.

³⁴ P. PISA, A. PECCIOLI, *op. cit.*, p. 323; C. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 82. Nel senso, invece, della inutilità dell’art. 602, “mancando uno spazio applicativo autonomo” rispetto all’art. 601 c.p., F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 290.

stitutivi di fattispecie con l'effetto di escludere tali elementi dal giudizio di bilanciamento, già peraltro espressamente escluso dalla disciplina speciale in deroga all'art. 69 c.p. (le attenuanti concorrenti non potevano, infatti, essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto alle aggravanti speciali, con obbligo di operare le diminuzioni di pena sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti).

Il legislatore ha invece mantenuto la tecnica delle circostanze aggravanti per i delitti di cui agli artt. 600-601 c.p., disponendo espressamente il divieto di prevalenza o equivalenza delle attenuanti concorrenti, diverse da quelle previste agli artt. 98 e 114 c.p., con obbligo di computarle sulla pena risultante dall'aumento delle aggravanti. Ne è derivato un draconiano aumento delle pene (già elevatissime nel reato base punito con la reclusione da otto a venti anni) che supera di gran lunga le indicazioni in punto di pena date dalla direttiva sulla prevenzione e repressione della tratta (2011/36/UE), il cui art. 4 prevede per i reati disciplinati dalla direttiva l'introduzione della pena della reclusione della durata massima di almeno cinque anni, o dieci anni nelle ipotesi di maggiore gravità (fatto commesso nei confronti di vittime particolarmente vulnerabili, compresi almeno i minori; fatto commesso nel contesto di un'organizzazione criminale; aver messo in pericolo la vittima, intenzionalmente o per colpa grave; ricorso a violenze gravi o aver cagionato alla vittima un pregiudizio particolarmente grave).

Il ricorso al sistema delle circostanze rende ancora più complessa la lettura di una fattispecie che, già di per sé, presenta elementi di complessità e margini di elasticità che rischiano di essere accentuati dall'intervento delle circostanze. Ad esempio, il fine di sfruttamento della prostituzione e del prelievo di organi compare sia come elemento costitutivo di fattispecie nell'art. 600, sia come circostanza aggravante nell'art. 602-*bis*, comma 1, lett. *b*), c.p.

Si assottiglia la differenza tra favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e tratta attraverso la "circostanza cuscinetto" dell'art. 12, comma 3-*ter*, lett. *a*), t.u. imm. che punisce più gravemente il favoreggiamento se i fatti sono "commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento". Questa circostanza riflette anche la sovrapposizione fenomenologica tra le diverse tipologie di traffico di migranti; sul piano normativo tale sovrapposizione deve condurre a leggere il rapporto tra l'art. 12 t.u. imm. e l'art. 601 c.p. alla luce del principio di assorbimento, con prevalenza del delitto di tratta, facendo quindi prevalere il profilo del migrante come vittima piuttosto che come oggetto materiale di reati posti a tutela dei flussi migratori³⁵.

5. La funzione del reato associativo

I delitti di favoreggiamento dell'immigrazione e di tratta, anche se sono costruiti come fattispecie monosoggettive, sono fattispecie necessariamente associative, in modo analogo ad alcuni delitti contro la personalità dello Stato che, avendo un contenuto macro-offensivo, sono realizzabili solo attraverso un concorso di persone e la mediazione

³⁵ C. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 87.

di un apparato organizzativo. Tali fattispecie saranno solitamente contestate unitamente al reato associativo che, sul piano sanzionatorio, svolge pertanto una funzione sostanzialmente “aggravante” rispetto al reato di favoreggiamento o di tratta, ulteriormente potenziata dalla previsione all’art. 416, comma 6, c.p. di una circostanza aggravante speciale, applicabile laddove il programma dell’associazione per delinquere sia diretto a commettere taluno dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., nonché il delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina aggravato *ex art.* 12, comma 3-*bis*, t.u. imm. Questa aggravante è significativa non tanto per la maggiore severità della risposta sanzionatoria, che potrebbe essere annullata dal giudizio di bilanciamento, qui applicabile senza limitazioni, a differenza di quanto ha disposto il legislatore in relazione alle aggravanti proprio in materia di tratta³⁶, quanto piuttosto perché la sua contestazione ha effetto sia in termini di differenziazione della disciplina processuale sia sul piano dell’accesso alle misure alternative alla detenzione (art. 4-*bis* ord. penit.).

I reati relativi al traffico di migranti presentano una dimensione oltre che associativa anche transnazionale ai sensi della legge n. 146/2006, in quanto nella maggior parte dei casi questi reati sono opera della criminalità organizzata transnazionale. A questo riguardo la direttiva 2011/36/UE prevede l’obbligo per gli Stati membri di adottare le misure necessarie a stabilire la propria giurisdizione per i reati di tratta, quando il reato sia stato commesso anche solo parzialmente sul proprio territorio.

6. *Il potenziamento della risposta sanzionatoria*

I reati di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina e di tratta si caratterizzano per la presenza di elevati livelli edittali di pena, ulteriormente aggravati attraverso tre diverse scelte di politica criminale: la previsione di specifiche circostanze aggravanti sottratte al giudizio di bilanciamento; la trasformazione di circostanze aggravanti in fattispecie autonome di reato con cornici edittali più severe e del tutto sottratte alla disciplina del giudizio di bilanciamento; la contestazione del reato associativo aggravato. Si tratta di livelli edittali particolarmente elevati, molto più elevati, come si accennava innanzi, rispetto ai minimi richiesti dalla direttiva del 2011: il massimo di venti anni, previsto agli artt. 600 e 601 c.p. segnala che i delitti di schiavitù e tratta sono molto vicini ai livelli di pena dell’omicidio, forse perché queste fattispecie riducono le persone a “cose”, annientandone la personalità individuale³⁷. Una morte non fisica, ma sociale.

La maggiore severità della risposta sanzionatoria non risiede, tuttavia, nei più elevati livelli di pena che derivano dalla contestazione delle circostanze speciali o del reato associativo (tra l’altro, il fatto che l’inasprimento della sanzione operi su cornici edittali già elevate nel reato base ne riduce l’efficacia deterrente). Piuttosto il potenziamento della risposta sanzionatoria è più significativo sotto altri profili. Il legislatore, in conformità ad un indirizzo di politica criminale oramai costante nel contrasto alla criminalità del profitto, ha potenziato la confisca: nel caso di condanna per il delitto di tratta, mantenimento o riduzione in schiavitù, l’art. 600-*septies* c.p. prevede la confisca obbli-

³⁶ Critica sul punto C. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 71.

³⁷ C. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 73.

gatoria dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo del reato, applicabile anche in forma per equivalente e rispetto ai beni di cui il soggetto abbia la disponibilità, anche indirettamente o per interposta persona (dunque è sufficiente la semplice disponibilità di fatto del bene). Quanto al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, è previsto il sequestro dei mezzi di trasporto, mentre in caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., anche con sospensione condizionale, per il delitto di favoreggiamento abitativo, l'art. 12, comma 5-*bis*, t.u. imm. prevede la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato.

Il legislatore, in conformità alle indicazioni della direttiva 2011/36/UE³⁸, è intervenuto anche sul terreno della responsabilità degli enti, ai quali si applicano sanzioni pecuniarie ed interdittive in relazione a diverse fattispecie in tema di repressione del traffico illecito di migranti: gli artt. 600, 601 e 602 c.p.; l'art. 22, comma 12-*bis*, t.u. imm. sull'impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; l'associazione per delinquere, qualora sia aggravata dallo scopo di commettere i delitti previsti agli artt. 600, 601 e 602 c.p., nonché all'art. 12, comma 3-*bis*, t.u. imm. (artt. 24-*ter*, 25-*quinquies*, 25-*duodecies*, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)³⁹. Le scelte fatte sul piano della disciplina del d.lgs. n. 231/2001 si presentano in alcuni casi più come una dichiarazione simbolica di intervento (penso in particolare all'art. 600), in altri casi, invece, possono rappresentare uno strumento efficace di intervento, come nel caso del delitto di impiego in attività lavorative di stranieri irregolari, fattispecie che assume una chiara connotazione di reato d'impresa. A quest'ultimo riguardo, vanno segnalati due limiti della disciplina: la risposta sanzionatoria si presenta depotenziata, in quanto è limitata alla sola sanzione pecuniaria e non prevede sanzioni interdittive; appare anche irragionevole l'esclusione dai reati-presupposto della responsabilità dell'ente dell'art. 603-*bis* c.p., che incrimina l'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

Il legislatore non è invece venuto incontro alla sollecitazione della direttiva 2011/36/UE che al considerando n. 26 prevede che “gli Stati membri dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di irrogare sanzioni a chi si avvale di qualsiasi servizio da parte di una persona con la consapevolezza che essa è vittima della tratta. Potrebbe essere così perseguita la condotta dei datori di lavoro di cittadini di paesi terzi in posizione regolare e di cittadini dell'Unione, e quanti ricorrono ai servizi sessuali di qualsiasi persona vittima della tratta, indipendentemente dalla loro cittadinanza”. Si sarebbe trattato di un intervento particolarmente efficace per abbattere il mercato che alimenta le vie della tratta.

7. *La necessità di politiche di intervento integrate*

Che il diritto penale costituisca uno strumento di per sé inefficace di intervento lo dimostrano gli sbarchi continui che proseguono nonostante i rischi per l'incolumità fisica dei migranti e nonostante i morti che drammaticamente le traversate lasciano in mare. Il diritto penale, come dicevo all'inizio, costituisce tuttavia uno strumento imprescindibile

³⁸ M. VENTUROLI, *op. cit.*, p. 56.

³⁹ A. PECCIOLI, *op. cit.*, p. 47.

di intervento, perché il traffico illecito di migranti offende interessi fondamentali della persona; la sua inefficacia sta nella possibilità di intervenire solo in via repressiva e solo rispetto a condotte individuali, mentre il traffico di migranti ha assunto i caratteri di un fenomeno complesso, connotato dalle dimensioni di massa di spostamento della popolazione indotto dalle trasformazioni politiche e sociali in diverse aree geografiche del globo.

Il fatto che gli ordinamenti nazionali debbano, anzitutto, misurarsi con la complessità di questo fenomeno, prima ancora che con l'imputazione di responsabilità individuali, spiega perché la politica criminale vada inquadrata all'interno di una tutela integrata delle politiche migratorie⁴⁰. È questo, infatti, l'elemento che connota l'approccio degli strumenti sovranazionali nel contrasto alla tratta di esseri umani ed all'immigrazione illegale: in tal senso si muovevano già i protocolli addizionali del 2003 alla Convenzione delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale (uno relativo al traffico di migranti via terra, via mare e via aria, l'altro relativo alla tratta di persone, in particolare donne e bambini) e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani, firmata a Varsavia il 16 maggio 2005; nell'ambito dell'Unione europea, lo stesso approccio è presente nella direttiva 2011/36/UE, il cui considerando n. 7 chiarisce che la direttiva “adotta un approccio globale, integrato e incentrato sui diritti umani alla lotta contro la tratta degli esseri umani”, e nella “Strategia UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani, 2012-2016” (del 19 giugno 2012); anche a livello di legislazione interna il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, di attuazione della direttiva 2011/36/UE, non si limita a potenziare la disciplina penale, ma pone attenzione alla prevenzione del fenomeno della tratta ed alla tutela delle vittime⁴¹.

Accanto alle disposizioni penali, la disciplina sovranazionale ed il d.lgs. n. 24/2014 prevedono anche disposizioni di natura diversa: disposizioni a carattere preventivo, che si traducono nel rafforzamento della cooperazione giudiziaria, di polizia ed amministrativa; disposizioni a tutela delle vittime, per evitare sia che queste siano nuovamente oggetto della tratta sia il fenomeno della vittimizzazione secondaria, derivante dal trauma del processo penale (in tal senso dispongono espressamente i considerando nn. 19 e 20 della direttiva 2011/36/UE)⁴².

Ora, di fronte a fenomeni complessi come quello delle migrazioni, il diritto penale non può diventare lo strumento principale di contrasto: anzitutto, perché tradirebbe il proprio statuto che si fonda sul principio della responsabilità penale personale, ossia sull'imputazione colpevole di singoli fatti a chi ne è autore; in secondo luogo, perché il diritto penale, proprio per i beni sui quali va ad incidere il suo arsenale sanzionatorio, è inadeguato ad affrontare problemi complessi che richiedono strumenti flessibili di intervento che impongono il coinvolgimento della comunità internazionale e che sarebbero destinati al fallimento se fossero affrontati sul piano solo penale da parte dei singoli ordinamenti nazionali.

⁴⁰ A. ANNONI, *op. cit.*, p. 3.

⁴¹ A. MADEO, *op. cit.*, p. 1109 ss.

⁴² M. VENTUROLI, *op. cit.*, p. 63. Ampiamente M. FERRERO, G. BARBARIOL, *Prime note sulla normativa italiana per la protezione delle vittime di tratta e di grave sfruttamento dopo l'attuazione della direttiva 2009/52/CE*, in S. FORLATI (cur.), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 91 ss.

L'accertamento processuale della tratta di esseri umani fra obblighi di *due diligence* e tecniche di tutela integrata

Paola Maggio *

SOMMARIO: 1. Tratta di esseri umani e sistema penale integrato. – 2. La vulnerabilità: cifra sostanziale e processuale degli interventi di adeguamento. – 3. Sistema aperto delle fonti e tutela della dignità umana. – 4. Obblighi di *due diligence* e snodi procedurali: l'individuazione delle vittime. – 5. Il minore-vittima. – 6. La difficile determinazione del *locus commissi delicti* e la contestazione del reato associativo. – 7. L'incidente probatorio esteso. – 8. Tratta e prova dichiarativa “debole”.

1. *Tratta di esseri umani e sistema penale integrato*

Gli studiosi più autorevoli sottolineano la sostanziale inadeguatezza ma anche l'irrinunciabile imprescindibilità della risposta penale sostanziale *nell'affrontare* i fenomeni del favoreggiamento e della tratta di esseri umani¹. Non sufficiente, ma del pari necessario, lo strumentario processuale in materia, lascia emergere alcune coordinate di fondo e taluni profili critici.

Lo scenario è influenzato dalle dimensioni internazionali del fenomeno e dalle sue interrelazioni con la criminalità organizzata che coinvolgono anche i profili della cooperazione internazionale e dell'adozione di misure investigative efficaci (si pensi al potenziamento del ruolo di Frontex ed *Euro just* nonché alle competenze del pubblico ministero europeo²), condizionando pure le cornici edittali e la tutela della genuinità probatoria.

Può dunque affermarsi che gli strumenti internazionali, sovranazionali³ e le singole scelte nazionali⁴ compongono nuovi livelli di “tutela integrata”⁵, all'interno dei quali

* Ricercatore di Diritto processuale penale, Università di Palermo.

¹ M. PELISSERO, *Le strategie di contrasto del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Schema di intervento*, p. 1.

² Si vedano le indicazioni di M. PISANI, *La Lotta contro la tratta agli esseri umani: per una strategia europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 5, p. 1 ss.; A. LUCIFORA, *I reati connessi all'immigrazione irregolare quale futuro ambito di competenza del Pubblico Ministero europeo*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), Milano, 2013, p. 183.

³ Cfr., in particolare, la direttiva 5 aprile 2011 (2011/36/UE, Strategia UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani).

⁴ Da ultimo il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24. Una visione d'insieme è offerta da A. CONFALONIERI, *Riduzione o mantenimento in schiavitù, tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi*, in D. PULITANO (a cura di), *Diritto penale – Parte speciale*, vol. I, Torino, 2014, p. 205.

⁵ Di approccio “integrato” parla E. ZANETTI, *L'approccio “integrato” dell'UE nella lotta alla tratta*

un ruolo centrale assume il rispetto dello standard della *duty of due diligence* che, da un lato, legittima le condotte dei Paesi che risultino conformi agli obblighi di prevenzione e repressione degli sfruttatori⁶ e, dall'altro lato, nei casi di mancata osservanza, finisce per delineare veri e propri profili di inadempimento statale⁷.

Nella stessa ottica devono valutarsi le misure di sostegno finalizzate a evitare le ulteriori vittimizzazioni dei soggetti deboli⁸.

La dimensione integrata della tutela e il costante adeguamento agli standard di *due diligence* rappresentano dunque imprescindibili momenti di analisi della risposta processuale interna, nella quale un ruolo essenziale deve assegnarsi al concetto polifunzionale di "vulnerabilità". Esso, infatti, direttamente trasfuso nella fattispecie sostanziale, gioca anche un ruolo di sicuro rilievo nell'accertamento processuale, valendo a giustificare forme di anticipazione del contraddittorio, e disegnando al contempo i contorni della prova dichiarativa "debole". Ulteriori esplicazioni della "vulnerabilità" del minore si rinvencono nelle procedure d'identificazione e accertamento dell'età, nonché nelle forme peculiari di assistenza sorrette da uno speciale *favor*.

D'altro canto, la dimensione integrata traspare anche nella centralità assunta dalle violazioni dei diritti umani e, in particolare, della dignità umana, emergendo con evidenza nei percorsi tracciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e riflettendosi, infine, sulla stessa legittimazione degli strumenti penali e processuali.

Non basta. Gli obblighi di *due diligence* rilevano persino quali parametri di valutazione delle condotte investigative dei singoli stati, con particolare riguardo alla capacità di individuare le vittime, per tutelarle e di identificare gli autori dei reati, segnando nuovi campi interpretativi.

2. La vulnerabilità: cifra sostanziale e processuale degli interventi di adeguamento

Com'è noto, è stata la stessa direttiva 2011/36/UE, (relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime), a suggerire un approccio globale, incentrato sui diritti dell'uomo e sulle vittime, ponendo accanto agli obiettivi di repressione del fenomeno della tratta, ulteriori finalità di prevenzione e di

degli esseri umani, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale dell'UE dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 339.

⁶ Sulla *Due diligence*, cui si raccorda l'obbligo di garantire il rispetto dei diritti umani delle persone sottoposte alla giurisdizione dello Stato: R. PISILLO MAZZESCHI, «*Due diligence*» e responsabilità internazionale degli Stati, Milano, 1989. Con particolare riguardo alla tratta di esseri umani: V. WAISMAN, *Human Trafficking: State Obligations to Protect Victims' Rights, the Current Framework and a New Due Diligence Standard*, in *Hastings Int. and Comparative Law Review*, 2010, p. 385 ss.

⁷ L'auspicio che all'aumento degli standard di diligenza si accompagni un maggior controllo delle azioni statali relative al fenomeno in esame è espresso anche da F. MORRONE, *La violenza contro le donne migranti tra strumenti normativi di cooperazione e prassi internazionale*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2013, 1, p. 77; C. BENNINGER-BUDEL, *Due Diligence and its application to protect Woman from violence*, *Martinus Nijhoff Publishers*, Leiden-Boston, 2008, p. 65.

⁸ Cfr. G. CONZO, M. DE MARCO, *Riduzione in schiavitù e tratta degli esseri umani*, in A. BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 216 ss.

particolare garanzia per il reinserimento sociale delle vittime, unitamente a una serie di disposizioni sull'assistenza delle stesse⁹.

Nel recepire queste premesse, il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 ha riscritto le fattispecie punitive di cui agli artt. 600 e 601 c.p., ma è anche intervenuto sull'ampliamento del ricorso alle modalità protette dell'incidente probatorio e ha arricchito la tutela processuale dei minori vittime di tratta.

Guardando, in particolare, all'art 601 c.p., la situazione di "vulnerabilità" viene in evidenza sia quale modalità descrittiva della condotta, sia con riguardo allo *status* peculiare del minore¹⁰.

Nel richiamo alla "vulnerabilità", concetto etico e al contempo espressivo di connotazioni giuridiche, si scorge subito un presupposto della più ampia tutela dei diritti umani¹¹, valevole a meglio legittimare la repressione penale ma in qualche modo capace di influire anche – come meglio vedremo – sull'attendibilità della prova dichiarativa debole¹².

È evidente pertanto la volontà legislativa di cristallizzare alcune caratteristiche criminologiche nella fattispecie sostanziale: lo *status* di approfittamento sul minore beneficia, ad esempio, di un'impostazione presuntiva più marcata, derivante dalla "vulnerabilità" spiccata della vittima¹³.

Un dato esperienziale, questo, direttamente trasfuso nella struttura dell'illecito, che, circolarmente (e inevitabilmente), è destinato a "transitare" dalla morfologia del reato alla formulazione concreta dell'imputazione, nonché a influenzare i dati dimostrativi idonei a sostenerla processualmente.

A ben vedere, la tipizzazione di fenomeni complessi avviene attraverso il passaggio dalla genericità ed indeterminatezza delle nozioni di schiavitù, servitù e tratta ad una più precisa caratterizzazione degli elementi di fattispecie. Ed è significativo il fatto che, negli artt. 600-601 c.p., il riferimento allo sfruttamento della prostituzione e del prelievo degli organi sia ricompreso tra gli elementi costitutivi della fattispecie e non valga come semplice circostanza.

Si assiste, inoltre, a un'elevata vittimizzazione primaria e all'assottigliamento della differenza tra il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e la tratta mediante la "circostanza cuscinetto" contemplata nell'art. 12 comma 3-ter, lett. a), t.u. imm.¹⁴.

Orbene, da un canto, questa interferenza empirica tra le diverse tipologie di traffico di migranti¹⁵ segna la prevalenza del profilo del migrante-vittima piuttosto che del mi-

⁹ Ci si riferisce alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 (2011/36 UE) concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che ha sostituito la Decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

¹⁰ Il delitto di "tratta di persone", previsto dall'art. 601 c.p., è stato interamente riscritto, pur rimanendo invariata la cornice editale.

¹¹ M. ALBERTSON FINEMAN, A. GREAR, *Vulnerability as Heuristic– An invitation to future exploration*, in M. ALBERTSON FINEMAN, A. GREAR (eds.), *Vulnerability. Reflections on a new ethical foundation for law and politics*, Dorchester, 2013, p. 9 ss.

¹² V. *infra*, p. 136 ss.

¹³ Alla stessa pena soggiace, infatti, chiunque, anche al di fuori delle modalità di cui al comma 1, realizza le condotte ivi previste nei confronti di persona minore di età.

¹⁴ Ancora M. PELLISSERO, *Le strategie di contrasto del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, cit., p. 12.

¹⁵ M. PELLISSERO, *Le strategie*, cit., p. 12 segnala come il rapporto tra l'art. 12 t.u. imm. e l'art. 601 c.p. si rifletta in una sovrapposizione giuridica, imponendo l'applicazione del principio di assorbimento.

grante come oggetto materiale di reati posti a tutela dei flussi migratori; dall'altro canto, il superamento dei meccanismi di "reificazione" della vittima¹⁶ opera a vantaggio di forme di tutela penale di maggiore potenzialità. Del resto, è innegabile che le condotte di sfruttamento, in un reato a offesa protratta, vedono la sopraffazione consolidarsi e perpetuarsi nel tempo.

La condizione di subalternità del soggetto debole viene in evidenza altresì guardando al ruolo giocato dal consenso: esso spesso manca o, laddove presente, risulta viziato; in ogni caso è del tutto inidoneo a fondare una causa di liceità, perché la violazione delle condizioni minime di rispetto della dignità della persona lo rende invalido.

È indubitabile dunque che la ricaduta processuale di tutti questi elementi vittimologici – espressioni di ermeneutiche valutative¹⁷ – proietti i suoi effetti sull'imputazione, sull'oggetto di prova e sulle articolazioni del medesimo, ponendosi in linea con le strategie del legislatore sempre più protese a rimarcare il ruolo connotativo dell'illecito penale in rapporto alle offese subite dalle vittime¹⁸.

Basti pensare ai contenuti sostanziali della nozione di vulnerabilità e agli snodi processuali dimostrativi nonché, in particolare modo, agli elementi caratteristici delle forme di coercizione connaturate alla tratta¹⁹. Tanto più gravi, queste ultime, laddove le condotte riguardino vittime particolarmente vulnerabili quali, appunto, donne o minori.

Se, in specie, relativamente ai minori nessun consenso dovrebbe potere essere considerato valido²⁰, è inevitabile che la "coercizione implicita" comporterà strascichi problematici sul dato probatorio, dimostrativo – o meramente presuntivo – della medesima. Senza tacere, poi, che oltre alla costrizione e alla violenza, rientra nelle modalità tipiche della condotta di tratta anche l'induzione mediante inganno, realizzata con forme di adescamen-

¹⁶ Si allude a episodi nei quali gli imputati esercitavano sulle persone offese un vero e proprio diritto di proprietà. Cass., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 4012, aveva ritenuto integrate le fattispecie di cui agli artt. 600 e 602 c.p.p., ai danni di alcune ragazze acquistate per 10 milioni di lire ciascuna, sottoposte a ispezioni corporali, avviate alla prostituzione, controllate continuamente, violentate, trattate dunque come oggetti.

¹⁷ L'espressione, a proposito dell'induzione indebita, è usata da M. DONINI, *Il corr(eo) indotto tra passato e futuro. Note critiche a ss.uu.*, 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 2918, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1482 ss. Sul peso dimostrativo rivestito dal ruolo della vittima nelle condotte concessive o induttive, cfr. altresì V. VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 25. Con riguardo agli specifici effetti sull'imputazione, M. BONTEMPELLI, *Fatto e diritto nelle imputazioni per concussione dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 194 ss.

¹⁸ Una recente, nitida, rappresentazione della giustizia criminale in senso "inclusivo" è offerta da L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1760 ss.

¹⁹ Sulla coercizione, quale elemento discrezionale tra il traffico e la tratta, si appunta l'analisi di F. SPIEZIA, *La tratta degli esseri umani: gli strumenti investigativi di cooperazione internazionale. Incontro Studi CSM Roma*, 14 ottobre 2008, *passim*.

²⁰ Così si esprimono, condivisibilmente, G. CONZO, M. DE MARCO, *Riduzione in schiavitù*, cit., p. 223. Si veda anche Ass. Firenze, 23 marzo 1993, *Tahiri*, in *Foro it.*, 1994, II, c. 298, con riguardo al fatto di prendere in consegna, in cambio di somme di danaro, soggetti minori al fine di sfruttarli attraverso il costringimento sistematico al furto o all'accattonaggio. La situazione personale nella quale i minori vengono a trovarsi in seguito all'acquisto era ritenuta analoga alla schiavitù, contemplata dall'art. 1, lett. d), della convenzione di Ginevra 7 settembre 1956, ratificata con legge 20 dicembre 1957, n. 1304. Secondo Ass. Milano, 18 maggio 1988, *Salihi Andrija*, in *Foro it.*, 1989, II, c. 121, l'utilizzo sistematico di soggetti minori nella perpetrazione continuativa di furti in appartamenti e di borseggi integrava il reato di riduzione in schiavitù, ex art. 600 c.p.

to mediatico, tutte particolarmente allusive e di complesso accertamento processuale²¹.

La vulnerabilità mostra da quest'angolatura i suoi profili più problematici: essa è un elemento centrale della fattispecie, ma è anche essenziale a fini dimostrativi della condotta tipica²². Altrettanto inevitabile è che di questi peculiari contenuti semantici e di quelli adottati dall'accusa nell'enunciazione del fatto storico nell'imputazione, debba farsi carico interpretativo l'organo giudicante, in una prospettiva orientata di certo anche dalla "tutela integrata" che caratterizza la fattispecie.

Appare sintomatica del quadro appena descritto una recente vicenda processuale relativa a fatti di tratta, riduzione in servitù e sfruttamento della prostituzione, che hanno visto alcune "schiave" nigeriane sottoposte alle più degradanti vessazioni della dignità umana²³.

A ben vedere, dal tessuto motivazionale della condanna, trapelano sia il ruolo centrale che rivestono gli strumenti di protezione sociale previsti dal nostro ordinamento²⁴, sia il costante richiamo alle forme di tutela integrata.

Quest'ultima risulta particolarmente utile al giudice per giustificare il ruolo centrale della vittima nel procedimento penale e lo stato di vulnerabilità quale situazione soggettiva condizionante l'illecito. E la descritta debolezza esplica altrettante ripercussioni sul dato dimostrativo perché le dichiarazioni, rese in dibattimento dalla persona offesa, vengono ritenute assolutamente attendibili e credibili proprio a ragione della forza e della volontà mostrate nel collaborare per ottenere giustizia, nonostante la paura per le conseguenze cui la donna si sarebbe esposta²⁵.

Per questa via, si sovverte pure l'impostazione giurisprudenziale che vede nell'interesse dell'offeso una causa di ridotta credibilità delle narrazioni²⁶ e la vulnerabilità diviene, addirittura, un criterio rafforzativo della attendibilità, spostandosi "circolarmente" dall'elemento della fattispecie alla "qualità" del dato probatorio, utile all'accertamento del fatto.

²¹ Cfr. Cass., sez. V, 24 settembre 2010, n. 40045. Il delitto era stato integrato mediante ingannevoli annunci, in Polonia e in altri paesi dell'Est, di un lavoro ben remunerato in Italia, ma in realtà aveva finito per integrare una vera e propria schiavitù nel nostro Paese.

²² Cass., sez. III, 22 ottobre 2010, n. 44978, in *Giur. it.*, 2011, p. 2138, ove l'induzione ad un atto sessuale mediante abuso delle condizioni di inferiorità psichica viene ricondotta nel novero di altre tipologie delittuose caratterizzate dalla vulnerabilità soggettiva e psicologica della persona offesa.

²³ Corte Ass. App. Bologna, 9 aprile 2014 (leggibile sul sito www.diritto24.it), confermando la decisione della Corte di Assise di Piacenza, ha emesso una significativa condanna nei confronti di quattro imputati per i reati di tratta, riduzione in servitù e sfruttamento della prostituzione, commessi ai danni di una giovane nigeriana.

²⁴ Nel percorso argomentativo dei giudici di merito, espliciti rinvii si rinvenivano all'art. 18 d.lgs. n. 286/1998, alla direttiva 36/2011/UE, oggi trasfusa nel d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24. La recente modifica prevede anche una serie di misure di tipo amministrativo a favore delle vittime di tratta (specie nel caso di minori non accompagnati e di stranieri), nonché un indennizzo, pari 1.500 euro per ciascuna vittima, a carico del fondo anti-tratta, secondo le modalità previste dal nuovo comma 2-ter dell'art. 12, legge 11 agosto 2003, n. 228.

²⁵ Cfr. Ass. App. Bologna, 9 aprile 2014, cit. Degne di nota sono le motivazioni relative al calcolo del risarcimento accordato, che "non può che avvenire in forma equitativa, guardando essenzialmente alle sofferenze cagionate (...) non essendovi un valore stimabile in danaro dei beni di cui la vittima è stata privata".

²⁶ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 27 maggio 2010, n. 24264; Cass., sez. III, 17 ottobre 2007, n. 4069.

3. Sistema aperto delle fonti e tutela della dignità umana

In ragionamenti di tal fatta, la “dignità umana”, bene giuridico del quale si chiede la diretta affermazione da parte del giudice, assume, oltre a una valenza sostanziale, molteplici significazioni processuali accentuando il ruolo degli strumenti di “tutela integrata” in rapporto all’importanza degli interessi coinvolti.

Al proposito, tornano alla mente le interessanti prospettive ermeneutiche secondo le quali, nel sistema aperto delle fonti, il giudice è chiamato ad applicare la norma che assicura la “più intensa tutela dei diritti”²⁷, in modo che la centralità della persona umana possa trovare la migliore realizzazione²⁸.

La massima tutela dei diritti opera cioè come un “metacriterio” ordinatore delle fonti, e il concetto generale – *prima facie* idoneo a frammentarlo – finisce invece per integrarlo.

Senonché, la dimensione interpretativa “plurale”²⁹, capace di travolgere le tradizionali ideologie lineari fra le fonti, modificando le categorie dello statuto penale, ora in funzione del tipo di autore, ora del tipo di fatto³⁰, deve comunque mantenersi nell’alveo dei presidi garantistici tipici delle modellistiche penali.

Bisogna, infatti, anzitutto interrogarsi sulla “persona” da porre al centro delle valutazioni sulla violazione della dignità: si tratta cioè della vittima o del reo?

È evidente che le risposte penali variano con il variare del versante soggettivo coinvolto e che barriere interpretative mobili possono consentire di alzare o abbassare “l’asticella” delle tutele guardando all’uno piuttosto che non all’altro dei protagonisti del procedimento.

Peraltro, gli indicatori recenti dell’Unione europea manifestano segnali biunivoci di interesse tanto per le vittime, quanto per gli indagati o imputati nel procedimento penale³¹ suggerendo costanti contemperamenti dei diritti e delle tutele processuali di questi soggetti.

Il tema è complesso e non può essere affrontato in questa sede; tuttavia, possono cogliersene sfumature di rilievo proprio nei percorsi che la Corte europea dei diritti dell’uomo³² ha tracciato ai fini della descrizione della riduzione in schiavitù³³.

²⁷ A. RUGGERI, *Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in ID., *Itinerari di una ricerca nel sistema delle fonti*, vol. XII, Torino, 2014, p. 405.

²⁸ Per spunti convergenti, M. SAVINO, *I diritti dei migranti e il limite dell’ordine pubblico*, cit., p. 5 ss.

²⁹ Sulla funzione della Carta europea dei diritti fondamentali quale documento di armonizzazione della tutela dei diritti fondamentali, V. MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l’apporto della Carta europea*, in *Diritto penale – XXI secolo*, 2003, p. 55 ss.

³⁰ C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1099 ss.

³¹ T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, Giusto processo e primato del diritto Ue*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 3, p. 5 ss., si sofferma sulla complessità e difficoltà dei percorsi di armonizzazione.

³² Per una ricostruzione, A. ANNONI, *La tratta di donne e bambini nella recente giurisprudenza dei diritti dell’uomo*, in *Deportate, esuli, profughe*, n. 16, 2011, p. 87. In particolare, ECHR, *Siliadin c. Francia*, 26 luglio 2005, (reperibile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

³³ In precedenza la condizione di servitù, come quella di schiavitù, implicava necessariamente la menomazione della personalità giuridica del soggetto passivo, e presupponeva l’impossibilità “giuridica” per la vittima di modificare la propria condizione. Sui profili evolutivi, F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza*

In una nota vicenda francese, una giovane immigrata era stata costretta a lavori forzati e non retribuiti. Il processo “regionale” agli schiavisti si era concluso con un’assoluzione, in quanto, all’epoca, la legislazione francese non contemplava un reato specifico di tratta degli esseri umani.

Orbene, in quel caso, la Corte europea non ha avuto difficoltà a qualificare i servizi domestici come una forma di lavoro forzato, ritenendo integrata pure la diversa fattispecie di riduzione in servitù. La giovane donna, in effetti, era totalmente alla mercé dei propri sfruttatori i quali, abusando della particolare condizione di “vulnerabilità” della stessa (dovuta alla giovane età ed al suo *status* di clandestina), l’avevano costretta a lavorare, privandola di fatto di qualsiasi possibilità di modificare la propria condizione.

La Corte europea – richiamandosi alla Convenzione europea quale strumento giuridico da interpretare “*in the light of present-day conditions*” – ha provveduto ad attualizzare la nozione di servitù, qualificandola come una menomazione grave della libertà personale e della capacità di autodeterminazione delle vittime, materialmente analoga a quella subita dallo schiavo, ma non necessariamente dotata di legittimazione giuridica.

Tale interpretazione evolutiva – conforme anche alla Convenzione supplementare sulla schiavitù del 1956, che vieta tanto gli “istituti” quanto le “pratiche” analoghe alla schiavitù, facendo riferimento anche a condizioni di assoggettamento di mero fatto – ha dunque permesso ai giudici di Strasburgo di riconoscere la responsabilità della Francia per non aver ottemperato ai propri obblighi “positivi” in materia di prevenzione e repressione delle violazioni dell’art. 4 della Convenzione, censurando, in particolare, l’assenza di una norma penale effettiva, utile a garantire una punizione adeguata per i responsabili della riduzione in servitù della vittima³⁴.

Sotto questo profilo, le menomazioni gravi della libertà personale e della capacità di autodeterminazione, analoghe a quelle subite dagli schiavi, sono divenuti concetti descrittivi della “vulnerabilità” della vittima, idonei a violare la “dignità” della persona e ad aprire il campo della tutela penale.

Questa tipologia di argomentazioni si fonda su una gerarchia assiologica di valori e consente all’interprete di selezionare le “norme” e accertarne il significato precettivo³⁵, ma sposta, al contempo, il rapporto materiale tra le fonti lungo l’asse dell’interpretazione: è l’interpretazione che guida la lettura del contenuto, la qualifica e la gerarchia fra le stesse fonti.

Proprio per questo, sovente, si evidenziano perplessità sulla percorribilità di tali itinerari e, allo scopo di evitare i pericoli di un’eccessiva discrezionalità, si ribadisce l’opportunità di individuazione di vincoli specifici, atti a guidare le scelte dell’interprete. Essi, in un sistema penale integrato, potrebbero rinvenirsi, ad esempio, nell’ideologia delle fonti del diritto personale per il singolo interprete; nell’ideologia delle fonti del diritto dominante in un certo contesto giuspolitico, che vede ciascun giurista, e so-

del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano, in AA.VV., *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 2125.

³⁴ Cfr. ECHR, *Siliadin c. Francia*, 26 luglio 2005, cit., § 121.

³⁵ G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 19 ss.

prattutto ciascun organo dell'applicazione, inserito in una più ampia 'comunità'; infine, nei rapporti di forza intercorrenti tra organi dell'applicazione e organi della produzione giuridica³⁶.

Nonostante tali pregevoli correttivi teorici, permane tuttavia il dubbio che la forte carica emotiva dei diritti umani – combinata a sempre più diffusi paradigmi vittimari, espressivi di massime forme di tutela dei soggetti deboli – possa innescare eccessive dilatazioni della sfera del punibile³⁷, stridendo sia con la garanzia di apparato costituzionale della legalità penale sia con la funzione di sussidiarietà della risposta penale.

4. *Obblighi di due diligence e snodi procedurali: l'individuazione delle vittime*

Passando ora agli aspetti più squisitamente processuali, nei quali le tecniche di tutela integrata e la verifica del rispetto degli obblighi di *due diligence* (nel prisma della massima tutela da assegnare alla dignità umana) giocano un ruolo essenziale, può essere interessante affrontare il tema dell'individuazione del destinatario della condotta.

Com'è noto, infatti, una rilevante difficoltà, nei procedimenti aventi a oggetto la tratta (così come il traffico) di esseri umani, è costituita dal tracciare una linea netta di demarcazione – soprattutto all'inizio delle indagini – fra vittima e indagato, con tutte le inevitabili ripercussioni derivanti dalla mutazione da autore a vittima del soggetto che incappa nelle maglie del procedimento.

Si pensi alle concitate operazioni di arrivi ingenti di clandestini, ove non è semplice, identificare le persone offese rispetto alla sfera dei soggetti agenti, registrandosi una grande interscambiabilità dei due ruoli con numerosi casi di vittime che realizzano attività criminali, in conseguenza del reato³⁸. Senza dimenticare poi come, soprattutto fra gli immigrati nordafricani, si riscontri la frequente l'abitudine di auto-ustioni dei polpastrelli delle dita, per evitare che si possa risalire alle loro vere identità.

Soggettività e ruoli giuridici sono realmente di complesso discernimento.

Orbene, pure su questo versante, l'apporto offerto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani³⁹ appare assai significativo della prospettiva prescelta.

Il richiamo è a un noto precedente, ove si è ribadito che gli obblighi "positivi" degli Stati in materia di tratta vanno ben al di là della semplice previsione di sanzioni penali adeguate per i trafficanti. Riprendendo, espressamente, l'art. 10 del Protocollo della Convenzione di Palermo delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transna-

³⁶ Più in generale, G. PINO, *La gerarchia delle fonti*, cit., p. 55, individua questi tre generi di vincoli per l'interprete.

³⁷ Si veda G. FIANDACA, *Il bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, p. 122.

³⁸ Su questi profili si sofferma L. PARLATO, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "scolto effettivo" nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3293 ss.

³⁹ ECHR, *Rantsev c. Cipro e Russia*, 7 gennaio 2010, (reperibile su sito <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>). Il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 4 in combinato disposto con l'art. 1 della CEDU, in quanto la Russia e Cipro non avevano esercitato la "necessaria diligenza" nel prevenire il reclutamento della vittima della tratta e nell'assicurare alla giustizia i trafficanti. Per importanti notazioni in argomento, A. ANNONI, *La tratta di donne e bambini*, cit., p. 94 ss.

zionale⁴⁰, che ha imposto l'adozione di misure efficaci per prevenire il reclutamento e per la protezione delle vittime di tratta, si è profilata una sanzione con riguardo all'assoluta carenza nella preparazione di alcuni agenti della polizia cipriota. Questi ultimi, non essendo stati in grado di identificare una giovane donna come una vittima di tratta, l'avevano riconsegnata nelle mani del suo aguzzino⁴¹.

Il mancato rispetto della *due diligence* nell'addestrare le proprie forze di polizia a confrontarsi con il fenomeno della tratta è valso, pertanto, a integrare una violazione procedimentale dei diritti umani⁴², colta proprio in una prospettiva integrata ed evolutiva della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle Convenzioni internazionali in materia.

5. *Il minore-vittima*

Parimenti sintomatica della necessaria integrazione fra il livello nazionale, sovranazionale e internazionale delle fonti, sembra la tutela rafforzata riservata al minore-vittima di tratta, alla luce delle violazioni dei diritti umani, qui rapportate alla particolare fragilità emotiva e fisica dei soggetti⁴³.

Già nell'art. 15 della Convenzione sull'azione contro la tratta degli esseri umani del 2005 emergevano una pluralità di aspetti peculiari. Da un lato, si segnalava la necessità di garantire le vittime vulnerabili (donne e minori), dall'altro, si ribadivano sia il diritto alla informazione nelle procedure giudiziarie e amministrative, in una lingua comprensibile, sia il diritto all'assistenza legale gratuita; infine, emergeva il diritto a ottenere un risarcimento del danno⁴⁴.

⁴⁰ La Convenzione di Palermo delle Nazioni unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata il 15 novembre del 2000 dello stesso anno dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, è entrata in vigore sul piano internazionale il 29 settembre 2003, ed è stata ratificata dallo Stato italiano con legge 16 marzo 2006, n. 146. Sul tema, cfr. A. SACCUCCI, *Lotta contro il crimine organizzato*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 388 ss. Di rilievo in tema di tratta sono il primo Protocollo, "Trafficking Protocol" (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children; il secondo Protocollo (Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air) "smuggling Protocol", e il Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition.

⁴¹ In questo caso la Corte ha in particolare sottolineato la necessità di tenere conto, nell'interpretazione dell'art. 4, delle convenzioni internazionali in materia di tratta degli esseri umani, richiamando espressamente il Protocollo di Palermo del 2000, "Trafficking Protocol" (di cui tanto la Russia che Cipro sono parti) e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 2005. Il livello "integrato" della tutela dimostra la necessità di rafforzare le misure volte a prevenire questo moderno "traffico di schiavi".

⁴² L'obbligo in oggetto, enunciato dalla Convenzione di Palermo e dai suoi Protocolli, deve raccordarsi con l'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, relativo alla c.d. "integrazione sistemica".

⁴³ Le forme gravi di sfruttamento si traducono in rapimenti, detenzioni, stupri, riduzione in schiavitù sessuale, prostituzione forzata, lavoro forzato, prelievo di organi, percosse, riduzione alla fame, negazione di cure mediche.

⁴⁴ Oltre alla Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa del 16 maggio 2005, sulla lotta contro la tratta degli esseri umani, merita menzione la Convenzione del Consiglio d'Europa, sulla prevenzione e sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e contro la violenza domestica (Istanbul, 5 maggio 2011).

Tuttavia, negli ultimi anni, ancor più pressante appare l'obiettivo di una valutazione unitaria del fenomeno della tratta di esseri umani da parte dell'Unione Europea. Con particolare riguardo alla vulnerabilità dei minorenni, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie per trovare una soluzione duratura di tutela, che tenga in debito conto la particolare situazione di ogni minore non accompagnato, sulla base di una valutazione individualizzata e del superiore interesse del minore.

Non sorprende, pertanto, che il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, nel recepire la direttiva 2011/36/UE, abbia implementato gli strumenti già presenti all'interno del sistema normativo nazionale, conformi al comma 1 dell'art. 14 della direttiva medesima e volti anche a consentire l'accesso agli specifici progetti di assistenza⁴⁵.

Ci riferisce, in particolare, alle disposizioni relative al momento in cui la vittima viene in contatto con le forze dell'ordine nell'ambito di un'indagine (ad esempio, denunciando o rendendo dichiarazioni contro i propri sfruttatori all'autorità competente), nelle quali una marcata caratura premiale è assunta dal rilascio del permesso di soggiorno⁴⁶ o dal programma di assistenza e protezione del minore vittima⁴⁷. Il soggiorno è in qualche modo legato alla delazione: alla denuncia o al racconto della storia di vittimizzazione; tuttavia, all'aspetto premiale possono seguire meccanismi sanzionatori laddove il soggetto abbandoni il percorso di collaborazione e risocializzazione.

Altro importante principio di favore operante nell'ambito del sistema normativo interno, è quello che sancisce il divieto per il minore non accompagnato, straniero o comunitario, di essere espulso o allontanato dal territorio italiano o trattenuto nei centri di identificazione e di permanenza temporanea (art. 22, comma 5, d.p.r. 16 settembre 2004, n. 303), salvo che non segua il genitore o l'affidatario espulsi e salvo che la sua presenza non ponga obiettivamente in pericolo l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato (artt. 19, comma 2 e 31, comma 4, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286)⁴⁸.

In quest'ambito, la violazione dei diritti umani, che si traduce in vere e proprie forme di persecuzione, rende necessari interventi mirati sin dalle primissime fasi procedurali. L'art. 10 d.lgs. n. 24/2014, imponendo azioni di coordinamento e raccordo fra "le Amministrazioni che si occupano di tutela e assistenza delle vittime di tratta e quelle che hanno competenza in materia di asilo", al comma 2, prescrive in particolare che allo straniero siano fornite adeguate informazioni, in una lingua a lui comprensibile, con riferimento alle disposizioni di cui all'art. 18, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, sulla possibilità di ottenere la protezione internazionale ai sensi del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251. A tal proposito, l'Agenzia delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) ha sottolineato come le domande d'asilo pre-

⁴⁵ Ci si riferisce all'art. 13, legge 11 agosto 2003, n. 228, recante "Misure contro la tratta di persone" e ai programmi di protezione sociale ex art. 18, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Per un'attenta analisi degli aspetti civilistici, si rinvia a M. GAMBINI, *I diritti del minore vittima di tratta e gli strumenti di tutela della persona*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 1, p. 1 ss.

⁴⁶ Cfr. art. 18, d.lgs. n. 286/1998, a proposito del percorso giudiziario e del percorso sociale per l'ottenimento del permesso di soggiorno.

⁴⁷ Si veda l'art. 13, legge n. 228/2003.

⁴⁸ Difficoltà di tutela si riscontrano nella effettiva individuazione di tutori volontari per i minori: spesso il ruolo è assegnato formalmente al sindaco o all'assessore ai servizi sociali per l'accoglienza del luogo di arrivo o di trasferimento del minore, con non pochi problemi di effettività e continuità della delicata funzione.

sentate dalle vittime o dalle potenziali vittime di tratta vadano esaminate nel dettaglio per stabilire se il danno temuto come risultato dell'esperienza di tratta integri forme di "persecuzione"⁴⁹.

Un problema centrale è qui rappresentato dalla difficile determinazione dell'età dell'immigrato. Si tratta di un accertamento di particolare rilevanza visto che se il minore è erroneamente identificato come maggiorenne, possono essere adottati provvedimenti gravemente lesivi dei suoi diritti, quali, appunto, l'espulsione o il trattenimento in un centro di identificazione e di permanenza temporanea; laddove, invece, i migranti minorenni rientrano in una delle categorie protette previste dall'art. 19 d.lgs. n. 286/1998 (e successive modificazioni), è sancito il menzionato divieto di espulsione, che può essere derogato esclusivamente per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato.

Come si ricorderà, l'art. 8, comma 2, d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, sul processo penale a carico di imputati minorenni, detta il principio di presunzione della minore età, fondato sulla tutela dei diritti del minore⁵⁰. Lungo tale scia, il legislatore italiano è impegnato nel fissare tutta una serie di meccanismi di maggiore garanzia, allo scopo di rispondere all'esigenza di pervenire a un procedimento di accertamento dell'età che possa essere applicato sull'intero territorio nazionale e per tutte le "procedure d'identificazione dei minori stranieri non accompagnati".

Recenti protocolli ministeriali prevedono, in primo luogo, la necessità di un approccio multidisciplinare, che comprenda non solo la realizzazione di esami radiologici del grado di maturazione ossea del distretto polso-mano, ma anche un esame fisico, svolto da un pediatra e un colloquio psicologico con il presunto minore⁵¹. Il colloquio risponde a una finalità informativa ed è rivolto a informare il minore sugli obiettivi, le implicazioni e le modalità di svolgimento dell'accertamento, più che a cogliere elementi in merito alla capacità di discernimento del minore da tutelare. Si dispone fra l'altro che gli esami previsti debbano essere effettuati da personale specializzato, previo consenso del minore, alla presenza di un mediatore culturale e con l'assistenza del tutore, ove nominato. In tutti i casi dubbi, inoltre, deve essere affermata la presunzione di minore età, dovendosi applicare all'immigrato le disposizioni relative alla protezione dei minori, finché non siano disponibili i risultati degli accertamenti effettuati.

Queste indicazioni garantistiche, purtroppo, non sono ancora del tutto attuate e permangono nelle prassi un affidamento pressoché esclusivo alle perizie mediche (radiologiche) invasive ai fini della determinazione dell'età, senza alcun ricorso a una più ampia indagine psicologica.

Sotto questo profilo, la mancanza di procedure omogenee, standardizzate e real-

⁴⁹ Richiamandosi, nelle Linee Guida sulla protezione internazionale, all'applicazione dell'art. 1 A (2) della Convenzione di Ginevra del 1951 e/o del protocollo di New York del 1967, relativi allo *status* dei rifugiati alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta, del 7 aprile 2006.

⁵⁰ La Circolare del Ministero dell'Interno del 9 luglio 2007 dispone l'applicazione, in via analogica, anche in materia di immigrazione del principio di presunzione della minore età (http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/assets/files/14/0841_2007_07_10_circolare_identificazione_di_migranti_minorenni.pdf).

⁵¹ Ci si riferisce, in particolare, agli esiti di Gruppo di Lavoro Interministeriale istituito presso il Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali nel 2008, che ha ottenuto il parere favorevole del Consiglio Superiore di Sanità (http://www.interno.gov.it/mininterno/site/it/sezioni/servizi/legislazione/_circolari/ministero_interno/).

mente idonee a garantire il rispetto dei diritti umani, rappresenta tuttora una delle principali carenze del sistema legislativo interno, nell'ottica degli obiettivi di garanzia posti dalla tutela integrata.

Per far fronte a queste lacune, il d.lgs. n. 24/2014, di recepimento della direttiva anti-tratta, ha nuovamente manifestato l'opzione per una procedura di accertamento dell'età basata su un approccio multidisciplinare, condotta da personale specializzato e secondo metodi che tengano conto delle specificità relative all'origine etnica e culturale del minore; pienamente realizzativa, dunque, della presunzione sulla minore età⁵². Essenziale, a tal proposito, è la piena attuazione del diritto all'ascolto del minore che rappresenta sicuramente lo strumento più idoneo a consentire la valutazione individuale della specifica situazione di vulnerabilità di queste vittime e dei loro timori, al fine di orientare le successive misure di assistenza⁵³.

Da quest'angolazione, la tutela integrata fra disposizioni sovranazionali e disciplina interna⁵⁴ mira sempre più a consolidare efficacemente il principio della necessaria audizione del minore in tutte le procedure giudiziarie che lo riguardano⁵⁵.

6. *La difficile determinazione del locus commissi delicti e la contestazione del reato associativo*

Nei procedimenti penali per “fatti di tratta” anche la determinazione del luogo di consumazione del reato risente delle prospettive di tutela integrata, e multilivello, sopra descritte.

La questione concerne in particolare tutte le attività delittuose che, oltre alle iniziali offerte di trasporto migratorio e successivo reclutamento, implicano il sistematico sfruttamento degli stranieri per scopi criminali una volta giunti nel paese di destinazione. Sfruttamento e approfittamento della situazione di vulnerabilità che permangono, una volta raggiunta la meta agognata dallo straniero⁵⁶.

Da questo punto di vista, si profila un primo ordine di problemi: il reato, può connotarsi come transnazionale ma interessare anche traffici di migranti all'interno del-

⁵² Nelle more della determinazione dell'età e dell'identificazione, al fine dell'accesso immediato all'assistenza, al sostegno e alla protezione, la vittima di tratta si considera soggetto minorene.

⁵³ Un analogo riconoscimento della centralità del contraddittorio con il minore è venuto dalle sezioni unite civili della Corte di Cassazione: Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 106.

⁵⁴ Rileva, in particolare, in tale direzione, l'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, che impone l'ascolto del minore capace.

⁵⁵ La Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti del fanciullo riconosce al minore il diritto di esprimere la propria opinione in tutti i procedimenti dinanzi ad un'autorità giudiziaria che lo riguardano, ma anche il diritto ad essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporta.

⁵⁶ In precedenza la giurisprudenza aveva chiarito come in tema di riduzione in schiavitù o in servitù, la situazione di necessità della vittima andasse intesa come qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo, adatta a condizionarne la volontà personale: in altri termini, essa coinciderebbe con la definizione di “posizione di vulnerabilità”, già contemplata nella Decisione quadro dell'Unione Europea del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, attuata dalla legge 11 agosto 2003, n. 228 (Cass., sez. III, 26 ottobre 2006, n. 2841; Cass., sez. III, 6 maggio 2010, n. 21630).

l'Unione europea o si possono configurare casi di c.d. tratta interna (ossia il trasferimento all'interno di uno Stato); non remote sono poi le ipotesi di tratta in cui il reclutamento delle vittime avvenga *on line* mediante surrettizie offerte di lavoro o di asilo.

Come si comprende, l'individuazione del *locus commissi delicti*, finalizzato al radicamento della giurisdizione è assai difficoltoso.

L'interpretazione giurisprudenziale più estensiva afferma la giurisdizione italiana per i reati commessi in parte all'estero, allorché nel territorio dello Stato si sia verificato anche solo un frammento della condotta che, seppur privo dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo, sia apprezzabile al fine di collegare la parte della condotta realizzata in Italia a quella realizzata in territorio estero⁵⁷.

Spesso però, nelle ipotesi di traffico di migranti via mare, si registrano tecniche strumentali a evitare la soggezione alla nostra legge penale, ad esempio utilizzando una nave "madre" che permane nelle acque internazionali ed effettua trasbordi su piccole imbarcazioni sulle quali però gli agenti transfrontalieri operanti rinvencono solo le vittime.

A tal riguardo (e con l'obiettivo dichiarato di fare fronte al ventaglio ampio di problemi applicativi offerti dalla prassi), lo scorso anno in Italia la Direzione nazionale antimafia ha diffuso un vero e proprio *vademecum* che fissa le linee guida in ordine ai principali quesiti sulla giurisdizione penale nazionale e sulle modalità di intervento nei casi di indagini riguardanti associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁵⁸. Dal nostro punto di vista, queste indicazioni operative – formulate alla luce di un attentissimo vaglio delle fonti interne, sovranazionali e internazionali – sono di grande interesse perché confermano l'imprescindibilità di una dimensione procedimentale "integrata".

Esse affermano, infatti, il radicamento della giurisdizione penale italiana nei casi, frequenti soprattutto sulle coste siciliane, in cui la rotta seguita dal natante, sin dall'avvistamento in acque internazionali lasci "presumere" uno sbarco in territorio italiano. Gli indicatori emergenti dalla prassi attestano che spesso la sussistenza del reato di cui all'art. 416, comma 6, c.p. deriva dalla compresenza di scafisti operanti sulla nave madre e/o sull'imbarcazione più piccola, con altri complici in Italia ("basisti") per le diverse esigenze scaturenti dallo sbarco. In ipotesi del genere, potrà dunque ritenersi la giurisdizione italiana con il conseguente esercizio dei poteri coercitivi penali⁵⁹.

Sulla stessa linea si collocano gli esiti più recenti della giurisprudenza di legittimità che riconoscono la giurisdizione italiana per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare anche quando gli stranieri siano stati soccorsi in acque internazionali⁶⁰. Nel ragionamento seguito la giurisdizione, limitatamente al reato associativo di cui all'art. 416 c.p., sussiste anche ai sensi dell'art. 7, n. 5, c.p., in relazione alla norma speciale di cui all'art. 15, comma 2, lett. c), della Convenzione di Palermo in materia di

⁵⁷ Cass., sez. VI, 24 aprile 2012, n. 16115.

⁵⁸ Il documento del 9 gennaio 2014, adottato dal Procuratore Nazionale Antimafia, indirizzato alle Direzioni Distrettuali Antimafia, è leggibile in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁹ Vedi ancora il documento del 9 gennaio 2014, *cit.*, p. 32.

⁶⁰ Cass., sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. GILIBERTO. Su questi profili, v. G. DI CHIARA, *Intervento*, p. 32.

criminalità organizzata transnazionale. In particolare, l'eccezione al regime di territorialità, introdotta dall'art. 7 c.p. per i reati commessi all'estero, nel n. 5 fonda la giurisdizione italiana mediante il rinvio a "ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana"⁶¹.

Quanto poi alla natura transazionale del reato, necessaria per l'applicazione della Convenzione di Palermo, essa ricorre ai sensi dell'art. 3 c.p. quando l'illecito è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato. E, in tale ottica, perlomeno il reato associativo finisce per ricadere pacificamente nella giurisdizione italiana.

Le argomentazioni sono utili a comprendere meglio il frequente ricorso nella prassi alla contestazione di reati associativi in concorso con quelli di tratta o di traffico di migranti, sia in funzione di potenziamento del controllo penale, sia con l'obiettivo di applicare gli istituti processuali di "doppio binario".

Spesso, gli esiti giurisprudenziali sottolineano come la configurazione del reato di partecipazione ad un'associazione per delinquere – finalizzata a esempio a procurare l'ingresso irregolare di stranieri nel territorio dello Stato – possa discendere anche dalla commissione di un'unica ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, purché dimostrativa, con portata concludente, della sussistenza del vincolo associativo⁶². È del resto innegabile che il ricorso allo strumentario processuale differenziato, ovvero alle norme processuali derogatorie su molti versanti (compreso quello probatorio) possa certamente rivelarsi "proficuo"⁶³.

Senonché, l'ontologica connotazione associativa, suffragata anche dagli elevatissimi limiti edittali delle pene, non rappresenta di per sé un indicatore univoco⁶⁴. Basti in tal senso richiamare la decisione della Consulta che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione assoluta di idoneità della sola custodia cautelare per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina⁶⁵. Nella riscrittura selettiva da parte della Corte costituzionale⁶⁶ risuona in particolare il monito in base al quale il c.d. doppio binario non tollera generalizzazioni fondate sulla mera gravità degli illeciti, ma deve es-

⁶¹ Gli artt. 15, comma 2, lett. c), e 5, comma 1, della citata Convenzione ONU di Palermo in materia di criminalità organizzata consentono di assoggettare alla giurisdizione (italiana) una fattispecie di reato ogniqualvolta, il reato rientri nel catalogo di cui all'art. 5, e pur commesso al di fuori del suo territorio, sia realizzato al fine di commettere un grave reato sul suo territorio, fondando, per questa via, un obbligo di criminalizzazione.

⁶² Cfr. Cass., sez. I, 15 luglio 2011, n. 41098; Cass., sez. III, 16 ottobre 2008, n. 43822; Cass., sez. V, 9 dicembre 2002, n. 2838.

⁶³ G. CONZO, M. DE MARCO, *Riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani*, cit., p. 215. Per un'analisi delle questioni più processuali rilevanti in tema di "doppio binario": A. SCAGLIONE, *Il processo per delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 2010, p. 129 ss.

⁶⁴ Secondo M. PELISSERO, *Le strategie*, cit., p. 13 ss., "che si tratti di reati geneticamente associativi lo dimostra la circostanza attenuante dell'art. 12, comma 3-*quinquies* che non richiede una dissociazione, ma la delazione".

⁶⁵ Ci si riferisce a Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 331, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4554 ss., sul favoreggiamento delle immigrazioni illegali, richiamate dall'art. 12 t.u. imm., laddove impone(va), per i delitti in questione, l'applicazione "obbligatoria" della custodia in carcere, sulla falsariga della prescrizione che segna il testo, a sua volta riformato, del comma 3 dell'art. 275 c.p.p.

⁶⁶ L. SCOMPARIN, *Anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere si trasforma da assoluta in relativa*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4565.

sere mantenuto entro un carattere di eccezionalità e residualità, calibrato sostanzialmente sui fenomeni criminali (di tipo “strettamente” mafioso) che lo avevano originariamente determinato⁶⁷.

In altri termini, il parametro dell’uguaglianza-ragionevolezza⁶⁸ si mostra quale principio normativo che non può risolversi nella semplicistica omologazione delle fattispecie sulla base della mera gravità edittale.

Se così è, la grave lesività sostanziale dell’illecito – legata anche alla peculiare “vulnerabilità” delle vittime – deve essere sapientemente bilanciata con l’altrettanto prezioso bene della libertà personale del soggetto ristretto.

Del resto, nel sistema cautelare italiano, il principio del “minor sacrificio necessario” funge da limite insuperabile, inibitivo di qualsivoglia “elusione” interpretativa realizzabile, magari, attraverso alterazioni strumentali o *ad hoc* della struttura della imputazione⁶⁹.

7. L’incidente probatorio esteso

Tra i più significativi risvolti processuali del recente intervento legislativo sulla tratta di persone, si segnala altresì il nuovo comma 5-ter dell’art. 398 c.p.p. che amplia la possibilità di procedere all’incidente probatorio con le particolari modalità “protette” previste dal comma 5-bis per i minorenni, anche “quando fra le persone interessate all’assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede”. Si estende così la nozione di soggetti deboli ai maggiorenni vittime che vanno sottratti allo “*strepitus fori*” ed espulsi dal circuito processuale⁷⁰.

Nonostante l’adeguamento suddetto, la disciplina processuale del dichiarante debole non può dirsi del tutto omogenea e si segnalano ancora numerose discrasie all’interno del codice⁷¹, tanto da indurre ad auspicare il totale disancoramento dello stato di vulnerabilità dai reati specificamente indicati. Laddove, infatti, ci si volesse soffermare sul concreto perseguimento degli obiettivi tracciati dalla normativa sovranazionale, che

⁶⁷ Si veda l’avallo della Corte europea (ECHR, *Pantano c. Italia*, 6 novembre 2003, § 66, reperibile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>), che ha ritenuto la previsione conforme ai precetti della CEDU, viste la specificità e gravità dei reati associativi, la cui connotazione strutturale astratta entro un contesto di criminalità organizzata di tipo mafioso, o come reati a questo comunque collegati, rendeva “ragionevole” la presunzione di adeguatezza della sola custodia carceraria trattandosi, in sostanza, della misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato e associazione (G. MANTOVANI, *Dalla Corte Europea una “legittimazione” alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 513 ss.).

⁶⁸ Su questi profili, cfr. B. PASTORE, *Identità culturale e convivenza nell’Unione europea*, in *I quaderni europei*, 2010, 3, p. 8 ss.; R. CRUPI, *Intervento*, p. 2.

⁶⁹ Corte cost., 22 luglio 2005, n. 299, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2928.

⁷⁰ G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, p. 626.

⁷¹ S. RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5 ter dell’art. 398 c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it. Sul tema si veda anche, F. CAS-SIBBA, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009, p. 302.

valorizza di volta in volta la condizione di vulnerabilità individuale sfuggendo il ricorso alle presunzioni, la novella legislativa dovrebbe consentire la protezione non solo dei testimoni “speciali”, presuntivamente vulnerabili, indicati nel comma 1-*bis* dell’art. 392 c.p.p., ma anche di quelli “ordinari”, vulnerabili in concreto, se ammessi al contraddittorio incidentale ai sensi delle lett. *a*) e *b*) dell’art. 392, comma 1, c.p.p.⁷².

Per i minori, in particolare, con riguardo a taluni specifici reati espressamente contemplati, la tutela della libertà, della riservatezza e dell’equilibrio emotivo, impone anche di evitare la reiterazione del dato probatorio in dibattimento⁷³. Opererà, infatti, in questi casi il criterio restrittivo previsto dall’art. 190, comma 1-*bis*, c.p.p. che ammette la replica dibattimentale dell’audizione del teste, solo quando l’esame investa circostanze o fatti diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni o risulti necessaria sulla base di specifiche esigenze.

In argomento, un primo profilo problematico risiede nella possibilità di riferire il meccanismo derogatorio dell’ordinario regime di acquisizione della prova pure ai soggetti maggiorenni, ammessi ora a beneficiare delle modalità di audizione protetta. All’uopo si suggerisce di estendere a tutti i dichiaranti vulnerabili sentiti ai sensi dell’art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., la previsione derogatoria al fine di evitare che l’effettuazione di una audizione anticipata e protetta importi il rinnovamento della audizione in sede dibattimentale.

Orbene, l’esigenza di evitare la “vittimizzazione secondaria” derivante dalle traumatiche ripetizioni nel corso del processo *ex art.* 190, comma 1-*bis*, c.p.p.⁷⁴, risulta razionale, convenzionalmente orientata⁷⁵ e fondata sulle più recenti indicazioni europee. In particolare, l’art. 22 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 25 ottobre 2012 (2012/29/UE), che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, pur riferendosi esclusivamente ai “soggetti deboli” e non riguardando tutto lo statuto delle prova dichiarativa, parametrata la condizione di “vulnerabilità” non solo sulla base della tipologia astratta della fattispecie contestata, ma anche in funzione della caratterizzazione personale della vittima, tenuto conto ad esempio della “disabilità”, dell’“entità del danno subito”, nonché della “dipendenza o relazione con l’autore del reato”.

⁷² S. RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile*, cit., p. 6 ss.

⁷³ Il catalogo codicistico prevede l’applicabilità della disposizione quando si procede per uno dei reati previsti dagli artt. 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all’art. 600-*quater*, comma 1, 600-*quinqies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqies* e 609-*octies* c.p., se l’esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni sedici.

⁷⁴ S. RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile*, cit. Sui rischi di vittimizzazione secondaria – ovvero di un’ulteriore sofferenza della vittima in relazione ad un atteggiamento di disattenzione o negligenza da parte delle agenzie del controllo penale – si soffermano sia L. CESARI, *Dalla tutela dei diritti nel processo alla protezione della persona dal processo: la tutela del testimone fragile nell’evoluzione processualpenalistica*, in D. NEGRI, M. PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, Milano, 2011, p. 317, sia G. DI CHIARA, *Dignità della persona, tutela della vittima e rappresentazioni del processo: amorfismi, imprinting inquisitori, ottativi riformatori*, *ivi*, p. 395 ss.

⁷⁵ Il richiamo è senza dubbio alla celebre risposta fornita da CGUE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, *Pupino c. Italia*, in *Guida dir.*, 2005, 26, p. 67: “gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione quadro devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che (...) sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire (...) un livello di tutela adeguato”.

Tuttavia, pur condividendosi la necessità di elevare gli *standard* di tutela della genuinità probatoria processuale, desta preoccupazione l'estensione della condizione soggettiva del dichiarante debole attraverso valutazioni individualizzate che consentano l'operare di procedimenti analogici con riguardo a una disposizione strettamente attinente alla valutazione probatoria, qual è appunto l'art. 190, comma 1-*bis*, c.p.p.

Tale previsione costituisce norma derogatoria dell'ordinario regime di formazione dibattimentale della prova e non può interpretarsi estensivamente in assenza di un adeguamento normativo espresso, oltre il catalogo di reati ivi delineati. Inoltre, in passato, la giurisprudenza ha spesso negato un'interpretazione estensiva della tutela processuale riservata soggettivamente ai minori⁷⁶.

Peraltro, in seguito alla revisione costituzionale dell'art. 111 Cost. e alla legge 1 marzo 2001, n. 63, attuativa del "giusto processo", il legislatore ha optato per un'incisiva (e restrittiva) correzione del disposto, nel quadro di una manovra mirata ad arginare, limitandola drasticamente, l'efficacia probatoria dell'utilizzo di atti di indagine e delle contestazioni a fini di prova⁷⁷.

In attesa dunque di una migliore rivisitazione sistematica e organica dello statuto processuale della prova dichiarativa del testimone vulnerabile, ogni differente prospettazione, pur apparendo in linea con il contesto valoriale europeo, pone seriamente il tema del bilanciamento fra i diritti di difesa e diritti del teste.

Le postulate valutazioni individualizzate della condizione di debolezza, utili a estendere la nozione di dichiaranti vulnerabili, dovrebbero comunque realizzarsi all'interno di un sub-procedimento incidentale la cui motivazione dovrà dar conto del percorso logico che ha sorretto il riconoscimento (piuttosto che la negazione) dello stato da cui dipende l'effettivo dimensionamento del diritto di difesa⁷⁸.

Sul punto, tornano alla mente gli altri strumenti codicistici orientati dalla necessità di correggere il "contraddittorio inquinato", tutte le volte in cui la fonte dichiarativa sia sottoposta a minaccia, violenza o promessa di denaro. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 500, comma 4, c.p.p., come modificato dall'art. 16 della legge n. 63/2001, ove è prevista l'acquisizione delle dichiarazioni, precedentemente rese dal teste, contenute nel fascicolo del pubblico ministero "quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso"⁷⁹.

Orbene, sono note le complessità collegate all'analisi dei fattori di disturbo della testimonianza, utili a consentire l'acquisizione dei verbali usati per le contestazioni:

⁷⁶ Cass., sez. III, 22 maggio 2013, n. 6095. In materia di reati sessuali in danno di minori, non si applica la disposizione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 190 c.p.p. quando è richiesta la ripetizione in dibattimento dell'esame della persona offesa, già sentita in sede di incidente probatorio, divenuta nel frattempo maggiorenni.

⁷⁷ Si vedano i rilievi critici di E. MARZADURI, *Commento all'art. 3 L. 1/3/2001 n. 63 (Attuazione dell'art. 111 Cost.)*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 171 ss.; nonché, anteriormente alla legge n. 63/2001, di G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 691.

⁷⁸ Cfr. ancora S. RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile*, cit., p. 8. EAD., *Le vittime da reato e l'attuazione della direttiva 2012/29 Ue: Le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 6 ss.

⁷⁹ In ordine al profilo soggettivo, Cass., sez. II, 10 dicembre 2003.

l'accertamento è esposto all'eccessiva esaltazione del dato socio-criminale di sfondo dal quale dedurre l'inquinamento probatorio e spesso tende alla svalutazione degli "elementi concreti"⁸⁰, idonei a suffragare il quadro circostanziale.

Nei processi per tratta di persone sussisterebbero problemi analoghi in merito alla paventata valutazione individualizzata della "vulnerabilità", presupposto di applicazione dell'art. 190, comma 1-*bis*, c.p.p.⁸¹. Si determinerebbe, cioè, il rischio che i meccanismi inferenziali, legati alla mancata esistenza di spiegazioni alternative rispetto alla condotta del teste subornato o minacciato, si riflettano negativamente sull'obbligo motivazionale idoneo a giustificare l'alterazione del contraddittorio, appiattendolo in prevalenza lungo contenuti di tipo "vittimologico".

Anche da questo punto di vista, pertanto, sarebbe auspicabile una correzione legislativa interna al disposto dell'art. 190 c.p.p., non risultando soddisfacenti interpretazioni estensive, seppure sostenute da prospettive di "tutela integrata" delle vittime.

Infine, deve formularsi un'ulteriore avvertenza: l'ampliamento normativo del catalogo codicistico (anche laddove concretamente realizzato) comporterebbe comunque un progressivo svuotamento del rapporto regola-eccezione individuabile nell'art. 190 c.p.p., profilando ulteriori guasti sistematici.

8. *Tratta e prova dichiarativa "debole"*

Nella ribadita valorizzazione del criterio di tutela integrata e multilivello, sembra utile conclusivamente esaminare le disposizioni sulla protezione dei testimoni, attraverso la filigrana della *prassi* applicativa⁸².

Entro le cornici generali della Convenzione sulla lotta al crimine organizzato transnazionale, adottata a Palermo il 15 novembre 2000 dei relativi Protocolli, si muovono infatti numerosi obblighi a carico degli Stati-parte di adozione di specifici provvedi-

⁸⁰ Maggiormente condivisibile l'indirizzo più rigoroso secondo cui l'inquinamento probatorio deve risultare da circostanze emerse nel dibattimento o da appositi accertamenti compiuti dal giudice attraverso un subprocedimento incidentale, che poggi su "elementi concreti", non essendo sufficiente a tal fine la semplice mancanza di genuinità della deposizione (Cass., sez. VI, 16 maggio 2007, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3374; Cass., sez. I, 2 marzo 2007. Più di recente, Cass., sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 11498, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 401). Di interesse è anche Cass., sez. II, 22 settembre 2011, n. 36478, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 197 ss., secondo cui la mera "sudditanza psicologica", non può integrare di per sé l'inquinamento probatorio tale da giustificare la piena utilizzabilità delle dichiarazioni rese dal medesimo nella fase delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 500, comma 4, c.p.p.

⁸¹ Secondo Cass., sez. III, 9 marzo 2004, "la regola dell'inutilizzabilità contenuta nell'art. 526, comma 1-*bis* c.p.p., secondo la quale la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore, non si applica in riferimento al caso in cui il minore, parte offesa di reati sessuali, sentito nel corso dell'incidente probatorio, si sia rifiutato di rispondere alle domande, dichiarando di aver riferito i fatti ad altra persona; infatti, in tale particolare situazione, non si può ritenere che il comportamento di un minore, soprattutto se inferiore ai dieci anni, sia stato determinato da una scelta libera e cosciente e da una volontà altrettanto cosciente".

⁸² Si veda, in tema di estensione della disciplina di tutela delle disposizioni sulla testimonianza "protetta" (M. DANIELE, *Testimony through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 189 ss.).

menti per l'assistenza e la protezione da potenziali ritorsioni o intimidazioni nei confronti dei testimoni-vittime di tratta⁸³.

Più in generale, può oramai parlarsi di una prova testimoniale nel sistema processuale internazionalmente e "convenzionalmente" orientato⁸⁴. La protezione del testimone nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata transnazionale è ampiamente considerata; inoltre, a livello europeo⁸⁵ essa si afferma nella specifica prospettiva della protezione delle vittime⁸⁶.

Questa consacrazione dello *status* di "testimone protetto", anche mediante l'attuazione dei numerosi doveri di *due diligence*, appare però di ardua realizzazione, giacché sia l'*an* sia il *quomodo* della tutela si caratterizzano come clausole in bianco di complessa attuazione⁸⁷. Seguendo i canoni dell'interpretazione "integrata", esse potrebbero però essere compendiate dalle regole enunciate dai principali strumenti internazionali sulla tutela dei diritti dell'uomo⁸⁸.

Difatti, la difesa dei "testimoni deboli" travalica i confini delle singole giurisdizioni per cui sia lo Stato in cui si svolge il processo per il reato, sia lo Stato nel quale si assume la testimonianza a mezzo di rogatoria internazionale (ovvero a mezzo di videoconferenza nel caso di soggetti collocati in località protette), devono farsi carico di questo obbligo di tutela "frammentato".

Nel contrasto "coordinato" al crimine transnazionale, i singoli Stati, in relazione al-

⁸³ In particolare, ci si riferisce ancora una volta al "Trafficking Protocol" della Convenzione di Palermo, che, all'art. 6 prevede una serie di misure di protezione per le vittime della tratta da interpretare e applicare a tutela del testimone e all'art. 7 incentiva gli Stati parti ad adottare misure legislative o di altra natura tali da permettere alle vittime della tratta di rimanere nel territorio dello Stato, almeno in via provvisoria, anche al fine di agevolare la cooperazione nell'attività di indagine.

⁸⁴ L'espressione è ripresa da A. CONFALONIERI, *La prova testimoniale nel sistema processuale «convenzionalmente» orientato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1240 ss.

⁸⁵ Le prime significative indicazioni al riguardo si rinvergono nella raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sull'intimidazione dei testimoni del 1997 n. R (97) 13 e nella risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 2004, On the Protection of Witnesses in the Fight against International Organized Crime (Consiglio dell'Unione Europea, ris. n. 95/C 327/04, del 23 novembre 1995). In dottrina, F. CAPRIOLI, *La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Milano, 2005, p. 37 ss.

⁸⁶ Cfr., altresì, M. DANIELE, *Formazione della prova dichiarativa*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di Procedura penale europea*, Milano, 2014, p. 333. Sulla Raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. R (85) 11, sulla vittima e, più di recente, la direttiva n. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. JALUZ, L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 13 ss.; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, p. 49 ss.

⁸⁷ L'art. 24, par. 2, della Convenzione menziona fra le altre misure, l'istituzione di procedure volte alla salvaguardia dell'integrità fisica del testimone mediante il trasferimento del domicilio, la limitazione nell'accesso alle informazioni concernenti l'identità e la dislocazione del testimone (lett. a); l'adozione di norme relative alle modalità di assunzione probatoria tali da assicurarne l'incolumità, anche attraverso l'impiego di mezzi tecnologici di comunicazione (lett. b).

⁸⁸ Questa l'opinione di L. SALVADEGO, *La normativa internazionale sulla protezione dei testimoni nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale*, in *Riv. dir. intern.*, 2014, 1, p. 132 ss. Sugli apporti europei nell'ordinamento processuale interno, M. JALUZ, *L'apertura al sistema convenzionale muta gli equilibri e i connotati del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, *Speciale Edu e ordinamento interno*, p. 8 ss.

le attività di competenza, devono individuare necessarie forme di cooperazione fra loro, ad esempio attuando trasferimenti delle fonti dichiarative in paesi diversi⁸⁹. Così, l'art. 6, par. 5, del "Trafficking Protocol" della Convenzione di Palermo, impone agli Stati di garantire la sicurezza fisica delle vittime della tratta di persone che si trovino nel proprio territorio⁹⁰. Tale circostanza non esime tuttavia lo Stato del foro da ogni obbligo di protezione nei confronti del teste in relazione alla riservatezza delle informazioni sensibili riguardanti la nuova identità; ad esso si riconnette un più specifico dovere di informare gli altri Stati in ordine alle misure in concreto adottate per la tutela del teste o, se del caso, dell'impossibilità di adottare misure adeguate a tale scopo o di provvedere in tempi ragionevoli. L'obbligo d'informazione è strumentale alla concreta operatività della protezione "solidale" in capo a tutti gli Stati, anche al fine di stabilire l'eventuale responsabilità dello Stato di invio per inazione⁹¹.

A queste forme di tutela deve abbinarsi poi la considerazione "euro unitaria" della tutela processuale delle prove dichiarative. Essa è notevolmente estesa ed è altresì svincolata dalle singole nozioni statuali di "testimone" *stricto sensu*⁹², ricomprendendo il teste *de relato*⁹³, il "co-imputato" o l'"imputato in un procedimento connesso o collegato"⁹⁴.

Coerentemente con tale impostazione, il pubblico ministero o il giudice possono disporre le misure di protezione anche extra processuali ritenute più idonee nel caso concreto, a prescindere da ogni attribuzione formale di *status dichiarativo*⁹⁵.

Anche in quest'ambito si deve però segnalare la necessità di contemperare la tutela del testimone con le giuste esigenze di rispetto del diritto di difesa dell'accusato e di realizzazione del contraddittorio con il proprio accusatore⁹⁶.

Invero, nel bilanciamento degli interessi spesso confliggenti⁹⁷, i diritti della difesa

⁸⁹ L. SALVADEGO, *La normativa*, cit., p. 142, rinviene nella Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea *On the Protection of Witnesses in the Fight against International Organized Crime*, il vincolo per gli Stati membri di facilitazione dell'assistenza giudiziale.

⁹⁰ L'art. 33, par. 1, della Convenzione di Varsavia sul divieto di tratta è particolarmente interessante al riguardo: esso configura, infatti, uno specifico obbligo di trasmissione di informazioni fra Stati parti circa i fattori di rischio immediato per la vita, la libertà o l'integrità fisica delle vittime e dei testimoni della tratta di persone.

⁹¹ L. SALVADEGO, *La normativa*, cit., p. 171.

⁹² ECHR, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, (reperibile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>). Ai fini dell'attribuzione di tale status è sufficiente che le dichiarazioni rese siano idonee a incidere concretamente sulla formazione del convincimento dell'organo deputato ad esprimere il giudizio in ordine alla responsabilità dell'imputato (ECHR, *Kostovski c. Paesi Bassi*, 20 novembre 1989).

⁹³ Altre volte è stato considerato "testimone" l'autore di dichiarazioni riportate mediante testimonianza indiretta o tramite lettura in udienza, senza alcuna considerazione per l'effettiva presenza in aula (ECHR, *Windisch c. Austria*, 27 settembre 1990, in <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

⁹⁴ ECHR, *Lucà c. Italia*, 27 febbraio 2001 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>). Sul tema S. MAFFEI, *Prove d'accusa e dichiarazioni di testimoni assenti in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2836.

⁹⁵ Cfr. L. SALVADEGO, *La normativa*, cit., p. 147.

⁹⁶ Cfr. ECHR, *Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi*, 10 novembre 2005, § 69; ECHR, *P.S. c. Germania*, 20 dicembre 2001, § 22-23 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

⁹⁷ Questo il significativo richiamo di G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4058 ss., in ordine alla necessità di operare un bilanciamento tra le esigenze del diritto di difesa dell'accusato e la tutela degli interessi del testimone, specialmente se minorenni.

ex art. 6 CEDU risultano compromessi ogniqualvolta la condanna si fondi, esclusivamente, sulla deposizione di soggetti non esaminati in contraddittorio né nel corso delle indagini né durante il processo⁹⁸.

E, proprio con riguardo a un caso di traffico di esseri umani, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto la violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3, lett. d), della Convenzione in ragione del fatto che la condanna del ricorrente si basava esclusivamente sulle dichiarazioni di un testimone che non era comparso in giudizio e che l'imputato non aveva avuto la possibilità di interrogare nell'ambito dei giudizi interni, né la Corte statale aveva compiuto i necessari sforzi al fine di assicurare la presenza in giudizio del teste in questione o per controbilanciare in altro modo la situazione di "svantaggio" della difesa⁹⁹.

Tali misure – anch'esse riconducibili alla più volte richiamata *due diligence* imposta agli Stati – sono insomma essenziali per la realizzazione dei diritti garantiti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e fungono anche da parametri utili per il raggiungimento dello *standard* processuale europeo del "*fair trial*".

Quest'ultimo configurabile, oramai, come un modello variabile, che porta in talune occasioni a riconoscere una fisionomia peculiare del contraddittorio in funzione della tipologia delle vittime e della loro debolezza¹⁰⁰, impone sempre di affiancare al soggetto debole o alla presunta vittima del reato l'indagato (presunto innocente) "altrettanto indebolito dalla stessa pendenza del processo, i cui diritti difensivi rimangono comunque inviolabili¹⁰¹".

Pertanto, le eventuali deroghe all'usuale audizione in *contraddittorio* delle vittime per garantire il diritto alla privacy o evitare traumi scaturenti dal confronto diretto con l'accusato, soprattutto con riguardo a fenomenologie delittuose particolarmente lesive, non possono spingersi sino alla totale obliterazione delle garanzie dell'indagato.

In altri termini, anche il processo di "contaminazioni" fra strumenti normativi diversi, sia a livello universale sia a livello regionale¹⁰² deve tenere conto di tale duplice prospettiva, al fine di favorire un'interpretazione evolutiva degli obblighi primari vigenti nonché al fine di garantire l'operatività dei meccanismi procedurali tesi alla verifica del loro rispetto¹⁰³.

Se, dunque, la mancata adozione delle misure previste dalla Convenzione di Paler-

⁹⁸ Si vedano, fra le altre, ECHR, *A.M. c. Italy*, 14 dicembre 1999; ECHR, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, 30 novembre 1997 (tutte rinvenibili sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

⁹⁹ ECHR, *Breukhoven c. Repubblica Ceca*, 21 luglio 2011.

¹⁰⁰ Si pensi alle peculiarità dei processi per reati sessuali, espressamente riconosciuta da ECHR, *Lučić c. Croazia*, 27 febbraio 2014, § 73 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>), che afferma la necessità di un'interpretazione flessibile dell'art. 6 CEDU. "Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards". In precedenza, ECHR, *W. c. Finlandia*, 24 aprile 2007, *ivi*, § 45. In dottrina, M. JALUZ, *L'apertura al sistema convenzionale muta gli equilibri e i connotati del giusto processo*, in *Speciale Cedu*, cit., p. 11.

¹⁰¹ Così, O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, p. 475 ss.

¹⁰² Si richiamano a questo concetto sia S. FORLATI, *I meccanismi internazionali di controllo*, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 29 ss., sia L. SALVADEGO, *La normativa*, cit., p. 172.

¹⁰³ Espressamente, L. SALVADEGO, *La normativa*, cit., p. 172.

mo e dai suoi Protocolli potrebbe essere considerata come un indice della negligenza degli Stati nell'adempire agli obblighi positivi previsti dalle convenzioni sulla tutela dei diritti umani¹⁰⁴ e nell'attuare il livello minimo di protezione delle vittime ivi delineato, allo stesso tempo dovrebbero costantemente essere valorizzati i diritti dell'imputato¹⁰⁵.

Questa prospettiva "duale" fornisce un'ulteriore riprova delle numerose problematiche processuali e dei delicati bilanciamenti di interessi imposti dalla moderna "forma di schiavitù", in un contesto globale che vede lo Stato nazionale "ormai troppo grande per le cose piccole e troppo piccolo per le cose grandi"¹⁰⁶.

¹⁰⁴ In particolare, A. ANNONI, *La tratta di donne*, cit., p. 87 ss. Si veda ancora L. SALVADEGO, *La normativa*, cit., p. 154, si sofferma sulla peculiare tutela, nei *sensitive cases* dei minori che hanno subito violenza sessuale, nonché sulle importanti limitazioni all'esposizione al pubblico e ai media nel corso del processo.

¹⁰⁵ Cfr. ECHR, *Lučić c. Croazia*, 27 febbraio 2014, cit., § 75; ECHR, *S.N. c. Sweden*, 1 novembre 2001, § 47, ECHR, *Zdravko Petrov c. Bulgaria*, 23 giugno 2011, § 35 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>).

¹⁰⁶ Efficacemente, L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi del sistema nazionale*, Milano, 1995, p. 48; M. PISANI, *La lotta contro la Tratta per gli esseri umani*, cit., p. 6, rivolge specifici moniti al legislatore italiano sul rischio d'indifferenze, lassismi o dilazioni irragionevoli.

Il traffico e la tratta di esseri umani

Calogero Ferrara*

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. – 2. La distinzione tra *smuggling* e *trafficking*. – 3. La tratta di esseri umani ed il traffico di migranti nella normativa ONU e nella giurisprudenza penale internazionale. – 4. L'evoluzione del quadro normativo europeo. – 5. La legislazione italiana di implementazione della Decisione Quadro. – 6. La centralità del ruolo della vittima nelle azioni di contrasto alla tratta e le forme di assistenza di cui all'art. 18 del t.u. imm. – 7. La Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 sostitutiva della Decisione Quadro del 19 luglio 2002.

1. Considerazioni generali

L'immigrazione è un fenomeno profondamente intrecciato con profili di tipo giuridico, economico e sociale, che rendono difficile e talvolta contraddittorio il bilanciamento dei diritti e degli interessi potenzialmente coinvolti ed in cui, più che in altri settori, si sovrappongono, si integrano e competono tra loro fonti normative diverse, internazionali, europee e nazionali.

Ebbene, seppure in teoria tutte le norme in oggetto, indipendentemente dalla loro provenienza, dovrebbero ispirarsi al principio inderogabile di tutela dei diritti umani (nel senso ampio di tutela della dignità di ogni essere umano indipendentemente dalla sua origine e dal suo *status*), l'esperienza concreta dimostra la estrema difficoltà nell'equilibrio tra tali diritti e le altre esigenze, soprattutto pubbliche e di tipo *latu sensu* preventivo, connesse alla tutela della sovranità dello Stato, alla sicurezza interna, alla protezione dell'ordine pubblico, interno ed internazionale, alla necessità della lotta contro il crimine organizzato coinvolto nel traffico di esseri umani, e così via¹.

In pratica, il contesto globale di popoli (e di corrispondenti flussi economico-sociali) in continuo movimento ha costituito terreno fertile per la realizzazione di nuove forme di vera e propria schiavitù, grazie ad una domanda e ad un'offerta praticamente inesauribili. Da una parte, la "merce persona" è una risorsa di cui non mancherà mai la disponibilità, dall'altra le "spinte economiche" che incrementano questo mercato possiedono una forza e un potere in continua espansione: ed invero, sia le analisi economico-sociali che i casi giudiziari dimostrano che le esigenze di profitto delle organizzazioni criminali trovano piena corrispondenza nei diversi fattori che alimentano il commercio

* Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica di Palermo, componente della Direzione Distrettuale Antimafia e del Dipartimento Speciale per i reati in materia di Terrorismo.

¹ Cfr. F. POCAR, *Migration and International Law in International Migration Law and Policies in the Mediterranean Context*, IOM-IIHL, 2009, p. 19-30.

di esseri umani, tra cui (ad esempio) la domanda di prestazioni sessuali, lo sfruttamento del lavoro nero, la ricerca di manodopera più disponibile, meno costosa e meno garantita, il traffico di organi e così via².

Per dare una idea delle dimensioni del fenomeno, basti dire che secondo i dati diffusi dalla Agenzia FRONTEX e dal Ministero degli Interni Italiano nel 2013 si sono registrati in Italia 450 sbarchi per un totale di 39.798 arrivi di migranti (di cui il 90% in Sicilia). Tale numero risulta quasi quintuplicato nel periodo 1 dicembre 2013-31 ottobre 2014, allorché nel corso della “operazione Mare Nostrum” sono stati tratti in salvo circa 207.000 migranti con il contestuale arresto di 752 trafficanti di uomini³. Tale operazione, che ha previsto l’intervento delle navi della Marina Militare Italiana e di altri supporti fino a 120 miglia dalle acque territoriali nazionali ed al limite delle acque territoriali libiche (ora sostituita da quella denominata “Triton” svolta di concerto con altri Stati europei ma che prevede una area di intervento ben più limitata, fino ad un massimo di trenta miglia dalle acque nazionali), si era resa necessaria a seguito dell’ennesimo naufragio avvenuto nel Canale di Sicilia, in data 3 ottobre 2013 a poche miglia dalla costa di Lampedusa, in cui hanno perso la vita circa 360 migranti, principalmente di nazionalità eritrea.

Da un punto di vista strettamente giudiziario, poi, il traffico di migranti e la tratta di persone (secondo le accezioni mutate dalla Convenzione internazionale delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, aperta alla firma a Palermo dal 12 al 15 dicembre 2000, nonché dai Protocolli Addizionali contro la tratta di persone e contro il traffico di migranti⁴, per le loro caratteristiche e peculiarità costituiscono fenomeni nuovi, i cui elementi distintivi sono ancora non del tutto conosciuti, in costante aumento e le cui dimensioni destano costante preoccupazione sia a livello istituzionale che di opinione pubblica.

Peraltro, è stato sottolineato come, nonostante la grande attenzione che il fenomeno ha suscitato nell’ultimo decennio, a tutt’oggi non vi sono fonti informative che forniscano dati statistici (nazionali ed internazionali) sufficientemente attendibili sia per il traffico che per la tratta, né per quanto concerne la dimensione numerica né rispetto alle modalità utilizzate nella prassi dalle organizzazioni criminali. Questa difficoltà deriva principalmente dalla continua mutevolezza di tali fenomeni che cercano costantemente di adattarsi alle diverse condizioni materiali e normative con cui si interfacciano.

È proprio questa l’ottica in cui ha cercato di porsi l’Unione Europea con la adozione della Decisione-Quadro del Consiglio del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani (2002/629/GAI), poi sostituita dalla direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, prevedendo, in linea generale, una serie di norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nell’ambito della tratta, introducendo disposizioni comuni finalizzate a rafforzare la preven-

² Cfr. D. MANCINI, *L’identificazione, l’assistenza e l’audizione della vittima di tratta, violenza o grave sfruttamento*, Relazione all’Incontro di studio CSM “La tratta degli esseri umani”, Roma, 26-28 gennaio 2009, in www.cosmag.it.

³ Fonte: <http://frontex.europa.eu> e www.interni.it.

⁴ G. MICHELINI, *Protocolli delle Nazioni Unite contro la tratta di persone e contro il traffico di migranti: breve guida ragionata*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 1, p. 1.

zione delle relative attività criminali ed ampliare il quadro delle misure di assistenza, sostegno e protezione delle vittime, fermo restando il principio di non respingimento (“*non refoulement*”), in conformità alla Convenzione del 1951 relativa allo stato dei rifugiati (Convenzione di Ginevra), ed agli artt. 4 e 19, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

2. *La distinzione tra smuggling e trafficking*

Le scelte di contenimento dei flussi migratori adottate pressoché in tutti i paesi occidentali hanno determinato al contempo, e come contrappasso, investimenti sempre più ingenti di risorse da parte della criminalità organizzata nella gestione illegale dei medesimi flussi migratori, con l’effetto di trasformare i gruppi criminali operanti in vere e proprie “società di servizi” operanti ad un livello strutturalmente transnazionale, poiché proprio in considerazione del servizio offerto vi è la necessità di attraversare clandestinamente ed illegalmente i confini di uno o più Stati⁵.

In particolare, nel traffico dei migranti (c.d. *smuggling*) il soggetto criminale svolge una funzione assimilabile a quella di una agenzia che offre un servizio di trasporto disinteressandosi completamente del futuro della persona trasportata; viene così ad instaurarsi un rapporto “commerciale” tra il migrante che chiede un servizio, di norma illegale, ed il criminale che glielo offre dietro adeguato compenso. All’opposto, nella tratta degli esseri umani (c.d. *trafficking*), di norma, non vi è alcuna pattuizione tra criminale e vittima ed il destino della “merce” ha una rilevanza fondamentale per il trafficante, poiché i reali guadagni derivano dal futuro impiego che il criminale farà del “bene” trasportato (prostituzione, lavoro nero, pedopornografia, ecc.).

Tra traffico di migranti (sanzionato in Italia dall’art. 12, commi 3 e ss., d.lgs. n. 286/1998 e dall’art. 416, comma 6, c.p. quando svolto in forma associativa) e tratta di persone (sanzionata in Italia dagli artt. 600, 601 e 602 c.p. nelle diverse condotte di riduzione in schiavitù, tratta di esseri umani e commercio di schiavi) esistono differenze significative, anche se nel linguaggio comune le due figure tendono a confondersi.

Molti casi giudiziari hanno, infatti, dimostrato che inizialmente la persona si rivolge spontaneamente agli esponenti delle organizzazioni che gestiscono il servizio migratorio illegale per essere condotta in altro Stato ed in seguito, durante le fasi del viaggio, la condotta del trasportatore si modifica, facendo subentrare ipotesi di restrizione della libertà personale o comunque di coartazione della volontà e connotandosi progressivamente in finalità di sfruttamento e/o altre manifestazioni di prevaricazione proprie della tratta (minacce, violenze, frode con il disvelamento dell’inganno originario)⁶.

⁵ Il *Rapporto del Gruppo di esperti sulla tratta degli esseri umani* nominato dalla Commissione Europea, Roma, 2005, disponibile sul sito www.ontheroadonlus.it/publicazioni.html, evidenzia, tra l’altro, il paradosso degli effetti controproducenti delle politiche di contrasto a *trafficking* e *smuggling* conseguenti alle normative restrittive dei flussi migratori adottati nei diversi Stati membri.

⁶ Sulle distinzioni tra *trafficking* e *smuggling* nella prassi criminale e nelle prospettive investigative di polizia cfr. F. SPIEZIA, *La tratta di esseri umani: gli strumenti investigativi di cooperazione internazionale*, Relazione all’Incontro di studio C.S.M. “*La tratta di esseri umani*”, Roma 14 gennaio 2008, 1-3, in www.cosmag.it.

In particolare, è doveroso sottolineare l'assoluta irrilevanza della volontà di migrare, di sottoporsi a pratiche immorali o addirittura di subire forme di sfruttamento più o meno violente rispetto all'assunzione del ruolo di vittima in relazione ad entrambi i fenomeni e, conseguentemente, la erroneità della distinzione, che invece spesso viene in considerazione (più a livello sociale e/o giornalistico che giudiziario) tra *vittime innocenti* e *vittime colpevoli*. Tale distinzione – rilevata talvolta in comportamenti anomali, e criticabili, da parte degli operatori del settore anche in fase di indagini e/o processuali – fa leva sull'idea non accettabile che le *vittime colpevoli* non siano meritevoli di protezione contro l'asservimento e lo sfruttamento, poiché gli abusi a cui sono sottoposte sarebbero da ricondurre ad una loro presunta colpa e comunque ad una scelta di vita discutibile. Secondo questo approccio, le vittime autentiche sarebbero solo quelle capaci di fornire la prova di essere state coartate (ad esempio per essere avviate alla prostituzione) laddove le *vittime colpevoli* sarebbero coloro che erano già inserite in un circuito illecito prima ancora di essere trafficate, poiché queste ultime sarebbero a svolgere tali attività non del tutto legali anche in condizioni non coercitive.

Orbene, a prescindere dal fatto che l'elemento della volontarietà della persona trasportata non ha la minima rilevanza nel traffico di migranti, dove rileva, invece, l'aver procurato l'ingresso di un migrante in uno Stato in violazione delle leggi in esso vigenti, per quanto riguarda la tratta di esseri umani la conseguenza diretta di questa distinzione consisterebbe nel paradosso che anziché essere il responsabile del reato ad essere perseguito, preliminarmente è la vittima a dover provare la sua "innocenza", essendo colpevolizzata per la sua presunta immoralità, connessa a scelte di vita infauste, spesso legate ad un progetto migratorio, che hanno costituito il presupposto del suo successivo sfruttamento sessuale, lavorativo o di altro tipo⁷.

Ciò premesso e schematizzando, traffico di migranti e tratta di esseri umani si differenziano:

- per una condotta maggiormente aggressiva del soggetto attivo della tratta che sfrutta, attraverso lo strumento della violenza fisica e psicologica, persone vulnerabili e che articola la sua condotta in più fasi: reclutamento, gestione, sfruttamento intensivo delle persone trasportate;

- per l'elemento temporale, poiché nel traffico il rapporto tra il migrante e il soggetto criminale si esaurisce generalmente nel tempo strettamente necessario per il trasporto, mentre nella tratta il rapporto non ha una durata prestabilita e solitamente tende ad essere particolarmente lungo;

- per la preoccupazione del buon fine della "merce", vale a dire della cura che essa arrivi integra a destinazione, presente nei soli casi di tratta poiché l'esperienza giudiziaria dimostra che, all'opposto, i trafficanti, sovente, una volta incassato il compenso del viaggio, mandano allo sbaraglio i migranti trafficati costringendoli a intraprendere viaggi pieni di rischi (come di frequente accade tra le coste africane e quelle italiane) che li possono anche condurre alla morte. Tali caratteri distintivi appaiono, in linea di massima, ormai patrimonio condiviso sia degli studiosi del settore che in ambito propriamente legislativo, tant'è che un rapporto dell'*United Nation Office for Drug and*

⁷ In tal senso il *Rapporto del Gruppo di esperti sulla tratta degli esseri umani* nominato dalla Commissione Europea, *cit.*

Crimes (UNODC) evidenzia che la vittima di *smuggling* è, in genere, consenziente ad essere trasportata anche in condizioni pericolose e degradanti, mentre la vittima di *trafficking* spesso non lo è e, seppure lo è stata in un momento iniziale, lo stato di sottomissione si protrae in virtù della costrizione attuata dalla condotta del trafficante. Inoltre, lo *smuggling* termina con l'(eventuale) arrivo a destinazione della persona, mentre il *trafficking* si protrae con lo sfruttamento, che ne costituisce l'essenza e la finalità. Infine, mentre lo *smuggling* è necessariamente transnazionale, il *trafficking* potrebbe anche non esserlo, riguardando vittime trafficate all'interno del medesimo Stato⁸.

3. La tratta di esseri umani ed il traffico di migranti nella normativa ONU e nella giurisprudenza penale internazionale

La normativa ONU

L'ONU si è occupata delle vittime di reato, in termini generali, fin dalla Dichiarazione sui principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere del 1985 (A/RES/40/34)⁹. Proprio sulla posizione della vittima, come si è visto, si incentra la distinzione fra *trafficking in persons* (per la tratta di persone in condizioni di assoggettamento e con finalità di sfruttamento) e *smuggling of migrants* (in senso letterale *contrabbando di migranti*, per gli altri casi) che, anche per la sinteticità dei termini, consente di individuare immediatamente le due articolazioni dell'eterogeneo fenomeno.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale di Palermo (12-15 dicembre 2000) con i due Protocolli addizionali (del 29 settembre 2003), uno per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, ed uno per combattere il traffico di migranti, via mare e via aria (entrambi ratificati in Italia con legge 16 marzo 2006, n. 146) costituisce la fonte sovranazionale di maggiore rilevanza specifica in materia.

I due Protocolli possono considerarsi il punto d'arrivo normativo di un lungo percorso, intrapreso dalla Comunità Internazionale al fine di contrastare il traffico di esseri umani.

L'art. 3 del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite del dicembre 2000 per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, definisce tratta di persone "il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o 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 denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi"¹⁰.

⁸ UNODC, *Office on Drug and Crime, Trafficking in persons: global patterns*, 2006 in www.unodoc.org.

⁹ A. CONFALONIERI, *Profili internazionali di tutela della vittima da reato*, in *La Magistratura*, 2010, p. 86 ss.

¹⁰ "Il consenso di una vittima della tratta di persone allo sfruttamento ... è irrilevante nei casi in cui

L'omologo art. 3 del Protocollo addizionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria indica con il termine traffico di migranti "il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato di cui la persona non è cittadina o residente permanente"¹¹.

Il complesso delle misure introdotte con la Convenzione ed i Protocolli è estremamente ampio: tra esse si richiamano, solo per citare quelle più rilevanti, l'obbligo di criminalizzare i delitti individuati nei testi normativi; l'attuazione di misure di prevenzione; l'attivazione di meccanismi di tutela delle vittime; la previsione di un efficace sistema di cooperazione al fine di individuare, processare e punire i responsabili; la previsione del recupero del profitto dei crimini¹².

Ancora, meritano di essere messe in rilievo le norme dettate in tema di reciproca assistenza nel campo investigativo e giudiziario di cui agli artt. 18-19-20-21 della Convenzione poiché riprese in maniera quasi pedissequa dalla complessiva normativa europea in materia di cooperazione internazionale per contrastare detti fenomeni.

Ai sensi dell'art. 18, comma 1, la cooperazione giudiziaria potrà essere attivata anche qualora lo Stato parte richiedente abbia soltanto "fondati motivi di sospettare" che il reato sia di natura transnazionale e che vi sia coinvolto un gruppo criminale organizzato ed inoltre l'articolo 18 comma 4 favorisce gli scambi informativi spontanei, riducendo al minimo le formalità o eliminandole del tutto.

L'art. 19 prevede la possibilità di istituire squadre investigative comuni e il 20 a sua volta prevede il ricorso a tecniche speciali di investigazione.

Obiettivi specifici dei protocolli sulla tratta e sul traffico

Gli obiettivi specifici attribuiti ai due Protocolli sono stabiliti nei rispettivi art. 2, norme apparentemente simili, ma caratterizzate da una diversità di struttura. In particolare gli scopi sono quelli di prevenire e combattere lo *smuggling* ed il *trafficking* promuovendo a tal fine la cooperazione tra gli Stati Parte e, per il solo Protocollo Tratta, tutelare ed assistere le vittime nel pieno rispetto dei loro diritti umani; laddove il Protocollo Migranti, più riduttivamente, afferma tutelando al contempo i diritti dei migranti oggetto di traffico clandestino.

In particolare, il solo Protocollo sulla tratta contiene norme a tutela delle vittime che

qualsivoglia dei mezzi di cui alla lettera a è stato utilizzato. Il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere un minore ai fini dello sfruttamento sono considerati 'tratta di persone' anche se non comportano l'utilizzo di nessuno dei mezzi di cui alla lettera (a). 'Minore' indica qualsiasi persona al di sotto di anni 18".

¹¹ Secondo il Protocollo "Ingresso illegale" indica il varcare i confini senza soddisfare i requisiti necessari per l'ingresso legale nello Stato di accoglienza e "Documento di viaggio o di identità fraudolento" indica qualsiasi documento di viaggio o di identità che è stato contraffatto o modificato materialmente da qualunque persona diversa dalla persona o autorità legalmente autorizzata a produrre o rilasciare il documento di viaggio o di identità per conto dello Stato o che è stato rilasciato o ottenuto in modo irregolare, tramite falsa dichiarazione, corruzione o costrizione o in qualsiasi altro modo illegale o che è utilizzato da una persona diversa dal legittimo titolare.

¹² Sulla Convenzione ONU ed i due protocolli cfr. la approfondita disamina fatta in F. SPIEZIA, *op. cit.*, p. 12 ss.

prevedono, fra l'altro, la protezione della loro riservatezza ed identità, anche escludendo la pubblicità per i procedimenti giudiziari, introduce disposizioni finalizzate all'informazione, assistenza (anche tecnico-legale durante le fasi del procedimento) e protezione, con misure di recupero fisico, psicologico e sociale (anche in collaborazione con le organizzazioni non governative – tutti interventi non previsti per le vittime del semplice traffico)¹³, mentre l'aspetto più pregnante del Protocollo traffico è quello di garantire al migrante la non punibilità penale per il fatto di essere stato coinvolto, quale oggetto, nelle condotte criminose individuate dal protocollo medesimo (art. 5)¹⁴.

Inoltre, gli obblighi di criminalizzazione derivanti dai Protocolli hanno determinato l'impegno, per gli Stati Parte, di prevedere come reati nelle legislazioni nazionali le fattispecie sopraindicate, con una funzione di armonizzazione e progressivo avvicinamento delle legislazioni e di superamento delle problematiche di doppia incriminazione che frequentemente ostacolano la cooperazione.

Altre convenzioni ONU di rilievo in materia che appare opportuno richiamare sono le seguenti:

- Convenzione sulla schiavitù (1926);
- Convenzione contro lo sfruttamento della prostituzione (1949);
- Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, sul commercio di schiavi e sulle pratiche analoghe alla schiavitù (1956);
- Convenzione sui diritti del fanciullo (1989) ed il protocollo addizionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo, sul commercio di bambini, sulla prostituzione e la pornografia minorile (2000);
- Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (2000).

Tale ultima fonte normativa è quella che assume particolare rilievo poiché, in linea con la giurisprudenza delle corti penali internazionali (ed in particolare dei cc.dd. Tribunali *ad hoc*), la tratta (ed in una certa misura anche il traffico) è stata ritenuta un vero e proprio crimine contro l'umanità.

La tratta di esseri umani come crimine contro l'umanità negli Statuti e nelle decisioni dei Tribunali Internazionali.

Tale configurazione della tratta di esseri umani come crimine contro l'umanità è stata il frutto di una progressiva tendenza nell'ambito del diritto penale che, negli ultimi 20 anni, ha visto travalicare il suo tradizionale ambito nazionale per assumere, sin dalla istituzione nei primi anni '90 da parte delle Nazioni Unite dei primi Tribunali Internazionali *ad hoc* dalla fine della seconda guerra mondiale – il Tribunale per i crimini di guerra commessi nella ex Jugoslavia (ICTY) ed il Tribunale per i crimini di guerra commessi in Ruanda (ICTR) – una dimensione internazionale.

Molto sinteticamente, i crimini contro l'umanità vengono identificati in gravi violazioni dei diritti umani perpetrate, sia in tempo di guerra che in tempo di pace, in occa-

¹³ Ad esempio, è prevista la possibilità di fornire alloggio, assistenza sanitaria, opportunità di inserimento nonché di risarcimento del danno e che ogni Stato Parte prenda in considerazione l'adozione di misure che consentano alle vittime della tratta di restare nello Stato di accoglienza, e viceversa è prescritto allo Stato Parte di cui la vittima sia cittadina (nel caso in cui la stessa decida volontariamente di rimpatriare) di favorire il suo rientro, rilasciando i documenti di viaggio ed ogni altra autorizzazione necessaria.

¹⁴ D. MANCINI, *op. cit.*, p. 13-15.

sione di un esteso o sistematico attacco contro una popolazione civile. In linea con lo stato attuale del diritto internazionale (per esempio nello Statuto della Corte penale internazionale¹⁵ adottato a Roma nel 1998), non è necessario che i crimini contro l'umanità siano commessi nel corso di un conflitto armato, anche se è ovvio che la maggior parte dei crimini contro l'umanità (persecuzioni, stermini, torture su vasta scala) viene di norma realizzato nel corso di una guerra, internazionale o interna¹⁶.

La definizione di crimini contro l'umanità è sancita dall'art. 7 dello Statuto che include un elenco di atti e condotte che qualora ricorrano i due presupposti sopra menzionati – esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e consapevolezza che tale forma di aggressione si rivolge alla popolazione civile – costituirebbero un crimine contro l'umanità. L'elemento caratteristico di tale definizione è dunque l'esistenza di un attacco diffuso o sistematico contro qualsiasi popolazione civile, in attuazione o in applicazione della decisione di uno Stato o di una organizzazione politica. L'ultima indicazione è di significativa importanza poiché si riferisce non solo alle politiche degli Stati, ma anche alle politiche delle organizzazioni in senso ampio e pertanto, si è ritenuto che anche le organizzazioni criminali, sia che operino congiuntamente che indipendentemente dagli Stati, possano rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 7, purché l'attività dell'organizzazione possa essere caratterizzata come un attacco diffuso o sistematico nei confronti di gruppi di civili¹⁷.

È ancora troppo presto per valutare come la giurisprudenza della Corte penale internazionale tratterà la problematica, poiché praticamente finora non esiste giurisprudenza sul punto, tuttavia, è evidente che l'interpretazione che la Corte darà del concetto di "organizzazione politica" e di quello di "attacco diffuso o sistematico" avrà un impatto significativo sulla (possibile) definizione della tratta di esseri umani come crimine internazionale poiché non vi è dubbio che le condotte di riduzione in schiavitù, prostituzione, deportazione o trasferimento forzato, schiavitù sessuale e la "clausola di chiusura" (altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale) previste dall'art. 7 dello Statuto di Roma, possano essere tutte considerate come sintomatiche e significative di un fenomeno di tratta di esseri umani¹⁸.

Peraltro, la giurisprudenza dei Tribunali Internazionali (primo tra tutti l'ICTY), ha considerato condotte assimilabili alla tratta e commesse nel corso dei conflitti oggetto

¹⁵ Sulla Corte Penale Internazionale cfr. A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (cur.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford, 2002; G. CARLIZZI, G. DELLA MORTE, S. LAURENTI, A. MARCHESE (cur.), *La Corte penale internazionale problemi e prospettive*, Napoli, 2003; M.C. BASSIOUNI, *Introduzione alla Corte penale internazionale*, in E.P. REALE (cur.), *Lo Statuto della Corte penale internazionale*, Padova, 1999; V. MONETTI, *La Corte penale internazionale: struttura, competenza, funzionamento e relazioni con gli ordinamenti interni degli Stati parte*, Roma, in www.cosmag.it.

¹⁶ Sui crimini contro l'umanità e sulla loro differenza con i crimini di guerra cfr. G. ACQUAVIVA, F. POCAR, *Crimes against Humanity*, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2008-2010.

¹⁷ Cfr. A. OBOKATA, *Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 445 ss.; J. FITZPATRICK, *Trafficking as a Human Rights Violation: the Complex Intersection of Legal Frameworks for Conceptualizing and Combating Trafficking*, in *Michigan Journal of International Law*, 2003, p. 1143 ss.

¹⁸ F. POCAR, *op. cit.*, p. 5 ss.

della loro giurisdizione dei veri e propri crimini contro l'umanità. Ad esempio, in un caso celebrato davanti l'ICTY si è ritenuta riconducibile alla tratta commessa in tempo di guerra, la riduzione in schiavitù di prigioniere destinate, peraltro, alla prostituzione, anche se le vittime potevano godere *de jure* di una certa libertà di movimento, ma la situazione in cui si trovavano le lasciava senza una reale ed effettiva possibilità di scelta (di fuga), non essendovi una reale prospettiva di condurre una vita indipendente¹⁹.

Una ulteriore conseguenza della natura universale dei crimini contro l'umanità, come crimini di diritto internazionale, è l'obbligo per tutti gli Stati di adottare una legislazione adeguata per prevenirli e reprimerli; obbligo che comporta anche il dovere di individuare le caratteristiche dei soggetti che possono ritenersi responsabili del traffico e della tratta di esseri umani, al fine di definire e armonizzare i reati tra le diverse giurisdizioni nazionali, così rafforzando la cooperazione internazionale e prevenire e reprimere il fenomeno.

4. *L'evoluzione del quadro normativo europeo*

L'adozione della Decisione Quadro del 2002 sulla tratta di esseri umani giunge a compimento di un complesso ed eterogeneo percorso normativo all'interno dell'Unione Europea il cui avvio può collocarsi nella adozione della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 19 giugno 1990, che all'art. 27 si limitava ad impegnare le Parti contraenti a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri, vale a dire a reprimere quelle condotte che poi sarebbero state definite di *smuggling*, solo se commesse a scopo di lucro²⁰.

In seguito, nell'ambito del c.d. *terzo pilastro*, relativo alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, l'Unione Europea ha sviluppato un approccio globale e pluridisciplinare in materia di prevenzione e contrasto alla tratta di esseri umani.

Con l'art. 2 della Convenzione di Bruxelles del 26 luglio 1995 istitutiva dell'Ufficio Europeo di Polizia (c.d. convenzione Europol) si è data una prima definizione dei fenomeni dello *smuggling* e del *trafficking*.

Nel febbraio 1997 il Consiglio ha adottato un'Azione comune (97/154/GAI del 24 febbraio 1997) relativa all'azione di contrasto al traffico di esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei minori, invitando gli Stati membri a riesaminare le legislazioni nazionali in materia e incoraggiando la cooperazione giudiziaria e la protezione delle vittime nelle procedure giudiziarie.

Poco dopo, il Piano d'azione del Consiglio e della Commissione europea del 3 dicembre 1998 ha individuato la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei

¹⁹ Cfr. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vuković* (Case IT-96-23&23/1), ICTY Trial Judgment, 22 February 2001, § 116-124 e 539-543, in www.icty.org; M. JARVIS, *An Emerging Gender Perspective on International Crimes*, in G. BOAS, W.A. SCHABAS (ed.), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Leiden-Boston, 2003, p. 157 ss.

²⁰ Sulla evoluzione normativa in materia all'interno dell'Unione Europea cfr. F. SPIEZIA, *op. cit.*, p. 28 ss.

bambini tra quei reati per cui occorre valutare la necessità e l'urgenza di adottare misure per la previsione di norme minime relative agli elementi costitutivi e alle sanzioni.

Il Trattato di Amsterdam, entrato in vigore il 1 maggio 1999, ha espressamente menzionato all'art. 29 il contrasto al traffico di esseri umani come uno dei principali obiettivi della cooperazione giudiziaria e di polizia e nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 (ai punti 22, 23, 26, 48) è stato dato carattere prioritario alla lotta contro la tratta di esseri umani per la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia all'interno dell'Unione e favorendo l'armonizzazione delle legislazioni penali in materia di traffico a fini di sfruttamento.

La Decisione istitutiva di Eurojust, adottata dal Consiglio in data 28 febbraio 2002 (modificata nel 2009), attribuisce all'organismo compiti di coordinamento e di "snellimento" della cooperazione tra gli Stati membri per ogni reato grave, in particolare di criminalità organizzata, inclusa espressamente la tratta di esseri umani, allorché siamo coinvolti almeno due stati membri della Comunità, con possibilità di fornire sostegno anche qualora le indagini interessino un solo stato membro ed un paese terzo.

Nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel mese di dicembre del 2000, si ribadisce la proibizione della schiavitù e della tratta di esseri umani che costituiscono una grave violazione dei diritti e della dignità dell'uomo (art. 5).

La Decisione quadro relativa alla posizione della vittima adottata dal Consiglio dell'Unione Europea il 15 marzo 2001 sottolinea la necessità che gli Stati membri ravvicinino le loro disposizioni (...) per raggiungere l'obiettivo di offrire alle vittime della criminalità, indipendentemente dallo Stato membro in cui si trovino, un livello elevato di protezione.

Orbene, tutti gli atti e le deliberazioni sopra menzionati hanno progressivamente contribuito a rafforzare, in ambito europeo, il sistema di prevenzione e repressione dei traffici di persone, e ben si inquadrano nel più ampio scenario normativo internazionale di sollecitazione all'adozione da parte dei diversi Paesi di misure omogenee per combattere seriamente il fenomeno della tratta. Dunque, anche l'Europa ha gradualmente dimostrato di essere fortemente impegnata per contrastare un fenomeno che la coinvolge direttamente quale area di destinazione dei traffici di persone fino a giungere alla adozione di un testo normativo specifico, la Decisione Quadro del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta degli esseri umani del 19 luglio 2002 (2002/629/GAI).

Peraltro anche dopo l'adozione di tale testo, è continuato il (virtuoso) percorso comunitario in materia. Ed infatti, pressoché coeva alla Decisione sulla tratta, è la Decisione Quadro del Consiglio d'Europa del 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo che include la tratta tra i reati per cui è possibile il ricorso a tale incisivo strumento di cooperazione.

Nel settembre 2002, al termine della "Conferenza europea sulla prevenzione e la lotta alla tratta di esseri umani – una sfida globale per il XXI secolo" che ha riunito centinaia di esperti in materia provenienti da tutti i paesi europei, è stata resa pubblica la Dichiarazione di Bruxelles: pur non essendo un documento ufficiale dell'UE, il relativo testo è stato posto a fondamento dell'azione della Commissione europea in materia di lotta alla tratta e le sue conclusioni sono state adottate dal Consiglio dell'Unione Europea dell'8 maggio 2003 che, raccomandando ai Paesi membri di ratificare la Con-

venzione di Palermo ed i relativi Protocolli, ha allegato in calce alle conclusioni la *Brussels declaration on preventing and combating trafficking in human beings*.

La Direttiva del Consiglio 2004/81/CE del 29 aprile 2004 ha ad oggetto, tra l'altro, il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti.

Il Consiglio dell'Unione europea dell'1 e 2 dicembre 2005 ha adottato un piano d'azione avente per oggetto le migliori pratiche destinate a prevenire e contrastare la tratta di esseri umani.

Al di fuori dell'ambito strettamente comunitario, durante il vertice di Varsavia del 16 maggio 2005, i capi di stato e di governo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa hanno firmato una Convenzione sull'azione contro il traffico di persone con l'obiettivo di combattere il traffico di esseri umani, nazionale o internazionale, sia legato o meno al crimine organizzato. L'entrata in vigore della Convenzione è avvenuta il 1° febbraio 2008²¹.

Da ultimo, la Decisione Quadro 2002/629/GAI del 19 agosto 2002 è stata sostituita dalla direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 che ha colmato alcune lacune della precedente normativa.

In particolare: la Decisione Quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani 2002/629/GAI del 19 luglio 2002

La Decisione Quadro 2002/629/GAI del 19 agosto 2002 (pubblicata in data 1 agosto 2002 ed entrata in vigore lo stesso giorno) è stata adottata con l'obiettivo di allineare le disposizioni legislative e normative degli Stati membri, in particolare sulla cooperazione giudiziaria e di polizia, al fine di combattere più efficacemente la tratta ed il traffico degli esseri umani, nella consapevolezza che un così grave reato non possa essere efficacemente affrontato solo attraverso azioni individuali da parte dei singoli Stati, ma richiede necessariamente un approccio globale comune²².

Con tale atto si persegue, dunque, l'obiettivo di introdurre su scala europea un quadro di disposizioni comuni per affrontare le questioni di maggior rilevanza – ad es. la penalizzazione, le sanzioni applicabili, le circostanze aggravanti, la competenza, la giurisdizione, l'extradizione – prevedendo, in primo luogo, una serie di obblighi di incriminazione, delineando in modo analitico gli elementi costitutivi delle relative fattispecie criminose e fissando soglie non riducibili per la determinazione delle pene.

Già in occasione della Conferenza di Palermo sulla criminalità organizzata transna-

²¹ F. SPIEZIA, *op. cit.*, p. 36 ss. evidenzia come il valore aggiunto della Convenzione sta proprio nel suo fondarsi radicalmente e senza mezze misure sulla centralità dei diritti umani, nell'attenzione alla protezione delle vittime e nel meccanismo di monitoraggio indipendente che vigilerà sull'applicazione delle norme nei paesi firmatari. Ancora una volta, dunque, l'aspetto repressivo e quello della valorizzazione dei diritti umani delle persone trafficate appaiono negli strumenti giuridici internazionali i due aspetti inscindibili di una medesima strategia.

²² E. CAMILLETTI *La problematica della tratta degli esseri umani: politiche e strategie dell'Unione europea*, in *www.diritto&diritti.it*, 2002; E. ROSI, *Lotta al crimine, verso un'integrazione sempre più stretta. La decisione quadro sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, in *Dir. e giust.*, 2002, 45, p. 64-67; F. SPIEZIA, *op. cit.*, p. 36 ss.

zionale, la Commissione Europea aveva firmato, a nome della Comunità, i già citati documenti ONU in materia (Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale e i relativi protocolli *smuggling* e *trafficking*). Ebbene, la Decisione Quadro ha voluto ulteriormente integrare quegli strumenti già presenti in ambito comunitario, e conformi ai citati Protocolli ONU, per contrastare il fenomeno della tratta degli esseri umani, e in particolare:

- le iniziative francesi per contrastare il favoreggiamento dell'ingresso non autorizzato, della circolazione e del soggiorno legati al traffico di migranti (direttiva 2002/90/CE e Decisione Quadro 2002/946/GAI);
- i programmi d'azione STOP²³ e Daphne²⁴;
- la Rete Giudiziaria Europea;
- lo Scambio di Magistrati di Collegamento.

I contenuti della Decisione sulla tratta in sostanza ricalcano quelli del Protocollo Addizionale sulla tratta anche se dal confronto tra i diversi atti normativi emergono significative differenze.

In primo luogo, la Decisione Quadro non contiene esattamente tutti gli elementi contenuti nella definizione data al fenomeno nell'atto delle Nazioni Unite poiché non è applicabile, ad esempio, alla tratta avente come scopo l'espianto di organi. Ancora, alcune parti della definizione della condotta adottate nella Decisione, sono più precise e riflettono il carattere proprio dello strumento, caratterizzato dalla obbligatorietà per tutti gli Stati membri di recepirne i contenuti, adeguando la legislazione nazionale alle finalità di armonizzazione²⁵.

Altra differenza è che i Protocolli delle Nazioni Unite considerano i fenomeni della tratta e del traffico in modo onnicomprensivo, perché affrontano sia aspetti definitivi e di incriminazione sia aspetti connessi alla protezione delle vittime, così come le misure di controllo alla frontiera e le esigenze di sicurezza dei documenti, laddove gli strumenti comunitari costituiscono, piuttosto, atti normativi dell'Unione Europea specifici per le aree del diritto penale e della procedura penale.

Come detto, sotto l'aspetto definitorio la Decisione Quadro presenta una maggiore precisione rispetto alla normativa ONU²⁶.

²³ Nel 1996 la Commissione europea ha istituito il Programma STOP, nell'ambito dell'Azione Comune 96/700/GAI, in *GUCE* L 322 del 12 dicembre 1996, al fine di cofinanziare azioni di promozione e scambio in favore degli attori istituzionali e sociali coinvolti nella prevenzione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento sessuale dei minori. Con tale programma sono stati complessivamente finanziati 85 progetti finalizzati al contrasto dei fenomeni della tratta e dello sfruttamento sessuale dei minori, anche nella forma della pedopornografia.

²⁴ Adottato con Decisione 293/2000 in *GUCE* L 34 del 9 febbraio 2000, il Programma DAPHNE prende il posto dell'iniziativa DAPHNE del 1997 ed è volto a sostenere misure di contrasto alla violenza contro donne e minori in un'accezione di violenza più generale ed ampia rispetto a quella contemplata nel programma STOP.

²⁵ In particolare, anche l'Unione Europea distingue tra tratta di esseri umani (*trafficking*) e traffico di migranti (*smuggling*), prevedendo l'obbligo della incriminazione delle condotte di agevolazione dell'ingresso illegale di migranti in uno Stato. Entrambi gli strumenti non prendono specifica posizione, positiva o negativa, sulla prostituzione adulta e non coatta, lasciando agli Stati la discrezionalità circa l'indirizzo politico e giuridico da seguire, secondo la legislazione nazionale, al tema della prostituzione in quanto tale.

²⁶ A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008.

L'art. 1, infatti, introducendo la definizione di tratta degli esseri umani a fini di sfruttamento di manodopera o di sfruttamento sessuale, fa obbligo agli Stati membri di punire qualsiasi forma di reclutamento, trasporto, trasferimento o accoglienza qualora i diritti fondamentali di tale persona siano stati conculcati.

È, dunque, punibile l'insieme dei comportamenti criminali che traggono profitto dalla situazione di vulnerabilità fisica o mentale della persona ed il consenso della vittima è del tutto irrilevante quando si è fatto ricorso ad uno dei comportamenti tipici che costituiscono sfruttamento ai sensi della Decisione Quadro:

- l'uso di coercizione, violenza o minacce, compreso il rapimento;
- l'uso di inganno o frode;
- l'abuso di autorità, influenza o pressione;
- l'offerta, o ricezione, di pagamenti o benefici per ottenere il consenso della persona che ha il potere di disporre sulla persona oggetto di tratta.

Una attenzione particolare è riservata ai minori vittime di tratta, anche in forza dell'esplicito richiamo alla citata Decisione Quadro 2001/220/GAI relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale²⁷. In ogni caso, qualora una delle condotte venga posta in essere a danno di minori, verrà considerata e punita come tratta anche nel caso non si sia fatto ricorso a violenza, abusi, frode o offerta di pagamenti o benefici.

Le sanzioni previste dalle legislazioni nazionali devono essere *effettive, proporzionate e dissuasive*. In particolare, il livello minimo di pena edittale che ciascuno Stato deve prevedere è la reclusione per una durata massima non inferiore a 8 anni, qualora ricorra una delle seguenti circostanze:

- a) il reato, commesso intenzionalmente o per negligenza grave, ha messo a repentaglio la vita della vittima;
- b) il reato è stato commesso contro una vittima particolarmente vulnerabile ed è stato commesso a fini di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia;
- c) il reato è stato commesso ricorrendo a violenza grave o ha provocato un danno particolarmente grave alla vittima;
- d) il reato commesso rientra fra le attività di un'organizzazione criminale.

La Decisione consente, espressamente, l'applicazione di altri strumenti legislativi già adottati in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia come l'azione comune 98/699/GAI, sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o il sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato e l'azione comune 98/733/GAI relativa alla punibilità della partecipazione ad organizzazioni criminali. Inoltre, a seguito della Decisione Quadro 24 febbraio 2005, n. 212 – relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato – tale crimine costituisce una delle sei tipologie di delitti per i quali sono previsti dei c.d. poteri estesi di confisca: gli Stati dovranno introdurre una previ-

²⁷ Cfr. D. MANCINI, *op. cit.*, p. 38-41. Sulle caratteristiche della vittima di tratta quale soggetto di particolare vulnerabilità cfr. D. MORI, *La vittima del reato di tratta punito dall'art. 601 cp, quale "vittima particolarmente vulnerabile" ai sensi della decisione-quadro europea 220/01: strumenti di tutela apprestati dal diritto interno*, Relazione all'Incontro di studio C.S.M. "La tratta degli esseri umani", Roma, 26-28 gennaio 2009, in www.cosmag.it.

sione per attuare la confisca dei beni detenuti da una persona condannata per uno di tali delitti, se commesso nel quadro di un'organizzazione criminale.

Di particolare rilievo è la possibilità di prevedere una responsabilità penale e civile delle persone giuridiche, complementare a quella della persona fisica. In particolare, la persona giuridica sarà ritenuta responsabile per i reati commessi a suo vantaggio da qualsiasi soggetto, che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organo della persona giuridica o che eserciti all'interno di essa un potere di decisione.

La Decisione, inoltre, adotta una serie di regole finalizzate a regolamentare possibili conflitti di giurisdizione e/o di competenza in un settore ove, più che altrove, tali conflitti possono sorgere, stante la natura *in re ipsa* transnazionale della condotta criminosa e dei suoi effetti. A tal proposito, vengono introdotti tre diversi criteri di attribuzione stabilendo che il potere di giurisdizione spetta allo Stato:

- qualora il reato sia commesso sul suo territorio (principio di territorialità);
- qualora l'autore del reato sia un cittadino di quello Stato (principio della personalità attiva);
- qualora il reato sia commesso a beneficio di una persona giuridica che ha la sua sede nel territorio di quello Stato membro²⁸.

5. La legislazione italiana di implementazione della Decisione Quadro

La Decisione Quadro sulla tratta è stata "recepita" nella legislazione italiana con la legge 11 agosto 2003, n. 228 che ha modificato gli artt. 600, 601 e 602 c.p. ed ha aggiunto all'art. 416 c.p. il comma 6, riguardante i sodalizi criminali dediti alla commissione di tale tipologia di reati, prevedendo per detta forma associativa un trattamento sanzionatorio più grave²⁹.

La tratta di persone di cui all'art. 601 c.p.

La previsione specificamente riferita alla tratta è l'art. 601 c.p.³⁰ la cui rubrica è sta-

²⁸ E. ROSI, *Tutela della vittima ed azione di contrasto alla tratta degli esseri umani: strumenti normativi e strategie in Italia ed in Europa*, Relazione al *Forum Internazionale ed Europeo di Ricerche sull'Immigrazione*, 2006, p. 3.

²⁹ 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, p. 36 ss.; E. ROSI, *Tratta di persone e riduzione in schiavitù. Le modifiche processuali e sostanziali e le norme transitorie*, in *Dir. e giust.*, 2004, 3, p. 52-66; L. SCAGLIARINI, *Il traffico degli esseri umani e la cooperazione giudiziaria internazionale*, Relazione all'Incontro di studi C.S.M. *Le tecniche di indagine in materia di tratta*, Roma, 7-9 giugno 2010, in www.cosmag.it; C. VALLINI, *Commento alla L. 11.8.2003 n. 228, art. 1*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 635 ss.; F. CACCAMO, *Commento alla L. 11.8.2003 n. 228, art. 3*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 669 ss.

³⁰ L'articolo recita: "Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una condizione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno ...". E. MENGONI, *Riduzione in schiavitù o servitù, tratta di esseri umani e alienazione di schiavi: il punto della giurisprudenza, anche in rapporto all'im-*

ta modificata da *tratta e commercio di schiavi a tratta di persone*³¹.

La norma così modificata prevede due condotte in via alternativa:

- la tratta di una persona che già si trovi nelle condizioni di schiavitù o di asservimento continuativo di cui all'art. 600 c.p.;
- l'induzione mediante inganno o la costrizione mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, al fine di commettere le forme delittuose di cui all'art. 600 c.p.

L'attività di tratta consiste, dunque, in ogni caso nel trasferimento della vittima, laddove l'elemento di differenziazione fra le due condotte è dato dalla condizione della vittima che nel primo caso si trova già in una situazione di asservimento mentre nel secondo è destinata ad essere asservita tramite costrizione o induzione³².

In linea con quanto previsto dalla Decisione Quadro la pena edittale è stata stabilita nella reclusione da otto a venti anni.

Il delitto di tratta viene costruito come un reato di evento. Tale evento, tuttavia, non consiste nello sfruttamento (che al limite potrà integrare un'altra fattispecie delittuosa, quella di cui all'art. 600 c.p. ovvero, nel caso di minore, quella di cui all'art. 600-bis c.p.), il quale deve essere solamente rappresentato e voluto dall'autore come scopo finale della condotta criminale (dolo specifico), quanto piuttosto nella migrazione o nella "circolazione nel territorio" della vittima stessa la quale, in forza di tali condotte, è costretta o indotta a fare ingresso, soggiornare o uscire dal territorio dello Stato o trasferirsi al suo interno³³.

migrazione clandestina ed allo sfruttamento della prostituzione, relazione all'Incontro di studio C.S.M. "I reati con vittima vulnerabile: indagini e giudizio", Roma 31 gennaio-2 febbraio 2011, 15, in www.cosmag.it evidenzia come la fattispecie in esame abbia finora trovato scarsa applicazione, soprattutto in confronto con quella di cui all'art. 600 c.p., con la quale è strettamente connessa: in particolare, "ad oggi, sul Ced della Corte si trovano soltanto sei sentenze, a fronte delle oltre 50 in tema di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù ... peraltro, che datano dal 2008 ad oggi, ad evidenziare che il fenomeno si è affacciato sulle scene giudiziarie soltanto negli ultimissimi tempi".

³¹ M. PALAZZI, *Le norme interne in materia di contrasto alla tratta degli esseri umani*, relazione all'Incontro di studio C.S.M. "La tratta degli esseri umani", Roma, 26-28 gennaio 2009, p. 14 ss. in www.cosmag.it.

³² Cfr. Cass., sez. V, 8 maggio 2008, n. 23368, in *Italgireweb* per cui "la destinazione all'asservimento è il dolo specifico, e perciò non è necessario che l'assoggettamento si realizzi, da parte dello stesso autore della tratta o di altro soggetto (nel caso concreto erano stati contestati il reato associativo ex art. 416 co. 1, 2, 3,4 e 6 finalizzato a commettere più delitti di riduzione in schiavitù di minori, utilizzati per la commissione di furti e la tratta di cui all'art. 601 c.p., nella duplice forma (a) del trasporto dalla Romania all'Italia e viceversa di minori ridotti in stato di schiavitù (b) della costrizione di minori, approfittando delle loro condizioni d'inferiorità psico-fisica e di necessità, nonché mediante promessa di guadagni a coloro che sui minori avevano autorità, a fare ingresso nel territorio dello Stato italiano; inoltre l'art. 611 c.p. per avere costretto e determinato numerosi minori a commettere scippi e rapine)".

³³ La fattispecie incriminatrice arriverà ad abbracciare, pertanto, qualunque tipo di progetto migratorio: sia quello classico in ingresso o in uscita dal territorio nazionale, volontario o coatto, sia le ipotesi di c.d. "tratta interna", vale a dire il trasferimento coatto delle vittime all'interno dello stato finalizzato a massimizzare gli utili sui mercati illegali o criminali.

Con riguardo alla *situazione di necessità della vittima* di cui la condotta criminosa costituisce un approfittamento, si è ritenuto in giurisprudenza che essa consiste in *qualsiasi situazione di debolezza e di mancanza materiale o morale, idonea a condizionare la volontà della persona*, non identificabile con lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., ma, piuttosto, con lo stato di bisogno menzionato nell'art. 1448 c.c. In ogni caso tale situazione deve essere riferita alla vittima e non al soggetto attivo del reato e, dunque, non è una causa di giustificazione del reato, bensì un elemento della fattispecie, e più precisamente un presupposto della condotta approfittatrice dell'agente³⁴.

L'associazione a delinquere finalizzata alla tratta

Come anticipato, l'art. 4 della legge ha introdotto il comma 6 all'art. 416 c.p., incriminando in via specifica l'associazione a delinquere avente come obiettivo la realizzazione dei delitti di tratta, riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù. Le pene edittali vengono così aumentate con la previsione della reclusione da cinque a quindici anni per l'organizzatore o il promotore e da quattro a nove anni per il mero partecipe.

Si è posto il problema se tale inserimento qualifichi l'associazione a delinquere in termini di mera circostanza aggravante ovvero costituisca un titolo autonomo del reato. L'interpretazione preferibile è quella secondo cui, anche in forza del richiamo alla fattispecie criminosa operata ripetutamente dalle disposizioni processuali contenute nella legge, è stata in realtà introdotta una fattispecie penale speciale, avente valore di reato autonomo rispetto all'associazione a delinquere semplice.

Un altro aspetto problematico è quello del concorso tra tale reato e l'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416-*bis* c.p., i cui elementi costitutivi sono spesso ricorrenti proprio nelle organizzazioni criminali finalizzate alla tratta. Si ritiene che si possa avere una ipotesi di concorso tutte le volte in cui il metodo dell'intimidazione diviene la principale via operativa dei compartecipi dell'organizzazione criminale³⁵.

³⁴ Cass., sez. III, 20 dicembre 2004, n. 3368 ed in senso conforme, Cass., sez. V, 15 dicembre 2012, n. 4012 (entrambe in *Italgireweb*) hanno ribadito che lo stato di necessità deve essere inteso come situazione di debolezza o mancanza materiale o morale atta a condizionare la volontà della persona e che è sufficiente l'approfittamento di tale situazione da parte dell'autore del reato, senza che occorra alcun ricorso alla violenza, alla minaccia o all'inganno, che debbono invece ricorrere, perché sussista il reato, nei confronti di chi non si trovi in condizione di inferiorità fisica o psichica o di necessità. In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto la sussistenza del delitto, escludendo la necessità della costrizione delle vittime con violenza o minaccia ad esercitare la prostituzione, considerato che le stesse erano state acquistate – previa ispezione del corpo – per dieci milioni, reclutate in Moldavia, introdotte clandestinamente in Italia, private della libertà di movimento, segregate in appartamenti, assoggettate nei luoghi pubblici a costante sorveglianza e indotte a praticare la prostituzione consegnando i proventi.

³⁵ Sul punto, del resto, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che “carattere fondamentale dell'associazione per delinquere di tipo mafioso va individuato nella forza intimidatrice che da essa promana: la consorte deve, infatti, potersi avvalere della pressione derivante dal vincolo associativo, nel senso che è l'associazione e soltanto essa, indipendentemente dal compimento di specifici atti di intimidazione da parte dei singoli associati, a esprimere il metodo mafioso e la sua capacità di sopraffazione. Essa rappresenta l'elemento strumentale tipico del quale gli associati si servono in vista degli scopi propri dell'associazione. È, pertanto, necessario che l'associazione abbia conseguito, in concreto, nell'ambiente circostante nel quale essa opera, una effettiva capacità di intimidazione e che gli aderenti se ne siano avvalsi in modo effettivo al fine di realizzare il loro programma criminoso” come si legge in Cass., sez. VI, 10 febbraio 2000, n. 1612. In relazione allo specifico fenomeno (similare alla tratta) del traffico di migranti clandestini, è stato affer-

Peraltro, la legge n. 94/2009 ha ulteriormente modificato l'art. 416 c.p., comma 6, inserendo tra i reati fine anche il delitto previsto dall'art. 12, comma 3-bis, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (favoreggiamento dell'immigrazione o dell'emigrazione clandestina), nella sola fattispecie aggravata ex comma 3-bis, che ricorre quando risultino integrate più ipotesi previste dallo stesso comma 3³⁶.

Infine, la legge 24 luglio 2008, n. 125, oltre ad introdurre un generale inasprimento delle pene per il reato di associazione mafiosa, ha cambiato la stessa rubrica dell'art. 416-bis, ora non più *Associazione di tipo mafioso* ma *Associazioni di tipo mafioso anche straniere*³⁷.

Se il legislatore ha avvertito la necessità di espressamente estendere l'incriminazione alle consorzierie di tipo mafioso "straniere", puntualizzandolo anche nella rubrica, appare evidente il riconoscimento di precedenti difficoltà a ricomprenderle nella fattispecie e rende evidente la presa di coscienza della gravità di tali sodalizi e la necessità di fugare ogni dubbio circa la completa parificazione ai sodalizi "nazionali".

La tratta di persone come delitto di criminalità organizzata

Una serie di modifiche introdotte dalla legge n. 228/2003 al codice di procedura penale e ad altre fonti normative rendono, di fatto, il delitto di tratta un vero e proprio reato di criminalità organizzata con conseguente applicazione dello speciale regime del c.d. doppio binario previsto per tale tipologia di illeciti.

Ed invero, i delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 e 416, comma 6, c.p. sono stati in-

mato che il delitto di cui all'art. 416-bis c.p. "è integrato anche da organizzazioni le quali, pur senza avere il controllo di tutti coloro che vivono o lavorano in un determinato territorio, hanno la finalità di assoggettare al proprio potere criminale un numero indeterminato di persone immigrate o fatte immigrare clandestinamente, avvalendosi di metodi tipicamente mafiosi e della forza di intimidazione del vincolo associativo per realizzare la condizione di soggezione e di omertà delle vittime" (Cass., sez. VI, 4 ottobre 2001, n. 35914).

³⁶ Nell'ambito delle indagini scaturite dal citato naufragio del 3 ottobre 2013 in cui hanno perso la vita oltre 360 persone è stata ricostruita per la prima volta ed accertata a livello giudiziario, con l'audizione delle vittime e la esecuzione di attività di intercettazioni telefoniche anche all'estero con la tecnica del c.d. instradamento, la sussistenza di una vera e propria associazione a delinquere transnazionale finalizzata alla tratta ed al traffico di esseri umani operante tra il Centro Africa (Eritrea, Sudan, Etiopia), i paesi del Magreb (soprattutto la Libia), e l'Europa (l'Italia, in prima battuta quale paese di transito per i soggetti che sbarcano dopo la traversata del Canale di Sicilia, e i paesi del Nord Europa, quali destinatari finali del flusso migratorio o delle attività di sfruttamento). Numerosi provvedimenti restrittivi a carico dei componenti di tali sodalizi criminosi sono stati emessi negli Uffici Giudiziari "di frontiera" (come il distretto di Palermo e quello di Catania) e si sono già avute una serie di pronunce giudiziarie di primo grado per i gravissimi reati in contestazione che vanno dalla associazione a delinquere finalizzata alla tratta ed al traffico, ai singoli reati-fine del sodalizio di cui agli artt. 600 ss. c.p., 12 t.u. imm., omicidio volontario, sequestro di persona ed altre ipotesi delittuose minori. Peraltro, la mancanza di strutture statali con cui avviare una concreta cooperazione giudiziaria nei paesi maggiormente interessati dal fenomeno nella sua fase iniziale ha reso impossibile la esecuzione di mandati di arresto internazionali emessi a carico dei maggiori trafficanti di uomini operanti in quei territori, seppure gli stessi siano stati concretamente identificati (cfr. o.c.c. emessa a carico di M. E. M.; o.c.c. emessa a carico di B. K.d; sentenza di condanna a seguito di giudizio abbreviato a carico di A.M I H A.; o.c.c. emessa a carico di G.Y E. + 8 – c.d. operazione "Glaucio" – solo per richiamare le iniziative giudiziarie connesse al citato naufragio).

³⁷ Il comma 8 – come modificato, da ultimo dalla legge 31 marzo 2010, nr. 50 recita: "Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, ed alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso".

seriti nell'elenco dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., attribuendone così la competenza alle Procure Distrettuali e rientranti, come tali, nel coordinamento della Direzione Nazionale Antimafia³⁸.

Inoltre, detti delitti sono stati inseriti all'art. 407, comma 2, c.p.p. e dunque i termini di durata massima delle indagini preliminari sono stabiliti in due anni ed il primo termine per le indagini è di un anno (*ex art.* 405 c.p.p.), ed è prevista la speciale forma di proroga dei termini senza la notifica di cui all'art. 406, comma 5-*bis*, c.p.p.; ancora, le iscrizioni nel registro delle notizie di reato non sono comunicabili, poiché l'art. 335, comma 3, c.p.p. lo esclude per tutti i delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett *a*), c.p.p.

L'inserimento tra i delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. comporta anche l'applicazione dell'art. 190-*bis* c.p.p., per cui quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate all'art. 210 c.p.p. e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p., l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diverse da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni, ovvero se il giudice o una delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze (si tratta di un'ulteriore norma a tutela dei testimoni vulnerabili finalizzata ad impedire l'usura della prova e preservarne la genuinità da condizionamenti "dibattimentali").

In tema di intercettazioni, l'art. 9 della legge n. 228/2003 ha esteso ai delitti contro la personalità individuale, tra cui quelli di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., ed anche all'art. 3 della legge n. 75/1958, le disposizioni dell'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203 per i delitti di criminalità organizzata, per cui basta la *sufficienza* e non occorre la gravità indiziaria e che l'intercettazione appaia *necessaria per lo svolgimento delle indagini*; l'intercettazione ambientale è consentita nei luoghi "protetti" *ex art.* 614 c.p. anche se non vi è motivo di ritenere che in tali luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa. La durata delle operazioni è di 40 giorni, prorogabili volta per volta di 15 giorni. Infine, ai delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., rientrando nel novero dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., si applica anche l'art. 295, comma 3-*bis*, c.p.p. che consente le intercettazioni tra presenti per la ricerca del latitante.

Sotto il profilo patrimoniale, poi, è stato modificato l'art. 600-*septies* c.p. prevedendosi che nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 c.p.p., per i delitti previsti dalla presente sezione è sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni ed al risarcimento dei danni, la confisca di cui all'articolo 240 e, quando non è possibile la confisca di beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto. In ogni caso è disposta la

³⁸ Anche per tali delitti troverà applicazione l'art. 117, comma 2-*bis*, c.p.p. che stabilisce la possibilità per il Procuratore Nazionale Antimafia, nell'ambito delle funzioni di coordinamento, di accedere al registro delle notizie di reato ed alle banche dati istituite presso le Direzioni Distrettuali Antimafia al fine di realizzare collegamenti reciproci. L'art. 2, comma 1, legge n. 94/2009 ha compiuto un intervento additivo su tale norma prevedendo che il Procuratore Nazionale Antimafia possa accedere anche ai registri per le annotazioni relative ai procedimenti di prevenzione, istituiti presso le segreterie delle Procure della Repubblica e presso le cancellerie dei Tribunali ai sensi dell'art. 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55.

chiusura degli esercizi la cui attività risulta finalizzata ai delitti previsti dalla presente sezione, nonché la revoca della licenza d'esercizio o della concessione o dell'autorizzazione per le emittenti radiotelevisive.

L'art. 5 della legge n. 228/2003 ha introdotto anche sanzioni amministrative nei confronti di persone giuridiche, società e associazioni per i delitti contro la personalità individuale inserendo l'art. 25-*quinqies* nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

L'art. 8, comma 1, legge n. 228/2003 estendeva ai delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., nonché ai delitti in materia di prostituzione di cui all'art. 3 della legge n. 75/1958 le disposizioni in materia di ritardato arresto e sequestro già contemplate per estorsione, usura, riciclaggio dall'art. 10 del d.l. 31 dicembre 1991, n. 419 convertito dalla legge 18 febbraio 1992, n. 172 (Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive). Analogamente, l'art. 10 della medesima legge estendeva a tali delitti la possibilità di procedere ad operazioni sotto copertura.

Tali norme sono state abrogate dall'art. 9, comma 11, lett. c) e f), legge 16 marzo 2006, n. 146 di ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale ed attualmente all'art. 9 si trova la disciplina unitaria delle "operazioni sotto copertura" che comprende, ai commi 6 e 7, anche la previsione dei ritardati arresti e sequestri.

Brevi cenni sui rapporti con i reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

Il rapporto tra i delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. ed il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina previsto dall'art. 12 t.u. imm., è orientato, principalmente, sul consenso della vittima all'espatrio, poiché tale consenso è estorto o viziato, in concreto o presuntivamente, nel caso di tratta mentre è in genere sussistente nella ipotesi di traffico, seppure anche in una fase solo iniziale³⁹.

La norma di cui all'art. 12, nel prevedere numerose e varieguate ipotesi di reato connesse alla immigrazione clandestina, disciplina al comma 3 le ipotesi di favoreggiamento al fine di trarne profitto anche indiretto (punendole con una elevata sanzione edittale fino a 15 anni di reclusione e la multa di 15.000 € a persona trafficata). Ormai sembra consolidato l'orientamento che configura tale ipotesi criminosa come un reato autonomo e non una mera circostanza aggravante dell'ipotesi generale di cui al comma 1⁴⁰.

All'opposto rimane ancora aperta la problematica se tra questo reato e/o gli altri previsti dalla medesima norma [il comma 3-*bis* prevede quattro ipotesi aggravate (più persone, esposizione a pericolo, trattamento inumano o degradante, utilizzo di mezzi di trasporto internazionali e documenti falsificati) mentre il comma 3-*ter* disciplina ulteriori aggravanti ad effetto speciale in caso di immigrazione clandestina finalizzata alla prostituzione, sfruttamento sessuale, minori] ed il delitto di tratta di cui all'art. 601 c.p., sussista una ipotesi di concorso di reati o di concorso apparente di norme.

La giurisprudenza di legittimità appare divisa ma, in genere, ha formulato il principio per cui la clausola di riserva salvo che il fatto non costituisca più grave reato di cui

³⁹ Cfr. M. PALAZZI, *op. cit.*, p. 19-20.

⁴⁰ Cfr. da ultimo Cass., sez. I, 22 gennaio 2008, n. 7157, in *Italggiureweb*.

all'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 286/1998, presuppone, perché operi il meccanismo dell'assorbimento, che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo interesse⁴¹. In applicazione di tale principio si è affermato che appare evidente la distanza tra il bene giuridico della "sicurezza interna e della disciplina del mercato del lavoro", di cui al t.u. sulla immigrazione, e quello della "dignità umana" di cui alle norme del codice penale e ne è derivata l'assenza di rapporto di sussidiarietà tra le norme ed il riconoscimento di una ipotesi di concorso di reati⁴².

6. La centralità del ruolo della vittima nelle azioni di contrasto alla tratta e le forme di assistenza di cui all'art. 18 del t.u. imm.

Da quanto finora detto appare ormai un principio condiviso, anche a livello legislativo nazionale e sovranazionale, che un efficace sistema di contrasto al traffico degli esseri umani ed alla tratta di persone richiede, necessariamente, la complementare ed imprescindibile tutela dei diritti umani delle persone trafficate o vittime di tratta⁴³.

Inoltre, dal punto di vista strettamente giudiziario ed investigativo, un approccio fondato sui diritti umani richiede la non criminalizzazione della persona trafficata per eventuali reati derivanti dal suo essere stata trafficata, anche perché l'assenza di un'adeguata protezione ed assistenza può far desistere le vittime del reato dal denunciare i crimini subiti, può renderle più fragili dinanzi ai rischi di ritorsioni da parte dei trafficanti e, quando anche decidano di collaborare con le Istituzioni, in assenza dei necessari supporti integrati esse lo faranno in modo impreciso, parziale, insufficiente.

L'esperienza, infatti, ha dimostrato che la volontà della persona spesso dipende dalla protezione, dalla sicurezza e dal rispetto della privacy che le vengono garantiti, nonché dalla disponibilità di assistenza e dal trattamento che le viene riservato da parte delle Autorità giudiziarie e di polizia. Allo stesso modo, influiscono i rischi di essere rimpatriati e/o arrestati e perseguiti per reati connessi all'immigrazione illegale o al-

⁴¹ Cfr. Cass., sez. V, 21 gennaio 2004, n. 6250, in *Italgireweb*.

⁴² Analogamente, Cass., sez. VI, 23 novembre 2004, n. 81, in *Italgireweb* ha ritenuto che "non esiste alcun rapporto di sussidiarietà tra il reato di cui all'art. 3, comma primo, n. 6, l. 20 febbraio 1958 n. 75 (induzione di taluno a recarsi nel territorio di altro Stato per esercitare la prostituzione) ed il reato di cui all'art. 12, comma terzo D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (favoreggiamento all'ingresso clandestino di stranieri), essendo diversi gli interessi tutelati e le condotte sanzionate dalle due norme, atteso che la prima è esclusivamente finalizzata ad impedire l'induzione e la diffusione della prostituzione e sanziona la condotta di colui che induce taluno a recarsi nel territorio di altro Stato, o comunque in luogo diverso da quello della residenza abituale, per esercitarvi la prostituzione, mentre la seconda tutela i beni giuridici della sicurezza interna e della disciplina del mercato del lavoro e sanziona la condotta di colui che favorisce l'ingresso 'clandestino' di stranieri nel territorio dello Stato italiano, sicché quest'ultima fattispecie criminosa non può ritenersi compresa nella prima". In senso contrario Cass., sez. V, 25 marzo 2010, n. 20740, ha rilevato che "l'art. 12 del decreto legislativo 286/98 contiene una clausola di riserva (ovvero di consunzione) – 'salvo che il fatto costituisca più grave reato' – destinata ad operare, indipendentemente dal principio di specialità (e, di conseguenza, da un raffronto tra norme nonché tra interessi tutelati), escludendo la punibilità della condotta di favoreggiamento ogniqualvolta la stessa si traduca in fattore costitutivo di attuazione di una più grave violazione: ciò si ricava dal testuale richiamo al 'fatto' e non già alla 'disposizione di legge' (art. 15 c.p.), richiamo che attesta il carattere sussidiario e di chiusura della previsione". Cfr. anche A.G. CANNEVALE, C. LAZZARI, voce, *Tratta di persone*, in *Dig. disc. pen., agg.*, Torino, 2005, p. 1734.

⁴³ Sul punto cfr., in particolare, D. MANCINI, *op. cit.*, p. 10-13.

l'uso di falsi documenti ovvero ulteriori elementi quali la possibilità di intraprendere azioni penali, civili o di altro tipo contro i trafficanti e gli sfruttatori, il diritto di accedere a misure specifiche di protezione durante lo svolgimento dei processi, la disponibilità di schemi di protezione e di assistenza legale, il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo e/o permanente, la disponibilità di assistenza sociale, medica e psicologica ed altre ancora⁴⁴.

In questa direzione ha cercato di muoversi il legislatore italiano con l'introduzione dell'art. 18 del d.lgs. n. 286/1998⁴⁵, norma che appare rispondente alla logica del contrasto della tratta proprio nell'ottica del rispetto dei diritti umani delle persone trafficate, soprattutto per quanto concerne l'assistenza e la protezione riservata ai migranti irregolari vittime di violenza o grave sfruttamento.

In particolare, detta norma ha cercato di contemperare il rafforzamento delle azioni repressive del traffico di persone con la tutela dei diritti delle vittime, soprattutto attraverso lo strumento del rilascio da parte del questore di uno speciale permesso di soggiorno allo straniero sottoposto a violenza o a grave sfruttamento, quando vi sia pericolo per la sua incolumità per effetto del tentativo di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione criminale o delle dichiarazioni rese in un procedimento penale. Fondamentalmente, l'obiettivo del rilascio del permesso è quello di consentire allo straniero di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale, su richiesta o previo parere del procuratore della Repubblica; peraltro, le condizioni di violenza o sfruttamento che giustificano il rilascio possono essere accertate o nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di procedimenti per delitti connessi alla prostituzione o altri gravi delitti, ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali pubblici o di enti ed associazioni non governative. Il permesso ha la durata di sei mesi e può essere rinnovato, per gli stessi motivi, per un anno o per un periodo maggiore. Alla scadenza, il permesso può essere rinnovato per motivi di lavoro o convertito in permesso di soggiorno per motivi di studio.

Lo strumento in questione prevede, dunque, un possibile doppio binario di tutela:

– il *percorso giudiziario* consente la protezione e l'integrazione sociale dello straniero in una prospettiva che determina una piena rottura con il passato e con le vicende da cui ha tratto origine la sua presenza irregolare in Italia;

– il *percorso sociale* consente allo straniero di rivolgersi inizialmente ai servizi sociali o ad enti ed organizzazioni non governative, con un approccio certamente più agevole e meno traumatico di quello legato ad una denuncia diretta alla polizia giudiziaria.

Questa possibilità innovativa di un percorso sociale costituisce l'aspetto più significativo e peculiare della norma, senza che vi sia contrasto con le esigenze di accerta-

⁴⁴ Analizza dettagliatamente le molteplici forme di assistenza e la loro efficacia per contrastare il fenomeno D. MANCINI, *op. cit.*, p. 12-13.

⁴⁵ Su tale normativa cfr. M. GIAMMARINARO, *Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'art. 18 del t.u. sull'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, p. 4; M. VIRGILIO, *Lavori in corso nei dintorni dell'immigrazione: art. 18 e leggi in tema di traffico di esseri umani e prostituzione*, *ivi*, 2003, p. 1; V. TOLA, *La tratta di esseri umani: esperienza italiana e strumenti internazionali*, in *Rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, Roma, dicembre 2000; D. MANCINI, *op. cit.*, p. 25-27; E. ROSI, *Tutela della vittima*, *cit.*, p. 18.

mento giudiziario, sia perché il percorso sociale è comunque destinato a sfociare nel percorso giudiziario (le forze dell'ordine vengono comunque a conoscenza di situazioni di violenza o sfruttamento che hanno obbligo di riferire all'autorità giudiziaria e che costituiscono delitti procedibili di ufficio) sia perché rappresenta un'azione di sostegno nei confronti della vittima, creando un rapporto di fiducia non solo con le associazioni ma anche con le istituzioni.

7. La direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 sostitutiva della Decisione Quadro del 19 luglio 2002

La direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 rappresenta la prima direttiva penale dell'Unione europea, adottata sulla base del nuovo contesto normativo definito dal Trattato di Lisbona (e in particolare sulla base dell'art. 83, par. 1, TFUE) ed è, al contempo, l'ultimo di una serie di strumenti introdotti a livello europeo con l'obiettivo di realizzare una più rigorosa prevenzione e repressione della tratta di esseri umani⁴⁶.

Tale atto normativo, nelle intenzioni del legislatore comunitario, dovrebbe inserirsi in una più ampia azione di contrasto da realizzarsi a livello mondiale, coinvolgendo anche i Paesi terzi, da cui provengono o in cui vengono trasferite le vittime della tratta, e nei quali è essenziale realizzare operazioni dirette a una maggiore sensibilizzazione, a ridurre la vulnerabilità, a sostenere e assistere le vittime, a lottare contro le cause profonde del fenomeno, contribuendo a elaborare un'adeguata legislazione relativa a tali fenomeni criminosi⁴⁷.

La direttiva ha sostituito la Decisione Quadro 2002/629/GAI ampliando il raggio d'azione dell'Unione europea con riguardo a forme di sfruttamento non espressamente previste nella citata Azione Comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997.

La direttiva 2011/36/UE si articola essenzialmente in quattro parti: la prima di diritto sostanziale relativa ai delitti e alle pene inerenti la tratta di esseri umani; la seconda relativa alle misure e agli strumenti processuali da adottare al fine di rendere più efficace il contrasto nei confronti di tali reati; la terza introduce una serie di norme, anche dettagliate, a tutela e sostegno delle vittime; l'ultima parte concerne le misure di prevenzione, di formazione e di monitoraggio a livello europeo.

In primo luogo merita di essere evidenziato che il nuovo atto normativo persegue un approccio di carattere globale al fenomeno, rispetto al passato in cui il versante della lotta alla criminalità organizzata era preponderante. Tale nuovo orientamento è già esplicito dal titolo della direttiva e si manifesta in particolare attraverso la definizione della nozione di *posizione di vulnerabilità*⁴⁸ (art. 2) e l'esplicita non criminalizzazio-

⁴⁶ R. SICURELLA, *Prosegue l'azione dell'Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani*, in www.penalecontemporaneo.it; L. CAMALDO, *Novità sovranazionali/Supranational News*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, I, 4, p. 14-18.

⁴⁷ Il considerando n. 2 richiama espressamente il *Libro bianco sulle iniziative per rafforzare la dimensione esterna dell'Unione europea nelle iniziative contro la tratta degli esseri umani*, approvato dal Consiglio in data 30 novembre 2009.

⁴⁸ L'art. 2, comma 2 precisa che la "posizione di vulnerabilità" si verifica ogniqualvolta la vittima non abbia altra scelta effettiva e accettabile se non cedere all'abuso di cui è fatta oggetto.

ne delle vittime di tratta per eventuali reati derivanti dall'essere state oggetto di tratta (art. 8). Ed invero, nei considerando da 14 a 25 e negli artt. da 9 a 17 si prevedono una molteplicità di forme di assistenza e di sostegno alle vittime che prefigurano un elevato livello di tutela, ulteriore rispetto a quello già assicurato nell'ordinamento italiano dagli artt. 18 del d.lgs. n. 286/1998 e 13 della legge n. 228/2003 (su cui *supra*). Infatti, si stabilisce che devono essere adottate, a livello nazionale, le misure necessarie affinché le indagini o l'azione penale relative ai reati di cui agli artt. 2 e 3 non siano subordinate alla querela, alla denuncia o all'accusa formulate da una vittima e che il procedimento penale possa continuare anche se la vittima ritratta una propria dichiarazione (art. 9); si prevede, inoltre, che l'azione penale dovrebbe essere consentita per un congruo periodo di tempo anche dopo che la vittima ha raggiunto la maggiore età.

Sotto il profilo definitorio, il nuovo strumento cerca di adeguarsi alle più recenti tendenze del fenomeno, adottando una nozione ancora più ampia di "tratta" ed includendovi pressoché tutte le forme di sfruttamento, poiché vi ricomprende come minimo, "lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi" (art. 2, par. 3 e *considerandum* n. 12), oltre che in generale lo *sfruttamento di attività illecite*⁴⁹.

È stato previsto un inasprimento del trattamento sanzionatorio, con la previsione di una soglia minima di almeno cinque anni di reclusione per le ipotesi base (laddove la Decisione Quadro si limitava a richiedere l'adozione di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive) e di almeno dieci anni di reclusione per le ipotesi aggravate (anziché otto anni come richiesto dalla Decisione Quadro), tra le quali la direttiva inserisce il caso in cui il fatto sia stato commesso da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni (ipotesi non prevista né nella Decisione Quadro né nella legislazione italiana).

In particolare, si integra una delle ipotesi aggravate quando il reato:

- è stato commesso nei confronti di una vittima particolarmente vulnerabile (tra cui certamente rientrano i minorenni);
- è stato commesso nel contesto di un'organizzazione criminale, ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio del 24 ottobre 2008 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata;
- ha messo in pericolo la vita della vittima intenzionalmente o per colpa grave;
- è stato commesso ricorrendo a violenze gravi o ha causato alla vittima un pregiudizio particolarmente grave.

È prevista anche una possibile responsabilità diretta della persona giuridica qualora il reato sia stato commesso a suo vantaggio da qualsiasi soggetto, che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organismo della persona giuridica, che rivesta una posizione apicale all'interno dell'ente, in quanto abbia il potere di rappresentanza di detta persona giuridica ovvero il potere di prendere decisioni per conto della persona

⁴⁹ Va segnalata la necessità per gli Stati membri di stabilire la responsabilità penale anche per le fattispecie di istigazione, favoreggiamento, concorso o tentativo, a cui devono essere ricollegate sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive (artt. 3 e 4, par. 4).

giuridica o infine l'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica (art. 5, par. 1). La persona giuridica deve essere chiamata a rispondere anche nell'ipotesi in cui la mancata sorveglianza o il mancato controllo da parte di un soggetto tra quelli sopra indicati abbia reso possibile la commissione, a vantaggio della persona giuridica, di uno dei reati relativi alla tratta da parte di una persona sottoposta all'autorità di tale soggetto (art. 5, par. 2). Le sanzioni per la persona giuridica sono di tipo pecuniario ovvero possono consistere in altre misure quali: *a*) l'esclusione dal godimento di benefici o aiuti pubblici; *b*) l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di un'attività commerciale; *c*) l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; *d*) lo scioglimento; *e*) la chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti usati per commettere il reato.

È, anche, prevista la possibilità di far ricorso al sequestro e alla confisca degli strumenti e dei proventi della tratta e dei reati a essa connessi (in senso analogo a quanto disposto dall'art. 600-*septies* c.p., che prevede anche la possibilità della c.d. confisca "per equivalente" che tanti effetti positivi sta determinando in molteplici settori dell'ordinamento italiano), anche al fine di finanziare l'assistenza e la protezione delle vittime, compreso il loro risarcimento e l'applicazione della legislazione transfrontaliera dell'Unione contro le attività della tratta⁵⁰.

Dal punto di vista processuale, per quanto riguarda la giurisdizione l'art. 10 prevede che gli Stati membri devono adottare le misure necessarie a stabilire la propria giurisdizione per i reati di cui agli artt. 2 e 3 quando il reato è stato commesso interamente o parzialmente sul suo territorio oppure l'autore del reato è un cittadino dello Stato in questione; è fatta salva, in ogni caso, la possibilità di stabilire la giurisdizione in casi ulteriori, ma di tale estensione deve essere informata la Commissione. Ancora, la direttiva evidenzia come sia, anzitutto, essenziale una stretta cooperazione transfrontaliera, che comprenda lo scambio di informazioni e di *best practice*, nonché un dialogo costante tra le autorità di polizia, giudiziarie e finanziarie degli Stati membri (considerando n. 5). In particolare, il coordinamento delle indagini e delle azioni penali deve essere agevolato da una cooperazione rafforzata con Europol e Eurojust, dall'istituzione di squadre investigative comuni e dall'attuazione della Decisione Quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali.

Numerose sono le disposizioni in materia di assistenza e sostegno alle vittime di reati di tratta di esseri umani (art. 11), nonché di tutela delle stesse nelle indagini e nei procedimenti penali (art. 12) che si aggiungono alle garanzie previste in favore delle vittime vulnerabili all'interno dei procedimenti penali di cui alla citata Decisione Quadro 2001/220/CE.

La direttiva evidenzia espressamente alcune forme basilari di assistenza: fornire alle vittime un alloggio adeguato e sicuro e l'assistenza materiale; prestare le cure mediche

⁵⁰ L'art. 7 ed il considerando n. 13 della Decisione richiamano gli strumenti in vigore sul sequestro e la confisca dei proventi di reato, ad esempio la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale e relativi protocolli, la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, la Decisione Quadro 2001/500/GAI del Consiglio del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, e la Decisione Quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato.

necessarie, compresa l'assistenza psicologica, la consulenza e le informazioni e, se necessario, i servizi di traduzione e interpretariato (art. 11, par. 5); considerare le specifiche necessità delle vittime, derivanti da status particolari (ad esempio l'eventuale stato di gravidanza, lo stato di salute, eventuali disabilità, disturbi mentali o psicologici, ecc.), ed altre ancora.

Ulteriori forme di tutela delle vittime di tratta dovrebbero essere specificamente collegate alle indagini e al procedimento penale, ad esempio consentendo l'accesso rapido alla consulenza e all'assistenza legale, anche ai fini di una domanda di risarcimento (art. 12, par. 2) ed al fine di consentire alle vittime di essere informate e consigliate sulle varie possibilità a loro disposizione, nonché evitando ogni possibile vittimizzazione secondaria attraverso ripetizioni non necessarie delle audizioni o il contatto visivo fra vittime e imputati, o consentendo la testimonianza in udienze non pubbliche ed altre ancora.

Una tutela rafforzata deve essere realizzata nei confronti dei minorenni, per cui la direttiva espressamente richiede agli Stati membri (v. considerando n. 8 e l'art. 13) di tenere conto dell'interesse superiore del minore conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla Convenzione ONU del 1989 sui diritti del fanciullo. Ove la vittima sia minorenne (in caso di dubbio opera una presunzione a favore della minore età) devono essere realizzate azioni specifiche di assistenza, sostegno e protezione, a breve e lungo termine, dirette al recupero fisico e psico-sociale, a seguito di una valutazione individuale della particolare situazione di ogni vittima minore di età, tenendo debito conto del parere, delle esigenze e dei timori del minore, nella prospettiva di trovare una soluzione duratura per lo stesso (art. 14).

Regole peculiari devono connotare l'audizione del minore, vittima o anche soltanto testimone. Anzitutto tale audizione deve svolgersi senza ritardo dopo la segnalazione dei fatti alle autorità competenti; ove necessario, le dichiarazioni vengono acquisite in locali appositi o adattati allo scopo e l'esame è condotto da o mediante operatori formati a tale scopo; ove possibile e opportuno, il minore è ascoltato sempre dalle stesse persone; il numero delle audizioni dovrebbe essere il più limitato possibile e solo se esse siano strettamente necessarie ai fini delle indagini e del procedimento penale; il minore viene accompagnato da un rappresentante o, se del caso, da un adulto di sua scelta, salvo motivata decisione contraria nei confronti di tale adulto (art. 15, par. 3). È opportuno che tutte le audizioni del minore siano videoregistrate e le videoregistrazioni possano essere utilizzate come prova nel procedimento penale, conformemente alle disposizioni di diritto interno. Specifiche forme di assistenza e di sostegno devono essere previste nei confronti di minore non accompagnato o separato dalla famiglia (v. art. 16).

L'ultima parte della direttiva è dedicata alla attività di prevenzione dei reati relativi alla tratta di esseri umani, che può essere realizzata tramite l'istruzione, la formazione, nonché anche tramite internet, azioni adeguate, quali campagne di informazione e sensibilizzazione e programmi di ricerca, ove opportuno in cooperazione con le pertinenti organizzazioni della società civile e altre parti in causa, intese a sensibilizzare e ridurre il rischio che le persone, soprattutto i minori, diventino vittime di tali gravi reati (art. 18).

Appare essenziale anche la formazione regolare dei funzionari che possono entrare in contatto con vittime effettive o potenziali della tratta di esseri umani, compresi gli

operatori di polizia affinché siano in grado di individuare le vittime e le potenziali vittime, anche attraverso un immediato riconoscimento dei c.d. reati-spia⁵¹.

Infine, per contribuire a una strategia coordinata e consolidata, gli Stati dovranno monitorare le tendenze in materia di tratta, misurare i risultati delle azioni anti-tratta, anche raccogliendo statistiche in collaborazione con le organizzazioni della società civile attive nel settore. Tali informazioni saranno trasmesse a un coordinatore antitratta che contribuisce alla relazione che la Commissione dovrà presentare ogni due anni sui progressi compiuti.

⁵¹ Sottolinea l'importanza dei c.d. reati-spia al fine della individuazione di condotte di tratta A. CISTERNA, *L'entità del fenomeno e la rilevazione dello stesso attraverso i cc.dd. reati spia*, Relazione all'Incontro di studio CSM "Il traffico degli esseri umani", Roma 26-28 gennaio 2009, in www.cosmag.it.

La política criminal en materia de migración en España y en Europa: ¿Tráfico ilícito de migrantes o inmigración ilegal?

*Teresa Aguado Correa **

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Evolución legislativa en materia de inmigración ilegal en el código penal español. Tipo básico art. 318-*bis* 1 CP. – 3. Inmigración ilegal y principio de proporcionalidad en sentido amplio.

1. Introducción

Los sucesos acaecidos en los últimos meses en aguas del Mar Mediterráneo han vuelto a poner el foco de atención sobre un problema que nos atañe a todos, pero principalmente, a aquellos países bañados por el Mar Mediterráneo: la migración ilegal y el tráfico ilícito de inmigrantes. Si bien es cierto que en los últimos años Italia se ha convertido en la puerta de entrada elegida por los traficantes de migrantes procedentes de África, España ha sido y sigue siendo país de llegada, tránsito y destino de migrantes tanto de América Latina como de África.

En este trabajo nos ocuparemos de la política criminal española sobre la inmigración ilegal, y no precisamente porque haya destacado en la Unión Europea por ser un ejemplo a seguir, sino más bien todo lo contrario. Sin embargo, debemos reconocer que en la última gran reforma que ha sufrido el Código Penal a través de la reciente LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹, se puede constatar un giro de 90º, en la política criminal en materia de inmigración ilegal al ser más respetuosa con algunos principios constitucionales. No obstante, esta reforma tampoco nos satisface pues no compartimos la política criminal europea en materia de inmigración irregular en la que trae causa², ya que a través de esta reforma, se pretende incorporar al ordenamiento jurídico español, con más de diez años de retraso³, tanto la Decisión Marco del Consejo 2002/946/UE,

* Profesora Titular de Derecho Penal Universidad de Sevilla.

¹ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Esta ley entró en vigor el próximo 1 de julio de 2015 (DF 8ª).

² En opinión de P. LAURENZO COPELLO, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, p. 866, “la tendencia securitaria y punitivista de la regulación europea en materia migratoria no es argumento suficiente para dotar de legitimidad material un precepto de derecho interno”.

³ Recordemos que la fecha máxima para incorporar lo dispuesto en esta DM 2002/946/JAI a los ordenamientos nacionales, era el 5 de diciembre de 2004. A pesar de que en la DF 6ª LO 1/2015 “Incorporación de Derecho de la Unión Europea” no se hace referencia a esta Decisión Marco, en el Preámbulo sí se reconoce

de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancias irregulares, como la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

A lo largo de este trabajo realizaremos una serie de reflexiones desde el prisma del principio de proporcionalidad en sentido amplio, no solo sobre la normativa española sino también sobre la normativa europea, ya que la política criminal europea en materia de inmigración irregular es un claro ejemplo de las tendencias preocupantes que se denuncian en el “Manifiesto sobre la política criminal europea” en los siguientes términos: “se han apreciado tendencias preocupantes que no deben pasar inadvertidas: la tendencia a establecer disposiciones penales que no persiguen claramente la tutela de interés alguno; la tendencia a descuidar el principio de ultima ratio; la tendencia a establecer obligaciones de penalización que conducen a la introducción de preceptos indeterminados en los derechos nacionales; así como la tendencia a reaccionar ante cualquier problema social con un incremento de la represión, considerando que ello supone ya un valor añadido. Estas tendencias objetables se manifiestan también en el ámbito estatal, pero son considerablemente fortalecidas a través del desarrollo europeo”⁴.

2. Evolución legislativa en materia de inmigración ilegal en el código penal español. Tipo básico art. 318-bis 1 CP

La tipificación del delito de inmigración ilegal en el Código Penal español se remonta al año 2000, habiendo sido modificado en varias ocasiones desde que se incluyó. La última de ellas a través de la LO 1/2015, que como veíamos anteriormente, entró en vigor el 1 de julio de 2015⁵. Paradójicamente, bajo la rúbrica de “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” se tipificó en el art. 318 bis CP el delito de inmigración ilegal a través de la Disposición Adicional de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros.

Tres años después, a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad se modificó de nuevo este precepto para incluir la inmigración clandestina⁶, así como las conductas de tráfico de seres humanos con fines

que se revisa la regulación del art. 318 bis CP con el fin de definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea (Directiva 2002/90/CE) y para ajustar las penas conforme a la DM 2002/946 JAI.

⁴ “Manifiesto sobre política criminal europea”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 12/2009, p. 735.

⁵ Sobre las modificaciones que ha sufrido la regulación de este delito, vid., entre otros, M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Barcelona, 2007, p. 37 ss.; A. IGLESIAS SKULJ, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del art. 177 bis del Código Penal*, Valencia, 2013.

⁶ Tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia entienden que el concepto de “tráfico ilegal de personas” es equivalente al de “inmigración clandestina”, frente a un sector minoritario que entiende que son conceptos distintos, como por ejemplo, E. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina: (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, 2008, p. 339.

de explotación sexual, y ello a pesar de las diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. Bien es cierto que las conductas de tráfico ilícito pueden acabar en tráfico de seres humanos, pero no se deben confundir y menos aún tipificar conjuntamente, como denunció en su día la Comisión Europea⁷ y posteriormente reconoció el propio legislador español en el Preámbulo de la LO 5/2010 en los siguientes términos:

“El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318-*bis* resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos”.

El 27 de marzo de 2015 se aprobó en el Pleno del Congreso de los Diputados la LO 1/2015, a través de la cual se ha modificado por última vez el artículo 318-*bis*, cuya reforma ha sido justificada por el legislador en el Preámbulo de la citada ley en los siguientes términos:

“Por otra parte, también resulta necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318-*bis*. Estos delitos se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177-*bis*. Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Por ello, se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318-*bis* con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. En todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias.

La reforma culmina también la transposición efectiva de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular”⁸.

⁷ Informe de la Comisión, elaborado sobre la base del artículo 9 de la Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, Bruselas, 6 diciembre 2006, COM(2006) 770 final, p. 9. “Parece asimismo que las legislaciones penales de algunos Estados miembros (España y los Países Bajos, por ejemplo) no establecen una distinción clara entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes. Las dos decisiones marco destinadas a combatir estas formas de delincuencia se basan en definiciones diferentes, lo que parece excluir la posibilidad de que las mismas disposiciones de Derecho penal puedan aplicarse a estas dos formas de delincuencia. Por lo tanto, surgen dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar adecuadamente las disposiciones de la citada Decisión marco del Consejo sin establecer distinción alguna entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes”.

⁸ En el nuevo art. 311-*bis* CP (LO 1/2015) se tipifica la conducta del empleador de nacionales de

A partir del 1 de julio de 2015, fecha en la que entró en vigor la LO 1/2015, la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares se tipifican en el art. 318-*bis* 1 y 2 CP, en los siguientes términos:

“1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”.

Anteriormente el art. 318-*bis* CP (LO 5/2010) estaba redactado en los siguientes términos:

“1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de

terceros países en situación irregular, en los siguientes términos: «Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien: a) De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo ...”.

especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31-*bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66-*bis*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras *b*) a *g*) del apartado 7 del artículo 33.

5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior”.

Respecto de la regulación contemplada en el art. 318-*bis* 1 CP (LO 5/2010) cabe destacar las siguientes novedades apuntadas por el propio legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015: “De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. En todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias” (apartado XXV).

3. Inmigración ilegal y principio de proporcionalidad en sentido amplio

Respecto de la anterior regulación de este fenómeno en España, no podemos dejar de ser críticos con la compatibilidad del tipo básico previsto en el art. 318-*bis* 1 CP en su redacción dada por la LO 5/2010 con algunos principios constitucionales, en particular, los principios de legalidad y de proporcionalidad en sentido amplio, principios íntimamente vinculados entre sí⁹. Tanto es así que en la Carta Europea de Derechos Fundamentales se regulan estos principios en el mismo precepto, el artículo 49, bajo la rúbrica “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas”¹⁰.

⁹ Dicha relación fue reconocida por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 136/1999, de 26 de abril, en la que por primera y única vez declaró la inconstitucionalidad de un delito de peligro abstracto, en los siguientes términos: “En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174-*bis* a) C.P. 1973”.

¹⁰ “Artículo 49. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya

En nuestra opinión, el tipo básico contemplado en el apartado 1 del art. 318-*bis* CP no cumple con la exigencia de taxatividad derivada del principio de legalidad¹¹, al abarcar conductas muy diversas sin establecer claramente cuales son las conductas prohibidas (“El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina ...”), y así lo reconoce el propio legislador de forma implícita en el Preámbulo de la LO 1/2015 cuando afirma: “De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles ...” (apartado XXV). Esta falta de taxatividad conlleva también la violación del principio de proporcionalidad pues sin una adecuada aplicación del principio de legalidad, de forma que los tipos no abarquen cualquier comportamiento alejado del bien jurídico, que de esa manera se convierte en la *ratio* y no en un límite a la incriminación, no tiene sentido proclamar la vigencia del principio exclusiva protección de bienes jurídicos, ni tampoco proclamar la vigencia de este principio cuando se ignora el principio de subsidiariedad o cuando no se respeta el principio de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que se está alterando el orden de importancia de los intereses jurídicamente protegidos¹².

Como tendremos ocasión de constatar a lo largo de este trabajo, si bien la nueva redacción dada por el legislador al tipo básico del delito de inmigración irregular (apartados 1 y 2 art. 318-*bis* LO 1/2015) permite superar la crítica relacionada con el principio de legalidad, por el contrario, las críticas relativas a la compatibilidad de este tipo con el principio de proporcionalidad se mantienen, aun cuando por motivos parcialmente distintos a los que cabe alegar respecto a la regulación anterior. La inconstitucionalidad de este delito no se deriva sólo de la manifiesta y patente desproporción de la de prisión de 4 a 8 años prevista en el apartado 1 del art. 318-*bis* CP (LO 5/2010), sino de la ausencia de un bien jurídico merecedor y necesitado de tutela penal, lo que implica que también se puedan considerar inconstitucionales por desproporcionadas las penas privativas de libertad previstas en el art. 318-*bis*. 1 y 2 CP en su redacción dada por la LO 1/2015.

Tal y como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional español, “para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis ‘si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes’ (STC 55/1996, fundamento jurídico 7; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9). En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que

una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta ...”.

¹¹ De otra opinión M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., p. 42, quien considera que la redacción actual del art. 318-*bis* CP, no presenta problemas desde el punto de vista del principio de legalidad en su exigencia de taxatividad.

¹² T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999, p. 160.

constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena” (STC 136/199, FJ 23).

Como prius lógico, al igual que procede el TC español cuando lleva a cabo el análisis de proporcionalidad, estableceremos cuál es el bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 318.1-*bis* CP (LO 5/2010)¹³, siendo en nuestra opinión la “defensa de los intereses del Estado en el control de flujos migratorios” y así lo reconoció expresamente el legislador en el Preámbulo de la LO 5/2010. Una vez establecido cual es el bien jurídico protegido a través art. 318-*bis* 1 CP, indagaremos si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión y si las sanciones son proporcionadas.

A) Principio de idoneidad

Desde el punto de vista del principio de idoneidad cuestionamos que el Derecho penal sea idóneo para proteger el bien jurídico colectivo “interés estatal/europeo en el control de los flujos migratorios”, a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto. Esta política criminal da lugar a un debilitamiento de la vinculación del Derecho penal al principio de proporcionalidad, a la vez que se minimizan los presupuestos de la pena con el empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto. En este sentido, ya alertó Hassemer de los inconvenientes de un derecho penal “eficaz” que, dirigido a afrontar los problemas que la sociedad considera más acuciantes y generan un sentimiento de inseguridad ciudadana, prescinde de principios tan importantes como el principio de proporcionalidad¹⁴.

Por otra parte, desde el punto de vista de la idoneidad de la pena no consideramos que la pena privativa de libertad, sobre la que recaía el protagonismo tanto en el Código Penal español como en la DM 2002/946/UE¹⁵, sea la más idónea para luchar

¹³ Esta es una cuestión que ha suscitado un amplio debate doctrina en España, vid. un resumen de estas posturas en A. IGLESIAS SKUJL, *Trata de mujeres*, cit., p. 154 ss., pudiéndose reconducir grosso modo a tres las posturas que mayoritariamente se han defendido: a) por una parte nos encontramos con la postura de aquellos que defienden que los bienes jurídicos protegidos son, en consonancia con la rúbrica del título en el que se ubica el art. 318-*bis* CP, los derechos de los ciudadanos extranjeros y, en particular, la dignidad del migrante sometido a tráfico; b) por otra, la de quienes sostienen que a través de este tipo penal se protege el interés del Estado en controlar los flujos migratorios. M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito*, cit., p. 122, sostiene que el objeto de tutela del tipo básico del art. 318-*bis*.1 CP “sería un bien jurídico colectivo: la salvaguarda de aquellas áreas o condiciones de nuestra actual estructura social, económica, incluso política, que se verían deterioradas por un excesivo incremento de la presión migratoria; c) la tercera corriente doctrinal, está integrada por aquellos que defienden que a través del tipo básico del art. 318 *bis* CP se protegen ambos bienes jurídicos. En esta línea se inserta la postura de E. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas*, cit., p. 386 ss., para quien el bien jurídico protegido varía según se trate de la conducta de tráfico ilícito de personas o de inmigración clandestina. Así, en tanto que el primer caso el bien jurídico protegido es el *status libertatis* del ser humano que está constituido por la libertad, seguridad y dignidad personal, concretada ésta última en su integridad moral”; en el caso de la inmigración clandestina se protege un bien jurídico colectivo que no es otro que “el interés estatal en el control de los flujos migratorios en el territorio español, de acuerdo con la política migratoria común establecida en el marco de la Unión Europea”.

¹⁴ Cfr. T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 157 ss.

¹⁵ Art. 2.3 DM: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones

la inmigración irregular, teniendo en cuenta que la realidad criminológica ha puesto de manifiesto que la actividad delictiva a la que se debe reservar el uso del derecho penal es el tráfico ilícito de migrantes, actividad caracterizada por la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

A nivel europeo resulta a todas luces insuficiente para luchar contra el tráfico ilícito de migrantes la sanción de decomiso del medio de transporte para cometer la infracción penal prevista en el art. 2.2 DM 2002/946/JAI. Por el contrario, es el decomiso de productos una de las sanciones más idóneas para afrontar el tráfico ilícito de migrantes, en particular, cobran especial relevancia el decomiso sin condena o el decomiso ampliado. Ciertamente es que la inmigración irregular no es una de las actividades delictivas contempladas en el art. 83.1 TFUE, y por lo tanto en principio no se puede aplicar a esta actividad delictiva lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los productos e instrumentos del delito, pero sí se puede proceder así siempre que se trate de actividades cometidas en el seno de una organización criminal. Por otra parte, tampoco se puede descartar que en un futuro no muy lejano, a la vista de los lamentables acontecimientos que se han producido en el año 2015, se adopte una Directiva que establezca expresamente que la Directiva 2014/42/UE se aplica a las infracciones penales armonizadas en el mismo (art. 3 inciso final Directiva 2014/42/UE).

En España, tras la importante reforma sufrida por el decomiso mediante la LO 1/2015, el decomiso se ha potenciado como sanción en la lucha contra la inmigración ilegal como se deduce de la inclusión de los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” (art. 318-*bis* CP) en la relación de delitos que permiten acordar el decomiso ampliado regulado en el art. 127-*bis* CP (LO 1/2015), así como la nueva modalidad de decomiso previsto en el art. 127-*quinqüies* CP (LO 1/2015) para los bienes, efectos y ganancias provenientes de actividad delictiva previa continuada. Anteriormente, el decomiso ampliado se podía acordar cuando se trataba de una persona condenada por un delito de inmigración ilegal cometido en el marco de una organización o grupo criminal (art. 127.1.2º CP).

B) Principio de necesidad

Desde el punto de vista del principio de necesidad cuestionamos que el “control de los flujos migratorios” sea un bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal¹⁶.

definidas en la letra *a*) del apartado 1 del artículo 1 y, en la medida correspondiente, en la letra *a*) del artículo 2 de la Directiva 2002/90/CE que hayan sido cometidas con ánimo de lucro, sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan sido cometidas en alguna de las circunstancias siguientes: – infracción cometida como parte de las actividades de una organización delictiva con arreglo a la definición de la Acción común 98/733/JAI (1), – infracción cometida poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción ...”.

¹⁶ P. LAURENZO COPELLO, *Estudio crítico sobre*, cit., p. 867, niega que nos encontremos ante un bien jurídico merecedor de tutela penal. No obstante, si acudimos a los criterios utilizados por el TC español, para quien tan sólo son merecedores de tutela penal los bienes constitucionalmente legítimos y socialmente relevantes, a la cuestión de si estamos ante un bien jurídico merecedor de protección penal debe responderse de forma positiva. Sobre la selección de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal, vid. T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 174 ss. Un análisis similar realiza M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración*, p. 162 ss.

El hecho de que el control de las migraciones sea una prerrogativa indiscutible de un Estado soberano no basta para justificar y legitimar el recurso al derecho penal, antes al contrario, como afirma Lorenzo Copello, al formar parte dicho control de la organización administrativa del Estado es en ese ámbito del derecho administrativo en el que debe desarrollarse y plasmar sus condiciones¹⁷. El interés del legislador por reforzar las normas administrativas vigentes sobre entrada y permanencia de extranjeros no es suficiente para justificar la intervención penal a través de la incriminación de las conductas previstas en el tipo básico del art. 318-*bis* CP (LO 5/2010).

Mutatis mutandi, tampoco es posible identificar en la DM 2002/946/JAI un interés legítimo de protección¹⁸. Como nos recuerdan los redactores del Manifiesto sobre la política criminal europea¹⁹, tan sólo en aquellos casos en los que la norma penal europea sirve a la protección de un interés especialmente relevante, ésta resulta legítima y proporcionada. De acuerdo con el mandato de “*good governance*”, el legislador europeo debe fundamentar detalladamente no solo el interés protegido sino además el comportamiento punible que lo lesiona de modo significativo, no siendo suficiente para legitimar la utilización del derecho penal el simple aseguramiento de una política de la Unión. Por otra parte, el legislador europeo debe “fundamentar la utilización del derecho penal como ultima ratio del control social”.

Desde nuestro punto de vista, en la DM 2002/946/JAI el legislador europeo no respetó el mandato de “*good governance*”. Y es que como se desprende de lo afirmado en el considerando 1 de la DM 2002/946/JAI, lo que se está protegiendo a través de la misma es una política europea y no un bien jurídico: “Uno de los objetivos de la Unión Europea es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal”. A través de la DM 2002/946/UE se está protegiendo la política común de inmigración (art. 63.2 TFUE), política que está destinada a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas (art. 79 TFUE). Prueba de que lo que se trata de

¹⁷ P. LAURENZO COPELLO, *Estudio crítico sobre*, cit., p. 866.

¹⁸ A diferencia de la DM 2002/629/JAI, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, de la que la separaron cuatro meses, en la que sí que se podía identificar un interés de tutela legítimo: “La trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana e implica prácticas crueles, como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción”. Esta DM 2002/629/JAI es uno de los actos jurídicos a los que se alude en el Manifiesto sobre la política criminal europea, como ejemplo de instrumento jurídico que cumple de “manera indubitada” con el requisito de protección de un interés legítimo y especialmente importante: el núcleo duro de los derechos individuales. Igualmente podemos identificar este interés legítimo de protección en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo: “la trata de seres humanos es un delito grave, cometido a menudo dentro del marco de la delincuencia organizada, constituye una grave violación de los derechos humanos y está prohibida explícitamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ...” (considerando 1). También se muestra crítica con la legitimidad de la intervención penal en la protección de los flujos migratorios de la Unión, M.J. GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, Pamplona, 2007, p. 418 ss.

¹⁹ *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2009, p. 727.

proteger es una política común y no un interés legítimo, es que la inmigración ilegal no aparece mencionada en el catálogo de actividades delictivas contempladas en el art. 83.1 TFUE, por lo que la utilización del Derecho Penal tendría que darse en principio por la vía del art. 83.2 TFUE y, como veíamos anteriormente, el simple aseguramiento de una política de la Unión Europea, la política de inmigración, no puede legitimar sin más la utilización del Derecho Penal.

Desde nuestro punto de vista, tanto en la política criminal española como en la europea se echa en falta una visión global del fenómeno que no solo tenga en cuenta el control de flujos migratorios y, por ende, el control de fronteras dentro del espacio de seguridad²⁰, sino prioritariamente la protección de los derechos humanos de los migrantes. Tanto una como otra se olvidan de lo realmente importante: la protección de los derechos humanos de los migrantes. Esta protección de los derechos humanos sí que está presente en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, como se reconoce en el Preámbulo cuando se manifiesta la necesidad “de dar un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos”. En esta línea, en el Dictamen del CESE sobre “Las políticas europeas de inmigración” (2014) se recomienda que la lucha contra el tráfico ilícito y la trata de personas se realice siempre garantizando a las víctimas, la protección de la legislación humanitaria internacional y los convenios europeos de derechos humanos. El Comité considera que una persona «sin papeles» no es una persona sin derechos o un criminal, estando obligados la UE y los Estados miembros a proteger sus derechos fundamentales. No se debe utilizar el término «inmigración ilegal» cuando se refiere a las personas que emigran y se encuentran en situación administrativa irregular, ya que el vínculo entre inmigración irregular y delincuencia fomenta actitudes temerosas y xenófobas²¹.

El Protocolo de Palermo y su Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes, de diciembre de 2010, en cuya elaboración ha contribuido la Unión Europea²², deberían

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Comunicación sobre migración, [COM (2011) 248 final], 4 mayo 2011. La UE debe ser capaz de gestionar los flujos de personas que desean viajar a ella durante un periodo breve o emigrar legalmente, impidiendo a la vez entrar a los que no tienen derecho a hacerlo. El control de las fronteras contribuye también de manera importante a la lucha contra la delincuencia, como se explicaba en la Estrategia de Seguridad Interior presentada por la Comisión en 2010. COM (2010) 673 de 22 de noviembre de 2010. Los nuevos retos en materia de migración y seguridad hacen que sea necesario mejorar continuamente el control de las fronteras exteriores de la UE. Los recientes acontecimientos han puesto de manifiesto con qué rapidez una sección de la frontera exterior considerada de bajo riesgo puede verse sometida en muy poco tiempo a una presión migratoria crítica. La delincuencia organizada se dedica a la trata de seres humanos o a facilitar la inmigración irregular, y está adaptando constantemente sus métodos y rutas. Al mismo tiempo, la tendencia general es que el número de viajeros aumente y que dichos viajeros esperen cruzar las fronteras de forma rápida y sencilla.

²¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Las políticas europeas de inmigración” (Dictamen exploratorio) (2014/C 458/02), DOUE C 458, 19 diciembre 2014, p. 9, apartado 1.6.

²² Las reuniones del grupo de expertos se organizaron en el marco de un proyecto mundial, financiado por la Unión Europea, cuyo fin es promover la aplicación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, complementarios ambos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Introducción, p. 3.

servir de referente a los responsables de la política criminal europea y española. Se trata de proteger a los Estados de los perjuicios y los peligros que una migración ilegal dominada por los grupos organizados puede traer consigo para la seguridad de un país, así como de proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.

Como se señala en la Ley modelo²³, es esencial que los redactores de leyes comprendan las directrices fundamentales que establece el Protocolo mismo: el “Protocolo centra su atención en el tráfico ilícito de migrantes por parte de grupos delictivos organizados y no en la mera migración o los migrantes mismos”. Y esto es lo que no han tenido en cuenta ni el legislador europeo ni el legislador español. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes ha de leerse conjuntamente con la Convención de Palermo, por lo que el art. 2 del Protocolo donde se afirma que “el propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico”²⁴, tiene que leerse en conjunción con el artículo 1 de la Convención, el cual estipula que “el propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”.

En el Dictamen del CESE sobre el tema “Inmigración irregular por mar en la zona euromediterránea”, se reconoce la necesidad de realizar todos los esfuerzos posibles para luchar enérgicamente contra la delincuencia organizada y de no escatimar recursos en la búsqueda y el enjuiciamiento de los «facilitadores» del tráfico de personas²⁵.

Elemento fundamental en la definición del tráfico ilícito de migrantes ofrecida por el Protocolo, es la finalidad de obtención, directa o indirectamente, de “un beneficio financiero u otro beneficio de otro orden material”. Por ello, en la Ley modelo se recomienda que cuando se quiera explicitar con toda claridad a los responsables de aplicar la ley que el aspecto central no es la mera migración ni los migrantes, puede ser útil incluir una declaración más de intenciones, por ejemplo, en los siguientes términos: “La presente ley tiene la finalidad de penalizar la conducta de quienes se benefician del tráfico ilícito de migrantes o un comportamiento afín con obtención de un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. Su objetivo no es penalizar la migración como tal”²⁶. En las notas interpretativas sobre el apartado a) del artículo 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes se aclara que la referencia a “beneficio finan-

²³ Ley modelo, p. 6.

²⁴ En los casos de tráfico ilícito de migrantes éstos son objeto de la conducta de tráfico ilícito por lo que no se pueden considerar “víctimas del tráfico ilícito de migrantes” porque, por regla general, consienten en someterse a ese tráfico. Ello no impide que el migrante objeto de tráfico puede ser víctima de otros delitos en el transcurso del tráfico, pudiendo el migrante objeto de tráfico ilícito retirar su consentimiento si, considera que las condiciones de transporte son demasiado peligrosas pero, no obstante, son forzados a continuar en el proceso de tráfico ilícito. Por ejemplo, un migrante objeto de tráfico puede ser forzado físicamente a subir a bordo de un buque. La cuestión esencial es que si bien un migrante no es víctima del tráfico ilícito, pero puede ser víctima de otros delitos como resultado de ser objeto del mismo.

²⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Inmigración irregular por mar en la zona euromediterránea” (Dictamen de iniciativa) (2014/C 67/07), p. 33, apartado 1.12 “Prevenir y combatir el tráfico ilícito de personas”.

²⁶ Ley modelo, p. 7.

ciero u otro beneficio de orden material”²⁷ se insertó como elemento de la definición para recalcar que la intención era abarcar las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan movidos por el lucro, pero que quedaban excluidas las actividades de todos aquellos que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. El Protocolo no pretendía criminalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas²⁸.

Por el contrario, en la normativa europea se exige a los Estados que tipifiquen cualquier conducta que implique ayudar a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros, con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a la extradición (prisión 1 año), no siendo necesario que dichas conductas se realicen con ánimo de lucro, por lo que se está castigando la mera “inmigración clandestina” (vid. art. 1 Directiva 2002/90/CE y art. 1 DM 2002/946/JAI)²⁹. Tampoco en el art. 318-*bis* 1 CP (LO 5/2010) se contemplaba el ánimo de lucro como elemento del tipo básico, sino que se prevía en el art. 318.2-*bis* CP como una circunstancia agravante que obliga a imponer la pena en su mitad superior, es decir, pena de prisión de 6 a 8 años. En el nuevo art. 318-*bis* 1.3º CP (LO 1/2015) si bien el ánimo de lucro forma parte del tipo básico de ayuda a permanecer en España, no forma parte del tipo básico de ayuda a entrar en territorio español o a transitar por él, sino que en este caso se prevé como una circunstancia agravante que permite imponer la pena en su mitad superior, es decir, multa 7 meses y 15 días a 12 meses o prisión de 7 meses y 15 días a 1 año (art. 318-*bis* 1.3º CP LO 1/2015).

Por otra parte, increíblemente en la Directiva 2002/90/CE no se obliga a los Estados miembros a excluir la punición en el caso de prestación de ayuda por motivos humanitarios, sino que tan sólo prevé como una mera facultad: “Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra *a*) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”. Esta previsión es una prueba más de la política criminal de inmigración cero y contraria a los derechos humanos llevada a cabo por la UE. De ahí la relevancia de la petición formulada por el Parlamento Europeo tras los acontecimientos de Lampedusa: “Pide a la UE y a los Estados miembros que modifiquen o revisen la legislación que criminaliza a quienes asisten a los migrantes que están en peligro en el mar; pide a la Comisión Eu-

²⁷ El pago o el beneficio resultante del tráfico ilícito de migrantes pueden incluir incentivos no financieros como un billete gratuito de ferrocarril o de avión, o bienes, por ejemplo, un automóvil. Así pues, es importante cuidar de que la definición de “beneficio financiero u otro beneficio de orden material” sea lo más amplia y global posible.

²⁸ A/55/383/Add.1, párr. 88; Trabajos preparatorios, p. 498.

²⁹ En el art. 1 de la DM 2002/946/JAI, se prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las infracciones definidas en la letra *a*) del apartado 1 del artículo 1 que hayan sido cometidas con ánimo de lucro, sean punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan se trate de una infracción cometida como parte de las actividades de una o se trate de una infracción cometida poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción.

ropea que revise la Directiva 2002/90/CE del Consejo, que establece las sanciones por ayuda a la entrada, la circulación y la estancia irregulares, a fin de aclarar que debe alabarse la prestación de asistencia humanitaria a los migrantes que se encuentran en peligro en el mar, que no es una acción que deba nunca dar lugar a la imposición de sanciones de ningún tipo” (apartado 26)³⁰.

En el Código Penal, desde la inclusión de este delito en el año 2000, tan solo se permitía a los tribunales rebajar la pena en un grado teniendo en cuenta “la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste” (art. 318-*bis* apartado 5 CP), lo que implicaba que la pena mínima a imponer era prisión 2 años a 4 años menos un día ¿Es este un derecho penal que protege los derechos humanos? Afortunadamente, en la nueva redacción dada art. 318-*bis*.1 CP a través de la LO 1/2015 se prevé expresamente en el inciso 2º del apartado 1, una eximente por motivos humanitarios que está redactada en los siguientes términos: “Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

Desde el punto de vista del principio de ofensividad, también cabe cuestionar este delito de inmigración ilegal al tratarse de un delito de peligro abstracto de los denominados cumulativos o por acumulación, es decir, aquellos en los que los ataques a los bienes jurídicos colectivos tienen lugar a través de acciones masas cuya peligrosidad individualmente considerada es insignificante, pero cuya repetición puede menoscabar el bien jurídico³¹. El art. 318-*bis*.1 CP (LO 5/2010) tipificaba conductas tan alejadas del ataque del bien jurídico que no respetan el principio de ofensividad y que a lo sumo deberían ser consideradas como meros injustos administrativos. Se podría considerar que cumplen con el principio de ofensividad aquellos supuestos de movimientos migratorios a gran escala que perturben de modo significativo la política oficial sobre entrada de ciudadanos extranjeros. En realidad, se condiciona el reproche penal a la falta de autorización administrativa, lo cual es ciertamente criticable puesto que plantea el problema de la utilización del Derecho penal para la penalización de la mera infracción formal de normas administrativas sobre la entrada y tránsito, con la consiguiente vulneración de los principios de ofensividad y de subsidiariedad que conlleva.

Desde el punto de vista del principio de subsidiariedad, no solo es criticable que se haya acudido a la técnica del delito de peligro abstracto, sino que lo realmente criticable es que se ha acudido al Derecho penal para incriminar injustos coincidentes con las infracciones administrativas que también existen en las leyes administrativas³². Cuando el injusto se agota en una mera contradicción formal de una ley administrativa nos encontramos ante comportamientos que no son merecedores ni están necesitados de pena y por lo tanto debe declararse su inconstitucionalidad por desproporcionados³³.

Esta crítica cabe formularla no solo en relación con el CP español, sino también en relación con la DM 2002/946/JIA que es la que obligaba a los Estados miembros a

³⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de octubre de 2013, sobre los flujos migratorios en el mar Mediterráneo, con especial atención a los trágicos hechos acaecidos en aguas de Lampedusa 2013/2827(RSP).

³¹ Cfr. sobre esta problemática, T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 341 ss.

³² T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 398 ss.

³³ T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 398.

acudir al Derecho Penal para combatir la inmigración ilegal, instándose a la penalización de conductas que deberían ser meros injustos administrativos³⁴, a no ser que se lleven a cabo por parte de organizaciones criminales y/o afecten a los derechos de los sujetos objeto de inmigración ilegal. La UE tampoco respeta en este caso³⁵ los principios básicos del Derecho Penal³⁶. El principio de subsidiariedad es otro de los subprincipios que integran el principio de necesidad y se vulnera en aquellos casos en los que se acude al mismo para resolver los problemas de la sociedad, como *prima ratio* y no como *ultima ratio*. Dado que la persona es el centro de la actividad de la Unión Europea, ésta sólo puede obligar a los Estados miembros a incriminar determinados comportamientos cuando no existe otro medio más leve a su disposición para la tutela del interés protegido. Como apuntábamos anteriormente, en atención del mandato de “*good governance*” la UE tiene el deber de fundamentar el uso del derecho penal como *ultima ratio* del control social³⁷.

Recordemos que el Derecho Penal no nos puede resolver todos los problemas de la sociedad, sino que lo que hay que potenciar es la prevención en los países de origen así como una política migratoria regular. Como afirma el Relator Especial de Naciones Unidas de los derechos de los migrantes, debe promoverse una gobernanza de política migratoria tanto a nivel europeo como a nivel mundial, pues la gobernanza de la migración insuficiente facilita el papel de otros agentes como por ejemplo los traficantes y los empleadores que expoltan a los inmigrantes. Esta política global común de migración debe tener en cuenta varios aspectos, entre otros, como ha destacado el CESE, “la situación demográfica y de los mercados de trabajo; el respeto a los derechos humanos, la igualdad de trato y la no discriminación; la legislación de admisión de nuevos inmigrantes; la situación de los inmigrantes en situación irregular, la acogida y protección de los solicitantes de asilo; la lucha contra las redes criminales del tráfico ilegal de personas; la colaboración con los países terceros; la solidaridad europea; y la política social y la integración”³⁸. Pero lo cierto es que el marco legislativo actual en la Unión Europea “es frag-

³⁴ M.J. GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas*, cit., p. 421, considera que la norma europea, por su excesiva amplitud, carece de elementos suficientes para poder afectar a los bienes jurídicos que se pretenden proteger.

³⁵ No obstante, cabe señalar que, por el contrario, la Directiva 2009/52/CE sí ha respetado el principio de intervención mínima, tanto el principio de subsidiariedad como el de fragmentariedad, en la medida en que no insta a los Estados miembros a sancionar penalmente cualquier infracción de la prohibición del empleo de nacionales de terceros países en situación irregular (art. 5 Sanciones económicas), sino que solo se consideran delito las infracciones que se consideran más graves y que se encuentran enumeradas en el artículo 9 (Delito), debiendo ser objeto de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias según se desprende de lo dispuesto en el apartado 1 el artículo 10 (Sanciones penales aplicables al delito). En el “Manifiesto sobre política criminal europea”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 12/2009, p. 730, se afirma que “Todo ello podría reconocerse como una señal (¿consciente?) de respeto al principio de proporcionalidad penal y por consiguiente del principio de *ultima ratio*”.

³⁶ Informe Relator Especial, 2013, p. 26, apartado 126.

³⁷ “Manifiesto sobre política criminal europea”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 12/2009, p. 727.

³⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Inmigración irregular por mar en la zona euromediterránea» (Dictamen de iniciativa) (2014/C 67/07); anteriormente ya se había pronunciado en estos términos en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las

mentado, oscuro y disperso”³⁹, situación que crea inseguridad jurídica e incoherencia política, y que necesitan ser paliadas cuanto antes y no precisamente a través del recurso al Derecho Penal, sino “a través de una política común y de una legislación compartida en cuestiones relativas al empleo y la educación que tenga un alto nivel de armonización con un enfoque horizontal, en vez de normas sectoriales”⁴⁰.

Promover una gobernanza de la migración efectiva es esencial para maximizar los efectos positivos y reducir al mínimo los efectos negativos de la migración en el desarrollo. En ausencia de una gobernanza efectiva, los costos de la migración pueden ser significativos, reconociendo la Comisión los peligros de agravación de las amenazas para la seguridad que una migración incontrolada puede conllevar, en especial, para los “Estados frágiles”⁴¹. Pero para alcanzar un enfoque de derechos humanos a nivel mundial y no solo regional, el marco institucional se debe basar en Naciones Unidas⁴². No olvidemos que las organizaciones criminales tienen carácter transnacional y se sirven de la situación en la que se encuentran los migrantes: pobreza, violencia generalizada, conflicto armado o efectos del cambio climático. ¡La protección de los derechos humanos es una obligación legal! Siempre debe considerarse a los migrantes, ante todo, como lo que son, seres humanos con derechos humanos inherentes, en lugar de agentes del desarrollo. Solo cuando la migración se conciba desde el punto de vista de los derechos humanos podrá desarrollar su potencial para facilitar el desarrollo de derechos humanos⁴³. Y así lo ha puesto de manifiesto también el CESE en los siguientes términos: “La UE debe promover un marco normativo internacional para las migraciones y pasar a ser un actor promoviendo la ratificación y puesta en práctica de estándares e instrumentos internacionales de derechos humanos de inmigrantes por los Estados Miembros. La UE debe adoptar una alianza estratégica con otros actores internacionales involucrados en cuestiones relativas a la movilidad humana y los derechos humanos tales como las Naciones Unidas o el Consejo de Europa”⁴⁴.

C) *Principio de proporcionalidad en sentido estricto*

En el ámbito de los delitos de peligro abstracto, como es el delito de inmigración ilegal, el principio de proporcionalidad en sentido estricto adquiere una especial relevancia al encontrarnos ante una prohibición de actuación que está redactada de una

Regiones – Comunicación sobre migración”, [COM(2011) 248 final] (2011/C 248/23) DOUE C 248, Observaciones generales, 2.2, p. 135.

³⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Las políticas europeas de inmigración” (Dictamen exploratorio) (2014/C 458/02), DOEU C 458 de 19 diciembre 2014, p. 9, apartado 3.5.

⁴⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Las políticas europeas de inmigración” (Dictamen exploratorio) (2014/C 458/02), DOEU C 458 de 19 diciembre 2014, p. 9, apartado 3.5.

⁴¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Maximizar la repercusión en el desarrollo de la migración. Contribución de la UE al Diálogo de Alto Nivel de las Naciones Unidas y próximas etapas hacia la ampliación de los vínculos entre desarrollo y migración, Bruselas, 21 mayo 2013, COM (2013) 292 final, p. 4.

⁴² Informe Relator Especial, 2013, p. 20, apartado 92.

⁴³ Informe Relator Especial, 2013, p. 21, apartado 97.

⁴⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Las políticas europeas de inmigración” (Dictamen exploratorio) (2014/C 458/02), DOUE C 458, p. 7.

forma amplia⁴⁵. Por lo que respecta a la regulación de la inmigración ilegal contemplada en el art. 318-*bis*.1 CP (LO 5/2010) hay que concluir que violaba el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en la medida en que la pena de prisión de 4 a 8 años no es proporcionada en abstracto y, por ende, tampoco es proporcionada en concreto y ello a pesar de la facultad que se reconocía a los tribunales en el apartado 5 del art. 318-*bis* CP de reducir la pena en un grado en atención a la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.

La desproporción de la pena prevista en el art. 318-*bis* 1 CP (LO 5/2010) para el delito de inmigración ilegal saltaba a la vista si la comparamos con la pena de prisión de 5 a 8 años prevista en el art. 177-*bis* CP para el tipo básico del delito de tráfico de seres humanos. Si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad y se sancionan ambos con penas iguales o similares, se está vulnerando el principio de proporcionalidad. Y esta vulneración la ha reconocido el propio legislador español en el Preámbulo de la LO 1/2015: “Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal”.

Y lo mismo cabe decir de la pena de prisión máxima no inferior a 8 años prevista en el apartado 2 del artículo 1 de la DM 2002/946/JAI si la ponemos en relación con la penas máximas privativas de libertad no inferiores a ochos años con la que se instaba a los Estados miembros a castigar las infracciones de tráfico de seres humanos previstas en la DM 2002/629/JAI, de 19 de julio, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos⁴⁶. Y tan consciente es el legislador europeo de la vulneración del principio de proporcionalidad en que incurre al prever una pena tan elevada, que en el apartado 3 de este mismo artículo 1 de la DM 2002/946/JAI permite a los Estados miembros que el límite máximo sea de 6 años, siempre que estas penas sean de las penas máximas más severas para delitos de gravedad comparable.

A través de la LO 1/2015 se disminuye considerablemente la duración de la pena de prisión que se puede imponer a quien ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, según manifiesta el legislador español en el Preámbulo de la citada ley, con el fin de “ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita ... la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves”⁴⁷. No obstante, y a pesar

⁴⁵ Sobre la importancia que adquiere el principio de proporcionalidad en sentido estricto en los delitos de peligro abstracto, vid. T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 400 ss.

⁴⁶ En el artículo 4 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, se prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años, elevándose a 10 años cuando concurren una serie de circunstancias agravantes.

⁴⁷ A través de la reforma de la LO 1/2015 se diferencian considerablemente las penas a imponer a los

del notable ajuste de las penas con las que se sancionan las conductas constitutivas del tipo básico tras la reforma a través de la LO 1/2015, consideramos que se sigue vulnerando el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en este caso porque es desproporcionada cualquier pena alternativa configurada por una pena privativa de libertad y una pecuniaria; y tras la reforma, el art. 318-*bis* 1 y 2 CP (LO 1/2015) castiga la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Esta pena alternativa es un indicio más de que estas conductas solo deben ser ilícitos administrativos y de que el legislador no ha respetado ni el principio de subsidiariedad ni el de fragmentariedad y, por consiguiente, ha vulnerado principio de proporcionalidad en sentido estricto. También se viola el principio de certeza en la medida en que se delega al juez decisiones que competen al legislador⁴⁸.

D) *Epílogo*

En tanto que no se tenga clara la distinción entre inmigración ilegal y tráfico ilícito de migrantes resulta complicado justificar la utilización del Derecho Penal, tanto a nivel europeo como nacional. Por ello sería deseable que se llevase a cabo una revisión de la política criminal de inmigración ilegal y se reservara el Derecho penal para luchar contra el tráfico ilícito de migrantes y no contra la inmigración ilegal.

responsables de este delito si concurren las circunstancias previstas en el apartado 3 del art. 318 bis CP, y que se corresponden con las previstas en el art. de la DM 2002/946/JAI, debiéndose imponer en estos casos la pena de prisión de 4 a 8 años: *a*) cuando los hechos se hayan cometido en el seno de una organización que se dedique a la realización de tales actividades, pudiéndose llegar a imponer la pena de prisión de 8 años y 1 día a 12 años a los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones; *b*) cuando se haya puesto en peligro la vida de las personas, o se hubiese creado el peligro de causación de lesiones graves.

⁴⁸ T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 304 ss.

PARTE III
CRIMINALIZZAZIONE DEI MIGRANTI

La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo

Gian Luigi Gatta *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La criminalizzazione della ‘clandestinità’ e il controverso ruolo del diritto penale nel controllo e nella gestione dei flussi migratori. – 3. I ridotti margini di applicazione lasciati al diritto penale dal diritto UE. – 4. L’arretramento in atto del diritto penale. – 5. Il volto attuale del diritto penale dell’immigrazione irregolare (un’arma spuntata). – 6. Considerazioni conclusive: tra diritto penale simbolico e populismo penale.

1. Premessa

L’immigrazione irregolare rappresenta un complesso problema sociale – una vera e propria emergenza umanitaria nel Mar di Sicilia –, che per il rango degli interessi in gioco non può restare estraneo al diritto penale, nella sua veste di strumento di tutela dei beni giuridici e dei diritti fondamentali dell’uomo.

Se ciò è vero, è però anche vero che la prospettiva è affatto diversa se guardiamo all’immigrato come *vittima* piuttosto che come *autore* di reato.

Nessuno disconosce infatti la ragion d’essere dell’intervento penalistico quando si tratta di tutelare la *vittima* di condotte penalmente rilevanti connesse al fenomeno dell’immigrazione e alla condizione di disagio sociale propria degli immigrati: si pensi, ad esempio, alla tratta degli esseri umani o allo sfruttamento della prostituzione. L’*esigenza del ricorso al diritto penale* è d’altra parte talmente avvertita, a livello sovranazionale, da aver portato alla previsione di veri e propri *obblighi di incriminazione*, come quelli previsti dalla direttiva 36/2011/UE sulla tratta degli esseri umani.

La prospettiva muta invece radicalmente quando si guarda all’immigrato come *autore* di fatti penalmente rilevanti, e come tale destinatario di sanzioni penali, a partire dalla pena detentiva. Qui la ragion d’essere del diritto penale è quanto meno dubbia, nella misura in cui la pena, nella forma o nella sostanza, rappresenta la ‘reazione’ dello Stato alla situazione di ‘clandestinità’ dell’immigrato: al suo ingresso o soggiorno irregolare nel territorio dello Stato.

Nella mia relazione considererò i rapporti tra diritto penale e immigrazione irregolare in questa seconda prospettiva. Porrò l’accento in particolare su un fenomeno riscontrabile nel contesto italiano ed europeo: la *criminalizzazione della ‘clandestinità’*, cioè la tendenza a configurare come reato il soggiorno e l’ingresso irregolare nello Stato.

* Associato di Diritto penale, Università di Milano.

Dico subito che non mi occuperò invece di un altro fenomeno, anch'esso diffuso in Europa, che sarà oggetto di una relazione successiva e che mi limito a ricordare; mi riferisco alla *carcerizzazione degli immigrati irregolari*, realizzata attraverso due vie.

1) La *prima via* è quella della *detenzione penale*: il carcere rappresenta uno spaccato della marginalità sociale, e per svariate ragioni – anche ma non solo di ordine socio-criminologico – nei paesi interessati dai flussi migratori è sempre più popolato da immigrati, autori per lo più di reati comuni (spaccio di droga, furti, rapine, ecc.). Gli immigrati sono i clienti privilegiati del carcere: un detenuto su tre nelle nostre carceri è straniero (32%)¹. È un dato superiore alla media europea (la percentuale dei detenuti stranieri, nei paesi membri del Consiglio d'Europa, è del 22,8%)² e a quello di Paesi a noi vicini come la Francia (18,1%) e la Germania (28,5%). Identico è il dato spagnolo (32%), mentre assai lontano è il dato del Regno Unito (Inghilterra e Galles), inferiore alla media europea (12,9%)³.

Ed è un dato ancor più inquietante se si considera come gli stranieri, secondo diverse stime, rappresentano circa – e solo – il 7% della popolazione residente in Italia⁴. Forte è insomma il *disequilibrio tra italiani e stranieri*, all'interno della popolazione penitenziaria. Un disequilibrio del quale, a mio avviso, troppo poco si parla.

All'origine vi sono indubbiamente cause sociali, in parte analoghe a quelle indagate anche oltre Oceano, dove forte è il sospetto di discriminazioni razziali (al 31 dicembre 2013 il 37% dei detenuti nelle carceri degli USA è rappresentato da neri; il 22% da ispanici)⁵.

Ma vi sono anche cause diverse, tutte in vario modo connesse alla condizione di marginalità sociale degli immigrati⁶: la maggior probabilità di essere fermati per controlli; l'elevato grado di coinvolgimento nelle attività criminali oggetto del maggior numero di condanne a pena detentiva eseguita (reati in materia di droga e reati contro il patrimonio: furti e rapine); le scarse possibilità di accesso a una difesa tecnica di buon livello (spesso non assicurata dal meccanismo delle difese d'ufficio); la mancanza di un'abitazione e di stabili legami sociali/familiari, che ostacola la concessione di misure extracarcerarie quali gli arresti domiciliari e la detenzione domiciliare, e pregiudica non di rado la concessione della sospensione condizionale della pena.

2) Vi è poi una *seconda via* percorsa in Europa per attuare la massiccia detenzione degli immigrati irregolari: è la via della detenzione amministrativa, realizzata all'inter-

¹ Al 28 febbraio 2015, su complessivi 53.982 detenuti nelle carceri italiane gli stranieri erano 17.463, pari al 32,3%. Fonte: www.giustizia.it.

² Il dato, aggiornato al 1° settembre 2013, è tratto dal Rapporto del Consiglio d'Europa "*Space-I 2013*", pubblicato il 15 dicembre 2014 (v., *ivi*, la tabella IV a p. 90). Il Rapporto, a cura di M.F. AEBI, N. DELGRANDE può leggersi in www.coe.int.

³ I dati indicati nel testo sono tratti sempre dal Rapporto citato nella nota precedente.

⁴ Cfr. ad esempio, in www.istat.it, il rapporto dell'Istat intitolato "*La popolazione straniera residente in Italia – Bilancio demografico*", pubblicato il 26 luglio 2013 (dati relativi all'anno 2012).

⁵ Cfr., il Rapporto "*Prisoners in 2013*" (U.S. Department of Justice, 30 settembre 2014, p. 8), che può leggersi in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2014, con una presentazione di M. LOMBARDI STOCCHETTI, *Il carcere negli U.S.A., oggi: una fotografia*.

⁶ Sia consentito rinviare, tra gli altri, a G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

no dei CIE (Centri di identificazione ed espulsione). Su questa forma di carcerizzazione degli immigrati non mi soffermo: se ne occuperà dopo di me il prof. Campesi.

Sottolineo solo che vi è chi, facendo riferimento alla realtà di quei centri, ha parlato efficacemente di “galere amministrative”⁷, nelle quali la libertà personale è privata senza le garanzie proprie del diritto e del processo penale⁸, in strutture para-carcerarie. Se è vero, come dirò, che la pena detentiva è in fase di recessione quale risposta all’immigrazione irregolare, è anche vero che – attraverso *una sostanziale frode delle etichette* – la privazione della libertà personale nei confronti degli stranieri irregolari si attua oggi attraverso il trattenimento nei CIE, misura del tutto compatibile con il diritto UE perché prevista dalla c.d. direttiva rimpatri (2008/115/CE), che ne consente la protrazione fino a 18 mesi. Una misura che spesso si alterna alla reclusione in carcere, per reati comuni commessi dallo stranieri irregolare, dando luogo a un inquietante fenomeno di *porte girevoli* (carcere-CIE, o viceversa).

Sul punto va peraltro segnalata – e salutata con favore – una scelta coraggiosa del legislatore italiano, stranamente passata sotto silenzio e forse proprio per questo realizzata: la legge 30 ottobre 2014, n. 163 ha per la prima volta ridotto, per lo più drasticamente, i limiti massimi della detenzione amministrativa, che sono passati da 18 a 3 mesi, o addirittura a soli trenta giorni quando lo straniero abbia già trascorso almeno 3 mesi in carcere. Un’autentica svolta⁹.

2. La criminalizzazione della ‘clandestinità’ e il controverso ruolo del diritto penale nel controllo e nella gestione dei flussi migratori

Vengo ora al cuore della mia relazione occupandomi del tema principale. Va segnalato anzitutto come a livello europeo e nazionale sia pacifico il riconoscimento di un interesse pubblico – bene giuridico, nel linguaggio dei penalisti – individuabile nel *controllo e nella gestione dei flussi migratori, in conformità a un determinato assetto normativo* risultante da valutazioni politiche e socio-economiche, e strumentale alla salvaguardia di ulteriori interessi quali la salute, la sicurezza e l’ordine pubblico, l’ordinato svolgimento del mercato del lavoro, ecc.¹⁰.

È altrettanto pacifico che la tutela di un simile interesse – da bilanciare con il contrapposto interesse dei migranti alla tutela dei propri diritti fondamentali¹¹ – si realizza

⁷ L’espressione è stata utilizzata durante la seduta dell’Assemblea del Senato 12 novembre 2008, n. 90 dal Sen. Gianrico Carofiglio, nel corso del dibattito parlamentare che ha preceduto l’introduzione del c.d. reato di clandestinità.

⁸ Per questo rilievo v. anche, nelle conclusioni (p. 17), l’interessante lavoro di J. PARKIN, *The Criminalisation of Migration in Europe. A State of the Art on Academic Literature and Research*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe (No. 61/October 2013), in www.ceps.eu.

⁹ Lo sottolinea L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

¹⁰ Cfr. ad es., nel diritto UE, l’art. 79, comma 1, TFUE: “L’Unione sviluppa una politica comune dell’immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la *gestione efficace dei flussi migratori*”. Per il nostro ordinamento v., in www.cortecostituzionale.it, Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250, § 6.3 della motivazione.

¹¹ Si pensi, emblematicamente, ai rifugiati.

essenzialmente attraverso il diritto internazionale, il diritto UE e il diritto amministrativo degli Stati membri, che in conformità alle fonti sovranazionali è chiamato a disciplinare le condizioni di ingresso e soggiorno nello Stato, nonché le procedure di respingimento alla frontiera o di allontanamento (espulsione) degli stranieri irregolari.

Nonostante la maggior parte dei 28 Stati dell'UE configuri oggi come reato l'ingresso e/o il soggiorno irregolare da parte dello straniero¹², non è invece altrettanto pacifico se *il diritto penale* sia funzionale o meno alla tutela della gestione ordinata dei flussi migratori, e se sia in grado di ritagliarsi *uno spazio di legittimazione autonoma*, diverso da quello già occupato dal diritto amministrativo. Domandiamoci: quale ruolo può avere il diritto penale – e in particolare la pena detentiva, che sul versante sanzionatorio segna sostanzialmente lo spartiacque con il diritto amministrativo – in un quadro normativo orientato, *in primis* a livello comunitario (direttiva 2008/115/CE), nella direzione del *rimpatrio* degli stranieri irregolari attraverso *procedure amministrative*?

3. I ridotti margini di applicazione lasciati al diritto penale dal diritto UE

Proprio alla luce della citata direttiva, la Corte di Giustizia UE, con tre fondamentali pronunce rese tra il 2011 e il 2012 in procedimenti che vedevano coinvolte l'Italia (sent. El Dridi¹³ e Sagor¹⁴) e la Francia (sent. Achoughbabian¹⁵), ha affermato a chiare lettere che sebbene gli Stati membri siano liberi di configurare l'ingresso e il soggiorno irregolare come reato, ciò non deve compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva rimpatri: il suo 'effetto utile', individuato nell'efficacia (*buon esito*) delle *procedure amministrative di rimpatrio*, da un lato, e nella *tutela dei diritti fondamentali dello straniero*, dall'altro lato. Per tale via la Corte di Giustizia ha affermato la *contrarietà al diritto comunitario della pena detentiva inflitta durante la procedura di rimpatrio*: la detenzione comporta infatti la permanenza dello straniero nel territorio UE e ritarda il rimpatrio. D'altra parte, la citata direttiva vieta agli Stati membri di adottare norme più severe nell'ambito che essa disciplina, e pertanto – è sempre la Corte di Giustizia ad affermarlo – preclude *durante la procedura di rimpatrio* il ricorso al carcere, in quanto forma di privazione della libertà personale ulteriore e peggiore rispetto al trattenimento nei centri di permanenza temporanea, a certe condizioni e per il tempo necessario a preparare il rimpatrio, e comunque per non più di diciotto mesi.

Lo *spazio* che il diritto UE lascia in via di principio al diritto penale è quindi assai

¹² Cfr. il rapporto dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali (FRA – European Union Agency for Fundamental Rights) intitolato "*Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*" e pubblicato nel marzo del 2014 in www.fra.europa.eu.

¹³ CGUE, 28 aprile 2011, causa C-61/11, *Hassen El Dridi*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, con annotazione di F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14 co. 5 ter t.u. imm.*

¹⁴ CGUE, 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, con annotazione di F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri*.

¹⁵ CGUE, 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achoughbabian*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, con annotazione di L. MASERA, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese*.

limitato: gli Stati membri possono prevedere l'inflizione di pene detentive *prima* dell'avvio della procedura di rimpatrio – ad esempio per consentirla, attraverso l'arresto dell'immigrato irregolare – ovvero *dopo* che la procedura si è conclusa, senza successo.

D'altra parte, come ha riconosciuto la Corte di Giustizia nella sentenza Sagor, il diritto UE limita altresì la possibilità di sanzionare l'ingresso e il soggiorno irregolare con *pene pecuniarie*, nella misura in cui sia possibile la conversione delle stesse in pene detentive o comunque limitative della libertà personale, che compromettano o comunque ritardino la procedura di rimpatrio (una eventualità che nel nostro ordinamento è stata recentemente esclusa dalla legge 30 ottobre 2014, n. 161, che ha introdotto un nuovo comma 3-*septies* all'art. 13 t.u. imm. a tenore del quale l'espulsione amministrativa si esegue “in ogni caso” anche nei confronti dello straniero insolubile, condannato alle pene della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità, che si riconvertono nella corrispondente pena pecuniaria).

4. *L'arretramento in atto del diritto penale*

Si può allora comprendere perché mai, come premettevo, sia oggi opportuna una riflessione sulla scelta di ricorrere al diritto penale per punire l'immigrazione irregolare, nei limitati spazi lasciati aperti dal diritto UE. Ed è una riflessione ancor più opportuna se si considera che, soprattutto per effetto della direttiva rimpatri e delle citate sentenze della Corte di Giustizia, è in atto in Europa *un processo di graduale arretramento del diritto penale dell'immigrazione*, emblematicamente rappresentato dalla scelta, operata in Francia nel dicembre del 2012, di abrogare l'incriminazione del soggiorno irregolare¹⁶, e dalla scelta, adottata dal parlamento italiano con la legge delega 28 aprile 2014, n. 67, di *depenalizzare* il reato di ingresso e soggiorno irregolare, di cui all'art. 10-*bis* t.u. imm.

Quest'ultima scelta, peraltro non incontrastata e adottata con una delega che il Governo non ha ancora attuato, segna oggi una svolta della politica criminale italiana in materia di contrasto all'immigrazione irregolare. Sono lontane le stagioni dei pacchetti sicurezza del 2008/2009, che portarono all'introduzione, da parte del Governo di centro-destra, prima dell'aggravante comune della clandestinità (art. 61, n. 11-*bis*, c.p., dichiarato incostituzionale nel 2010)¹⁷ e poco dopo del reato di 'clandestinità' (art. 10-*bis* t.u. imm.), configurato come contravvenzione punita con la sola ammenda, sostituibile con l'espulsione.

E sono altresì lontani i tempi in cui, prima della sentenza El Dridi del 2011, la legge italiana comminava fino a quattro anni di reclusione per l'inosservanza dell'ordine di allontanamento da parte dello straniero espulso (art. 14., comma 5-*ter*, t.u. imm., nella versione antecedente al d.l. n. 89/2011), delitto per il quale era previsto l'arresto in flagranza.

¹⁶ Il riferimento è all'art. L. 621-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA), abrogato dall'art. 8 della legge 31 dicembre 2012, n. 1560. L'ingresso irregolare, a determinate condizioni, è ancora punito (con la pena detentiva e pecuniaria) dall'art. L. 621-2 CESEDA.

¹⁷ Cfr. Corte cost. n. 249/2010, in www.cortecostituzionale.it.

5. *Il volto attuale del diritto penale dell'immigrazione irregolare (un'arma spuntata)*

Il diritto penale dell'immigrazione si presenta dunque oggi come *un arma spuntata*, anche e proprio per effetto della sentenza El Dridi. Quella sentenza ha infatti comportato la disapplicazione da parte dei giudici italiani del delitto di cui all'art. 14, comma 5-ter, t.u. imm., e costretto nel giugno del 2011¹⁸ l'allora governo di centro-destra, per mantenere in vita l'agonizzante delitto, a comminare per esso la multa in luogo della reclusione: una scelta di fatto necessitata, che ha svuotato le aule delle direttissime, e in non pochi casi anche le celle dei penitenzieri.

L'unica figura di reato in tema di soggiorno irregolare punita oggi con pena detentiva¹⁹ è quella dell'illecito reingresso (art. 13, comma 13, t.u. imm.), la cui compatibilità con il diritto UE è stata peraltro di recente messa in dubbio dai Tribunali di Firenze e di Torino²⁰, che hanno nuovamente chiamato in causa la Corte di Giustizia UE (la pena detentiva, anche in questo caso, sembra disfunzionale al rimpatrio, che deve conseguire altresì all'illecito reingresso nello Stato). D'altra parte – lo noto per inciso – a me pare che questa incriminazione ponga qualche problema di compatibilità anche sul fronte interno, con l'art. 27, comma 3, Cost.: in un sistema come il nostro, che assegna alla pena il fine della rieducazione, funzionale alla *risocializzazione*, è arduo giustificare la pena detentiva per l'illecito reingresso nello Stato; reingresso al quale, dopo l'esperienza della pena risocializzatrice, seguirà fatalmente un'altra espulsione.

Quanto poi alle altre figure di reato connesse all'ingresso e al soggiorno irregolare (artt. 10-bis e 14, comma 5-ter, t.u. imm.), esse sono punite con mere pene pecuniarie, destinate a restare ineseguite: non tanto per l'insolvibilità dei condannati, atteso l'elevato ammontare delle pene comminate, certamente sproporzionato rispetto alla normale condizione di indigenza dei migranti stessi; quanto, ancor prima, per la patologica situazione in cui versano le pene pecuniarie nel nostro Paese: il riscosso è pari al 2.6%²¹. Un dato inquietante e gravissimo, sul quale sarebbe opportuna una seria riflessione della politica, ancor più in tempi di crisi economica.

6. *Considerazioni conclusive: tra diritto penale simbolico e populismo penale*

Il quadro tratteggiato è non poco fosco: la legge italiana commina per l'ingresso e il soggiorno irregolare pene pecuniarie non solo *ineffettive*, ma anche *inefficaci*:

¹⁸ Il riferimento è al d.l. 23 giugno 2011, n. 89.

¹⁹ La reclusione da uno a quattro nelle ipotesi base, da uno a cinque anni nei casi di reingresso illecito reiterato.

²⁰ I due provvedimenti, del 2014, sono pubblicati in *Dir. pen. cont.*, 2 luglio 2014, con annotazione di 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 co. 13 t.u. imm.)*. In argomento v. anche 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 ss.

²¹ Cfr., per questo dato, L. GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2012, p. 5.

a) inefficaci anzitutto, *in chiave preventiva*: se la minaccia di severe pene detentive non distoglieva in passato gli stranieri espulsi dall'inosservanza dei provvedimenti di espulsione, come può oggi avere effetto deterrente la minaccia di mere pene pecuniarie, per di più notoriamente ineffettive?;

b) in secondo luogo, le pene di cui parliamo sono inefficaci *nella direzione del rimpatrio* degli stranieri, che rappresenta, per gli stessi, l'unica vera e temuta sanzione: le attuali incriminazioni dell'ingresso e del soggiorno irregolare non ostacolano ma *neanche agevolano* le procedure di rimpatrio, rese difficili da fattori rispetto ai quali il diritto penale è sterile: difficoltà di riconoscimento, assenza di risorse economiche (mezzi e personale); difficoltà sul piano degli accordi internazionali, ecc.

La *conclusione* pare obbligata: allo stato attuale il ricorso al diritto penale per la tutela della gestione ordinata dei flussi migratori è *inutile*: non offre nulla di più di quel che, non senza difficoltà, si può ottenere attraverso il diritto amministrativo.

Il ricorso al diritto penale comporta anzi un dispendio di risorse, connesse allo svolgimento dei processi per i reati suddetti, tutti procedibili d'ufficio (in un sistema che, si badi, a differenza di altri, come quello francese, conosce il principio di obbligatorietà dell'azione penale). Sono risorse difficilmente quantificabili ma certo ingenti, che a ben vedere potrebbero essere impiegate altrimenti, anche e proprio per aumentare il numero dei rimpatri e dei respingimenti, se non in missioni umanitarie di soccorso dei naufraghi nel Mare di Sicilia, o per azioni di solidarietà verso i paesi del terzo mondo.

Permettetemi di osservare come nessuna voce si leva per condannare quello che a me pare un dispendio inutile di risorse pubbliche. Molte polemiche hanno invece accompagnato e accompagneranno la scelta di depenalizzare il reato di 'clandestinità', se dovesse andare in porto, come è auspicabile, l'attuazione della citata legge delega. Perché tanto rumore per l'abbandono di una disposizione inutile, che non ha rappresentato, come negli auspici di chi la introdusse nel 2009, "un muro"²² contro l'immigrazione irregolare? È presto detto: l'autentica ragion d'essere del diritto penale, nella materia di cui trattiamo, sta nel suo carattere fortemente *simbolico*, del tutto funzionale a *politiche securitarie*. L'immigrazione, più che mai in periodi di crisi economica, è fonte di allarme sociale; e il diritto penale rappresenta una risposta facile per mostrare ai cittadini (agli elettori) il volto duro di chi fa sul serio contro l'immigrazione e, perché no, contro gli immigrati, catturando un facile consenso in certe fasce dell'elettorato²³.

Non è privo di significato pensare come il "legislatore europeo" della direttiva rimpatri, che da Bruxelles non ha bisogno di intercettare il consenso degli elettori, non abbia puntato sul diritto penale per la tutela della gestione ordinata dei flussi migratori. Ben diverso è invece l'atteggiamento della gran parte dei legislatori degli Stati membri, chiamati a rispondere a un elettorato inquieto e diffidente nei confronti dello straniero, spesso avvertito come un nemico, e pertanto a compiere la scelta, simbolica, di criminalizzare la clandestinità.

La scelta di depenalizzare il nostro reato di clandestinità va dunque a mio avviso sa-

²² Cfr. l'articolo intitolato "Bossi: sì al reato di clandestinità. Funzionerà come un muro", in *www.corriere.it*.

²³ V. anche, oltre i confini del dibattito italiano, tra gli altri, J. PARKIN, *The Criminalisation of Migration in Europe*, cit., p. 18.

lutata con favore e sostenuta, quando si tratterà di attuarla. È una scelta politicamente coraggiosa perché va contro la tendenza sempre più diffusa al *populismo penale*, recentemente criticata da Papa Francesco, in un bellissimo discorso rivolto a una delegazione internazionale di professori di diritto penale: quella scelta sconfessa l'idea – sono parole di Papa Francesco – “che con la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali, come se per le più diverse malattie ci venisse raccomandata la medesima medicina. Non si tratta di fiducia in qualche funzione sociale tradizionalmente attribuita alla pena pubblica, quanto piuttosto della credenza che mediante tale pena si possano ottenere quei benefici che richiederebbero l'implementazione di un altro tipo di politica sociale, economica e di inclusione sociale. Non si cercano soltanto capri espiatori che paghino con la loro libertà e con la loro vita per tutti i mali sociali, come era tipico nelle società primitive, ma oltre a ciò talvolta c'è la tendenza a costruire deliberatamente dei nemici: figure stereotipate, che concentrano in sé stesse tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose. I meccanismi di formazione di queste immagini sono i medesimi che, a suo tempo, permisero l'espansione delle idee razziste”²⁴.

Sono parole tanto forti quanto autorevoli, che lascio alle vostre riflessioni.

²⁴ Cfr., il *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto penale*, in www.vatican.va, tenuto nella Sala dei Papi il 23 ottobre 2014. Non sono pochi, d'altra parte, i penalisti che hanno ricondotto la politica della criminalizzazione della clandestinità alla logica del diritto penale del tipo d'autore, diffusa in Germania negli anni del regime nazista. V., tra gli altri e da ultimo, A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2013. V. anche M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 101 ss.

The criminalisation of irregular migration in the European Union

*Mark Provera**

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Scope. – 3. Who are irregular migrants? – 4. What is “solidarity”? – 5. What is criminalisation? – 6. Methodology. – 7. Institutional legitimacy and irregular migration. – 8. The interrelationship between EU law and criminalisation. – 9. Select Member States – Legislation and policy rationales. – 10. The use of criminal law, prosecution and detention. – 11. Other consequences. – 12. Spaces of resistance and contestation. – 13. Conclusions.

1. *Introduction*

In addition to the clear trend over the last 30 years of irregular migrants being the subject of criminalisation measures in an attempt to control irregular migration, there has also been a corresponding criminalisation of the behaviour of individuals who are in solidarity with migrants. The combined effect of these measures has been to place irregular migrants in an increasingly isolated legal and social space in order to coerce behaviour (chiefly, departure or removal from the EU territory). These measures are predicated on the belief that not only can irregular migration be controlled but that it can also be *perfectly* controlled – that is, that the law can be used in an instrumental fashion, removed from normative considerations that generally underpin criminal law provisions (that is, that the law embodies the ‘right thing’ to do). The realities, however, raise questions about the application of the law in this way. Further consequences touching the lives of irregular migrants have also emerged. But the impacts have not been limited to irregular migrants – the citizenry and regular migrants’ lives have also been affected through the criminalisation of acts of solidarity. Further, resistance to criminalisation measures has been manifested *by* citizens and from *within* governments.

If compliance with the law is the ultimate goal, then there must be a high level of institutional legitimacy (that is, the authority of institutions to command compliance with the law). The concern about applying the law as it has been cast in relation to the criminalisation of irregular migrants and those in solidarity with them is that institutional legitimacy, an important factor in ensuring compliance, may be being undermined by diminished normative legitimacy (that is, the fulfilment of objective, quanti-

* CEPS – Brussels.

fiable standards) and diminished empirical legitimacy (that is, the experience of those governed is that the authority asserted is legitimate).

Accordingly, this paper examines whether criminalisation of irregular migrants and those that act in solidarity with them may be eroding institutional legitimacy at the European Union and national levels. After outlining the material and personal scope, the paper will encapsulate the theoretical framework which underpins the FIDUCIA project¹ and the methodology adopted. The paper will then identify some of the intentional policy goals at the EU and national levels for the adoption of criminalisation measures, before proceeding to consider normative legitimacy by reference to the application of those measures and the emergence of other consequences upon the lives of irregular migrants as well as upon those of the citizenry and regular migrants. Lastly, the empirical legitimacy of criminalisation measures is explored by reference to the spaces of contestation and resistance.

This paper is an abridged version of the original submitted for the FIDUCIA project².

2. Scope

This paper examines measures directed towards both irregular migrants and those that act in solidarity with them. The combined examination was necessary because law makers have sought to control and coerce irregular migrants from two angles: firstly, with measures directed towards irregular migrants to place them in a legally isolated space and the ability to assert their rights; and secondly, measures directed towards those persons assisting irregular migrants to enter or stay in the territory. Those that assist irregular migrants play an important role in the lives of irregular migrants by assisting them to access their rights³ (for example, such as access to health care, food, education). Accordingly, there is an interrelationship between criminalisation measures directed towards irregular migrants and those in solidarity that warrants their joint examination.

3. Who are irregular migrants?

The term “irregular migrants” is used rather than “illegal migrants”. The reason for this is because the use of the term “illegal” is not juridically accurate. Migration law is conventionally based on administrative law. “Illegal” suggests that the act of unauthorised entry or stay is a breach of criminal law when in many countries there is no such

¹ M. HOUGH, M. SATO, *Report on compliance with the law: how normative and instrumental compliance interact*, FIDUCIA Deliverable 5.1, 2013.

² The unabridged version can be retrieved from www.ceps.eu/book/criminalisation-irregular-migration-european-union.

³ PICUM, *Book of Solidarity, Providing Assistance to Undocumented Migrants in Belgium, Germany, the Netherlands, and the UK*, vol. 1, Brussels, 2002; PICUM, *Book of Solidarity. Providing Assistance to Undocumented Migrants in France, Spain and Italy*, vol. 2, Brussels, 2003; PICUM, *Book of Solidarity. Providing Assistance to Undocumented Migrants in Sweden, Denmark and Austria*, vol. 3, Brussels, 2003.

criminal sanction for illegal entry or stay. Even where criminal sanctions are in place for irregular entry or stay, it still remains inaccurate because it refers to a body of persons who have not yet been tried and convicted for committing such a crime. The use of the term “illegal” can have harmful discursive consequences against migrants as it can perpetuate prejudice and stereotypes⁴. As a result, many international bodies have resolved to refer to persons who enter or stay without authorisation as “irregular migrants”⁵.

Irregular migrants are persons who have entered a country without prior authorisation or who have remained in a country without legal authorisation. Irregularity can be the result of many pathways⁶ and take many forms – it may include people who are smuggled or trafficked, people who seek temporary protection or asylum (even if, under international law, prior authorisation is not necessary⁷, as well as persons who may have entered with authorisation but have stayed beyond the period for which they have been authorised (often referred to as “overstayers”). Irregular migrants can also include an overlap of categories (for example, sometimes persons smuggled into a country will also seek asylum)⁸.

It is not always easy to determine if a person, at law, is an irregular migrant. That is because the EU secondary legislation leaves the definition of who is irregular to Member State law to determine⁹ and Member State legal provisions are not always clear¹⁰ nor identical.

4. What is “solidarity”?

Solidarity is the act whereby persons assist irregular migrants in particular ways. This may include assisting an irregular migrant to enter or remain in a Member State

⁴ J. PARKIN, *The Criminalisation of Migration in Europe: A State-of-the-Art of the Academic Literature and Research*, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe No. 61/October 2013.

⁵ PICUM, *Why ‘Undocumented’ or ‘Irregular’?*, 2015 ([picum.org/picum.org/uploads/file_/Terminology Leaflet_reprint_FINAL.pdf](http://picum.org/picum.org/uploads/file_/Terminology%20Leaflet_reprint_FINAL.pdf)).

⁶ F. DÜVELL, *Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 13, 2011, p. 275-295; B. ANDERSON, *Us and Them? The Dangerous Politics of Immigration Control*, Oxford, 2013.

⁷ G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, p. 264; J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2005, p. 302-303.

⁸ A. TRIANDAFYLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling – Irregular Migration from Asia and Africa to Europe*, Basingstoke, 2012.

⁹ Article 3(1), European Parliament and European Council (2008), Directive 2008/115/EC of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, OJ L 348, 24 December 2008 (“Return Directive”); Article 2(a) and (b), Parliament and European Council (2009), Directive 2009/52/EC of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals, OJ L 168, 30 June 2009, (“Employer Sanctions Directive”); Article 1, European Council (2002), Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence, OJ L 328, 28 November 2002, (“Facilitation Directive”).

The Returns Directive refers to “third country nationals staying illegally” on the territory of an EU Member State, see also the Employer Sanctions Directive and the Facilitation Directive.

¹⁰ E. GUILD, *Who Is An Irregular Migrant?*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden, 2004, p. 3-28, 15-16.

(also called “facilitation”)¹¹ but it also includes behaviour towards irregular migrants which may be characterised as humanitarian: such as providing or assisting migrants to access basic rights such as health care, accommodation, transport, food and clothing. Research has revealed the importance of social networks for irregular migrants to access their rights¹². For the purpose of this paper, an examination of human trafficking is not included given that human trafficking is being examined under the work package of another FIDUCIA partner. However, some consideration needs to be given as to what point (if any) acts of solidarity (such as assisting irregular entry and stay) become acts of criminality (such as people smuggling and human trafficking).

There are two aspects to this – firstly, a legal aspect: The EU Facilitation Directive, for example, attempts to exempt humanitarian assistance from sanction when assisting a person irregularly enter a Member State through the use of an express humanitarian exception¹³. The problem is that this exemption is discretionary rather than mandatory for Member States to implement. Similarly, the Facilitation Directive also uses “financial gain” as an element in determining whether acts which facilitate the stay of an irregular migrant in an EU Member State may be subject to criminal sanction (which might normally exclude humanitarian acts). However, some acts, such as landlords renting accommodation to irregular migrants, may be still be caught under this definition as a landlord derives financial gain in the form of rent¹⁴. The second aspect is a philosophical one: there is an argument that governments have contributed to the demand for smuggling and trafficking through restrictive immigration law and policies and, although “public protection” and “doing good” are conventional goals of criminal sanction, the victims of these crimes (irregular migrants) are also the very persons that the state does not want in its jurisdiction¹⁵.

5. *What is criminalisation?*

Criminalisation is the use of criminal law, discourse and detention as applied against irregular migrants and those in solidarity with them¹⁶. However, penalties may also stem from administrative law – upon which migration law is conventionally based. This paper includes an examination of administrative penalties¹⁷. The reason for doing so is that some administrative penalties in a migration context have characteristics akin to criminal penalties but which may be implied rather than express (such as deterrence or punishment). Indeed, some of the most repressive aspects of criminal law and ad-

¹¹ See, the Facilitation Directive.

¹² PICUM, *Book of Solidarity*, vol. 1, cit.; PICUM, *Book of Solidarity*, vol. 2, cit.; PICUM, *Book of Solidarity*, vol. 3, cit.

¹³ Article 1(2) of the Facilitation Directive.

¹⁴ Articles 1(1)(b) and 2 of the Facilitation Directive.

¹⁵ A. ALIVERTI, *Exploring the Function of Criminal Law in the Policing of Foreigners: The Decision to Prosecute Immigration-related Offences*, in *Social and Legal Studies*, vol. 21, 2012, p. 515-516.

¹⁶ J. PARKIN, *op. cit.*

¹⁷ Indeed, such an approach was adopted by the European Union’s Fundamental Rights Agency (FRA), *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, Vienna, 2014.

ministrative law have ‘cross-pollinated’ (“asymmetrically incorporated”)¹⁸ resulting in what a number of academic authors have described as the “criminalisation” of migration law¹⁹. Essentially, this means the incorporation of criminal law “process, categories and techniques”²⁰ into migration enforcement as well as the incorporation of immigration consequences into criminal law (such as deportation upon the conviction of a crime)²¹.

Scholarly research from the United States has played a central role in shaping what criminalisation means. The distinction between criminal and administrative law in migration enforcement in the United States has been important because certain constitutional protections are afforded to individuals depending on whether a measure flows from administrative or criminal law²². Although there are exceptions²³, the human rights protections in the European context apply regardless of migration status. Importantly, criminalisation includes those who act in solidarity with irregular migrants²⁴.

6. Methodology

The research has been the subject of two elements: firstly, the formation of a clear research agenda involving desk research involving an analysis of the laws, policies and practices that both directly and indirectly criminalise irregular migrants at both the EU and national level.

The second element involved a workshop with 21 local and regional government representatives, civil society experts and leading academics to discuss the issue of criminalisation of irregular migrants in their respective Member States and measures at the EU level. This was followed-up in a questionnaire sent to workshop participants seeking information on specific research questions on the consequences of criminalising migrants and those in solidarity with them in their Member State.

An in depth study of three Member States (the United Kingdom, France and Italy) was undertaken. These three countries were chosen because firstly, France and Italy

¹⁸ S.H. LEGOMSKY, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Washington & Lee Law Review*, vol. 64, 2/2007, p. 469-528.

¹⁹ S.H. LEGOMSKY, *op. cit.*; J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, vol. 56, 2006, p. 367-419; T.A. MILLER, *Blurring the Boundaries Between Immigration and Crime Control After September 11th*, in *Boston College Third World Law Journal*, vol. 25, 2005, p. 81-123; D. KANSTROOM, *Criminalizing the Undocumented: Ironic Boundaries of the Post-September 11th “Pale of Law”*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 29, 2004, p. 639-670; T.A. MILLER, *Citizenship and Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 17, 2003, p. 611-666.

²⁰ T.A. MILLER, *Citizenship and Severity*, *cit.*, p. 617-618.

²¹ S.H. LEGOMSKY, *op. cit.*

²² J. STUMPF, *op. cit.*, p. 390-391.

²³ C. COSTELLO, *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention Under International Human Rights and EU Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 19, 1/2012, p. 257-303, at p. 261-263, 282.

²⁴ E. GUILD, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Council of Europe Issues Paper, CommDH/IssuePaper (2010)1, Council of Europe, Strasbourg, February, 2010.

had recently amended legislation removing custodial sentences for irregular stay and some insight was sought into the policy rationales behind those decisions; secondly, the United Kingdom was chosen to provide a partial counterpoint due to it being a common law jurisdiction as well as it not being bound by the Return Directive²⁵, the Employer Sanctions Directive²⁶ and the Schengen Borders Code²⁷. However, the United Kingdom is still bound by the Facilitation Directive²⁸, the Framework Decision on unauthorised transit²⁹ the Carrier Sanctions Directive³⁰, the Reception Conditions Directive I³¹ and the Procedures Directive I³². A more general examination of the Netherlands, Germany and Spain substantiated issues emerging from the analysis of the three primary Member States.

An annexure was prepared detailing the relevant Member State legislation and which is contained in the unabridged version of this paper.

7. Institutional legitimacy and irregular migration

The theoretical framework developed by Hough and Sato consists of four key ideas. *Firstly*, that individuals are moral agents who act according to whether they consider something to be right or wrong. The *second* idea is to encourage people to comply with the law because it is the right thing to do (that is, adopting normative strategies for complying with the law). The *third* idea is to rely less on using deterrence and prosecution-based strategies (that is, instrumental strategies) to make people comply with the law due to the cost and ineffectiveness of those strategies. The *fourth* idea is that individuals' reactions are influenced by the quality of justice that they receive. For exam-

²⁵ Recital 26 of the Return Directive.

²⁶ Recital 38 of the Employer Sanctions Directive.

²⁷ European Parliament and European Council (2006), Regulation EC No. 562/2006 of 15 March 2006 establishing a Community Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code), OJ L 105, 13 April 2006 ("the Schengen Borders Code").

²⁸ Recital 7 of the Facilitation Directive.

²⁹ Recital 7, European Council (2002), Framework Decision No. 2002/946/JHA of 28 November 2002 on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence, OJ L 328, 5 December 2002, ("the Framework Decision").

³⁰ Recital 7, European Council (2001), Directive 2001/51/EC supplementing the provisions of Article 26 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985, OJ L 187, 10 July 2001 ("the Carrier Sanctions Directive").

³¹ Recital 19, European Council (2003), Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the Reception of Asylum Seekers, OJ L 031, 6 February 2003 ("the Reception Conditions Directive I") noting that the United Kingdom is not bound by its legislative successor – see Recital 33, European Parliament and European Council (2013), Directive 2013/33/EU of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), OJ L 180, 29 June 2013 ("the Reception Conditions Directive II").

³² Recital 32, European Council (2005), Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status, OJ L 326, 13 December 2005 ("Procedures Directive I") noting that the United Kingdom is not bound by its legislative successor – see Recital 58, European Parliament and European Council (2013), Directive 2013/32/EU of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast) OJ L 180, 29 June 2013 ("the Procedures Directive II").

ple, if a policeman treats a person respectfully, then the person might be more willing to comply with a *lawful* request. Procedural justice theory holds that if an individual is treated fairly and respectfully by institutions, then the person will trust the institution. The person then sees the exercise of authority by the institution as legitimate. As a result, the person is more willing to comply with the law and cooperate with law enforcement and justice institutions.

When referring to “trust-based strategies for compliance”, this is not the vain hope that individuals will obey the law because authorities trust them to do so. Rather, it is about creating the right conditions for individuals to trust law enforcement and justice institutions such that individuals will comply with the law because they see it as a legitimate exercise of authority. This is the authority of the institution to command compliance (otherwise known as “institutional legitimacy”).

Institutional legitimacy is assessed by two elements: normative legitimacy (against objective criteria) and empirical legitimacy (subjectively, the experience of those governed). An assessment of both normative and empirical legitimacy triangulates the understanding of institutional legitimacy (in other words, for a full understanding, both normative and empirical legitimacy need to be assessed).

Normative legitimacy assesses the law against criteria using objective evidence such as efficiency, accountability, legality, ethical and moral standards and the rule of law³³. In the migration context, “efficiency” may be analogous to “effectiveness”. Czaika and de Haas note that there has been considerable academic debate about the extent to which states have the capacity to control migration³⁴. Part of this problem is said to have come from discursive, implementation and efficacy gaps in previous attempts to measure how effective migration policies are. Czaika and de Haas point out that with multiple and competing stakeholders and motives (such as constituencies, non-government organisations and government agencies), “official” policy rationales may mask or be silent about implicit or collateral objectives³⁵. Accordingly, it is not immediately possible to identify the ‘real’ or totality of policy objectives. Further, without disaggregating both the purported consequences on, and classes of, migrants, it may be simplistic to ascribe certain outcomes to certain measures. Indeed, what constitutes “effective”? How to determine “policy effectiveness” or “policy failure” is highly variable depending on the perspective of the stakeholder – has a policy succeeded if it is mostly *effective* or if it simply has an *effect*? A fundamental question arises: from whose perspective is the policy a success or failure – the state, parts of the electorate, non-government organisations, private detention service providers or the migrant him or herself? For the purposes of this paper, however, the empirical evidence merely raises questions about the application of these measures and their effectiveness, which in turn raises questions about the impact of these measures on normative legitimacy. Further detailed research is necessary to come to more definitive conclusions.

³³ M. HOUGH, M. SATO, *op. cit.*, p. 6-8.

³⁴ M. CZAİKA, H. DE HAAS, *The effectiveness of immigration policies*, in *Population and Development Review*, vol. 39, 3/2013, p. 487-508 at p. 487-488; H. DE HAAS, M. CZAİKA, *Measuring Migration Policies: Some Conceptual and Methodological Reflections*, in *Migration and Citizenship*, vol. 1, 2/2013, p. 40-47, at p. 40-41.

³⁵ M. CZAİKA, H. DE HAAS, *op. cit.*, and H. DE HAAS, M. CZAİKA, *op. cit.*

Empirical legitimacy assesses the experience of the governed to determine the legitimacy of the institution. Elements of the assessment include the legality of the measure concerned and the moral alignment or shared moral values between the person and the institution³⁶.

To assess legality normative legitimacy and ethical and moral standards, reference will be made to fundamental rights norms contained in the EU Charter, the European Convention on Human Rights (“ECHR”), the European Social Charter as well as the principle of proportionality as a general principle of EU law.

8. *The interrelationship between EU law and criminalisation*

There is a relationship between EU law and policy in the field of migration and its effect on compelling its Member States to adopt “a restrictive stance in the criminal law” which has, at times, been bi-directional and mutually reinforcing as between the EU and national levels³⁷. Indeed, it has been suggested that the challenges facing EU policy-making in this area have “incentivized” frontier Member States to adopt a restrictive approach³⁸.

In the EU context, there appears to be an underlying assumption that immigration can not only be controlled but that it can be *perfectly* controlled, chiefly through an instrumental use of the law. The realities suggest, however, that although EU policy may influence migratory movements, it cannot control them³⁹, rather merely displacing migrants to take other routes⁴⁰. Indeed, de Haas has demonstrated the existence of migration between North Africa and Europe is not new⁴¹. Castles notes, amongst other things, that the failure of EU policy in relation migration is based on the assumption that it can be “turned on and off like a tap”⁴² through the use of regulation when historical experience should inform otherwise and through the failure to address the much broader and complex dynamics that influence migration. Also bearing upon the ability of states to perfectly control migration are the consequences of human rights obligations to all those under their jurisdiction⁴³. Yet Carrera and Merlino note that the

³⁶ M. HOUGH, M. SATO, *op. cit.*, p. 8.

³⁷ J. PARKIN, *op. cit.*

³⁸ M. RICHEY, *The North African Revolutions: A Chance to Rethink European Externalization of the Handling of Non-EU Migrant Inflows*, in *Foreign Policy Analysis*, vol. 9, 4/2013, p. 409-431.

³⁹ M. RICHEY, *op. cit.*; E. GUILD, S. CARRERA, *EU Borders and Their Controls: Preventing unwanted movement of people in Europe?*, CEPS Essay No. 6/ November 2013.

⁴⁰ T. SPIJKERBOER, *The Human Costs of Border Control*, in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 9, 2007, pp. 127-139.

⁴¹ H. DE HAAS, *The myth of invasion – Irregular migration from West Africa to the Maghreb and the European Union*, International Migration Institute, University of Oxford, Oxford, 2007 (www.imi.ox.ac.uk/pdfs/Irregular%20migration%20from%20West%20Africa%20-%20Hein%20de%20Haas.pdf).

⁴² S. CASTLES, *Why migration policies fail*, in *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 29, 2/2010, pp. 205-227, at p. 208.

⁴³ J.F., HOLLIFIELD, *The politics of international migration: how can we “bring the state back in”*, in C.B. BRETTELL, J.F. HOLLIFIELD (eds.), *Migration Theory: Talking Across Disciplines*, New York and London: Routledge, 2000.

Stockholm Programme and the Commission's Action Plan implementing it were devoid of references to the rights of irregular migrants (or irregular migrants as right holders) with the exception of unaccompanied minors⁴⁴.

Accordingly, if migration is not being controlled by not addressing the much broader and complex dynamics that influence it, then it raises questions as to the role of criminal law in immigration enforcement and against those who assist irregular migrants, particularly if it produces adverse consequences on both the irregular migrant and citizen or regular migrant populations – consequences which may be disproportionate to the objective sought to be achieved. One explanation may be that, as Sklansky has observed, the criminal law is being used instrumentally in an *ad hoc* manner – that is, there are *indicia* that criminal law is being used selectively (as opposed to systematically) based on practical considerations because of its effectiveness in securing immigration enforcement objectives when non-criminal law measures are not as advantageous to states (rather than its normative underpinning or because the action is inherently ‘wrong’)⁴⁵. Sklansky's position is a useful prism through which to understand the role of criminal law in the migration enforcement sphere as regards the interchangeability of laws based on pragmatism. However, it must be tempered against the particularities of the European context: firstly, Member States differ as regards prosecutorial discretion and criminal legal traditions; secondly, that the concept of criminalisation in Europe extends to those acting in solidarity with irregular migrants; and thirdly, that the two chief regional human rights instruments (the EU Charter and the ECHR) provide fundamental rights to all within a Member State's jurisdiction with only very limited exceptions based on immigration status.

The interrelationship between EU measures and Member States' measures comes about in seven principal ways.

Firstly, there is a legal vacuum in that EU law neither proscribes irregular entry *per se* nor prohibits Member States from adopting criminalisation measures. The Schengen Borders Code does not provide sanctions for an unauthorised border crossing *per se*. Further, the Court of Justice has held that, although criminal law sanctions may be applied to those in a return situation, they must not be such as to undermine the effectiveness of the operation of the Return Directive (that is, to hamper or delay the removal procedure) consistent with the principle of sincere cooperation⁴⁶. Although the matters adjudicated before the Court have concerned criminal law measures adopted by Member States, the Court has always maintained that that *any* measure (criminal or civil) which impedes or delays removal (and thus undermines the effectiveness of the Return Directive) will be incompatible with EU law. Indeed, the Court has not been concerned

⁴⁴ S. CARRERA, M. MERLINO, *Undocumented migrants and the Stockholm Programme*, in S. CARRERA, M. MERLINO (eds.), *Assessing EU Policy on Irregular Migration under the Stockholm Programme*, CEPS Liberty and Security in Europe paper, CEPS, Brussels, 2010, p. 5.

⁴⁵ D. SKLANSKY, *Crime, Immigration and Ad Hoc Instrumentalism*, in *New Criminal Law Review*, vol. 15, 2/2012, p. 157-223.

⁴⁶ Case C-430/11 *Md Sagor*, Judgment, 6 December 2012, para 32; Case C-329/11 *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne*, Judgment, Grand Chamber, 6 December 2011, paras 39 and 43; Case C-61/11 PPU *Hassen El Dridi (alias Soufi Karim)* [2011] I-03015, Judgment, 28 April 2011, paras 55-59.

about the use of criminal sanctions *per se* (it has always acknowledged the competence of Member States in this regard) but rather the *type* of sanction, ruling that fines may be imposed (which do not impede the effectiveness of the Directive) rather than custodial sentences (which do impede the effectiveness of the Directive)⁴⁷. However, the Court has also indicated that nothing in the Directive precludes the issuance of an expulsion order and entry ban *in substitution for* a fine where this can be enforced immediately⁴⁸. One wonders whether this may incentivise Member States to impose high fines for irregular entry or stay so as to compel irregular migrants to choose expulsion option on account of any impecuniousness. Such an outcome would lead to the guarantees under the Return Directive being undermined.

Consistent with the Court's view that the effectiveness of the Directive should not be undermined and that the return should be carried out as soon as possible, the Court has also indicated that the timing of any custodial sentence must not be before a return decision is adopted nor while the return decision is being implemented⁴⁹. If the person has not been removed after the imposition of coercive measures under Article 8 of the Return Directive, then measures (including criminal measures) may be imposed at that point⁵⁰. Further, the Court was not persuaded that because a Member State rarely imposed penalties solely for the offence of illegal stay (that is, unconnected to another criminal offence) *in practice* that the effectiveness of the Directive was not undermined *by the law*⁵¹.

As Spina notes, the EU litmus test for the legitimacy of Member State criminal sanctions has been whether such national measures interfere with expedited return (the real object of the Return Directive)⁵². Accordingly, Spina notes the interrelationship between Member State and EU legitimacy⁵³.

Secondly, the Return Directive implicitly permits the criminalisation of migration enforcement by contemplating Member States' use of an immigration consequence resulting from a criminal law infraction *unrelated to* immigration status. This occurs through the Directive allowing Member States to exclude from the Directive's personal scope those persons who "are subject to return as a criminal law sanction or as a consequence of a criminal law sanction, according to national law, or who are the subject of extradition procedures" (which will be explored later in the discussion on measures in select Member States)⁵⁴. The Court has made clear that Member States cannot avoid the scope of the Directive merely by imposing a criminal sanction on the basis of im-

⁴⁷ Case C-430/11 *Md Sagor*, Judgment, 6 December 2012, para 34.

⁴⁸ Case C-430/11 *Md Sagor*, Judgment, 6 December 2012, paras 35-37.

⁴⁹ Case C-329/11 *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne*, Judgment, Grand Chamber, 6 December 2011, paras 44-45.

⁵⁰ Case C-61/11 PPU *Hassen El Dridi (alias Soufi Karim)* [2011] I-03015, Judgment, 28 April 2011, paras 52 and 60; Case C-329/11 *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne*, Judgment, Grand Chamber, 6 December 2011, paras 46.

⁵¹ Case C-329/11 *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne*, Judgment, Grand Chamber, 6 December 2011, paras 39-40.

⁵² A. SPINA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 3/2014, p. 635-637, at p. 639.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Article 2(2)(b) of the Return Directive.

migration status *only* – to do so would undermine the Directive entirely⁵⁵. It would appear, then, that Member States are at liberty to apply the Directive in circumstances where an immigration consequence is being imposed *in addition to* a criminal sanction (that is, a sanction which is otherwise unrelated to immigration status).

Thirdly, when detention is cited as an essential tool in repatriation of irregular migrants, the Union’s legislative and judicial silence about persons being repeatedly detained calls into question the legitimacy of that measure. Although the Court has interpreted the 18 month time limit on detention under the Return Directive as an absolute limit⁵⁶, the Court remained silent on repeated periods of detention and whether separate periods of detention are to be aggregated in light of the 18 month limit on detention. As will be examined in a later section, the actual repatriation rates from some Member States and the relationship between the 18 month length of detention and successful repatriations also calls into question the legitimacy of detention as a measure and the institutional legitimacy of the European Union.

Fourthly, in the context of those who seek asylum at the border, detention is seen as a legitimate response to a perceived immigration control failure. In the European Union, there is an implicit preference for asylum seekers to arrive ‘regularly’ and then seek asylum⁵⁷ under a system that insists on a territorial notion of asylum but provides limited means of providing authorised access to the territory⁵⁸. This is manifested by the differential treatment afforded to asylum seekers on account of *where* they make their application for international protection – that is, there is a distinction in treatment between border and other applicants. This distinction resulted in the possibility of Member States to severely derogate from guarantees rights to which border applicants might otherwise be entitled⁵⁹, and which have since been removed under the second generation asylum legislation (noting, however, that the UK is still bound by the first generation asylum legislation as discussed earlier). However, the second generation asylum legislation still maintains a number of distinctions based on whether the person is a border applicant or not⁶⁰, indeed providing for the admissibility and *substance* of applications to be decided at border or transit zones⁶¹. Despite the removal of some express distinctions between border and other applicants for asylum, the ground of detention introduced in the Reception Conditions Directive II affects border applicants as it contemplates the detention of an asylum seeker “in order to decide, in the context of

⁵⁵ Case C-329/11 *Alexandre Achughbalian v Préfet du Val-de-Marne*, Judgment, Grand Chamber, 6 December 2011, para 41.

⁵⁶ Case C-357/09 PPU *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)* [2009] ECR I-11189, Judgment, 30 November 2009, para 57.

⁵⁷ M. PROVERA, *The Detention of Asylum Seekers in the European Union and Australia: A Comparative Analysis*, Oisterwijk, 2013, p. 312.

⁵⁸ E. GUILD, V. MORENO-LAX, *Current Challenges regarding the International Refugee Law, with focus on EU Policies and EU Co-operation with UNHCR*, CEPS Liberty and Security in Europe Paper No. 59/September 2013.

⁵⁹ See Articles 35 and 24(1)(b) of the Procedures Directive I; see also Article 14(8) of the Reception Conditions Directive I.

⁶⁰ See, for example, Articles 4(2)(b), 46(7) of the Procedures Directive II; Articles 10(5) and 11(6) of the Reception Conditions Directive II.

⁶¹ Article 43 of the Procedures Directive II.

a procedure, on the applicant's right to enter the territory"⁶². Concern has been expressed that a narrow interpretation of that ground of detention provides implicit permission for Member States to detain asylum seekers at the border systematically *throughout* the period that their asylum application is being determined⁶³. Accordingly, the inference to draw from such distinctions in treatment are that border applications are considered an immigration control failure and measures such as detention are a response to that perceived failure.

Fifthly, the European Union has contributed to a stigmatising discourse and an association with criminality without foundation in criminal law by the use of the term "third country national staying illegally on the territory" in the Returns Directive. The recitals of the Directive refer to "the fight against illegal immigration"⁶⁴ when the Directive itself provides no criminal sanction for the irregular entry or presence on EU territory. Indeed, as Guild notes, the adoption of such terminology may be used to more easily justify the use of coercive force on migrants to carry out the removal process – a process which is not a result of an outcome of the criminal justice system but which is carried out under administrative law⁶⁵.

The association of irregularly-staying third country nationals and asylum seekers with criminality is further reinforced by the possibility to resort, in exceptional circumstances, to prison accommodation under the Return Directive and the Reception Conditions Directive. Under the Return Directive, detention is to take place in "specialised detention facilities"⁶⁶. However, that provision is undermined by the qualification "as a rule" and with the express permission under the Directive for Member states to resort to prison accommodation where specialised detention facilities cannot be provided⁶⁷. Although third country nationals are to be kept separate from ordinary prisoners, derogation is possible in "exceptional circumstances"⁶⁸. A similar formulation can be found in the Reception Conditions Directive II⁶⁹. The use of penal incarceration facilities for administrative detention is an example of criminalisation through the imposition of criminal consequences for immigration infractions and the use of the same ac-

⁶² Article 8(3)(c) of the Reception Conditions Directive II.

⁶³ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) (2009), "UNHCR Comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Directive laying down minimum standards for the reception of asylum-seekers (COM (2008)815 final of 3 December 2008)", March; UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) (2011), "UNHCR Comments on the European Commission's amended recast proposal for a Directive of the European Parliament and the Council laying down standards for the reception of asylum seekers", UNHCR, Brussels, April; ECRE (2009), "Comments from the European Council on Refugees and Exiles on the European Commission Proposal to recast the Reception Conditions Directive", ECRE, Brussels, April; ECRE (2011), "Comments from the European Council on Refugees and Exiles on the Amended Commission Proposal to recast the Reception Conditions Directive (COM(2011) 320 final)", ECRE, Brussels, September.

⁶⁴ Recital 1 of the Return Directive.

⁶⁵ E. GUILD, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, cit.

⁶⁶ Article 16(1) of the Return Directive.

⁶⁷ Note, however, the CJEU's decision in Cases C-473/13 and C-514/13 *Adala Bero v Regierungspräsidium Kassel; Ettayebi Bouzalmate v Kreisverwaltung Kleve*, Judgment, Grand Chamber, 17 July 2014.

⁶⁸ Article 18(1) of the Return Directive. Note, however, the CJEU's decision in Case C474/13 *Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, Judgment, Grand Chamber, 17 July 2014.

⁶⁹ Article 10(1) of the Reception Conditions Directive II.

tors governing, in this situation, the detention of both irregular migrants and convicted criminals.

Sixthly, there is an ambiguity about assisting irregular migrants in under the Facilitation Directive. The Facilitation Directive requires Member States to implement effective, proportionate and dissuasive sanctions against those who instigate, participate or attempt to assist a person who is not a national of a Member State to enter or transit across the territory of a Member State⁷⁰. An exception, based on humanitarian assistance to the person concerned, is contemplated⁷¹ but this provision is discretionary towards Member States rather than mandatory. “Humanitarian assistance” is not defined under the Directive. Further, that “humanitarian exception”, even where implemented, places the burden of proof on the individual assisting the irregular migrant – which may act as a disincentive to persons rendering assistance due to their actions needing to be justified under law as an exception in order to avoid conviction.

An ambiguity also arises in relation to assistance to irregular migrants to reside in the territory of a Member State. The Facilitation Directive⁷², supported by the Framework Decision⁷³, both compels Member States to provide criminal sanctions for those who intentionally assist irregular migrants, for financial gain, to reside in the territory of a Member State contrary to that Member States laws on the residence of aliens. As “financial gain” is an element of the proscribed behaviour, humanitarian behaviour would normally be regarded as outside sanction but certain behaviours from service providers, such as the renting of accommodation by landlords to irregular migrants, are putatively caught by these provisions. Unlike for those assisting with the entry and transit of irregular migrants, there is no humanitarian exception relating to assistance for irregular residence.

Ambiguity also surrounds the Anti-Trafficking Directive which provides for the non-penalisation of the acts committed by a person as a direct result of their being trafficked⁷⁴. The Directive is silent on whether the non-penalisation provision applies to breaches of immigration law – the Directive only contemplates exclusion from prosecution for *criminal* acts related to their being trafficked, not to breaches of administrative law (upon which migration law is predominantly based).

Less ambiguous is the Carrier Sanctions Directive, which compels Member States to provide for sanctions against carriers and to ensure the carrier’s responsibility (either directly or financially) for returning third country nationals who have been refused entry into a Member State⁷⁵. As was noted by a study conducted for the European Parliament, asylum seekers are greatly affected by the operation of the Directive because their need to flee and seek refuge cannot overcome documentary shortcomings (such as prior authorisation to enter – especially given the list of countries which are required to

⁷⁰ Articles 1(1)(a), 2 and 3 of the Facilitation Directive.

⁷¹ Article 1(2) of the Facilitation Directive.

⁷² Articles 1(1)(b) and 2 of the Facilitation Directive.

⁷³ Article 1 of the Framework Decision.

⁷⁴ Article 8, European Parliament and European Council (2011), Directive 2011/36/EU of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, OJ L 101, 15.4.2011, (“Anti-Trafficking Directive”).

⁷⁵ Article 3 of the Carrier Sanctions Directive.

have visas to travel to Europe⁷⁶, even if transiting⁷⁷ and the consequent risk that carriers face of penalty and responsibility for their return⁷⁸.

Seventhly, the Court of Justice has denuded the content of procedural guarantees surrounding the extension of a detention decision. In *MG and NR*⁷⁹, the Court held that any breach of the right to be heard on the decision to extend a detention decision is not invalid where the outcome of the administrative procedure would not have been any different. This amounted to a complete rejection of Advocate General Wathelet's Opinion⁸⁰. The decision sits uneasily with procedural justice theory, which emphasises a fair and respectful process to foster compliance with the law. The Court's decision may have the unintended consequence of significantly reducing the likelihood of the detained individual cooperating or complying with the efforts of authorities to return him or her because the individual does not perceive the authorities detaining him or her as a legitimate exercise of their authority.

9. Select Member States – Legislation and policy rationales

In the comparative analysis of Member State laws, there were variations in the circumstances and penalties surrounding irregular entry and stay and assisting irregular migrants. As a general observation and from a juridical perspective, the penalties imposed on those assisting persons to irregularly enter and stay are at least equal to or more severe than for the actual person who has irregularly entered or stayed on the territory. One explanation may be that certain persons that assist irregular migrants (namely, citizens of the host country), cannot be subject to the additional measure of expulsion, in contrast to an irregular migrant who has irregularly entered or remains. This observation is qualified, however, on two counts: firstly, the severity of the contemplated penalties at the Member State level may also cover behaviour including people smuggling and human trafficking; secondly, further research is needed to examine the penalties *actually imposed* upon those *successfully prosecuted* for assisting irregular migrants. The legislative provisions of the select Member States and an analysis of them are contained in the original version of this paper⁸¹.

⁷⁶ European Council (2001), Regulation (EC) 539/2001 of 15 March 2001 listing the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders and those whose nationals are exempt from that requirement, OJ L 81, 21 March 2001.

⁷⁷ See, in relation to Air Transit Visas ("ATVs"), Articles 2 and 3 of, and Annex to, European Council (1996), Joint Action of 4 March 1996 adopted on the basis of Article K.3 of the Treaty on the European Union on airport transit arrangements (96/197/JHA), OJ L 63 13 March 1996.

⁷⁸ European Parliament (2006), *Analysis of the external dimension of the EU's asylum and immigration policies – summary and recommendations for the European Parliament*, DGExPo/B/PolDep/ETUDE/2006_11, European Parliament, Brussels, June.

⁷⁹ Case C-383/13 PPU *M.G. and N.R. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Judgment, 10 September 2013.

⁸⁰ Case C-383/13 PPU *M.G. and N.R. v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Opinion of A-G Wathelet, 23 August 2013.

⁸¹ The original version of the paper can be retrieved from www.ceps.eu/book/criminalisation-irregular-migration-european-union.

Although the **United Kingdom** has included a criminal sanction for irregular entry and stay effective since 1 January 1973, research reveals a substantial increase to the criminal statute books concerning immigration offences⁸². Aliverti notes that there are several interrelated rationales explaining the increase and reliance on the criminal law in the immigration sphere in the United Kingdom: firstly, as a means of overcoming a lack of confidence in the immigration system as a result of Home Office inability to reduce the number of outstanding asylum claims; secondly, due to wanting to back immigration enforcement with criminal law as a means of eradicating immigration “abuse”; and thirdly, to develop an immigration enforcement agenda through immigration crimes based on the level of “harm” they created⁸³. Although criminal sanctions have the traditional goal of “public protection” and “doing good”, these are aspects which Aliverti notes are absent from immigration enforcement when invariably the victim (the irregular migrant) is also the person whom the State wishes to exclude and when the State is a source of harm by its use of legal barriers and its construction of illegality which in turn creates a demand for migrant exploitation⁸⁴. The recently commenced *Immigration Act 2014* introduced obligations on landlords to check the immigration status of potential tenants, prohibiting landlords from renting accommodation to irregular migrants and punishing those landlords that do⁸⁵.

In **Italy**, the chief objects of its criminalisation provisions have been firstly, to improve the expulsion regime over an administrative-based system and secondly, to avoid the operation of the Return Directive. The Bossi-Fini law in 2002 identified the “countering the danger of a real invasion to Europe” as the object of stricter immigration enforcement controls (including forced removal at the border) as a means of stopping the expulsion procedure from being undermined⁸⁶. This approach was further augmented by the two “Security Packages” in 2008 and 2009, whereby the 2008 Security Package made irregular immigration status an aggravating circumstance of a crime (but which was subsequently struck down by the Constitutional Court as being inconsistent with Articles 3 (principle of equality) and 25(2) (punishment based on conduct not on personal qualities) of the Italian constitution)⁸⁷. The 2008 Security Package also introduced measures criminalising solidarity and attached immigration consequences (expulsion) where a person (including an EU citizen) has been sentenced to more than two years’ imprisonment for committing a crime⁸⁸. The criminalisation of irregular entry

⁸² A. ALIVERTI, *Briefing – Immigration Offences: Trends in Legislation and Criminal and Civil Enforcement*, The Migration Observatory, University of Oxford, 2013 (www.migrationobservatory.ox.ac.uk/briefings/immigration-offences-trends-legislation-and-criminal-and-civil-enforcement).

⁸³ A. ALIVERTI, *Exploring the Function of Criminal Law in the Policing of Foreigners: The Decision to Prosecute Immigration-related Offences*, cit., p. 511-527.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 515-516.

⁸⁵ See further the second reading speech in the House of Commons of the Secretary of State for the Home Department, United Kingdom (2013), House of Commons, Hansard, 22 October (www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmhansrd/cm131022/debtext/131022-0001.htm), particularly at columns 164 and 166.

⁸⁶ A. DI MARTINO, F. BIONDI DAL MONTE, I. BOIANO, R. RAFFAELLI, *The criminalization of irregular migration: law and practice in Italy*, Pisa, 2013, p. 9.

⁸⁷ Constitutional Court, Judgment No. 249, 5 July 2010.

⁸⁸ Indeed, Fekete notes that the Italian Interior Minister at the time, Roberto Maroni, suggested that

and stay was introduced in the 2009 Security Package. The significance of the introduction of criminal sanctions for irregular status was expressly to avoid the application of the Return Directive (and its associated guarantees, *inter alia*, of a voluntary period for departure)⁸⁹ presumably through a narrow interpretation of Article (2)(2)(b) of the Directive which gives Member States the discretion not to apply the Return Directive in circumstances where the removal resulted from a crime (as discussed above)⁹⁰. The 2009 Security Package also introduced the possibility for expulsion as a substitute sentence where the person had been convicted for the crime of irregular entry or stay. Di Martino *et al* are of the view that the real purpose of the substitution provisions (in combination with accelerated procedures) was to facilitate removal⁹¹. Since the CJEU decision in *Archughbabian*⁹², the Italian government recently decriminalised irregular stay and initial entry, maintaining a range of substantial fines⁹³. However, it remains to be seen whether the practice of substituting expulsion for the payment of the fine continues and thereby continues to attempt to operate outside the application of the Return Directive⁹⁴.

In **France**, the crime of solidarity for assisting irregular migrants can be traced back to 1938, with further incomplete transpositions of the Schengen Agreement and the Facilitation Directive occurring in 1994 and 2003 respectively (which did not include the “for profit” formulations contained therein or in the UN Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land Sea or Air). Indeed, the territorial application of the punishment provisions extended beyond French territory to acts committed on all Schengen territory and the territories of the state parties to the UN Protocol. Smaller immunities did appear in 1996⁹⁵. In 2005, the current formulation appeared as L622-1

“anyone helping an ‘illegal immigrant’ with a job or an apartment should be criminalized and that property let to ‘illegal immigrants’ should be confiscated”: cited in L. FEKETE, “Europe: crimes of solidarity”, *Race and Class*, vol. 50, 4/2009, p. 83-97 at p. 86.

⁸⁹ See the speech of the Italian Interior Minister at the time, Roberto Maroni on 15 October 2008, Parlamento Italiano, “Comitato parlamentare di controllo sull’attuazione dell’Accordo di Schengen, di vigilanza sull’attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione 2 – Resconti stenografici delle audizioni” (http://leg16.camera.it/470?stenog=/_dati/leg16/lavori/stenbic/30/2008/1015&pagina=s020#Maroni%20Roberto%204%202) p. 6.

⁹⁰ See further, C. FAVILLI, *The Implementation of the Return Directive in Italy*, in K. ZWAAN (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen, 2011, in particular p. 72-74.

⁹¹ A. DI MARTINO, F. BIONDI DAL MONTE, I. BOIANO, R. RAFFAELLI, *op. cit.*, p. 41, p. 83-84.

⁹² Case C-329/11 *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne*, Judgment, Grand Chamber, 6 December 2011.

⁹³ See PICUM, *PICUM Bulletin – 27 January 2014*, www.picum.org/de/nachrichten/bulletin/42771/#news_42777, citing, *Dietrofront sull’immigrazione clandestine: non sarà più reato, torna illecito amministrativo*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 January 2014 (www.ilsole24ore.com/art/servizio/2014-01-21/dietrofront-immigrazione-clandestina-non-e-piu-reato-torna-illecito-amministrativo--123307.shtml?uuid=ABZ8y9q); *L’immigrazione clandestine sarà reato soltanto se recidiva*, in *La Stampa*, 21 January 2014 (www.lastampa.it/2014/01/21/italia/politica/immigrazione-clandestina-sar-reato-soltanto-se-recidiva-8Qxws0eLtmN5ZCS815qs5N/pagina.html).

⁹⁴ See R. RAFFAELLI, *Case Note: The Achughbabian Case. Impact of the Return Directive on National criminal Legislation*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 February 2012 (www.penalecontemporaneo.it/upload/Nota%20En%20Achughbabian.pdf), p. 9, noting the operation of Article 16 of the *Testo Unico sull’Immigrazione*.

⁹⁵ J. ALLSOPP, *Contesting fraternité – Vulnerable migrants and the politics of protection in contemporary France*, Working Paper Series No. 82, Refugees Studies Centre, Oxford, July 2012, p. 14.

in CESEDA⁹⁶. Allsopp notes that, under President Sarkozy, solidarity (in a particular, non-universal sense) was reframed as a product of immigration control and may be seen a means of conflict prevention to deter citizens from resisting removal procedures of migrants in the context of “*immigration choisie*” and quota-driven deportations⁹⁷. Research reveals that criticisms of “*immigration choisie*” centred around the more prohibitive aspects as regards irregular migrants, including the establishment of a specialised immigration police force and the use of quotas for expulsion and migration with concerns about the effectiveness of professional quotas⁹⁸. In 2012, the French government repealed the offence of irregular stay in order to comply with the CJEU’s decision in *Archughbabian*⁹⁹ and broadened the humanitarian exception to facilitation of irregular entry or stay in light of the ECtHR judgment in *Mallah*¹⁰⁰.

In the **Netherlands** a dual strategy of both exclusion and identification has been adopted¹⁰¹ which manifested itself following the 1991 Zeevalking Commission and the adoption of the *Linking Act* in 1996 which linked databases containing information on immigration status to municipal records and the *Benefit Entitlement (Residence Status) Act* in 1998. Through excluding irregular migrants from education, employment, accommodation and welfare assistance, the idea is to place pressure on migrants to leave the Netherlands and, combined with identification and documentation, to reduce their anonymity in the community¹⁰². The Netherlands considers “the most important pathway out of irregularity is return” and for which the migrant is deemed to hold ultimate responsibility¹⁰³. Law and policy has been directed towards the issuance of return decisions for irregularly staying third country nationals (whom are given 0 or 28 days to voluntarily depart the Netherlands) – if given 0 days to depart the Netherlands, an entry ban is also issued. “Light entry bans” prohibit re-entry for up to 5 years whereas

⁹⁶ Fédération International des Ligues des Droits de l’Homme (FIDH) and l’Organisation Mondiale Contre la Torture (OMCT), *Délit de Solidarité – Stigmatisation, répression et intimidation de défenseurs des droits de migrants*, June 2009 (www.fidh.org/IMG/pdf/obsfra11062009.pdf); J. ALLSOPP, *op. cit.*

⁹⁷ J. ALLSOPP, *op. cit.*

⁹⁸ H. COURAU, *Undocumented Migration – Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe. Country Report France*, CLANDESTINO, FP6, European Commission, DG Research, 2009 p. 56-57.

⁹⁹ Case C-329/11 *Alexandre Achughbabian v Préfet du Val-de-Marne*, Judgment, Grand Chamber, 6 December 2011; See République Française (2012), *LOI No. 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d’aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, Exposé des Motifs*, NOR: INTX1230293; (www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=6D983780B353DB5BA0E95C81E15D792B.tpdjo11v_1?idDocument=JORFDOLE000026425454&type=expose&typeLoi=&legislature=).

¹⁰⁰ Application 29681/08 *Mallah v France*, Judgment 10 November 2011.

¹⁰¹ D. BROEDERS, *Breaking Down Anonymity – Digital Surveillance of Irregular Migrants in Germany and the Netherlands*, Amsterdam, 2009, p. 191-192; A. LEERKES, G. ENGBERSEN, J. VAN DER LEUN, *Crime among irregular immigrants and the influence of internal border control*, in *Crime Law Society Change* (published online 16 February 2012).

¹⁰² D. DIEPENHORST, *Practical Measures for Reducing Irregular Migration in the Netherlands*, European Migration Network, Rijswijk: Ministry of the Interior and Kingdom Relations, 2012 (http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/irregular-migration/nl_20120424_irregularmigration_en_version_final_en.pdf) p. 17; See also J. VAN DER LEUN, M. ILIES, *Undocumented Migration – Counting the Uncountable. Data and Trends across Europe. Country Report The Netherlands*, CLANDESTINO, FP6, European Commission, DG Research, 2009, p. 12.

¹⁰³ D. DIEPENHORST, *op. cit.*, p. 18.

“heavy entry bans” (usually for those with criminal convictions, those who have lost their regular immigration status because of such crimes, or who are believed to present a threat to public order or national security) are issued for up to 20 years¹⁰⁴. Breach of the entry ban constitutes a crime. It is also possible to be declared an “undesirable alien”¹⁰⁵.

The Dutch Government sees detention as an essential tool in ensuring the effective return of irregular migrants¹⁰⁶. Research reveals that an additional reason for the use of immigration detention in the Netherlands is to pressure irregular migrants to depart the Netherlands and to induce cooperation with the mechanics of expulsion¹⁰⁷.

Amnesty International notes that the use of the criminal law to penalise irregular stay was contemplated in 2002 but the then Minister of Justice, Piet Hein Donner, withdrew such plans in 2005 on the basis that it would not deter irregular migrants and over concerns that such measures would lead to pushing irregular migrants into crime to survive, with adverse consequences for society¹⁰⁸. The reiteration in the Netherlands by the current Rutte government for the criminalisation of irregular stay in 2011 was predicated three bases: on making irregular stay in the Netherlands unattractive; to deter irregular migrants; and to facilitate forced removal of irregular migrants¹⁰⁹. The Bill was withdrawn in April 2014 after the Minister for Security and Justice reached a political compromise with his PvdA colleagues (who had been uncomfortable about supporting such a measure)¹¹⁰ for the reduction of tax on middle income earners in return for dropping the proposed bill¹¹¹.

¹⁰⁴ A. LEERKES, E. BOERSEMA, *Het lot van het inreisverbod*, Memorandum 2014-2, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC), Den Haag, 2014 (www.wodc.nl/images/mem2014-2-volledigetekst_tcm44-555776.pdf).

¹⁰⁵ See further, I. VAN BREUGEL, *Being A Criminal: On the Penalisation of Irregular Residence in the Netherlands*, *Oxford Monitor of Forced Migration*, vol. 2, 2/2012, p. 32-38, at p. 34.

¹⁰⁶ D. DIEPENHORST, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁷ A. LEERKES, D. BROEDERS, *A Case of Mixed Motives? Formal and Informal Functions of Administrative Immigration Detention*, in *British Journal of Criminology*, vol. 50, 2010, p. 830-850; see also M. KOX, *Leaving Detention? A study on the influence of immigration detention on migrants' decision-making processes regarding return*, The Hague, 2011 (www.schipholwakes.nl/Migrantengevangenis%20Mieke%20Kox%20IOM.pdf), p. 10-11.

¹⁰⁸ The Netherlands Tweede Kamer, Kamerstukken II, 2004-2005, 29 537, No 23/2005, p. 4, cited in Amnesty International The Netherlands, *The Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants*, EUR35/02/2008, Amsterdam (www.amnesty.nl/sites/default/files/public/rap_nederland_vreemdelingendetentie_0.pdf) at p. 29 and p. 89.

¹⁰⁹ D. DIEPENHORST, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁰ P. VAN DEN DOOL, *VVD: stafbaastelling illegaliteit is ons geen kabinetscrisis waard*, in *NRC*, 8 May 2013, (www.nrc.nl/nieuws/2013/05/08/vvd-straftbaastelling-illegaliteit-is-ons-geen-kabinetscrisis-waard/); H. VAN LIER, *Bussemaker heft alle vertrouwen in Samsom: 'Het komt goed'*, in *De Volkskrant*, 5 May 2013 (www.volkskrant.nl/vk/nl/2686/Binnenland/article/detail/3436595/2013/05/05/Bussemaker-heft-alle-vertrouwen-in-Samsom-Het-komt-goed.dhtml).

¹¹¹ De VERDIEPING TROUW, *Wetsvoorstel van tafel: geen cel of boete voor illegaliteit*, 1 April 2014 (www.trouw.nl/tr/nl/4500/Politiek/article/detail/3626238/2014/04/01/Wetsvoorstel-van-tafel-geen-cel-of-boete-voor-illegaliteit.dhtml).

10. *The use of criminal law, prosecution and detention*

How criminal law and detention are used in a migration context raises questions about normative legitimacy. In other words, how efficient is the law to do as it purports? In light of the shortcomings identified by Czaika and de Haas, the effectiveness of migration policies requires robust empirical research. The purpose of this section is merely to identify characteristics which raise questions about the application and effectiveness of policies containing criminalising elements and how these might inform institutional legitimacy. The prosecution of migration crimes – both their application and the rates of prosecution – are one such indicator. Despite penalisation provisions applying *prima facie* to all irregular migrants and those in solidarity with them, the choice and number of prosecutions, as well as any correlation between prosecution and enforcement, may be telling as to whether the criminal provisions undermine normative legitimacy by being applied selectively and minimally. In this way, some view can be formed as to whether the law is being used instrumentally as opposed to normatively and whether the application of the law reveals “*ad hoc* instrumentalism”¹¹². Further, the use and outcomes of detention when compared against policy rationales may also be telling as to whether normative legitimacy is being undermined.

The selected Member States have used criminal law in an instrumental manner which appears disjointed from normative underpinning. The examples show the use of criminal law for practical reasons – to overcome administrative law obstacles to removal. The underprosecution of immigration offences reveals a high level of selectivity and arbitrariness which calls into question the measures’ compatibility with the rule of law. The inference to draw from the analysis is that normative legitimacy may be being undermined because the objective data raises questions as to compliance with the rule of law, the predominance of pragmatic reasons for its application and the absence of normative underpinnings for the transgression contemplated. The United Kingdom, not bound by the Return Directive, provides an example of the internal choice of administrative or criminal law based on practical and arbitrary considerations¹¹³, and low prosecution and conviction rates reveal that removal is the overriding objective¹¹⁴. The Italian example shows the use of criminal law also for pragmatic reasons¹¹⁵, disjointed from their normative underpinning¹¹⁶, but the choice is between national criminal law and the proper implementation of the Returns Directive in accordance with Union law. The very small number of convictions in Italy (in 2009) also suggest removal as the predominant goal¹¹⁷. Conversely, the Netherlands’ example of light entry ban underprosecution may partially be attributed to the practical reasons that prosecution hinders the overall objective of expediting return and that, in the case of heavy entry bans, de-

¹¹² D. SKLANSKY, *op. cit.*

¹¹³ A. ALIVERTI, *Exploring the Function of Criminal Law in the Policing of Foreigners*, cit.

¹¹⁴ A. ALIVERTI, *Briefing – Immigration Offences*, cit.

¹¹⁵ See discussion above and A. DI MARTINO, F. BIONDI DAL MONTE, I. BOIANO, R. RAFFAELLI, *op. cit.*, p. 9, p. 87-88.

¹¹⁶ A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, cit., p. 635-637.

¹¹⁷ A. DI MARTINO, F. BIONDI DAL MONTE, I. BOIANO, R. RAFFAELLI, *op. cit.*, p. 87-88.

tection is usually by secondary means (that is, in connection with another suspected and unrelated transgression rather than active investigation)¹¹⁸. A further, important factor in the underprosecution of light entry bans in the Netherlands is minimal support from stakeholders because of the perception that it does not constitute a ‘real’ crime “and is considered less harmful than crimes such as theft and violence, and should therefore receive less priority”¹¹⁹.

If the purpose of detention is to facilitate removal and/or coerce departure of irregular migrants, then such a purpose might be consistent with short periods of detention with high rates of removal and very limited (if any) instances of repeated detention. However, certain data raise questions as to the accuracy of that purpose and the legitimacy of detention. In **Spain**, the Ombudsman noted that, although detention is to be used to ensure effective repatriation, 52.49% of those detained in immigration detention centres in 2013 were removed – from which the Ombudsman drew the inference that 47.51% were not removed¹²⁰. In the **United Kingdom**, data compiled by the Oxford Migration Observatory noted that, at the two detention centres examined (Brook House and Campsfield House) in the 2008-2009 period, 57% of persons detained in the Brook House detention centre left the United Kingdom but that a substantial proportion (43%) remained (21% released, 16% transferred to another detention centre and 6% transferred to a prison or into police custody)¹²¹. For those at Campsfield House, an accurate figure of those given removal orders was unclear due to 42.7% apparently being given removal orders but 18% of such orders being unsuccessful – yet 21.2% were given temporary admission or bail and 35.7% transferred to other facilities¹²². In **the Netherlands**, Amnesty International has noted that, in 2012, 50.5% of those were held for three months or longer and that 29% of those detained in 2010 had been detained two or three times¹²³. In **Italy**, data analysed by Medici per i Diritti Umani noted that only 50.54% of persons in immigration detention were repatriated and that extending the detention period from six (in 2010) to eighteen months (in 2011) only resulted in a 2.3% increase in the repatriation rate¹²⁴. Accordingly, the legitimacy of Union law through the Return Directive may well be called into question given that the Directive provides for an 18 month maximum period of detention and is silent about aggregated periods of detention for those who have been detained multiple times. Further, as noted earlier, the Court of Justice remained silent about aggregated periods of detention un-

¹¹⁸ A. LEERKES, E. BOERSEMA, *Het lot van het inreisverbod*, cit., p. 56-57.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 56.

¹²⁰ Defensor del Pueblo, Spain, *Informe Anual 2013 – Mecanismo Nacional de Prevencion de la Tortura*, Madrid, 2014 (www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/InformeAnual_MNP_2013.pdf), p. 72, para 37.

¹²¹ M. BOSWORTH, *Immigration Detention: Policy Challenges*, Migration Observatory, University of Oxford, 2011 (www.migrationobservatory.ox.ac.uk/sites/files/migobs/Immigration%20Detention%20Policy%20Primer.pdf), p. 6.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Amnesty International, *Vreemdelingendetentie in Nederland: Mensenrechten als Maatstaf*, Amsterdam, 2013 (www.amnesty.nl/sites/default/files/public/ai-13-36-rap-reemdelingendetentie-lr.pdf), pp. 9-10.

¹²⁴ Medici per i Diritti Umani, *The CIE Archipelago – Inquiry into the Italian Centres for Identification and Expulsion*, 2013 (www.mediciperidirittiumani.org/pdf/CIE_Archipelago_eng.pdf), p. 28.

der the Return Directive in *Kadzoev*¹²⁵. The International Detention Coalition has identified research which shows a lack of correlation between immigration detention policies and decisions by irregular migrants to enter a destination state¹²⁶.

11. Other consequences

Institutional legitimacy, through an assessment of normative legitimacy, is also questioned by the collateral consequences of criminalisation and the legality of those measures when assessed against international, supranational and regional human rights standards. Five main consequences of criminalisation question normative legitimacy: *firstly*, the further marginalisation of irregular migrants in society (a strong and common concern amongst questionnaire respondents)¹²⁷; *secondly*, impunity for crimes due to irregular migrants' fear of detection and reluctance to approach law enforcement authorities¹²⁸; *thirdly*, the use of racial profiling¹²⁹ – not just affecting irregular migrants, but also citizens and regular migrants as well; *fourthly*, the adverse impacts on the mental health of those detained¹³⁰, particularly when health may be a factor in the willingness of a person to leave the country¹³¹; and when detention may have no bear-

¹²⁵ Case C-357/09 PPU *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)* [2009] ECR I-11189, Judgment, 30 November 2009.

¹²⁶ D. CORLETT, G. MITCHELL, J. VAN HOVE, L. BOWRING, K. WRIGHT, *Captured Children*, Melbourne, 2012, particularly at note 70.

¹²⁷ F. DÜVELL, *op. cit.*, p. 293; see also K. KALLAS, K. FANGEN, T. SARIN, *EU Policy Report*, EU-MARGINS Project, October 2011. In the Netherlands' context about the links between criminalisation measures and marginalisation of irregular migrants, see A. LEERKES, G. ENGBERSEN, J. VAN DER LEUN, *op. cit.*, at footnote 39 and corresponding text.

¹²⁸ FRA, *Criminalisation of migrants in an irregular situation and of persons engaging with them*, *cit.*, p. 40.

¹²⁹ FRA, *Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union: Comparative Report*, Vienna, 2011 (http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1827-FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf), p. 40; note also Chacón has identified the conflation of immigration enforcement to a criminal challenge as a factor which motivates and gives implicit approval for racial profiling in the United States: J.M. CHACÓN, *Overcriminalizing Immigration*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102, 3/2012, p. 613-652.

¹³⁰ K. ROBJANT, R. HASSAN, C. KATONA, *Mental health implications of detaining asylum seekers: systematic review*, in *British Journal of Psychiatry*, vol. 194, 4/2009, p. 306-312; M. ICHIKAWA, S. NAKAHARA, S. WAKAI, *Effect of post migration detention on mental health among Afghan asylum seekers in Japan*, in *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, vol. 40, 4/2006, p. 341-346; A.S. KELLER, B. ROSENFIELD, C. TRINH-SHEVRIN *et al.*, *Mental health of detained asylum seekers*, in *The Lancet*, vol. 362, 2003, p. 1721-1723; Z. STEEL, D.M. SILOVE, *The mental health implications of detaining asylum seekers*, in *Medical Journal of Australia*, vol. 175, 11-12/2001, p. 596-599; C. POURGOURIDES, *A second exile: the mental health implications of the detention of asylum seekers in the UK*, in *Psychiatric Bulletin*, vol. 21, 1997, p. 673-674. S. MARES, J. JUREIDINI, *Psychiatric assessment of children and families in immigration detention – clinical, administrative, and ethical issues*, in *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, vol. 28, 6/2004, p. 520-526; A. SULTAN, K. O'SULLIVAN, *Psychological disturbances in asylum seekers held in long-term detention: a participant-observer account*, in *Medical Journal of Australia*, vol. 175, 11/2001, p. 593-596. Z. STEEL, D.M. SILOVE, R. BROOKS, S. MOMARTIN, B. ALZUHAIRI, I. SUSLIJK, *Impact of immigration detention and temporary protection on the mental health of refugees*, in *British Journal of Psychiatry*, vol. 188, 2006, p. 58-64.

¹³¹ B. VAN ALPHEN, T. MOLLEMAN, A. LEERKES, J. VAN HOEK, *Van bejegining tot vertrek – Een*

ing on the willingness to leave the host country (in that case, the Netherlands) with other factors playing a much more significant role¹³²; and *fifthly*, Member States have, at times, acted contrary to the law in the context of immigration detention and thus the legality of those measures raise questions about normative legitimacy – that is, Member States have acted contrary to both established human rights norms and to European Union secondary legislation¹³³.

12. *Spaces of resistance and contestation*

Institutional legitimacy, assessed by reference to empirical legitimacy, is also questioned by acts and actors of resistance. By contesting and resisting measures which criminalise both irregular migrants and those in solidarity with them, the inference to be drawn is that the governed (not only the citizenry but also the irregular migrant) experience a disjunction between the institution's assertion of legitimacy and their experience of the institution's exercise of authority – that is, a lack of moral alignment between values of the individual and the measures asserted by the state. Spaces of contestation and resistance may also evidence a lack of consent on the citizenry's part to the assertion of authority by the institution.

National policy does not always meet local and regional needs and experiences of irregular migration and local governments have developed (formal or informal) strategies for dealing with the direct consequences of national policies. In the Netherlands, research as part of the CLANDESTINO project has already revealed a disjunction between national policy and local government implementation¹³⁴. Through responses to the questionnaires and discussions at the practitioner and expert workshop, Utrecht municipality has contested national policy by providing accommodation for rejected asylum seekers; by providing medical shelter for irregular migrants; and by distributing leaflets (with the city of Amsterdam) setting out the rights of irregular migrants. Similarly, information was provided about Barcelona city council's expressly inclusive approach to registering irregular migrants and incorporating them into its mainstream

onderzoek naar de werking van vreemdelingenbewaring, onderzoek en beleid 308, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC), Den Haag, 2014, p. 150.

¹³² M. KOX, *op. cit.*

¹³³ Case C-329/11 *Alexandre Achughbalian v Préfet du Val-de-Marne*, Judgment, Grand Chamber, 6 December 2011, paras 48 and 49; *MSS v Belgium and Greece* No. 30696/09 Judgment Grand Chamber, 21 January 2011, paras 223-234; *R.U. v Greece*, No. 2237/08. Judgment, 7 June 2011, paras 62-64; *S.D. v Greece*, No. 53541/07, Judgment, 11 June 2009, paras 49-54; *Tabesh v Greece*, No. 8256/07, Judgment, 26 November 2009, paras 38-44; *A.A. v Greece*, No. 12186/08, Judgment, 22 July 2010, paras 57-65; *Riad and Idiab v Belgium*, Nos. 29787/03 and 29810/03, Judgment, 24 January 2008, paras 104-111; *Rahimi v Greece*, No. 8687/08, Judgment, 5 April 2011 paras 109-110; Case C-430/11 *Md Sagor*, Judgment, 6 December 2012; Case C-61/11 PPU *Hassen El Dridi (alias Soufi Karim)* [2011] ECR I-03015, Judgment, 28 April 2011; Case C-329/11 *Alexandre Achughbalian v Préfet du Val-de-Marne*, Judgment, Grand Chamber, 6 December 2011; Cases C-473/13 and C-514/13 *Adala Bero v Regierungspräsidium Kassel; Ettayebi Bouzalmate v Kreisverwaltung Kleve*, Judgment, Grand Chamber, 17 July 2014; Case C474/13 *Thi Ly Pham v Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, Judgment, Grand Chamber, 17 July 2014; *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v Belgium*, No. 13178/03, Judgment, 12 October 2006; *Muskhadzhiyeva & ors v Belgium*, No. 41442/07, Judgment, 19 January 2010.

¹³⁴ J. VAN DER LEUN, M. ILIES, *op. cit.*, p. 12-13.

services, as well as promoting intercultural diversity and interaction through its ambitious “Anti-Rumours Campaign”¹³⁵.

Public resistance was evidenced in the “Let’s Save Hospitality” (*Salvemos la Hospitalidad*) campaign which successfully saw, in November 2013, the withdrawal of a proposed Spanish law which sought to amend Article 318*bis* of the *Código Penal* by broadening the scope of the anti-trafficking and smuggling provisions to potentially include solidarity and humanitarian aid in broad terms at the discretion of the prosecutor¹³⁶. In the United Kingdom, the use of mobile billboards circulating in six London boroughs with ethnically diverse and settled populations between 22 July and 22 August 2013 containing the text “GO HOME OR FACE ARREST” attracted 224 complaints to the Advertising Standards Authority¹³⁷, including criticism from a council leader¹³⁸ and Redbridge London Borough Council¹³⁹, from within the Liberal Democrat coalition government¹⁴⁰, bishops¹⁴¹, various non-government organisations such as Show Racism the Red Card¹⁴² and Liberty¹⁴³, and including a legal challenge on the basis of a breach of the Equality Act 2010¹⁴⁴. In France, Allsopp and Fekete have highlighted instances of resistance – both individual and collective – against solidarity offences¹⁴⁵ and the against treatment of forcibly removed persons on aircraft¹⁴⁶.

The presence of non-government services and professionals, acting in defiance of national policy, are also indicators of empirical legitimacy being questioned. Some Member State policies severely limit medical services to irregular migrants and irregular migrants also fear detection through accessing such services. In response, organisations like NAGA¹⁴⁷ in Italy and Medibüro¹⁴⁸ in Germany have responded to that need through volunteer medical practitioners and other medical professionals. Similarly, in

¹³⁵ See, Ajuntament de Barcelona, *Estratègia BCN Antirumours*, 2015 (<http://bcnantirumors.cat/>; see also http://ec.europa.eu/ewsi/en/practice/details.cfm?ID_ITEMS=28379).

¹³⁶ See, Salvemos la Hospitalidad, *La Hospitalidad No Es Delito*, 2015 (www.salvemoslahospitalidad.org/).

¹³⁷ Advertising Standards Authority, *op. cit.*

¹³⁸ Council horrified over scheme for immigrants to go, in *BBC News*, 23 July 2013 (www.bbc.com/news/uk-england-london-23419848).

¹³⁹ T. BRIDGE, *Council joins attack on Government immigration vans*, in *LocalGov*, 29 July 2013, (www.localgov.co.uk/Council-joins-attack-on-Government-immigration-vans/28386).

¹⁴⁰ Vince Cable: Immigration Crackdown And #RacistVan Is ‘Stupid And Offensive’, in *The Huffington Post UK*, 28 July 2013 (www.huffingtonpost.co.uk/2013/07/28/cable-immigration_n_3666286.html?utm_hp_ref=uk); R. SYAL, *Anger at ‘go home’ message to illegal migrants*, in *The Guardian*, 25 July 2013 (www.theguardian.com/uk-news/2013/jul/25/coalition-row-adverts-illegal-immigrants).

¹⁴¹ Bishops condemn Home Office ‘go home’ campaign, in *Ekklesia*, 12 August 2013 (www.ekklesia.co.uk/node/18785).

¹⁴² Show Racism the Red Card, “Show Racism the Red Card calls on government to abandon ‘Go Home’ campaign”, 2013 (www.srtrc.org/news/news-and-events?news=4520).

¹⁴³ I. SANKEY, “Go home” vans: Nasty, racist and likely unlawful, in *Liberty*, 1 August 2013 (<https://www.liberty-human-rights.org.uk/news/latest-news/go-home-vans-nasty-racist-and-likely-unlawful#overlay-context=>).

¹⁴⁴ DEIGHTON, PIERCE, GLYNN, *Home Office Agree Never to Run Van Adverts Telling Migrants to Go Home Again Without Consulting*, Press Release, 12 August 2013 (www.migrantsrights.org.uk/files/news/DPG_press_release_12_08_2013.pdf).

¹⁴⁵ J. ALLSOPP, *op. cit.*

¹⁴⁶ L. FEKETE, *op. cit.*, p. 92-94.

¹⁴⁷ NAGA, *Il Naga*, 2015 (www.naga.it/index.php/Chi_Siamo.html).

¹⁴⁸ Medibüro, “Who We Are”, 2015 (www.medibuero.de/en/Who%20we%20are/Our%20aims.html).

the United Kingdom, the organisation Doctors of the World run a clinic in London for vulnerable migrants to overcome barriers to accessing health care¹⁴⁹.

Fair and respectful processes have an important role to play in dealing with irregular migrants. Information was provided in the questionnaire about Stichting Haven International Partnership (SHIP)¹⁵⁰, based in Amsterdam but operating in the Amsterdam, The Hague, Utrecht and Rotterdam areas of the Netherlands. SHIP is said to adopt an approach of respectful guidance of North African and Middle Eastern irregular migrants using native Arabic, Berber or French speakers to assist with voluntary return to the person's country of origin. Research from the WODC in the Netherlands has highlighted that, in a detention context, the greater the detained person's perception of detention as legitimate, the more willing a detained person was to cooperate with their departure from the Netherlands¹⁵¹. Research undertaken as part of the International Detention Coalition's *Community Assessment and Placement* model has highlighted the importance of fair processes – noting that negative asylum decisions are more likely to be complied with by rejected asylum seekers if the refugee status determination process is fair¹⁵². In the European context, fair process may be analogous to effective remedies under Article 47 of the EU Charter and Article 13 of the ECHR whilst incorporating respectful dealings and treatment of individuals.

13. Conclusions

The theoretical framework of the FIDUCIA Project aims to assess institutional legitimacy through the dual lenses of normative and empirical legitimacy and also as a means of identifying ways in which compliance with the law can be engendered.

Measures which criminalise migrants and those in solidarity with them present a particular challenge for an assessment of institutional legitimacy through normative compliance as the research has revealed a propensity for states to use criminal law *instrumentally* in the migration context. The instrumental approach adopted seems disconnected from a normative underpinning and is rather used for pragmatic reasons and in an arbitrary manner. Further, the instrumental use of the law in the migration context is contestable because it is based on the assumption that migration can be controlled – a premise which itself is vigorously contested in both academic and policy-making spheres.

Normative legitimacy, which looks at the objective use of the law, is inclusive of quantifiable measures such as efficiency, legality and the rule of law. In a migration context, efficiency may be analogised to effectiveness but which presents a number of methodological problems as regards assessment. In order to advance trust-based methods of compliance in the migration context, this is certainly an area that could greatly benefit from further empirical research.

¹⁴⁹ Doctors of the World, "London Clinic", 2015 (<http://doctorsoftheworld.org.uk/pages/london-clinic>); Doctors of the World, "About Us", 2015 (<http://doctorsoftheworld.org.uk/pages/what-we-do>).

¹⁵⁰ SHIP Foundation, 2015 (<http://shipfoundation.nl/>).

¹⁵¹ B. VAN ALPHEN, T. MOLLEMAN, A. LEERKES, J. VAN HOEK, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵² R. SAMPSON, L. BOWRING, *There are alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, Melbourne, 2011, p. 17.

An assessment of the normative legitimacy revealed that institutional legitimacy may be undermined due to the legality of measures: firstly, through their *application* for pragmatic reasons, in a somewhat arbitrary manner and disconnected from normative underpinning which raises questions about compliance with the rule of law and secondly, the other *consequences* resulting from such measures raise questions about legal compliance – that is, compliance with international, supranational and regional human rights obligations.

Empirical legitimacy, which seeks to examine the experience of those governed in a subjective sense, is inclusive of *indicia* such as the legality of the measure, moral alignment between governor and the governed and shared moral values between the individual and the institution. The research reveals that empirical legitimacy may be undermined where there is a disjunction between national and local or regional needs, goals, priorities and experiences such that empirical legitimacy *within* governments is contested. Resistance and contestation from local and regional governments, organisations and individuals are *indicia* that there is misalignment of the moral values between national policies and those governed. This may also be evidenced by the presence of organisations and individuals who provide support and services to irregular migrants (in sectors where the state would normally be expected to operate) in defiance of national policy. Fair and respectful processes are also shown to have role to play in fostering compliance with the law.

Accordingly, on the basis of normative and empirical legitimacy assessments undertaken, it can be concluded that there is a basis for questioning the legitimacy of institutions which criminalise irregular migrants and those that act in solidarity with them.

The FIDUCIA Project’s theoretical framework also explores the relationship between criminal law and morality, distinguishing crimes which are inherently wrong and carry some “normative charge” (*mala in se*) from regulatory or administrative penalties which do not carry any normative charge or stigma (*mala prohibita*).

In striking this balance between law and morality, Hough and Sato suggest a synthesis of positions between the Hart-Devlin debate. Hart’s position was that criminal law should not be based solely on the moral views of the majority and that the criminal law should not intervene where no public harm was done or no rights were breached. Devlin’s position was that the legitimacy of the justice system required some level of connection between law and morality. Hough and Sato advance the synthesis of these two positions as follows:

- “1. Any extension of the criminal law needs to be justified primarily by reference to the need to preserve human rights;
2. Any narrowing of the criminal law needs to be justified by reference to the fact that the laws in question do nothing to secure or protect human rights;
3. Provided that these two conditions are met, it makes sense to maximise the degree of correspondence between the law and morality by ensuring that as far as possible behaviour proscribed by the criminal law carries a social stigma”¹⁵³.

The challenge for viewing the criminalisation of irregular migration and those in solidarity with them through this theoretical lens results from the use of not only criminal law but also administrative law measures to criminalise migrants.

¹⁵³ M. HOUGH, M. SATO, *op. cit.*, p. 11.

Migration law is conventionally based on administrative law and has regulatory or administrative penalties at its disposal to ensure enforcement – such penalties can be characterised as *mala prohibita* and, as Hough and Sato point out, do not carry a “normative charge”¹⁵⁴. However, as indicated throughout this paper, the cross-pollination of criminal consequences for immigration infractions and immigration consequences for criminal infractions to ensure compliance (as put forward by Legomsky)¹⁵⁵ has resulted in measures grounded in administrative law but which have assumed characteristics more akin to criminal sanction (such as detention or having the objects of punishment and deterrence). With the exception of trafficking in human beings (which is the subject of another FIDUCIA Project work package), irregular entry and stay may be considered victimless behaviour. As such, both administrative and criminal law sanctions may be equally devoid of a “normative charge” (which is a characteristic of conventional regulatory or administrative penalties whereas criminal penalties do carry such a normative charge and social stigma).

Accordingly, the latter part of the theoretical framework may not reach its full potential in situations where measures are based in administrative law but with characteristics akin to criminal law sanctions (such as immigration detention). It is submitted that, as regards criminalisation of migration and those that act in solidarity with irregular migrants, the distinction between regulatory offences and criminal offences is irrelevant where the consequences on the individual are largely identical. In the migration context, an understanding of the *substance* of consequences of criminalisation measures upon individuals, rather than only their *legal form* (as either criminal or administrative law), is essential in any attempt to reconcile criminal or administrative measures and morality. Care should be taken to ensure that, in proposing a synthesis of the Hart-Devlin debate as advanced by the theoretical framework, states are not incentivised to transfer criminal law measures to the administrative sphere but with similarly deleterious consequences on human rights and with a discourse that maintains social stigma around the behaviour. Similarly, care should be exercised to ensure that states do not embark on a course of moral engineering to create social stigma, thereby engendering public trust and support for criminalisation measures against irregular migrants and those that act in solidarity with them that are otherwise inconsistent with universal human rights norms.

The role of public trust in fostering compliance with migration law does present a paradox. This largely stems from the fact that the individuals whose trust a state wishes to engender (irregular migrants) are also the very individuals a state does not want in its jurisdiction. This is not to say that public trust has no relevance in the field of migration law compliance. On the contrary – the examples show that fair and respectful treatment and process have an important role to play in policy execution and compliance with human rights obligations. Further, it demonstrates that public trust also plays an important role for seeking the compliance of those who act in solidarity with irregular migrants – namely citizens and regular migrants – particularly given the severity of the measures against those facilitating irregular migration and the presence of resistance to criminalising measures.

¹⁵⁴ M. HUGH, M. SATO, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁵ S.H. LEGOMSKY, *op. cit.*

I centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale

Giuseppe Campesi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Giustizia penale e politiche migratorie. – 3. La detenzione amministrativa in Italia. – 4. La ricerca. – 5. Governare le classi pericolose.

1. Introduzione

La storia della detenzione amministrativa degli stranieri è molto diversa da paese a paese e ciò ha profondamente inciso sulla maniera in cui le scienze giuridiche e sociali hanno guardato a tale istituto. Negli Stati Uniti e in Inghilterra le sue origini affondano molto indietro nel tempo e ciò ha certamente favorito una certa tendenza a considerare la detenzione amministrativa un ordinario strumento amministrativo che non necessitava di essere circondato da particolari garanzie¹. In tali paesi il lessico ufficiale ricorre del resto senza remore al termine “detenzione”, mentre la gestione dei centri per migranti è stata largamente ispirata dal modello delle prigioni di diritto comune. Solo più di recente la detenzione amministrativa degli stranieri ha cominciato ad attrarre l’attenzione degli attivisti dei diritti umani e degli scienziati sociali, che vi hanno visto un ulteriore sintomo dell’espansione dei poteri penali nell’era dell’incarcerazione di massa². In Europa continentale la storia della detenzione amministrativa degli immigrati è invece molto più recente. Sin dal principio le scienze giuridiche e sociali hanno denunciato lo scandalo giuridico che essa rappresentava, forzando i governi ad enfatizzare il carattere umanitario dei centri per migranti che venivano aperti³. Non a caso, in paesi

* Ricercatore di Filosofia del diritto, Università di Bari.

¹ D. KANSTROOM, *Deportation nation: Outsiders in American history*, Cambridge, 2007; S.J. SILVERMAN, *Immigration Detention in America: A History of its Expansion and a Study of its Significance*, Centre on Migration, Policy and Society, Oxford, 2010; D. WILSHER, *Immigration detention. Law, history, politics*, Cambridge, 2012.

² J. SIMON, *Refugees in a Carceral Age: The Rebirth of Immigration Prisons in the United States*, in *Public Culture*, 10(3), 1999, p. 577 ss.; M. WELCH, *Detained. Immigration laws and the Expanding I.N.S. Jail Complex*, Philadelphia, 2002; M. WELCH, L. SCHUSTER, *Detention of asylum seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A critical view of the globalizing culture of control*, in *Criminal Justice*, 5(4), 2005, p. 331 ss.; M. BOSWORTH, *Human rights and immigration detention in the United Kingdom*, in M.B. DEMBOUR, T. KELLY (eds.), *Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, London, 2011, p. 165 ss.; M. BOSWORTH, S. TURNBULL, *Immigration Detention, Punishment, and the Criminalization of Migration*, in S. PICKERING, J. HAMM (eds.), *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, London, 2014, p. 91 ss.

³ A. SPIRE, *Rétention: une indignation oubliée*, in *Plein Droit*, 50(3), 2011, p. 20 ss.; A. SCIURBA,

come Francia, Italia, Spagna, il lessico ufficiale evita di riferirsi al termine “detenzione”, preferendo eufemismi come “rétention”, “trattenimento”, “internamento”. In risposta, nel dibattito politico e scientifico ci si riferisce sovente alla nascita dei nuovi “lager dell’immigrazione”, per enfatizzare il contrasto tra i principi dello stato di diritto e la detenzione amministrativa degli stranieri. Tale lettura è stata inoltre legittimata a livello teorico dalla ricerca di Giorgio Agamben, che non ha esitato a paragonare i centri per migranti ai campi di concentramento⁴. Seguendo Agamben, molti hanno analizzato i “campi” del nostro tempo come luoghi in cui i principi dello stato di diritto sono sospesi e l’eccezione diventa la regola⁵.

A ben guardare, in entrambe le interpretazioni della detenzione amministrativa ciò che è in questione è la sua relazione con la giustizia penale, solo che la questione sembra essere inquadrata da punti di vista opposti. Da un lato, la detenzione amministrativa è criticata perché funziona come una sorta di proiezione del sistema penale, rappresentando un altro aspetto del processo di criminalizzazione degli immigrati; dall’altro lato, ciò che viene criticato è il funzionamento dei centri per migranti al di fuori del sistema della giustizia penale e, dunque, l’adozione di misure di controllo sostanzialmente penali senza una esplicita criminalizzazione dell’immigrazione irregolare. Quel che è certo è che nelle società contemporanee sembra essersi instaurata una certa relazione tra politiche migratorie, detenzione amministrativa e politiche criminali, un rapporto che vorremmo provare ad esplorare nel nostro contributo. La nostra ipotesi è che la detenzione amministrativa degli stranieri possa essere utilizzata come strumento surrogato di una politica criminale il cui scopo è quello di eliminare dalla scena sociale le categorie di stranieri percepite come maggiormente problematiche per la loro marginalità o supposta pericolosità sociale. Dal nostro punto di vista, la detenzione amministrativa sembra in sostanza essersi trasformata in uno strumento di difesa sociale. Proveremo a testare tale ipotesi discutendo alcuni dei risultati di una ricerca sulla giurisprudenza dei Giudici di pace in materia di immigrazione condotta tra il mese di luglio e il mese di dicembre 2014. La ricerca, che è stata svolta presso l’Ufficio del Giudice di pace di Bari, si inseriva nel quadro più ampio dell’Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di pace coordinato dalla prof.ssa Enrica Rigo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Roma Tre⁶ e mirava ad analizzare empiricamente i giudizi di convalida e di proroga del trattenimento, valutando in particolare l’impatto della ricezione

Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa, Verona, 2009; N. FISHER, R. CLÉMENCE, *A legal disgrace? The retention of deported migrants in contemporary France*, in *Social Science Information*, 47, 2010, p. 581 ss.

⁴ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995; ID., *Mezzi senza fine. Note sulla politica*, Torino, 1996.

⁵ F. RAHOLA, *La forme-camp. Pour une généalogie des lieux de transit et d’internement du présent*, in *Cultures & Conflicts*, 68, 2007, p. 31 ss.; M. CALOZ-TSCHOPP, *Les étrangers aux frontières de l’Europe et le spectre des camps*, Paris, 2004; B. DIKEN, C.B. LAUSTSEN, *The culture of exception. Sociology facing the camp*, London, 2005; C. MINCA, *The return of the Camp*, in *Progress in Human Geography*, 29, 2006, p. 405 ss.; M. BERNARDOT, *Camps d’étrangers*, Bellecombe-en-Bauges, 2008; H. SILVEIRA GORSKI, I. RIVERA BEIRAS, *La biopolitica contemporanea ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los “campos” en Europa*, in I. MENDIOLA (dir.) *Rastros y rostros de la biopolitica*, Barcelona, 2009, p. 1 ss.

⁶ Cfr. la pagina web dell’Osservatorio: <http://giudicedipace.giur.uniroma3.it>.

nell'ordinamento italiano della direttiva 2008/115/EC. I risultati della nostra ricerca non saranno qui presentati nella loro interezza ma, dopo una breve introduzione teorica sul rapporto tra giustizia penale e politiche migratorie e una rapida discussione dei fondamentali della normativa italiana in materia di detenzione amministrativa degli stranieri, discuteremo gli aspetti emersi dalla nostra indagine che ci paiono più rilevanti in relazione all'ipotesi che intendiamo vagliare.

2. Giustizia penale e politiche migratorie

Leggi sull'immigrazione e sull'acquisizione della cittadinanza lavorano in combinazione nel costruire il confine esterno della comunità, distribuendo in gradazioni diverse la titolarità del diritto a fare ingresso e risiedere in un determinato territorio. Il sistema giuridico articola in questo modo una doppia divisione: tra chi appartiene e chi non appartiene alla comunità nazionale, tra chi ha titolo o meno a risiedere sul territorio nazionale. Il diritto dell'immigrazione è forse l'ultimo bastione della sovranità, il settore dell'ordinamento che è incaricato di regolare il presidio dei confini statali e l'esercizio della prerogativa sovrana di escludere⁷. La funzione di regolazione delle gradazioni di alterità ed estraneità che è svolta da leggi sulla cittadinanza e normative sull'immigrazione è tuttavia sempre più insistentemente supportata dal ruolo che gioca il sistema penale. Diritto dell'immigrazione e diritto penale svolgono del resto una funzione simile nel senso che entrambi hanno la capacità di definire i parametri dell'inclusione, individuando chi si pone al di fuori del consesso sociale a causa della sua provenienza o del suo comportamento. In questo senso entrambi sono settori dell'ordinamento incaricati di presidiare i confini dell'appartenenza. Questa affinità, per così dire, elettiva tra diritto dell'immigrazione e diritto penale sembra essersi rafforzata negli ultimi decenni, quando in parallelo ad un progressivo irrigidimento delle politiche migratorie si è assistito a quello che le scienze politiche e sociali contemporanee definiscono un processo di securitarizzazione e criminalizzazione delle migrazioni⁸.

Il rapporto tra politiche migratorie e giustizia penale è stato esplorato da numerosi autori. Daniel Kanstroom, ad esempio, nel suo monumentale *Deportation nation*, ha evidenziato come gli strumenti di controllo dell'immigrazione siano tradizionalmente stati un agile dispositivo a disposizione delle agenzie del sistema penale. In quest'ottica, i poteri concessi alle agenzie amministrative dalle leggi sull'immigrazione non rappresentano un semplice strumento della politica migratoria, come sovente vengono descritti dalla giurisprudenza e dalla dottrina giuridica. Espulsione, respingimento, detenzione amministrativa non possono essere ridotti a semplici strumenti burocratici chiamati a rendere effettivo il controllo dei confini, per l'impatto che hanno sulle libertà delle persone coinvolte e per l'uso che ne è stato fatto nel corso della storia, essi sono

⁷ C. DAUVERGNE, *Making people illegal: What globalization means for migration and law*, Cambridge, 2008.

⁸ J. HUYSMANS, *The Politics of Insecurity. Fear, migration and asylum in EU*, London, 2006; E. GUILD, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge, 2009; S. PALIDDA (ed.), *Racial criminalization of migrants in the 21st century*, Aldershot, 2013.

da considerarsi un pervasivo strumento di controllo sociale utilizzabile a discrezione delle autorità amministrative al di fuori delle ordinarie garanzie giuridiche previste dal sistema penale. L'ipotesi di Kaanstrom, in breve, è che la cosiddetta *deportation law*, possa essere utilizzata nei confronti degli stranieri per realizzare obiettivi giuridicamente impossibili o comunque molto difficili da conseguire attraverso gli ordinari strumenti della giustizia penale⁹.

Ponendosi da una prospettiva leggermente differente, Mary Bosworth e Mahiri Guild hanno a loro volta parlato di *governing through migration control*, riprendendo una fortunata formula di Jonathan Simon¹⁰, per riferirsi all'affermarsi di un modello politico in cui la ricerca di sicurezza e la rassicurazione dell'opinione pubblica rispetto alle incertezze della società del rischio è stata perseguita attraverso la ridefinizione di un senso di appartenenza e di una cittadinanza escludente costruita a partire dalla stigmatizzazione e criminalizzazione dell'invasore¹¹. Sullo sfondo di questa idea del governo attraverso il controllo dell'immigrazione, c'è l'ipotesi che la mentalità della lotta al crimine e all'insicurezza abbia pervaso le politiche migratorie, trasformandole in uno strumento, seppure eccentrico, di politica criminale. Questa ipotesi non è altro che una ulteriore articolazione della cosiddetta *crimmigration thesis*, elaborata per la prima volta da Juliet Stumpf, soprattutto in relazione al sistema americano e successivamente ripresa da numerosi altri autori. Stumpf ha inteso riferirsi con tale concetto alla progressiva intersezione del diritto e della politica criminale con il diritto e la politica migratoria, segnalando come l'emergere di tale complesso dispositivo giuridico-politico in cui i due settori dell'ordinamento si mescolano sia negli scopi che negli istituti avvenga attraverso due dinamiche fondamentali: da un lato attraverso un processo che porta un numero sempre crescente di reati a determinare l'espulsione anche di cittadini stranieri residenti da lungo tempo e con solidi legami familiari sul territorio nazionale; dall'altro attraverso un processo che vede una parte sempre maggiore delle infrazioni amministrative previste dal diritto dell'immigrazione avere conseguenze quasi penali, se non esplicitamente penali¹².

La *crimmigration thesis*, che ha come accennato avuto uno straordinario successo negli ultimi anni¹³, converge con le letture sociologiche dominanti sulla transizione del

⁹ D. KANSTROOM, *Deportation nation*, cit. La ricerca di Kanstrom, evidenzia come ciò sia avvenuto in maniera ricorrente nel corso della storia degli Stati Uniti d'America, a partire dal caso dei *Palmer Raids* nel 1919, nell'immediato dopoguerra durante il Maccartismo, oltre che nel corso della *war on crime* lanciata all'inizio degli anni '80. Più di recente, all'indomani dell'11 settembre 2001 migliaia di stranieri presenti sul territorio statunitense sono stati arrestati, interrogati ed in molti casi deportati ai sensi delle leggi sull'immigrazione senza che ciò avesse nulla a che fare con le esigenze della politica migratoria (cfr. US Department of Justice, *The September 11 Detainees: A Review of the Treatment of Aliens Held on Immigration Charges in Connection with the Investigation of the September 11 Attacks*, Office of the Inspector General, 2003).

¹⁰ J. SIMON, *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, Oxford, 2007.

¹¹ M. BOSWORTH, M. GUILD, *Governing Through Migration Control: Security and Citizenship in Britain*, in *British Journal of Criminology*, 48(6), 2008, p. 715.

¹² J. STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University Law Review*, 56, 2006, p. 367 ss.

¹³ S.H. LEGOMSKY, *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Washington & Lee Law Review*, 64, 2007, p. 469 ss.; A. ALIVERTI, *Making people criminal: The*

sistema penale da un modello basato sul concetto di riabilitazione e reinserimento sociale, ad uno impostato sulla logica dell'esclusione e della mera neutralizzazione dei rischi¹⁴, dato che in entrambi i casi "ex-offenders and immigrants become the 'outsiders' from whom citizens need protection"¹⁵. Il carattere escludente è se possibile ancora più evidente nel caso delle politiche di controllo dell'immigrazione irregolare, dato che in questo caso esse si esprimono come una esplicita articolazione della prerogativa sovrana di escludere che non necessita di particolari giustificazioni per essere legittimata. Il migrante irregolare o autore di reato assume la fisionomia di un portatore di pericoli e disordine che deve essere neutralizzato e tenuto a distanza. Non è un caso che molti abbiamo suggerito che il diritto dell'immigrazione stia progressivamente assumendo i tratti di un "diritto del nemico", riprendendo un'idea di Günther Jakobs che è stata molto influente soprattutto tra i giuristi dell'Europa continentale¹⁶; o che altri abbiano illustrato come i reati e le infrazioni prodotte dal nuovo diritto dell'immigrazione stiano diventando l'oggetto di una intensa attività di sorveglianza volta a distinguere tra coloro che sono titolati ad un certo grado di libertà di movimento e coloro che devono invece essere controllati più strettamente o bloccati¹⁷.

Uno strumento decisivo del controllo dell'immigrazione irregolare è oggi giorno la detenzione amministrativa. Essa è utilizzata nei confronti di soggetti accomunati dal solo fatto di essere privi di una autorizzazione ad entrare o rimanere sul territorio dello Stato e che in ragione del loro *status* personale si trovano esposti al rischio di subire un provvedimento detentivo del tutto indipendentemente dalla violazione della legge penale, per ragioni direttamente connesse con l'amministrazione delle politiche migratorie¹⁸. La detenzione amministrativa è tipicamente concepita come uno strumento servente rispetto all'allontanamento dello straniero dal territorio dello stato, che resta l'obiettivo finale della politica di contrasto all'immigrazione irregolare. Tuttavia, le diffi-

role of the criminal law in immigration enforcement, in *Theoretical Criminology*, 16(4), 2012, p. 417 ss.; J. DOWLING, J. INDA (eds.), *Governing Immigration Through Crime: A Reader*, Stanford, 2013; I. MAJCHER, *Crimmigration in the European Union through the Lens of Immigration Detention*, Global Detention Project Working Paper No. 6, September, 2013.

¹⁴ M. FEELEY, J. SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, in *Criminology*, 30(4), 1992, p. 449 ss.; ID., *Actuarial justice: the emerging new criminal law*, in D. NELKEN (ed.), *The futures of criminology*, London, 1994, p. 173 ss.; D. GARLAND, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Chicago, 2001; L. WACQUANT, *Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity*, Durham and London, 2009.

¹⁵ J. STUMPF, *The crimmigration crisis*, cit., p. 412.

¹⁶ S. KRASMANN, *The Enemy on the Border. Critique of a programme in favor of a Preventive State*, in *Punishment & Society*, 9(3), 2007, p. 301 ss.; A. CAPUTO, *Verso un diritto penale del nemico?*, in *Questione giustizia*, 4, 2006, p. 625 ss.; ID., *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, 1, 2007, p. 45 ss.; J.A. BRANDARIZ GARCÍA, *Controllo dei migranti e Diritto (penale) del nemico. Note su esclusione e inclusione in Spagna*, in *Studi sulla questione criminale*, 7(2), 2012, p. 31 ss.

¹⁷ K.F. AAS, *'Crimmigrant' bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance*, in *Theoretical Criminology*, 15(3), 2011, p. 331 ss.

¹⁸ E. GUILD, *A typology of different types of centres for third country nationals in Europe*, Brussels, 2005; G. CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, The Hague, 2010; S.J. SILVERMAN, E. MASSA, *Why Immigration Detention is Unique*, in *Population, Space and Place*, 18(6), 2012, p. 677 ss.; G. CAMPESI, *la detenzione amministrativa degli stranieri: storia, diritto, politica*, Roma, 2013.

coltà nel gestire una efficiente politica di rimpatrio, hanno negli ultimi anni reso tale istituto giuridico uno strumento che ha acquisito una centralità sempre maggiore nelle politiche migratorie dei paesi occidentali, in cui un numero sempre maggiore di stranieri “momentaneamente” non deportabili va incontro a periodi di detenzione sempre più lunghi. Ciò ha ulteriormente rafforzato il processo di commistione tra giustizia penale e politiche migratorie. Quando anche l’immigrazione irregolare non sia esplicitamente prevista come reato, infatti, l’estensione dei poteri detentivi alla sfera del diritto dell’immigrazione ha un potente effetto di “criminalizzazione procedurale”, finendo per sottoporre gli individui a forme di privazione delle libertà che, pur restando slegate da una qualsiasi forma di incriminazione, hanno effetti sostanzialmente criminalizzanti¹⁹. Nonostante ciò la detenzione amministrativa è comunemente presentata come una misura che non ha in nessun modo carattere penale, una misura il cui scopo non risiede nella punizione dell’irregolarità dell’ingresso o del soggiorno sul territorio dello stato. Ciò a dispetto del fatto che una certa affinità tra le funzioni svolte dalla detenzione amministrativa degli stranieri e le funzioni della politica criminale sia lentamente emersa nella prassi. Un’affinità che non è solo di natura simbolica, ma che ha piuttosto a che fare con gli scopi più o meno espliciti che nella difficoltà di gestire una efficiente politica di allontanamento degli stranieri irregolari la detenzione degli stranieri persegue. Sempre più insistentemente, infatti, nella retorica ufficiale essa viene presentata come uno strumento che si giustifica con la necessità di prevenire il rischio di fuga o di isolare nelle more del loro allontanamento coloro che rappresentano un potenziale pericolo per la comunità, finendo per assumere il carattere di una misura precauzionale chiamata a gestire il coefficiente di rischio che talune persone sono supposte rappresentare²⁰. Tali finalità che fanno assumere alla detenzione amministrativa i tratti di una misura di difesa sociale sono ormai piuttosto esplicite anche all’interno dell’ordinamento italiano.

3. *La detenzione amministrativa in Italia*

Com’è noto, la storia della detenzione amministrativa degli immigrati in Italia può farsi cominciare alla metà degli anni Novanta, quando il d.l. n. 489/1995, detto decreto Dini, tentò di introdurre all’interno del nostro ordinamento giuridico un meccanismo detentivo modellato su quello delle misure cautelari previste dal Codice di procedura penale. Il decreto, reiterato ben cinque volte fino alla fine del 1996 senza mai essere convertito in legge, precisava la disciplina dell’allontanamento dal territorio dello stato delineata nel 1990 con la legge n. 39/1990, gettando le basi del sistema di detenzione per immigrati che sarebbe stato creato nel 1998. Esso prevedeva, infatti, tra le modalità esecutive degli ordini di espulsione con accompagnamento coatto la misura dell’obbligo di dimora sotto forma di prescrizione “di non allontanarsi dall’edificio o struttura

¹⁹ L. WEBER, *The Detention of Asylum Seekers: 20 Reasons Why Criminologists Should Care*, in *Current Issues in Criminal Justice*, 14(1), 2003, p. 14.

²⁰ S.H. LEGOMSKY, *The detention of Aliens: Theories, Rules and Discretion*, in *The University of Miami Inter-American Law Review*, 30(3), 1999, p. 536.

indicati nel provvedimento e scelti fra quelli individuati con uno o più decreti del Ministro dell'interno". Era l'art. 7 del decreto a stabilire che: "quando per l'esecuzione dell'espulsione (...) occorre procedere ad accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità della persona da espellere, ovvero all'acquisizione di documenti o visti, ovvero nei casi in cui vi sia il pericolo che la persona si sottragga all'esecuzione del provvedimento, l'autorità giudiziaria dispone la misura dell'obbligo di dimora (...) per il tempo necessario e comunque non oltre trenta giorni". Tale obbligo poteva essere imposto in uno degli "edifici" o "strutture" individuati con uno o più decreti del Ministro dell'Interno da emanarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione.

Secondo il disegno tracciato dal d.l. n. 489/1995, che sarebbe sostanzialmente rimasto inalterato nella successiva disciplina del 1998, l'uso della detenzione assumeva il carattere "cautelare" di misura volta ad assicurare l'esecuzione del provvedimento di espulsione evitando che lo straniero potesse far perdere le sue tracce nelle more dell'esecuzione della stessa. La matrice cautelare del provvedimento era testimoniata anche dal fatto che l'*habeas corpus* fosse da esercitarsi nelle forme del procedimento di riesame previsto dal codice di procedura penale per le ordinarie misure cautelari, anche se con una significativa riduzione delle garanzie rispetto alla disciplina della carcerazione preventiva²¹.

La detenzione amministrativa degli stranieri è stata definitivamente normalizzata nell'ordinamento italiano con la legge n. 40/1998, la quale diede carattere strutturale a misure di restrizione della libertà personale nate nella prassi dei controlli di polizia e regolate sino alla fine degli anni Novanta per mezzo di decreti di necessità ed urgenza ed ordinanze prefettizie. La riforma, che rappresenta il primo intervento organico in materia di immigrazione in Italia, riordinò il complesso degli strumenti di contrasto all'immigrazione irregolare creati negli anni precedenti aggiungendo agli istituti dell'espulsione e del respingimento alla frontiera, disciplinati in continuità con la logica poliziesca che già ispirava la cosiddetta legge Martelli, la misura del "trattenimento" dello straniero oggetto di un provvedimento di allontanamento. Il trattenimento era disciplinato secondo il modello già tracciato con il d.l. n. 489/1995. In particolare era previsto che, qualora non fosse possibile eseguire immediatamente il provvedimento di respingimento alla frontiera o l'espulsione mediante accompagnamento coatto a causa della necessità di procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, o ancora per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo, il Questore potesse disporre il trattenimento dello straniero per il tempo strettamente necessario (al massimo 20 giorni, prorogabili di ulteriori 10 nella disciplina originaria) presso uno di quelli che il testo del 1998 definiva Centri di permanenza temporanea (art. 12, comma 1, legge n. 40/1998).

Conformemente al dettato costituzionale, che prevede un sindacato giurisdizionale su tutti i provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza che incidono sulla sfera della libertà personale, l'ordine di trattenimento doveva essere comunicato entro 48 ore al

²¹ Il decreto non richiamava, infatti, i gravi indizi di colpevolezza necessari per applicare misure limitative della libertà personale *ante iudicium*, mentre i termini per il riesame venivano ridotti della metà.

Pretore, il quale avrebbe dovuto convalidarlo entro ulteriori 48 ore. Tale convalida non sembrava tuttavia implicare alcun controllo nel merito della decisione limitativa della libertà personale dato che, a dispetto degli standard internazionali esistenti e del disposto dell'art. 13 Cost., la legislazione varata nel 1998 non prevedeva il rispetto dei principi di proporzionalità e necessità della misura di custodia. Il trattenimento appariva come una misura automatica, da adottarsi in presenza di una delle circostanze che rendevano l'allontanamento non eseguibile indipendentemente dalle condizioni soggettive dello straniero. Nei fatti il provvedimento di convalida del Pretore si è configurato come una mera decisione formale di ratifica delle disposizioni adottate dall'autorità di pubblica sicurezza che ha addirittura indebolito la garanzia dell'*habeas corpus* originariamente prevista dal decreto del 1995²².

Il sistema tracciato tra 1995 e 1998 ha conosciuto un significativo inasprimento a seguito del cambio di maggioranza politica al governo e dell'emanazione della legge n. 189/2002, la quale, pur confermando nei tratti essenziali l'impianto creato negli anni passati, apportò due modifiche sostanziali al dispositivo di contrasto all'immigrazione irregolare. In primo luogo essa ha trasformato l'espulsione con accompagnamento coatto alla frontiera e conseguente possibilità di trattenere il cittadino straniero in un Centro di permanenza temporanea in ipotesi principale, lasciando alle ipotesi residuali il caso di espulsione intimata con obbligo di lasciare il territorio dello stato entro un dato termine²³; in secondo luogo essa ha esteso il periodo massimo di permanenza nei centri detentivi, concedendo al Questore di chiedere una proroga di ulteriori 30 giorni nel caso in cui non fosse stato possibile eseguire il provvedimento di espulsione con accompagnamento coatto alla frontiera trascorsi i primi 30 giorni di detenzione. Nel 2004, con l'emanazione del d.l. n. 241/2004 (convertito in legge n. 271/2004) emanato a seguito di alcune importanti sentenze della Corte costituzionale, fu infine rivista la procedura di convalida (e della proroga) del provvedimento detentivo con l'attribuzione della competenza al Giudice di pace, un giudice non togato creato nel 1995 con competenza su cause civili di valore economico ridotto e reati penali di facile valutazione, in genere punibili a querela della parte offesa²⁴.

Al momento dell'approvazione della direttiva 2008/115/EC, conosciuta come *return directive*, la detenzione degli stranieri in via di espulsione appariva in Italia come una misura di natura prevalentemente cautelare applicabile in maniera sostanzialmente automatica ed assoggettata ad un blando controllo giurisdizionale, affidato ad un giudice non togato la cui fisionomia mal si conciliava con l'importante funzione di tutela

²² Working Group on Arbitrary Detention. *Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural rights, Including the Right to Development: Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Addendum: Mission to Italy*. UN Office of the High Commissioner for Human Rights. A/HRC/10/21/Add.5.

²³ A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Questione giustizia*, 5, 2002, p. 964 ss.; L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir., imm., citt.*, 3, 2002, p. 9 ss.; A. CASADONTE, P.L. DI BARI, *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera ed il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza*, in *Dir., imm., citt.*, 3, 2002, p. 33 ss.

²⁴ A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir., imm., citt.*, 3, 2004, p. 13 ss.

della libertà personale che gli era stata attribuita²⁵. La direttiva ha com'è noto avuto un iter molto travagliato ed ha prodotto una disciplina sostanzialmente ambivalente della detenzione amministrativa: da un lato ha esteso il termine massimo di detenzione fino a sei mesi (estendibile di ulteriori dodici mesi in caso di mancata cooperazione da parte dello straniero), senza prevedere alcun chiaro divieto rispetto alla detenzione dei minori non accompagnati, né l'obbligo di istituire un meccanismo di monitoraggio indipendente dei centri per migranti; dall'altro lato però ha incorporato alcuni dei principi che erano già stati affermati nel *soft law* internazionale dalla giurisprudenza del *Human Rights Committee* delle Nazioni Unite e dalle linee guida del *Working Group on Arbitrary Detention*²⁶. Essa ha sancito, in particolare: che gli stati debbano concedere in via preliminare un termine per il rimpatrio volontario allo straniero, ricorrendo all'espulsione con accompagnamento coatto ed eventuale trattenimento in una struttura detentiva solo in seconda battuta (art. 7, comma 1, direttiva 2008/115/EC); che gli stati possano inoltre trattenere in custodia lo straniero in via di espulsione solo quando sussiste in concreto il pericolo che questi faccia perdere le sue tracce, o la persona coinvolta impedisce o ostacola l'espulsione (art. 15, comma 1, direttiva 2008/115/EC). La direttiva aveva in sostanza affermato il principio che la detenzione debba considerarsi una misura di *extrema ratio*, utilizzabile solo quando le medesime esigenze cautelari non possano essere soddisfatte con il ricorso a misure meno afflittive.

L'Italia ha recepito con estrema selettività le novità introdotte dalla direttiva in questione, anche perché alcune di queste svuotavano sostanzialmente il meccanismo di lotta all'immigrazione irregolare creato con la legge Bossi-Fini. L'innalzamento del termine massimo di detenzione è stato recepito immediatamente con l'approvazione di alcune misure urgenti per la tutela della sicurezza nel 2009, a significare una volta di più il legame tra migrazione irregolare, detenzione amministrativa e tutela della sicurezza pubblica che il governo dell'epoca intendeva istituire²⁷. Molto più reticente è stato invece l'atteggiamento dello stesso governo rispetto alle norme di garanzia previste dalla direttiva, tanto che allo scadere del termine per il recepimento il Ministero dell'Interno si è trovato costretto a fornire una serie di istruzioni alle prefetture ed alle questure per colmare la lacuna legislativa ed evitare che i giudici di pace bocciassero, in base alla nuova normativa europea ormai direttamente applicabile anche in Italia, i provvedimenti di trattenimento assunti nei confronti degli immigrati. Una circolare emanata nel dicembre 2010, invitava in particolare le forze dell'ordine ad adottare i "provvedimenti finalizzati al rimpatrio" (s'intende dunque espulsione e trattenimento) dopo una "ponderata valutazione del singolo caso", privilegiando una gradualità nell'intensità delle misure da adottare e comunque solo dopo la concessione di un termine per l'allontanamento volontario. Il documento specificava inoltre che il ricorso all'accompagnamento forzato ed al provvedimento detentivo avrebbe dovuto essere attentamente giustificato, rinunciando dunque agli automatismi che avevano caratterizzato la

²⁵ A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti*, in *Questione giustizia*, 1, 2005, p. 19 ss.

²⁶ A. BALDACCINI, *The return and removal of irregular migrants under EU law: An analysis of the returns directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 11(1), 2009, p. 1 ss.

²⁷ D.l. n. 11/2009, convertito con in legge n. 94/2009 recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*.

prassi precedente, e basato su una serie di criteri che tendevano a chiamare insistentemente in causa la pericolosità o affidabilità sociale dello straniero²⁸.

Solo con il d.l. n. 89/2011 convertito nella legge n. 129/2011, la *return directive* è stata finalmente recepita, anche se con un sensibile inasprimento della disciplina. La legge ha certo dovuto trasformare l'espulsione con accompagnamento coatto e trattamento in uno dei centri di detenzione per stranieri in *extrema ratio*, favorendo il meccanismo di rimpatrio volontario, nel farlo essa ha tuttavia sfruttato appieno i margini che la direttiva concedeva ai governi nazionali, limitando al massimo il trattamento più favorevole per lo straniero. Di norma è, infatti, quest'ultimo ad dover richiedere un termine per il rimpatrio volontario e la concessione di tale termine implica sempre l'obbligo da parte dell'autorità amministrativa di verificare il possesso di adeguate fonti di reddito da parte dello stesso, nonché l'applicazione una serie di misure cautelari non detentive (consegna del documento di viaggio, obbligo di firma, obbligo di dimora) (art. 2, comma 6, legge n. 129/2011). Oltre che in assenza di richiesta da parte dello straniero, l'espulsione è eseguita con accompagnamento coatto in una serie molto vasta di casi ed, in particolare, quando: *a*) essa è adottata per motivi di "ordine pubblico e di sicurezza nazionale e di prevenzione delle attività terroristiche"; *b*) sussiste il pericolo di fuga desunto da una serie di indizi tassativamente elencati²⁹; *c*) la richiesta di permesso di soggiorno è stata respinta perché manifestamente infondata o fraudolenta; *d*) lo straniero ha superato il termine per il rimpatrio volontario concessogli, o il divieto di reingresso, o violato una delle misure cautelari disposte nelle more del rimpatrio volontario; *e*) l'espulsione è una conseguenza di una sanzione penale, di una misura di sicurezza o di una sanzione alternativa.

Nei casi di accompagnamento coatto è fatta salva la possibilità di adottare un provvedimento di trattenimento in un Centro di identificazione ed espulsione, solo che in base alla nuova normativa tale misura è soggetta ad un meccanismo di progressione che impone il rispetto del principio di necessità della detenzione. Salvo il caso che si tratti di espulsioni decretate per la pericolosità del soggetto e che lo straniero non sia privo dei documenti di identità, il Questore può disporre in alternativa alla detenzione l'obbligo di consegna dei documenti, l'obbligo di dimora, o l'obbligo di firma. Negli altri casi, o in caso di violazione di tali misure, lo straniero è soggetto ad un provvedimento di detenzione per un termine massimo che riconferma quello già fissato nel

²⁸ In base alla Circolare si può ricorrere all'espulsione con accompagnamento forzato solo in caso di rischio di fuga, domanda di soggiorno respinta perché infondata o fraudolenta, pericolo per l'ordine e pubblico o la sicurezza nazionale. In particolare, la Circolare stabiliva che per valutare il rischio di fuga "potrà essere utile chiedere allo straniero di dimostrare, mediante la consegna di apposito carteggio: la disponibilità di adeguate garanzie finanziarie provenienti da fonti lecite, idonee allo scopo; il possesso di un documento utile all'espatrio, in corso di validità; l'utilizzabilità di un alloggio stabile non precario, ove egli possa essere rintracciato senza alcuna difficoltà; la linearità della sua condotta pregressa; il proprio concreto interesse a tornare quanto prima nel Paese d'origine o in un altro Paese terzo, senza più prolungare la permanenza irregolare sul territorio italiano; ogni altro elemento utile ad evidenziare la presenza o meno del pericolo che egli si sottragga volontariamente al rimpatrio, qualora gli venisse concesso un termine per la partenza volontaria" (Circolare Prot. 400/B/2010 del 17 dicembre 2010).

²⁹ Vale a dire: quando lo straniero è sprovvisto di passaporto o documento equipollente; manca documentazione idonea a dimostrare l'esistenza di un alloggio dove possa essere rintracciato; quando questi abbia in precedenza dichiarato false generalità; quando non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dal questore (art. 2, comma 4, legge n. 129/2011).

2009, portando la durata della detenzione a centottanta giorni, prorogabili di sessanta giorni in sessanta giorni (fino ad un periodo massimo di ulteriori dodici mesi) nel caso in cui “nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, a causa della mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino del Paese terzo interessato o di ritardi nell’ottenimento della necessaria documentazione” non sia comunque possibile eseguire l’espulsione (art. 3, comma 1(d), n. 3, d.l. n. 89/2011).

Alla luce della riforma del 2011, dunque, la detenzione degli stranieri ha definitivamente assunto i tratti di una misura amministrativa diretta a controllare il coefficiente di rischio rappresentato da taluni soggetti. Gli stranieri giudicati meno affidabili o comunque meno collaborativi, sarebbero stati adesso sottoposti ad un più stretto controllo di polizia, fino al punto di essere passibili di un periodo di detenzione che, nella disciplina del 2011, poteva addirittura raggiungere la durata di un anno e sei mesi. La pericolosità sociale degli stranieri, inoltre, era valutata sulla base di una serie di indici di rischio definiti *ex-ante* dal legislatore che, nei fatti, finivano per rendere del tutto residuale l’ipotesi di concessione di un termine per la partenza volontaria o l’adozione di una misura di controllo alternativa al trattenimento. Le difficoltà nell’implementare una efficiente politica di rimpatrio degli stranieri irregolarmente soggiornanti, avevano lentamente trasformato la detenzione amministrativa da uno strumento servente rispetto allo scopo primario dell’espulsione in una misura diretta ad eliminare comunque dalla scena sociale gli stranieri percepiti come maggiormente pericolosi. La prospettiva di un lungo periodo di detenzione avrebbe potuto al limite giocare una funzione deterrente, convincendo lo straniero a collaborare al suo allontanamento dal territorio dello stato, ma in ogni caso la detenzione amministrativa era stata ormai convertita in un agile strumento di governo della pericolosità sociale a disposizione dell’autorità amministrativa.

4. La ricerca

La nostra ricerca sulla giurisprudenza del Giudice di pace di Bari in materia di convalide e proroghe del trattenimento è stata svolta prima che il termine massimo di detenzione fosse infine ridotto a novanta giorni dalla legge 30 ottobre 2014, n. 161. Ci riproponiamo di valutare l’impatto della apprezzabile riforma estendendo le attività dell’*Osservatorio* al 2015, anche se ci pare di poter sostenere che la riduzione del termine massimo, pur riducendo in parte il potenziale deterrente che lunghi periodi di trattenimento avrebbero potuto esercitare sugli stranieri meno “collaborativi”, non stravolga l’impianto di base della disciplina tracciata nel 2011. Il nostro obiettivo è dunque quello di provare a valutare empiricamente il funzionamento concreto del meccanismo di convalida e proroga del trattenimento così come ridefinito in occasione del recepimento della *return directive*, e testare, in particolare, la nostra ipotesi circa la trasformazione della detenzione amministrativa degli stranieri in uno strumento di difesa sociale.

Nel corso della ricerca abbiamo in concreto avuto l’occasione di analizzare 96 provvedimenti di convalida e 99 provvedimenti di proroga del trattenimento di cittadini stranieri che hanno fatto ingresso nel Centro di identificazione ed espulsione di Bari Palese tra il 2 ottobre 2013 e il 29 novembre 2013, approfondendo la vicenda proces-

suale di 107 trattenuti, che rappresentano un campione significativo dei 758 cittadini stranieri che hanno fatto ingresso nel centro di Bari nel corso del 2013.

Tabella 1: *Tipologia del provvedimento di allontanamento*

	<i>Convalide</i>		<i>Proroghe</i>	
	<i>valori assoluti</i>	<i>%</i>	<i>valori assoluti</i>	<i>%</i>
Respingimento (art. 10, d.lgs. n. 286/1998)	3	3,1%	8	8,1%
Misura di sicurezza (art. 15, d.lgs. n. 286/1998)	6	6,3%	15	15,2%
Mancanza requisiti per l'ingresso (art. 13, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 286/1998)	19	19,8%	15	15,2%
Irregolarità nel soggiorno (art. 13, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 286/1998)	42	43,8%	42	42,4%
Pericolosità sociale (art. 13, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 286/1998)	23	24,0%	13	13,1%
Non rilevabile	2	2,1%	6	6,1%

Come evidenziano i dati riportati nella tabella 1, la maggior parte dei cittadini stranieri sulla cui vicenda processuale si è concentrata la nostra attenzione aveva subito un provvedimento di espulsione per irregolarità del soggiorno sul territorio italiano, anche se c'è da segnalare una certa rilevanza dei provvedimenti di allontanamento il cui fondamento risiede in una valutazione della pericolosità sociale del trattenuto, sia essa effettuata dall'autorità giudiziaria, come nel caso delle espulsioni a titolo di misura di sicurezza ai sensi dell'art. 15, d.lgs. n. 286/1998, o amministrativa, come nel caso dell'espulsione per motivi di pericolosità sociale ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c). Queste due fattispecie di espulsione riguardano nel complesso il 28% delle convalide e il 30% delle proroghe.

Naturalmente tale dato non è sufficiente a ritenere dimostrata una torsione in senso penal-poliziesco dell'istituto del trattenimento, anche se chiaramente l'evoluzione normativa può avere negli ultimi anni favorito una certa attitudine nelle forze di pubblica sicurezza ad utilizzare tale strumento giuridico come un surrogato degli strumenti di prevenzione della criminalità. La centralità che assume la valutazione del rischio di fuga quale elemento giustificativo per l'adozione delle misure di controllo più afflittive, come l'accompagnamento coatto e il trattenimento, ha avuto probabilmente una influenza decisiva nel favorire una certa selettività nell'utilizzo della detenzione amministrativa, che sembra adesso esplicitamente concepita quale strumento diretto alla gestione ed al controllo degli stranieri che presentano un minor grado di affidabilità sociale. Il fatto che a determinare l'ingresso in un Centro di identificazione ed espulsione non siano più solamente parametri oggettivi come l'assenza di titolo di soggiorno o l'impossibilità di eseguire nell'immediatezza l'ordine di allontanamento, ma caratteristiche

soggettive che qualificano taluni stranieri come particolarmente inaffidabili potrebbe aver stimolato una sorta di torsione epistemologica dell'intero procedimento, spingendo prefetture e questure a valorizzare gli aspetti relativi al profilo di rischio dello straniero nell'adozione dei provvedimenti di loro competenza. Ma al di là dagli effetti indotti dalla formulazione del dettato normativo, la tendenza ad enfatizzare aspetti legati alla pericolosità sociale dello straniero potrebbe essere anche frutto di una scelta cosciente da parte delle autorità amministrative. Le Prefetture potrebbero in particolare essere indotte ad utilizzare la fattispecie dell'art. 13, comma 2, lett. c), che come accennato si basa sul giudizio di pericolosità sociale dello straniero, così da poter giustificare più agevolmente il ricorso alla misura dell'accompagnamento coatto e aumentare, di conseguenza, la probabilità che lo straniero attenda l'esecuzione dell'allontanamento sotto custodia all'interno di un Centro di identificazione ed espulsione. Ciò potrebbe anche rappresentare una efficace strategia di contrasto alla criminalità comune, consentendo alle autorità di pubblica sicurezza di neutralizzare il potenziale di rischio che taluni individui rappresentano con un investimento molto ridotto in termini di risorse investigative.

Per sostenere con maggior fondamento che l'istituto della detenzione amministrativa si sia trasformato in uno strumento di difesa sociale bisognerebbe forse disporre di altri elementi, in particolare bisognerebbe conoscere come sia evoluta nel tempo l'incidenza dei provvedimenti di allontanamento decretati sulla base di una valutazione della pericolosità sociale dello straniero. È ragionevole aspettarsi, infatti, che in termini strettamente quantitativi la tendenza a valorizzare gli aspetti legati alla pericolosità sociale degli stranieri sia aumentata e che tale tendenza si registri in particolare nel caso di coloro che fanno ingresso in un Centro di identificazione ed espulsione. Tale selettività sarebbe del resto un effetto plausibilmente imputabile alla medesima formulazione del dettato normativo. Tuttavia, al di là degli aspetti meramente quantitativi del fenomeno, è interessante valutare anche sul piano qualitativo se e come l'insistenza della legge sulla valutazione del profilo di rischio degli stranieri abbia inciso sulla qualità dei provvedimenti di prefetture e questure. Le risultanze dell'analisi che abbiamo condotto offrono qualche spunto a supporto della nostra ipotesi. In particolare, abbiamo notato come accanto alle vicende in cui l'espulsione quale "misura di prevenzione" è stata utilizzata nel caso di stranieri con gravi precedenti penali, sovente attinti da un provvedimento di allontanamento nel momento di lasciare l'istituto di pena in cui hanno scontato la loro condanna, si registrino numerosi casi in cui la valutazione di pericolosità sociale è del tutto indipendente da una considerazione circa la gravità degli eventuali reati commessi in precedenza. In questi casi, il riferimento ai precedenti, seppure di piccola entità o consistenti in infrazioni previste dalla disciplina sull'immigrazione, come la violazione del divieto di reingresso o l'inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio dello stato³⁰, è accompagnato dalla descrizione di un quadro personologico che delinea i tratti di categorie sociali marginali e per ciò stesso percepite come problematiche e a rischio. I decreti di prefetture e questure sono in questi casi infarciti di descrizioni che rimandano all'immaginario ed alla terminologia criminalizzante che attraversa le cronache e il dibattito corrente sul rapporto tra insicurezza urbana e migrazioni.

³⁰ R.G. n. 8170/2013; n. 8204/2013; n. 8205/2013.

“Considerato che dall’ingresso in Italia ha evidenziato un comportamento attuale, concreto e sufficientemente pericoloso per la tranquillità pubblica: ha commesso reati contro il patrimonio (furti di capi di abbigliamento sportivi e altro in negozi) oltre al pericolo rappresentato dall’utilizzo di certificati di assicurazione falsi, dai quali trae sostentamento, oltre alla palese mancanza del rispetto delle leggi in genere”³¹.

“Tenuto conto di quanto riportato, che lo fa rientrare in una delle categorie previste dalla legge 1423/56 in quanto trae sostentamento dalla commissione di reati ed espedienti in genere ed è dedito alla commissione di reati che mettono in pericolo la sicurezza e la tranquillità pubblica”³².

“Considerato quindi, che il suddetto appartiene ad una delle categorie di persone pericolose per la sicurezza pubblica di cui all’art. 1 della L. n. 159/2011 in quanto trattasi di persona pregiudicata con precedenti penali e di polizia, priva di stabile domicilio, di qualsiasi attività lavorativa, fermato più volte in compagnia di altri pregiudicati stranieri clandestini dediti a traffici illeciti, ovvero individuo completamente estraneo al territorio e privo di volontà socializzante che vive abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose e che ha posto in essere comportamenti che mettono in pericolo la sicurezza pubblica”³³.

I brani riportati, tratti da alcuni dei provvedimenti di allontanamento oggetto della nostra analisi, riproducono uno schema retorico ben preciso il cui obiettivo è quello di favorire l’inquadramento del caso singolo all’interno dello stereotipo clandestino-marginale-pericoloso, che costituisce l’orizzonte di senso del dibattito su rapporto tra migrazioni e criminalità in Italia, almeno da quindici anni³⁴. Altre volte, invece, semplici denunce o procedimenti penali in corso vengono utilizzati per sostenere una valutazione di pericolosità sociale che giustifichi l’adozione di una espulsione ai sensi dell’art. 13, comma 2, lett. c), attraverso il ricorso a formule stereotipe in cui il riferimento ai precedenti non è specificato in dettaglio, né documentato, ma viene effettuato suggerendo che lo straniero “è da ritenersi persona pericolosa per l’ordine pubblico e per la sicurezza pubblica, in quanto risultano a suo carico precedenti penali e/o di polizia”³⁵.

Questa tendenza a fare di marginalità sociale e pericolosità sociale due sinonimi emerge con maggiore chiarezza nel caso della valutazione circa la sussistenza del rischio di fuga, che costituisce ormai il decisivo parametro per valutare la necessità del ricorso alla misura dell’accompagnamento coatto ed, a seguire, del trattenimento dello straniero nelle more dell’esecuzione del provvedimento di allontanamento. La nostra analisi evidenzia come i provvedimenti adottati dalle prefetture riportino nella totalità

³¹ R.G. n. 9132/2013.

³² R.G. n. 8637/2013.

³³ R.G. n. 9354/2013.

³⁴ F. QUASSOLI, *Immigrazione uguale criminalità. Rappresentazioni di senso comune e pratiche organizzative degli operatori del diritto*, in *Rass. it. sociol.*, 40(1), 1999, p. 43 ss.; A. DAL LAGO, *Non persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 1999; M. MANERI, *Lo straniero consensuale. La devianza degli immigrati come circolarità di pratiche e discorsi*, in A. DAL LAGO (a cura di), *Lo straniero e il nemico*, Genova, 1999, p. 236 ss.; G. CAMPESI, *Il controllo delle nuove classi pericolose: sottosistema penale di polizia e immigrati*, in *Dei delitti e delle Pene*, 1-3, 2003, p. 146 ss.; D. MELOSSI, *Il giurista, il sociologo e la ‘criminalizzazione’ dei migranti: che cosa significa ‘etichettamento’ oggi?*, in *Studi sulla questione criminale*, 3(3), 2008, p. 9 ss.; A. MACULAN, *La criminalizzazione non è uguale per tutti. Percorsi biografici di detenuti stranieri in Italia*, in *Etnografia e ricerca qualitativa*, 4(1), 2014, p. 71 ss.

³⁵ R.G. n. 7839/2013; n. 7841/2013; n. 8311/2013; n. 8635/2013; n. 8636/2013; n. 9352/2013; n. 9353/2013; n. 9355/2013.

dei casi un elenco di circostanze che replicano fedelmente quelle previste dal dettato normativo. Analizzando i vari provvedimenti di allontanamento presenti nei fascicoli abbiamo inoltre notato una certa ricorrenza delle formule adottate, segno che ciascuna prefettura si è dotata di un modello precompilato che di volta in volta viene completato con le informazioni relative al caso singolo. Di seguito riportiamo alcune delle formule più ricorrenti per la valutazione del rischio di fuga nei decreti di espulsione, formule che ricorrono pressoché identiche nei provvedimenti di trattenimento adottati dalle questure³⁶.

Tenuto conto che il sig. [...] è da ritenersi a rischio di fuga, ossia ricorre il pericolo che egli possa sottrarsi al rimpatrio qualora gli venisse concesso in termine per la partenza volontaria in quanto:

- non ha fornito un documento utile all’espatrio in corso di validità
- non manifesta concreto interesse a fare rientro nel suo paese di origine
- non ha fornito né è in grado di fornire garanzie finanziarie provenienti da fonti lecite utili allo scopo
- non ha la disponibilità di un alloggio stabile non precario ovvero possa essere rintracciato senza difficoltà
- non ha un’attività lavorativa regolare né ha dimostrato alcuna integrazione sociale

(Prefettura di Milano)

Considerato che, alla luce di quanto emerso, tenuto conto anche del principio di gradualità dei provvedimenti da adottare nei confronti dei cittadini stranieri irregolari al fine di assicurare il loro rimpatrio, deve disporsi l’espulsione dal territorio dello Stato con accompagnamento immediato alla frontiera a mezzo della Forza Pubblica nei confronti di [...] sussistendo il rischio di fuga previsto dall’art. 13 comma 4 *bis* del D.Lvo. n. 286/98 introdotto dall’art. 3 della Legge 2 agosto 2011 n. 129, dal momento che il cittadino straniero:

- non risulta aver ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dell’art. 13 commi 5 e 13, nonché dell’art. 14 del D.Lvo n. 286/98, così come modificato dall’art. 3 della Legge 2 agosto 2011 n. 129;
- non è in possesso del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità;
- è privo di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato, nonché privo di adeguate garanzie finanziarie derivanti da fonti lecite;
- risulta avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità”

(Prefettura di Padova)

Tenuto conto che [...] è da ritenersi a rischio di fuga ai sensi dell’art. 13, comma 4 *bis*, T.U. 286/98 e succ. mod., ossia ricorre il pericolo che egli possa sottrarsi al rimpatrio qualora gli venisse concesso un termine per la partenza volontaria in quanto:

- ha dichiarato di non voler tornare nel suo paese d’origine;
- non ha fornito un documento utile all’espatrio in corso di validità
- non ha la disponibilità di un alloggio dove possa essere rintracciato senza difficoltà;

³⁶ Anche se abbiamo potuto constatare come non sempre tali provvedimenti rechino una esplicita indicazione, per quanto stereotipata, degli elementi su cui si fonda la valutazione del rischio di fuga. Solo nel 45,8% dei decreti di trattenimento oggetto della nostra analisi, infatti, tali elementi erano chiaramente evidenziati.

- non ha fornito né è in grado di fornire garanzie finanziarie provenienti da fonti lecite utili allo scopo;
- non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti emessi dalla competente autorità, in applicazione dei commi 5 e 13 nonché dell'art. 14 D.Lvo 286/98

(Prefettura di Bari)

Atteso che lo straniero medesimo:

- non svolge un'attività lavorativa regolare, non dimostrando una particolare inclinazione alla integrazione sociale;
- non ha dimostrato, né è in grado di dimostrare risorse economiche provenienti da fonti lecite sufficienti a garantire un rientro volontario;
- non risulta iscritto presso scuole o istituti per il conseguimento di titoli di studio o professionali;
- non risulta iscritto presso un'anagrafe della popolazione residente in alcun comune;
- non ha fornito un documento di riconoscimento in corso di validità;
- non è titolare di una assicurazione che copra i rischi sanitari, in modo da non diventare un onere per il servizio sociale dello Stato;
- ha violato l'ordine a lasciare il t.n.;
- non ha richiesto un termine per la partenza volontaria

(Prefettura di Cosenza)

Considerato che lo stesso sia a rischio di fuga, ossia che ricorra il pericolo perché egli possa sottrarsi al rimpatrio qualora venisse concesso un termine per la partenza volontaria, atteso che:

- non dispone di adeguate garanzie finanziarie provenienti da fonti lecite;
- non è in possesso di un documento utile all'espatrio, né ha manifestato l'intenzione di procurarselo volontariamente presso gli uffici consolari del proprio paese d'origine;
- non ha la disponibilità di un alloggio stabile, non precario, ove possa essere rintracciato senza difficoltà;
- dalla data di ingresso è stato clandestino nel territorio nazionale, non ha ottemperato ad un precedente ordine di allontanamento dal t.n. ed ha sempre vissuto di espedienti;
- non ha alcun interesse a tornare in Patria dove non dispone né di un alloggio né di un lavoro

(Prefettura di Viterbo)

Ciò che emerge dalla nostra ricerca è che, in genere, la mancanza di passaporto, soprattutto se associata a precedenti inottemperanze di ordini di allontanamento, viene considerata un requisito sufficiente per un giudizio circa l'inaffidabilità sociale dello straniero. Quando quest'ultimo è in possesso di documenti, l'attenzione di prefetture e questure si concentra allora sulla mancanza di un domicilio o di fonti di reddito e i provvedimenti di espulsione e di trattenimento tendono ad enfatizzare la condizione di marginalità sociale dello straniero. I precedenti penali o di polizia vengono mobilitati solo laddove sia necessario giustificare il rischio di fuga nei casi di stranieri che possiedono in Italia riferimenti familiari, un lavoro, un domicilio, tutte circostanze che consentirebbero l'adozione di misure di controllo meno afflittive. In questi casi un generico richiamo a "precedenti penali e/o di polizia" costituisce la prova dell'inaffidabilità dello straniero che giustifica accompagnamento coatto e trattenimento. Così è stato nei casi di trattenuti che, pur in possesso di passaporto e domicilio, sono stati giudicati inaffidabili a causa dei numerosi "precedenti dattiloscopici per identificazio-

ne”³⁷, o ancora per la loro “condotta pregressa non lineare”³⁸, una formula quest’ultima cui l’autorità amministrativa ha fatto ricorso senza illustrare in dettaglio a quali circostanze si stava riferendo, lasciando intendere che lo stesso percorso migratorio irregolare potesse essere considerato, di per se stesso, un indice della pericolosità sociale dello straniero.

Anche l’analisi della posizione giuridica dei trattenuti sembra suggerire che i fattori presi in considerazione quali indici di pericolosità sociale degli stranieri incidano maggiormente sulla probabilità del trattenimento (convalida) o sulla durata dello stesso (proroga). I fascicoli che abbiamo analizzato nel corso della ricerca contenevano informazioni molto ricche sulle caratteristiche socio-anagrafiche e la posizione giuridica dei trattenuti, dati che ci hanno consentito di provare a calcolare in che misura la presenza, o l’assenza, di alcune condizioni relative allo status giuridico aumentino o diminuiscano la percentuale delle convalide e delle proroghe subite in rapporto alla percentuale totale di provvedimenti di convalida e di proroga decretati, rappresentata nei grafici n. 1 e 2 dalla linea tratteggiata. Quello che si evince dalla nostra analisi è che precedenti penali ed espulsioni pregresse incidono significativamente sulla probabilità della convalida, aumentandone in maniera sensibile la percentuale rispetto alla media generale, mentre appare avere una incidenza pressoché nulla il possesso del passaporto o di un precedente permesso di soggiorno, segno che questi non sono fattori che vengono comunemente tenuti in considerazione da parte del Giudice di pace nel giudicare sulle richieste di convalida. Nel caso delle proroghe, il possesso di un precedente permesso di soggiorno o di un passaporto riduce, come prevedibile, la probabilità di subire un prolungamento del periodo di detenzione, anche se la percentuale delle proroghe non si abbatte in maniera davvero significativa, non scendendo mai al di sotto del 60%, mentre continua ad avere una incidenza molto rilevante la condizione giuridica dello straniero ed, in particolare, il fatto di aver subito espulsioni pregresse o di avere precedenti penali.

³⁷ R.G. n. 8101/2013.

³⁸ R.G. n. 7765/2013; n. 7766/2013.

Grafico 1: *Incidenza posizione giuridica su probabilità convalida*

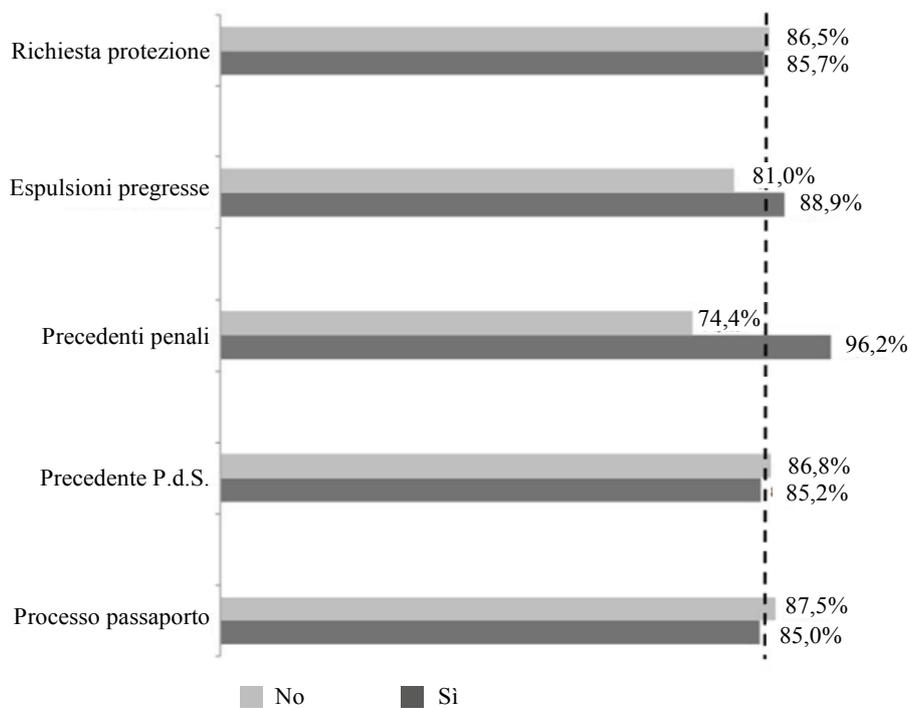
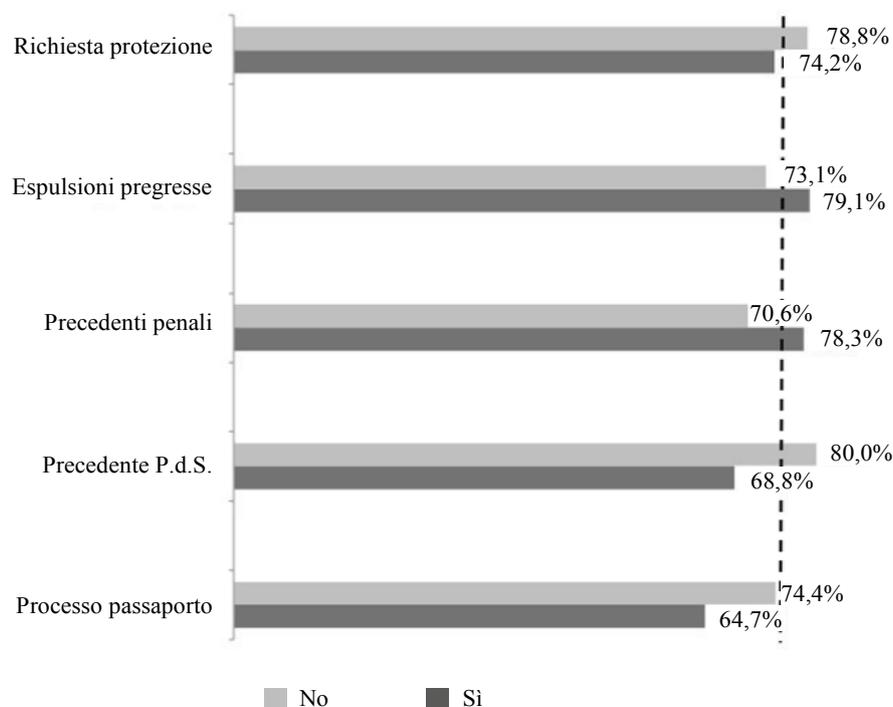


Grafico 2: Incidenza posizione giuridica su probabilità proroga



Le indicazioni emerse nell'analisi dei provvedimenti di allontanamento e di trattenimento, nonché dell'incidenza della condizione giuridica dello straniero sulla probabilità di subire la detenzione, sono ulteriormente suffragate dall'analisi della qualità del contraddittorio nei procedimenti in questione e delle motivazioni dei provvedimenti di convalida e di proroga adottati dai Giudici di pace, che sembrano offrire ulteriori elementi a sostegno della nostra ipotesi circa la torsione penal-poliziesca che la detenzione amministrativa degli stranieri sta subendo nella prassi. Ad esempio, nel 62% dei procedimenti di convalida analizzati la Questura non ha ritenuto di dover suffragare le sue richieste con ulteriori elementi, limitandosi eventualmente ad una tautologica formula di stile che richiamava la "sussistenza dei presupposti di legge". Quando ha addotto ulteriori elementi, invece, nel 37% dei casi ha enfatizzato la pericolosità sociale dello straniero, attirando l'attenzione sui "precedenti penali e/o di polizia", vale a dire precedenti segnalazioni o denunce, l'utilizzo di alias, eventuali provvedimenti di espulsione pregressi. Solo in casi eccezionali, il 5% dei procedimenti di convalida analizzati, il Giudice ha condotto una minima attività istruttoria diretta verificare la sussistenza dei presupposti che legittimano il ricorso alla misura del trattenimento, negli altri casi si è limitato a confermare le valutazioni circa la necessità del provvedimento di trattenimento effettuate dalla Questura. Ciò è certamente un indice del carattere burocratico dei procedimenti di convalida e di proroga, in cui i Giudici di pace sembrano limitarsi

ad una verifica formale dei provvedimenti adottati da prefetture e questure. Nel corso delle udienze analizzate non si è mai effettuata una valutazione approfondita circa il “rischio di fuga” dello straniero, che rappresenta il presupposto principale che legittima il ricorso al trattenimento. Certamente anche a causa della qualità della formulazione del dettato normativo, sembra prevalere la tendenza a considerare tale rischio come presunto in presenza di uno o più indici astrattamente definiti dal legislatore e riportati sotto forma di elenco prestampato nei provvedimenti dell’ autorità amministrativa. In nessun caso si sono prese in considerazione alternative al provvedimento di trattenimento, nemmeno in situazioni in cui lo straniero era in possesso di documenti di identità o aveva la possibilità di indicare un domicilio in cui essere rintracciabile.

Tabella 2: *Esiti dei procedimenti*

	<i>Convalide</i>		<i>Proroghe</i>	
	<i>Convalida</i>	<i>Non convalida</i>	<i>Proroga</i>	<i>Non proroga</i>
Valori assoluti	83	13	75	24
%	86,5%	13,5%	75,8%	24,2%

Tabella 3: *Tipologia di motivazione*

	<i>Assente</i>	<i>Convalide</i>		<i>Estesa</i>
		<i>Formula di stile</i>		
		<i>Prestampata</i>	<i>A penna</i>	
Valori assoluti	19	0	43	34
%	19,8%	0,0%	44,8%	35,4%
	<i>Assente</i>	<i>Proroghe</i>		<i>Estesa</i>
		<i>Formula di stile</i>		
		<i>Prestampata</i>	<i>A penna</i>	
Valori assoluti	58	3	10	28
%	58,6%	3,0%	10,1%	28,3%

La scarsa qualità del contraddittorio si riflette inevitabilmente negli esiti di tali procedimenti, in cui prevalgono nettamente i provvedimenti di convalida o di proroga del trattenimento su quelli di rimessione in libertà. Il Giudice di pace scende raramente nel merito della valutazione di rischiosità sociale effettuata dalle autorità amministrative e nei rari casi in cui non convalida il provvedimento di trattenimento, in genere lo fa a causa di gravi vizi formali (ad esempio il mancato rispetto dei termini per la convalida) o della condizione di salute dello straniero. Ciò è confermato dai dati sulle motivazioni, che offrono un quadro piuttosto eloquente della qualità dei giudizi di convalida e di

proroga. Solo il 35% delle convalide, percentuale che scende al 28% nel caso delle proroghe, riportava una motivazione estesa della decisione assunta dal giudice, mentre sono risultate dominanti le formule di stile, 44% delle convalide, o addirittura i casi in cui la motivazione è del tutto assente, 58% delle proroghe. Tra le formule di stile, quella più ricorrente è la formula tautologica “sussistendo i presupposti del trattenimento”, che si registra nel 67% delle convalide e nel 61% delle proroghe, ulteriore conferma del fatto che il punto di vista dei Giudici di pace tende a schiacciarsi sulle valutazioni effettuate dalla Questura nel decretare il trattenimento.

Tabella 4: *Tipologia motivazioni in rapporto agli esiti*

	<i>Motivazione assente</i>		<i>Motivazione estesa</i>	
	<i>Convalida</i>	<i>Non convalida</i>	<i>Convalida</i>	<i>Non convalida</i>
Valori assoluti	18	1	22	12
%	94,70%	5,30%	64,70%	35,30%
% sul totale delle convalide	21,70%	7,70%	26,50%	92,30%
	<i>Proroga</i>	<i>Non proroga</i>	<i>Proroga</i>	<i>Non proroga</i>
Valori assoluti	47	11	16	12
%	81,00%	19,00%	57,10%	42,90%
% sul totale delle proroghe	62,70%	45,80%	21,30%	50,00%

Un altro dato particolarmente rilevante che è emerso dalla nostra analisi è quello relativo alla tipologia più ricorrente di motivazione a seconda che l'esito del procedimento sia una rimessione in libertà o meno. Da quello che si evince dai dati riportati nella tabella n. 4, appare infatti evidente come l'incidenza delle motivazioni aumenti nel caso in cui il giudice pronunzi un provvedimento di liberazione dello straniero, chiaro indice del fatto che i Giudici partano dall'assunto che sia necessario giustificare più attentamente la rimessione in libertà dello straniero che il suo trattenimento. Questo dato apparentemente secondario, a nostro avviso esplicita in maniera evidente quale sia il retro-pensiero che guida l'azione dei Giudici nell'esercizio della loro funzione. Sembrerebbe infatti che il presupposto da cui parte il Giudice di pace di Bari sia la presunzione che la privazione della libertà dello straniero sia la regola, che non necessita di essere giustificata da particolari necessità, mentre sia invece necessario motivare attentamente il caso in cui si decida di rimettere in libertà il cittadino straniero, comunque da considerarsi l'eccezione. Ciò ci pare determini un sovvertimento dei principi costituzionali relativi alla tutela della libertà personale, un sovvertimento ancora più odioso perché di fatto equivale all'ammissione che il principio del *favor libertatis* non si applichi ai cittadini stranieri. Dati questi presupposti, non è forse un caso se nei pochi casi

in cui il Giudice di pace motiva estesamente il provvedimento relativo alla convalida del trattenimento (solo il 26,5% del totale delle convalide), l'elemento che più di altri viene preso in considerazione sia ancora una volta quello relativo al "profilo di rischio" del trattenuto, che anche nel ragionamento dei giudici sembra confermarsi un elemento decisivo nel determinare la scelta circa il ricorso alla misura del trattenimento.

5. Governare le classi pericolose

Anche in Italia la paura dello straniero si è negli ultimi anni sovrapposta alla paura del crimine, rafforzando un processo di criminalizzazione amministrativa degli stranieri che pare in tutto e per tutto l'effetto del diffondersi della logica preventiva del governo del rischio nel quadro di quello che è stato definito nuovo "stato regolativo", in cui un ampio ventaglio di persone subisce un processo di stigmatizzazione che le identifica come "pericolose" e finisce per legittimare l'intervento delle agenzie di controllo (in genere la polizia o altre agenzie amministrative chiamate a gestire i "rischi" e i "pericoli" sociali) prima o indipendentemente dal verificarsi di un illecito penale³⁹. Gli immigrati irregolari sono stati sempre più insistentemente rappresentati quali persone pericolose e sfuggenti, poiché privi di documenti e di radici sul territorio, persone il cui coefficiente di pericolosità appariva gestibile solo attraverso il ricorso a particolari misure precauzionali in grado di mantenerli sotto stretta sorveglianza di polizia. La disciplina di tali misure precauzionali e della detenzione amministrativa in particolare, che è la principale tra queste, è stata chiaramente ispirata sia dagli schemi giuridici del diritto di polizia e dalle misure di prevenzione contro le "persone pericolose" in esso contenute, sia dalle misure cautelari previste nel Codice di procedura penale. Tali misure, che rivestivano un carattere di eccezionalità nel quadro del sistema penale italiano, una volta trasposte nell'impianto della disciplina sull'immigrazione hanno assunto un carattere ordinario, erodendo le garanzie poste dalla Costituzione a tutela della libertà personale. Non a caso si è parlato di nascita di un "diritto speciale" di carattere penal-poliziesco rivolto agli stranieri⁴⁰, un diritto in base al quale è appunto ormai perfettamente legittimo trattenere in custodia gli immigrati irregolari anche in assenza di una imputazione penale, nel quadro di un mero procedimento amministrativo legato alla disciplina dell'immigrazione e solo sulla base dell'assunto che i soggetti di tali procedimenti siano persone di cui diffidare.

Come la nostra ricerca ha evidenziato, è soprattutto la valutazione del rischio di fuga ad assumere rilevanza nel determinare l'*an* ed il *quantum* del trattenimento. Tale valutazione viene effettuata attraverso il ricorso ad uno *script* ricorrente nei documenti di prefetture e questure in base al quale marginalità sociale e pericolosità si sovrappongono l'una all'altra, giustificando l'adozione di speciali precauzioni. Tuttavia, come illu-

³⁹ J. BRAITHWAITE, *The new regulatory state and the transformation of criminology*, in *British Journal of Criminology*, 40(2), 2000, p. 222 ss.; N. ROSE, *Government and control*, in *British Journal of Criminology*, 40(2), 2000, p. 321 ss.; G. CAMPESI, *Governare il futuro. Materiali per una sociologia giuridica del rischio*, in *Soc. dir.*, 40(2), 2014, p. 35 ss.

⁴⁰ A. CAPUTO, *Verso un diritto penale del nemico?*, cit.; ID., *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, cit.

strato, tali valutazioni sono svolte in maniera piuttosto stereotipata. La prassi di includere nei provvedimenti di espulsione e di trattenimento una lista di circostanze che prefetture e questure si limitano a spuntare laddove ravvisino la presenza di uno degli elementi elencati, consente all'autorità amministrativa di effettuare un giudizio di presunzione del pericolo di fuga che di fatto tradisce lo spirito delle norme incluse nella direttiva 2008/115/CE, replicando un modello di valutazione dei rischi che somiglia molto agli schemi della cosiddetta giustizia attuariale⁴¹. Il ricorso a misure fortemente incidenti sulla libertà personale come accompagnamento coatto e trattenimento, che in base agli standard fissati nella direttiva dovrebbe avvenire solo all'esito di una attenta valutazione delle circostanze che in concreto, nel caso specifico, rendono impossibile il ricorso a misure meno afflittive, viene così effettuato alla luce di astratti indici di rischio definiti dal legislatore. Indici di rischio che vengono valutati in maniera piuttosto burocratica dalle prefetture e dalle questure, le quali si limitano ad una elencazione meccanica in clausole prestampate dando luogo, di fatto, ad un sostanziale ribaltamento dell'onere della prova. In presenza di una o più circostanze tra quelle elencate dalla normativa e riprese nei provvedimenti di allontanamento o trattenimento, sarà lo straniero definito "pericoloso" a dover dimostrare di non aver intenzione di far perdere le sue tracce provando a smentire le presunzioni da cui muovono prefetture e questure. Non è un caso se, a seguire, la valutazione di rischio effettuata dalle autorità amministrative non venga mai messa in questione dai Giudici di pace in sede di convalida. La griglia di elementi presuntivi costituisce una vera e propria gabbia epistemologica, che imprigiona il ragionamento dei giudici all'interno di parametri di valutazione del rischio fissati *ex ante*. La neutralizzazione degli stranieri inaffidabili, per parafrasare il titolo di un articolo di Massimo Pavarini⁴², appare l'obiettivo primario del trattenimento, al punto che i giudici sentono la necessità di motivare più attentamente il provvedimento di rimessione in libertà che la loro custodia forzata all'interno di un Centro di identificazione ed espulsione.

⁴¹ Sulla "giustizia attuariale", oltre ai contributi di FEELEY e SIMON già menzionati, cfr. anche P. O'MALLEY (ed.), *Crime and the risk society*, Aldershot, 1998; ID., *Globalizing risk?: Distinguishing styles of "neo-liberal" criminal justice in Australia and the USA*, in *Criminology and Criminal Justice*, 2(2), 2002, p. 205 ss.; G. RIKAGOS, *Risk society and actuarial criminology: Prospects for a critical discourse*, in *Canadian Journal of Criminology*, 41(2), 1999, p. 137 ss.

⁴² M. PAVARINI, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili: La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen*, in *Studi sulla questione criminale*, 1(2), 2006, p. 7 ss.

Quali alternative alla “detenzione” nei centri di accoglienza?

*Annalisa Mangiaracina **

SOMMARIO: 1. Condizioni di “detenzione” dei richiedenti asilo in Italia e art. 3 CEDU: la posizione della Corte di Strasburgo. – 2. Il quadro normativo europeo: la “detenzione” quale *extrema ratio*. – 3. Le alternative alla “detenzione” nel contesto europeo. – 4. La situazione italiana.

1. Condizioni di “detenzione” dei richiedenti asilo in Italia e art. 3 CEDU: la posizione della Corte di Strasburgo

La sentenza della Grande Camera nella causa *Tarakhel c Svizzera* del 4 novembre 2014¹ presenta profili di interesse sotto un duplice profilo: da un lato, perché segna un mutamento di indirizzo rispetto all’approccio tenuto dalla Corte di Giustizia rispetto al sistema “Dublino”²; dall’altro, perché obbliga il nostro Stato³, come è già accaduto in

* Ricercatore di Diritto processuale penale, Università di Palermo.

¹ Il caso concerne un nucleo familiare composto da una coppia di coniugi e da sei figli minori. Il Sig. Tarakhel, di origine afghana, dopo avere lasciato l’Afghanistan si trasferiva in Pakistan e qui prendeva moglie. La coppia, successivamente, si spostava in Iran dove vi trascorreva quindici anni. Da qui poi si spostava in Turchia e nel luglio 2011 riusciva a raggiungere le coste della Calabria via mare. Dopo la procedura di identificazione e il breve trattenimento in un centro in provincia di Reggio Calabria, la famiglia veniva trasferita nel CARA di Bari dal quale si allontanava senza permesso per raggiungere l’Austria dove presentava una richiesta di asilo che, tuttavia, veniva rigettata. Nel mese di agosto, quindi, si spostava in Svizzera dove avanzava una richiesta di asilo, anch’essa rigettata dalle competenti autorità svizzere che ordinavano il trasferimento in Italia. Esaurite le vie di ricorso interne, il ricorrente si rivolgeva alla Corte europea per contestare la decisione delle autorità svizzere sul trasferimento e il ricorso veniva assegnato alla Grande Camera. Per un commento v., tra i tanti, M. MARCHEGIANI, *Il sistema di Dublino ancora al centro del confronto tra Corti in Europa: carenze sistemiche, problemi connessi alle «capacità attuali del sistema di accoglienza» e rilievo delle garanzie individuali nella sentenza Tarakhel c. Svizzera*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 1107 ss.; S. PEERS, *Tarakhel v. Switzerland: another nail in the coffin of the Dublin system?*, in www.eulawanalysis.

² I riferimenti normativi sono costituiti dalla Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l’esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990, c.d. “Convenzione di Dublino”; dal Regolamento (CE) n. 343/2003 del 18 febbraio 2003 (Dublino II), abrogato dal Regolamento (UE) n. 604/13 del 26 giugno 2013 (Dublino III); dalle direttive 2013/33/UE del 26 giugno 2013, recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione della direttiva 2003/9/CE del 27 gennaio 2003), da recepire entro il 20 luglio 2015; 2004/83/CE del 29 aprile 2004, recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta; 2013/32/UE del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione della direttiva 2005/85/CE del 1° dicembre 2005).

tema di sovraffollamento carcerario, a confrontarsi con la questione delle condizioni di “detenzione”⁴ in cui versano gli stranieri richiedenti asilo e, di conseguenza, sulle possibili alternative ai centri di accoglienza per migranti⁵, correttamente definiti quale forma di “galera amministrativa”⁶. A quest’ultimo riguardo, infatti, la Corte ha concluso che, laddove i ricorrenti – un nucleo familiare composto dai genitori e da sei figli minori – siano rimandati in Italia⁷, senza che la Svizzera abbia prima ottenuto garanzie individuali da parte delle autorità italiane su modalità di accoglienza adeguate all’età dei minori e idonee a salvaguardare l’unità familiare, si violerebbe l’art. 3 CEDU.

Il ragionamento della Corte di Strasburgo si snoda intorno alla questione della presunzione di conformità al rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati che aderiscono al sistema “Dublino”, basato sul principio della reciproca fiducia,⁸ che presuppone uniformità negli *standard* di protezione e accoglienza in tutti gli Stati aderenti. Sul tema, come è stato ricostruito nella sentenza, la Corte di Giustizia⁹ ha affermato che “gli organi giurisdizionali nazionali sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo “Stato membro competente” ai sensi del regolamento n. 343/2003, quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di tale disposizione”. In sostanza, la presunzione di conformità del sistema di protezione degli Stati membri all’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea non ha carattere assoluto, potendo essere superata a

³ Quale effetto della sentenza della Corte europea la Danimarca ha deciso di sospendere i trasferimenti Dublino verso l’Italia. Il 17 novembre 2014 la Camera dei Deputati ha approvato l’istituzione di una Commissione parlamentare d’inchiesta sul sistema di accoglienza e identificazione, nonché sul trattamento dei migranti nei centri di accoglienza (CDA), nei centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA) e nei centri di identificazione ed espulsione (CIE).

⁴ La direttiva 2013/33/UE, c.d. accoglienza, all’art. 2, lett. *h*) definisce il trattenimento (*detention* nella versione inglese), come “il confinamento del richiedente da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà e della circolazione”.

⁵ Sullo sviluppo delle alternative alla detenzione v. R. SAMPSON, G. MITCHELL, *Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales*, in *Journal on Migration and Human Security*, vol. I, n. 3, 2013, p. 102 ss.

⁶ Così G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 maggio 2012, p. 4, il quale riprende le parole del Sen. Gianrico Carofiglio nel corso della seduta del 12 novembre 2008, durante l’iter di approvazione del “pacchetto sicurezza” 2009. Sulle “criticità” riscontrate nei CIE v. il *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione in Italia*, redatto dalla Commissione straordinaria del Senato per la tutela e promozione dei diritti umani, approvato il 24 settembre 2014, leggibile in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁷ L’ufficio generale per i migranti della Svizzera aveva ordinato che il nucleo familiare, conformemente al Regolamento Dublino III (n. 604/2013), che regola i nuovi criteri per la determinazione dello Stato membro competente per l’esame della domanda di protezione internazionale (art. 13), fosse rinviato in Italia. Nella specie la competenza ricadeva appunto in Italia sulle cui coste la famiglia Tarakhel era approdata dal 2011, prima di transitare attraverso l’Austria per giungere fino in Svizzera.

⁸ CGUE. 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Abdullahi*, par. 52: “Al riguardo, occorre ricordare (...), che il sistema europeo comune d’asilo è stato concepito in un contesto che permette di supporre che l’insieme degli Stati partecipanti, siano essi Stati membri o paesi terzi, rispetti i diritti fondamentali, compresi i diritti che trovano fondamento nella Convenzione di Ginevra e nel Protocollo del 1967, nonché nella CEDU, e che gli Stati membri possano fidarsi reciprocamente a tale riguardo”.

⁹ CGUE 21 dicembre 2011, cause C-411/10 e C-493/10, *N.S. M.E e altri*, par. 94.

fronte però dell'esistenza di "carenze sistemiche"¹⁰ nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo.

Ciò considerato, pur escludendo che il sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo integri una situazione paragonabile a quella greca¹¹ – nella quale era stata invece accertata una carenza sistemica – la Corte europea, muovendo da un'analisi "individuale" della situazione della persona interessata per verificare se sussista il "rischio concreto" di trattamenti inumani e degradanti (par. 104),¹² rimette il corretto funzionamento del sistema Dublino al rilascio, da parte del nostro Paese, di "assicurazioni" idonee ad escludere in concreto la violazione dell'art. 3 CEDU¹³. Questa linea, seguita, a livello nazionale, dalla Suprema Corte del Regno Unito¹⁴, sembra smentire l'assunto della Corte di Giustizia secondo cui soltanto "deficienze sistemiche"¹⁵, pur nella concreta difficoltà di comprendere gli esatti confini semantici dell'espressione, possono legittimare l'opposizione al trasferimento dei richiedenti asilo, imponendo agli Stati una valutazione caso per caso sul rischio di concretizzazione di una violazione dell'art. 3 CEDU.

¹⁰ Cfr. par. 82, ove si puntualizza che: "Non per questo, però, se ne può concludere che qualunque violazione di un diritto fondamentale da parte dello Stato membro competente si riverberi sugli obblighi degli altri Stati membri di rispettare le disposizioni del regolamento n. 343/2003".

¹¹ Cfr. ECHR, *M.S.S. c. Grecia e Belgio*, 21 gennaio 2011.

¹² Osserva la Corte che la valutazione di questo rischio dipende dalle circostanze del caso come la durata del trattamento e i suoi effetti mentali e psichici e, in alcuni casi, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima. Inoltre, come gruppo "particolarmente non privilegiato e vulnerabile", i richiedenti asilo richiedono "specifica protezione" (par. 118). Questo requisito della "speciale protezione" dei richiedenti asilo è particolarmente importante quando le persone interessate sono bambini (par. 119), in ragione delle loro specifiche necessità e della vulnerabilità. Ciò si applica anche quando, come nel presente caso, i minori sono accompagnati dai genitori. In conseguenza, le condizioni di accoglienza dei bambini richiedenti asilo devono essere adattate alla loro età, per assicurare che queste condizioni non "creino loro una situazione di stress e ansia, con conseguenze particolarmente traumatiche". Diversamente, le condizioni in questione realizzerebbero il livello di severità richiesto per coprire l'art. 3 CEDU.

¹³ Ancorché l'Italia avesse comunicato alle autorità svizzere che i ricorrenti, una volta rientrati in Italia, sarebbero stati ospitati nella città di Bologna, in una struttura finanziata dal FER (Fondo europeo per i rifugiati), la Corte, rilevando che "il governo italiano non ha fornito ulteriori precisazioni sulle condizioni specifiche di presa in carico dei ricorrenti", conclude che, "in mancanza di informazioni dettagliate e affidabili relativamente alla precisa struttura di destinazione, alle condizioni materiali dell'alloggio e alla salvaguardia dell'unità familiare" (par. 121), il rinvio dei ricorrenti in Italia sarebbe contrario all'art. 3 della Convenzione (par. 122). Sul tema delle "assicurazioni diplomatiche" nella giurisprudenza della Corte europea v., tra i tanti, A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto 'assoluto' di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *DUDI*, 2010, p. 41 ss., il quale pone l'accento sul rischio che "un eccessivo ricorso allo strumento delle assicurazioni diplomatiche possa dar luogo ad una 'relativizzazione' (e quindi ad uno scadimento) della tutela offerta in termini assoluti dall'art. 3 della CEDU".

¹⁴ *R (on the Application of EM (Eritrea) Appellant v Secretary of State for the Home Department*, 19 febbraio 2014, [2014] UKSC 12, par. 58: "I consider that the Court of Appeal's conclusion that only systemic deficiencies in the listed country's asylum procedures and reception conditions will constitute a basis for resisting transfer to the listed country cannot be upheld. The critical test remains that articulated in *Soering v United Kingdom* (1989) 11 EHRR 439. The removal of a person from a member state of the Council of Europe to another country is forbidden if it is shown that there is a real risk that the person transferred will suffer treatment contrary to article 3 of ECHR".

¹⁵ Secondo S. PEERS, *Reconciling the Dublin system with European fundamental rights and the Charter*, in *ERA-Forum*, 2015, 1, p. 20, la Corte di Giustizia dovrebbe riconoscere la possibilità di contestare il trasferimento dei richiedenti asilo in ragione di ogni "significant and relevant human rights breaches in another Member State (not just systemic breaches leading to violation of Article 4 of the Charter), or because of any breaches of the procedural and substantive rules in the Regulation".

2. Il quadro normativo europeo: la “detenzione” quale *extrema ratio*

Se si scorrono i testi normativi europei che disciplinano il trattamento dei migranti, ai fini del loro successivo rimpatrio ovvero del riconoscimento del diritto alla protezione internazionale, un dato emerge con evidenza: il trattenimento (“*detention*”) di questi soggetti nei centri di accoglienza, siano denominati CIE (Centri di identificazione ed espulsione) o CARA (Centri accoglienza richiedenti asilo), contrariamente a quanto suggerito dalla prassi applicativa, è una misura di *extrema ratio*, dovendo l’autorità competente, sia amministrativa o giudiziaria, dapprima valutare, in relazione al caso di specie, la sussistenza di “alternative”.

Già nelle linee guida sul procedimento di rimpatrio forzato, adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 9 maggio 2005, al par. 6.1, rubricato “condizioni sulla base delle quali può essere ordinata la detenzione”, si afferma che:

A person may only be deprived of his/her liberty, with a view to ensuring that a removal order will be executed, if this is in accordance with a procedure prescribed by law and if, after a careful examination of the necessity of deprivation of liberty in each individual case, the authorities of the host state have concluded that compliance with the removal order cannot be ensured as effectively by resorting to non-custodial measures such as supervision systems, the requirement to report regularly to the authorities, bail or other guarantee systems.

In questa direzione si colloca la direttiva c.d. rimpatri del 16 dicembre 2008¹⁶, che, nell’art. 15 (1), in ossequio al principio di proporzionalità dell’intervento coercitivo personale¹⁷, così recita: “Salvo se nel caso concreto possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti, ma meno coercitive, gli Stati membri possono trattenere il cittadino di un paese terzo sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento, in particolare quando: a) sussiste un rischio di fuga; b) o il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento (...)”.

Il significato di questa disposizione è stato chiarito dalla decisione resa dalla Corte di Giustizia nel caso *El Dridi*¹⁸, secondo cui “discende dal sedicesimo ‘considerando’ di detta direttiva nonché dal testo del suo art. 15, n. 1, che gli Stati membri devono procedere all’allontanamento mediante le misure meno coercitive possibili. Solo qualora l’esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento rischi, valutata

¹⁶ Direttiva 2008/115/CE, “recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”. Nel preambolo prevede che “Il ricorso al trattenimento ai fini dell’allontanamento dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l’allontanamento e se l’uso di misure meno coercitive è insufficiente” (par. 16). Al riguardo v. le conclusioni dell’Avvocato Generale Yves Bot, nelle cause riunite 30 aprile 2014, C-473/13 e C-514/13, par. 42: “La direttiva stabilisce con tutta evidenza che la decisione di trattenimento rappresenta una misura estrema. Essa ne afferma il carattere del tutto sussidiario connesso alla necessità di garantire l’allontanamento del migrante. (...)”.

¹⁷ Cfr. D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in www.pendalecontemporaneo.it, 16 maggio 2013, p. 2.

¹⁸ CGUE 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, par. 39.

la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento dell'interessato, detti Stati possono privare quest'ultimo della libertà ricorrendo al trattenimento". Sulla stessa linea si pongono la direttiva 2013/33/UE che nell'art. 8 (2) così afferma: "ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, gli Stati membri possono trattenere il richiedente, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive" e il Regolamento n. 604/2013, a tenore del quale "ove sussista un rischio notevole di fuga gli Stati membri possono trattenere l'interessato al fine di assicurare le procedure di trasferimento a norma del presente regolamento, sulla base di una valutazione caso per caso e solo se il trattenimento è proporzionale e se non possono essere applicate efficacemente altre misure alternative meno coercitive" (art. 28 (2)).

Sul versante delle misure alternative al trattenimento applicabili da parte degli Stati, l'art. 7 della direttiva "rimpatri" nel par. 3 prevede l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo; analoghe misure, fatta eccezione per la consegna di documenti, sono previste nell'art. 8 (4)¹⁹ della direttiva 2013/33/UE. Seppure numerosi Stati membri abbiano introdotto queste e altre misure alternative nelle proprie legislazioni nazionali – anche in ragione dell'esigenza di recepire la direttiva "rimpatri" – si può sin d'ora anticipare come nella prassi sia stata rilevata un'applicazione non soddisfacente delle stesse o, addirittura, nulla²⁰.

3. Le alternative alla "detenzione" nel contesto europeo

L'occasione per verificare quale sia la tendenza a livello europeo sull'uso di misure meno afflittive rispetto alla "detenzione" è data dalla recente pubblicazione di un Report²¹ focalizzato appunto sull'uso della "detenzione" e delle alternative alla stessa nel contesto delle politiche di immigrazione, condotto in 26 Paesi, tra i quali, però, non figura l'Italia. Il quadro che ne emerge è abbastanza articolato, sia sul fronte delle misure applicabili, sia delle autorità legittimate²², le quali, ai fini dell'applicazione delle alternative, dovranno prendere in considerazione tre elementi: *a*) se le alternative siano sufficienti e la persona sia in grado di uniformarsi alle misure imposte (ovvero sussiste il rischio che possa nascondersi); *b*) lo stato di vulnerabilità del soggetto (la presenza di

¹⁹ Si tratta, infatti, dell'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, della costituzione di una garanzia finanziaria e dell'obbligo di dimorare in un luogo assegnato.

²⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea, 28 marzo 2014, COM (2014) 199 final, p. 18, che ha analizzato 31 Stati.

²¹ European Migration Network, *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies. Synthesis Report of the EMN Focussed Study 2014*, in http://emn.ie/cat_publication_detail.jsp?clog=1&itemID=2745&t=6. Il Report è stato redatto sulla base dei contributi provenienti dai seguenti Stati: Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Slovacca, Slovenia, Spagna, Svezia, Regno Unito e Norvegia. Sul tema, in precedenza, sono stati condotti altri studi: FRA, *Detention of Third-Country Nationals in Return Directive*, dicembre 2010; UNHCR, *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, aprile 2006.

²² La diversa competenza attiene anche al tipo di misura alternativa che può essere concessa. Tra i soggetti legittimati possono essere menzionati: *a*) il Ministro; *b*) la polizia; *c*) le guardie di frontiera; *d*) le autorità giudiziarie; *e*) le organizzazioni non governative (Austria); *f*) le istituzioni sociali.

minori, le condizioni di salute); c) la fattibilità di una particolare alternativa e i costi della misura prescelta rispetto alla detenzione.

Secondo il Report, l'alternativa alla detenzione più diffusa nelle legislazioni nazionali, spesso in combinazione con l'obbligo di risiedere in un determinato luogo²³, è rappresentata dall'obbligo di riferire ad intervalli regolari, con tempi variabili da Stato a Stato, alle autorità di polizia o di immigrazione. Manca, però, una disciplina uniforme con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione di queste misure: ad esempio, nella Repubblica Ceca queste non possono essere applicate ai richiedenti asilo²⁴, ma soltanto agli stranieri che ricadono nella direttiva rimpatri, mentre nella Repubblica Slovacca non si applicano ai richiedenti la procedura di Dublino.

Un'altra misura, pure richiamata nei menzionati testi normativi europei, è quella dell'obbligo di consegnare il passaporto o i documenti di viaggio alle autorità competenti²⁵, che può essere imposta da sola o con altre, come il dovere di dimora in una particolare area. Anche in questo caso è da rilevare una diversità di disciplina quanto ai soggetti ai quali può applicarsi²⁶: in Irlanda e Lettonia è prevista soltanto per i cittadini di paesi terzi nei procedimenti di protezione internazionale.

Il rilascio su cauzione è disciplinato nelle legislazioni di alcuni Paesi²⁷, con la possibilità di chiamare una terza persona a garantire il pagamento della cauzione. È stato raramente applicato in Austria, Croazia e Portogallo; nessun precedente è stato riscontrato nella Repubblica Ceca. Ancora, si deve rilevare la mancanza di uniformità tra i vari Stati sulle categorie di soggetti ai quali applicarla (nella Repubblica Slovacca sono esclusi gli applicanti sotto la procedura di Dublino) e sui criteri per la determinazione del *quantum*.

Tra le misure alternative può essere annoverato anche il monitoraggio elettronico, seppure il suo utilizzo, stante la particolare intrusività sul diritto alla *privacy* e alla libertà di movimento, è molto limitato²⁸. A questa misura fanno ricorso Francia, Irlanda, Portogallo e Regno Unito. In particolare, in Francia i genitori di minori possono essere posti agli arresti domiciliari con la sorveglianza elettronica quando la misura domiciliare non è considerata sufficiente. In Portogallo è usato con il divieto di lasciare l'abitazione, sicché di fatto rappresenta una forma alternativa di detenzione più che un'alternativa alla detenzione. Nel Regno Unito è usato nel caso di stranieri sottoposti a limitazioni di residenza e non può essere applicato ai minori, alle donne incinte, agli anziani e a coloro che soffrono di disordini mentali.

²³ Fatta eccezione per Bulgaria, Cipro, Lussemburgo, Polonia e Svezia.

²⁴ Come, però, segnalato nel Report nazionale, *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies*, p. 23, è in corso di preparazione un emendamento all'*Asylum Act* in correlazione con la trasposizione della direttiva 2013/33/EU, con la finalità di estendere le misure alternative anche alla detenzione dei richiedenti asilo.

²⁵ Cipro, Germania, Estonia, Spagna, Finlandia, Francia, Croazia, Ungheria, Irlanda, Lettonia, Paesi Bassi, Polonia, Svezia, Regno Unito e Norvegia.

²⁶ In Irlanda si applica a coloro che richiedono protezione internazionale, mentre in Lettonia si applica nei procedimenti di protezione internazionale non come alternativa alla detenzione.

²⁷ Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Germania, Finlandia, Croazia, Ungheria, Irlanda, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Slovacca e Regno Unito.

²⁸ In Lussemburgo si sta valutando la possibilità di introdurre, accanto alla "*home custody*", il bracciale elettronico come misura alternativa alla detenzione: v. il Report nazionale, *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies*, p. 32.

Dall'esame delle legislazioni nazionali contenuto nel Report emerge anche l'utilizzo di misure alternative ulteriori rispetto a quelle delineate negli accennati strumenti normativi europei e che potremmo definire "residuali". Tra queste si può collocare il ricorso ad un garante (Germania, Croazia, Lituania, Regno Unito), un cittadino, cioè, con la residenza effettiva sul territorio dello Stato o, ancora, un'organizzazione internazionale che si dedica alla protezione dei diritti umani il cui compito è assicurare la partecipazione dello straniero alle udienze e agli incontri; l'affidamento ad un assistente sociale (Germania, Regno Unito); il programma di rientro volontario (Paesi Bassi, Portogallo e Regno Unito); il sequestro di denaro per il viaggio, documenti e biglietti (Ungheria); il ricovero in centri di registrazione per stranieri, senza limitazioni alla libertà di movimento, seppure applicabile soltanto ai richiedenti asilo (Lituania e Slovenia); l'alloggio in strutture che facilitano la partenza (Belgio e Germania); l'affidamento del minore non accompagnato alla tutela di un'agenzia sociale (Lituania).

Particolarmente significativa sul fronte delle misure alternative è l'esperienza del Belgio²⁹, maturata anche in conseguenza delle condanne pronunciate dalla Corte europea³⁰. Dall'ottobre 2008 le famiglie con minori che non si trovano legalmente sul territorio dello Stato e dall'ottobre 2009 le famiglie che richiedono protezione internazionale sono, infatti, accompagnate in alloggi di proprietà dello Stato (*Family Identification and Return Units*), per il tempo necessario alla loro identificazione e preparare il rientro, o durante la procedura di asilo³¹. Queste "family units"³² sono assistite da un manager designato dall'ufficio Immigrazione che si occupa delle esigenze concrete di coloro che vi alloggiavano. Secondo i dati disponibili, alla fine del 2013 vi erano 23 famiglie in 5 diverse strutture distribuite nel Paese, per un totale di circa 135 posti letto. Un altro esempio di buone prassi è da rinvenire in Austria³³: rilevante sul versante delle alternative alla detenzione è l'alloggio nella Zinnergasse, a Vienna, gestito da organizzazioni non governative in cooperazione con la polizia.

In questo quadro giuridico frammentato, al di là delle esperienze virtuose riscontrate in alcuni Paesi, il divario tra normativa e applicazione pratica, in uno all'esiguità dei dati statistici disponibili, non consente di valutare appieno l'impatto di queste alternative sul versante della protezione dei diritti umani³⁴. Non vi è dubbio, però, dai pochi dati offerti, che la tutela dei diritti di coloro che sono ristretti nei centri di accoglienza sia più difficile rispetto a quella di coloro che usufruiscono di alternative alla detenzione, anche in ragio-

²⁹ Cfr. il Report nazionale, *The use of Detention and Alternatives to Detention in the context of Immigration Policies in Belgium*, giugno 2014, p. 30 ss.

³⁰ La lista di condanne emesse dalla Corte EDU nei confronti del Belgio è abbastanza lunga. Tra le tante, v. ECHR, *Kanagaratnam e altri v. Belgio*, 13 dicembre 2011; ECHR, *Muskhadzhiyeva e altri v. Belgio*, 19 gennaio 2010.

³¹ Per alcune considerazioni critiche v., però, F. DECLERCQ, *Immigration Detention and the rule of law*, maggio 2013, in www.biicl.org, p. 25 ss.

³² Sul funzionamento di queste strutture v. L. SCHOCKAERT, *Alternatives to detention: open family units in Belgium*, in www.fmreview.org.

³³ V. *The Use of Detention and Alternatives to Detention in the context of Immigration Policies in Austria*, Study of the National Contact Point Austria in the European Migration Network, 2014, p. 35.

³⁴ Sul piano economico, secondo i dati resi noti da Belgio e Slovenia, i costi sofferti per sostenere le alternative alla detenzione sono risultati inferiori rispetto a quelli per la gestione dei centri di accoglienza. Cfr. *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies. Synthesis Report of the EMN Focussed Study 2014*, cit., p. 38 ss.

ne delle caratteristiche intrinseche di queste misure. Se così è, laddove non vi sia il rischio (concreto) che il soggetto possa darsi alla fuga, soprattutto nelle ipotesi di migranti richiedenti protezione internazionale, le autorità competenti dovrebbero potenziare, in linea con le indicazioni provenienti dai documenti europei, il ricorso alle misure alternative, così da restituire alla “detenzione” la sua natura di strumento di *extrema ratio*.

4. *La situazione italiana*

Nell'esaminare la normativa interna ciò che emerge con evidenza è il recepimento di una prospettiva inversa a quella fatta propria dalle fonti europee, in punto di gradualità nell'adozione delle misure restrittive della libertà.

L'art. 14, comma 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, privilegia infatti la detenzione amministrativa laddove non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante l'accompagnamento alla frontiera o il respingimento. Nel recepire la direttiva c.d. rimpatri il legislatore italiano, con il d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito, con modificazioni, nella legge 2 agosto 2011, n. 129, ha aggiunto un comma 1-*bis* all'art. 14 del citato d.lgs., secondo cui nei casi in cui lo straniero è in possesso di passaporto o altro documento equipollente in corso di validità e l'espulsione non è stata disposta ai sensi dell'art. 13, commi 1 e 2, lett. c), del presente testo unico o ai sensi dell'art. 3, comma 1, d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, il questore, in luogo del trattenimento “può disporre” alcune misure. E, tra queste, figurano la consegna del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; e, infine, l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

La circostanza che il legislatore utilizzi il verbo “può” implica l'attribuzione in capo all'organo governativo di un potere discrezionale, con la conseguenza che non appare necessaria una motivazione sulle ragioni della mancata applicazione delle misure alternative, ove ne sussistano i presupposti. Le ricadute di questa impostazione normativa sulla prassi sono evidenti: non è dato rilevare sul piano statistico casi in cui in luogo della detenzione dei migranti nei CIE sia stata applicata alcuna delle misure alternative alla detenzione previste dalla legge³⁵. Si deve, però, segnalare una sia pure “timida” apertura in una decisione del Giudice di pace di Bologna³⁶ con la quale, nel negare la convalida del provvedimento di trattenimento presso il CIE, si è censurato il provvedimento del questore laddove non motivava “se nel caso concreto non potessero essere efficacemente applicate altre misure sufficienti e meno coercitive del trattenimento al CIE”.

³⁵ Il dato è stato tratto da A. DI PASCALE, P.L. DI BARI, *Completed Questionnaire from the project Contention National Report-Italy*, 2014, p. 32, leggibile in www.contention.eu. V., anche, la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla politica di rimpatrio dell'Unione europea, 28 marzo 2014, *cit.*, p. 18. In area europea è da segnalare che neppure in Grecia risulta siano state applicate alternative alla detenzione, ancorché previste. V. Report nazionale, p. 31 ss.

³⁶ G. Pace Bologna, Sezione Stranieri, 28 gennaio 2013, leggibile in www.contention.eu. Nella specie era stato provato che la straniera era in procinto di sposarsi con un cittadino italiano e che disponeva di passaporto e di residenza.

A fronte di un intervento normativo relativamente recente, ciò che appare mancare tra gli operatori, in Italia, è una cultura delle alternative alla detenzione applicata all'immigrazione, rispetto alle quali, a differenza di quanto avviene in altri Paesi³⁷, non è dato registrare un reale dibattito. Se in alcune regioni – come la Sicilia – questo atteggiamento può essere in parte giustificato dalla natura “massiva” del fenomeno migratorio, ciò non può valere in altri contesti geografici nazionali.

Un plauso merita certamente il nostro legislatore laddove ha cercato di ricondurre il trattenimento nei CIE alla sua funzione originaria: strumento cautelare volto a consentire alla pubblica amministrazione il superamento di ostacoli transitori al rimpatrio³⁸. Con la legge europea 30 ottobre 2014, n. 163, sono stati infatti significativamente ridotti i termini massimi di detenzione. Si passa, così, da un massimo di 18 mesi ad un termine improprorogabile di 3 mesi, o addirittura soltanto 30 giorni, quando il soggetto abbia trascorso almeno tre mesi in carcere. La prima proroga può essere disposta dal giudice di pace, su richiesta del questore, “qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero l'acquisizione dei documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà” e ha una durata fissa di 30 giorni. Dopo i primi sessanta giorni, il questore può chiedere al giudice di pace una o più proroghe purché “siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione ovvero sia necessario al fine di eseguire le operazioni di rimpatrio”. In ogni caso, con una clausola di salvaguardia, è stabilito che il periodo massimo di trattenimento dello straniero all'interno del CIE non può essere superiore a novanta giorni.

Del pari rilevanti sono le modifiche al trattenimento nei CIE degli stranieri che abbiano già percorso periodi di detenzione penale in strutture carcerarie. Prima dell'intervento normativo questi soggetti potevano cumulare il trattenimento amministrativo alla carcerazione già scontata. Dopo la detenzione in carcere – se non poteva essere disposto il rimpatrio – venivano trasferiti nel CIE dove potevano restare fino a un massimo di 18 mesi. Con la riforma, invece, se questo soggetto viene trasferito nel CIE, e sia stato ristretto in carcere per un periodo pari a quello di 90 giorni, può essere trattenuto per un periodo massimo di trenta giorni.

Queste disposizioni avranno l'effetto di “attenuare” la durata del *vulnus* arrecato alla violazione dei diritti umani all'interno dei centri di accoglienza, ma non sono in grado di risolvere la diversa questione delle “assicurazioni sufficienti” a garantire il rispetto dell'art. 3 Cedu per i soggetti richiedenti protezione internazionale che dovessero essere restituiti all'Italia in ossequio al regolamento Dublino³⁹. La sentenza *Tarakhel* richiede all'Italia qualcosa di più e forse si potrebbe iniziare con l'investire proprio sulle misure alternative alla detenzione.

³⁷ Numerosi sono gli studi svolti in diversi Paesi sull'utilizzo delle misure alternative alla detenzione. In Lituania, Red Cross: “*Detention of asylum seekers and alternatives to detention in Lithuania*”, 2011; JRS (Jesuit Refugee Service Europe): “*From Deprivation to Liberty. Alternatives to Detention in Belgium, Germany and the United Kingdom*”, 2011.

³⁸ Per un primo commento v. L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari non è più una bagattella?*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁹ Sull'accoglienza nella rete SPRAR cfr. *Rapporto sulla protezione internazionale in Italia*, 2014, redatto da ANCI, Caritas Italiana, Cittalia, Fondazione Migrantes, SPRAR, in collaborazione con UNHCR, leggibile in www.cittalia.it.

L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico

Licia Siracusa *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il polimorfismo della misura dell'espulsione dello straniero. – 3. L'espulsione come sanzione amministrativa. – 4. L'espulsione come sanzione sostitutiva e come misura di sicurezza. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

In ambito italiano, la riflessione sociologica e penalistica sui complessi rapporti tra diritto penale e fenomeno migratorio si è in prevalenza sviluppata – e anche a ragione – intorno a due ordini di questioni: il problema della *criminalizzazione* delle condotte migratorie e delle interrelazioni tra *sicurezza e migrazione*¹, da un lato, e dall'altro lato, la dubbia costituzionalità delle incriminazioni di comportamenti di mero ingresso o soggiorno illegale dello straniero nel territorio nazionale².

Si tratta, come è evidente, di temi cruciali, certo non trascurabili nel contesto di un'analisi critica sulle cause che hanno originato le risposte degli ordinamenti occidentali al fenomeno delle migrazioni. Tra queste, va senza dubbio annoverata la difficoltà avvertita dagli stati di gestire le tensioni sociali (in parte fondate, in parte artificiosa-

* Ricercatore di Diritto penale, Università di Palermo.

¹ Tra gli altri, A. DAL LAGO, *La tautologia della paura*, in *Rass. it. soc.*, 1999, p. 5 ss.; G. CAMPESI, *Migrazioni, sicurezza, confini nella teoria sociale contemporanea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2012, p. 7 ss.; V. FERRARIS, *Immigrazione e criminalità*, Roma, 2012; M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008; D. MELOSSI, *La criminalizzazione del migrante*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 7 ss.

² Per un elenco di certo non esaustivo dell'ormai sterminata letteratura penalistica in materia, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 101 ss.; E. ROSI, F. ROCCHI (cur.), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013; R. CRUPI, *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?*, in G. VERDE, A. GENNA (cur.), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, p. 287 ss.; nello stesso volume, M. LA ROSA, *"Clandestinità" e profili di illegittimità costituzionale*, p. 311 ss.; ID., *I "Crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 407 ss.; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006; ID., *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 45 ss.; ID., *Diseguali, illegali, criminali*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 1 ss.; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 17 ss.; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634 ss.; M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2011, p. 21 ss.

mente ingigantite dalla cassa di risonanza dei mass media) innescate dalle grandi migrazioni e di dare soluzioni adeguate alle insistenti richieste sociali di sicurezza che ne sono derivate³.

Sicché, qualunque studio sul diritto penale e l'immigrazione deve necessariamente fare i conti con le spinte criminalizzanti scatenate dall'insicurezza, senza al contempo tralasciare una puntuale verifica del modo in cui le soluzioni punitive approntate a loro volta refluiscono sul senso collettivo di insicurezza, eventualmente inducendo nuove spinte criminalizzanti; in un circolo vizioso in cui le une finiscono con l'alimentare l'altro e viceversa, quasi senza soluzione di continuità.

Se l'allarme sociale generato dal problema migratorio è stato dunque all'origine dell'instaurarsi di un approccio di tipo essenzialmente punitivo al fenomeno, le istanze repressive hanno a loro volta comportato un progressivo passaggio della regolamentazione della condizione del migrante dal diritto amministrativo al diritto penale⁴ (o punitivo in senso lato), i cui strumenti sono sembrati più adatti di quelli di altri settori dell'ordinamento a regolare la materia, in quanto capaci di assicurare – almeno in apparenza – un pieno “controllo” dei potenziali pericoli collegati al fenomeno⁵.

Ne è così derivata una disciplina giuridica in gran parte ispirata al contenimento dei potenziali rischi collegati alla figura del migrante non regolare, né regolarizzabile. E nella prospettiva della prevenzione massima verso cui tale disciplina si è orientata, si è altresì insinuata l'idea di un possibile asservimento del diritto alla logica efficientista dell'adeguatezza del mezzo usato rispetto allo scopo dell'azzeramento dei suddetti rischi; anche a costo che ciò potesse produrre un sostanziale svilimento, e talora anche il totale dissolvimento, delle garanzie connesse alla diversa qualificazione giuridica degli istituti impiegati⁶.

Ebbene, lasciando sullo sfondo le più ampie e complesse tematiche sopra brevemente indicate, e riguardanti i rapporti tra sicurezza, immigrazione e diritto penale, il *focus* del mio contributo si concentrerà esclusivamente sull'istituto dell'espulsione del-

³ Il valore della sicurezza ha acquisito una tale centralità nei moderni ordinamenti giuridici che oggi ci si interroga non più tanto sulla legittimità dell'opzione di attribuirgli piena cittadinanza nel novero dei valori giuridicamente tutelabili, quanto piuttosto sul modo di declinarla nel quadro degli altri valori fondamentali dello Stato di diritto, come la libertà e l'uguaglianza. Sul tema, di recente, C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà*, Padova, 2012.

⁴ Si tratta del fenomeno di fusione tra il diritto dell'immigrazione e il diritto penale denominato «*crimmigration*» da J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, 2006, p. 367 ss.

⁵ La sorveglianza del migrante pericoloso è divenuta il primo e più importante obiettivo da perseguire, anche a costo di violare qualunque libertà fondamentale dello straniero. Come evidenziato da S. CARRERA, *Towards a Common European Border Service?*, CEPS Working Document n. 331/June 2010, p. 10.

Più in generale, il fenomeno della criminalizzazione delle condotte del migrante viene comunemente ritenuto un esempio emblematico della c.d. “cultura del controllo” tanto efficacemente descritta da D. GARLAND, *The culture of control: Crime and Social Order in a Contemporary Society*, Chicago, 2002.

⁶ Efficace la nozione di “*ad hoc instrumentalism*” coniata da A. SKLANSKY, *Crime Immigration and Ad Hoc Instrumentalism*, in *New Criminal Law Review*, 2012, p. 161 e 162, per indicare la pratica di impiegare nel contrasto all'immigrazione gli istituti del diritto in termini prevalentemente funzionalistici, ossia in chiave di efficacia degli stessi in relazione allo scopo perseguito, ed anche a discapito delle categorie giuridiche formali. Tale pratica prediligerebbe un approccio di tipo casistico in cui le regole del diritto, così come gli strumenti giuridici in generale, diventano flessibili ed intercambiabili e possono variare al variare delle esigenze concrete, ove ciò risulti necessario per il conseguimento dell'obiettivo prescelto.

lo straniero che nel Testo Unico sull'immigrazione riceve una tale proteiforme collocazione da porsi come esempio paradigmatico della dimensione "spuria" assunta dalla normativa sui migranti, in conseguenza della preferenza accordata proprio all'impostazione di tipo "funzionalista", poc'anzi richiamata.

L'espulsione dello straniero irregolare costituisce in effetti l'espressione più evidente della tendenza predominante in materia di immigrazione ad assoggettare il diritto – non solo penale – ad una visione di stampo "manageriale"⁷, in cui ogni risorsa messa a disposizione dai vari settori dell'ordinamento giuridico viene adoperata nella direzione di conseguire il risultato prefissato; anche al prezzo, se necessario, della deviazione dai principi fondamentali che un tale uso strumentale può provocare.

Nel caso della regolamentazione dell'immigrazione il fine prescelto consiste appunto nell'allontanamento del migrante dai confini nazionali; come si vedrà, l'intera legislazione in materia è inequivocabilmente concepita allo scopo di realizzare tale obiettivo⁸. Di qui, l'evidente centralità rivestita dalla misura dell'espulsione, il cui ruolo decisivo trova sicura conferma sia nell'impianto complessivo della normativa nazionale ed europea, sia nell'approccio "soft" ad essa riservato dalla Corte Costituzionale e dalle Corti europee.

Quanto al profilo legislativo, basti considerare l'uso ricorrente della misura nel TUIMM e nella Direttiva rimpatri⁹ ove è ad essa attribuito ampio spazio in ogni momento e ad ogni livello tanto del procedimento amministrativo di gestione dello straniero, quanto degli eventuali correlati procedimenti penali.

Con riguardo invece al "salvataggio" della stessa operato da parte delle consulta e delle Corti sovranazionali, non vi è che da considerare come la necessità di rafforzare e favorire le procedure di rimpatrio/espulsione – coatto o volontario – del migrante non sia stata mai messa in discussione dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia UE; contrariamente a quanto accaduto per altri profili e per altre disposizioni della disciplina, nei cui confronti invece le suddette corti non hanno mancato di esprimere pesanti censure¹⁰.

⁷ L'espressione "approccio manageriale" riferita al diritto penale dell'immigrato è di A. ALIVERTI, *Crimes of Mobility*, Oxford, 2013, p. 145 e 146.

⁸ Così, per esempio, anche nei Paesi Bassi, ove l'espulsione è pensata come imprescindibile azione di chiusura per un'efficace politica restrittiva in materia di immigrazione, M.A.H. VAN DER WOUDE, J.P. VAN DER LEUN, J. ANNE, A. NIJLAND, *Criminalization in the Netherlands*, in *Law and Social Inquiry*, 2014, p. 12.

⁹ Direttiva 2008/115/CE.

¹⁰ Con riguardo alla giurisprudenza costituzionale, si vedano, tra le altre, le seguenti pronunce: Corte cost., 8 luglio 2010, n. 24 che ha dichiarato l'illegittimità della aggravante della clandestinità in *Giur. cost.*, 2010, p. 3017, con nota di F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?* (tra i numerosi commenti alla pronuncia, G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit., p. 713 ss.; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634 ss.; L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 1373 ss. M. LA ROSA, *I "crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 446-451; ID., *"Clandestinità" e profili di illegittimità costituzionale*, in G. VERDE, A. GENNA (cur.), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, cit., p. 313 ss.; L. DEGL'INNOCENTI, S. TOVANI, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1177); Corte cost., 8-15 luglio 2004, n. 223 che ha dichiarato illegittima la norma che prevedeva l'arresto obbligatorio in relazione alla contravvenzione di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3990, con nota di E. GALLUCCI, *Illegittima previsione dell'arresto da parte della polizia giu-*

In effetti, quando è stata chiamata a pronunciarsi sull'ibridazione subita dall'istituto nella legislazione in materia di immigrazione, la Corte Costituzionale ne ha sovente ribadito la piena legittimità, talora addirittura attribuendogli una qualificazione giuridica ancora diversa rispetto a quella pertinente al *nomen iuris* di volta in volta assegnatogli. Ciò ha impedito di estendere allo straniero destinatario della misura in esame una serie di garanzie penalistiche – sostanziali e processuali – che ove riconosciute, avrebbero invero potuto costituire un ostacolo insuperabile al conseguimento dell'esito inevitabile della sua espulsione dal territorio nazionale.

Infine, laddove l'istituto dell'espulsione nelle sue diverse forme ha goduto di letture costituzionalmente orientate in sede applicativa, si è trattato sovente di interpretazioni volte ad estenderne, piuttosto che a restringerne, l'ambito di operatività¹¹.

Né un argine al polimorfismo della misura è provenuto dall'adeguamento del diritto interno alla Direttiva rimpatri¹², dato che quest'ultima condivide con la normativa nazionale la medesima impostazione di tipo “strumentale” o “ancillare”, incentrata su una sostanziale subalternità dei diversi istituti giuridici rispetto al risultato finale del rimpatrio, coatto o volontario dello straniero¹³.

diziaria dell'autore di contravvenzioni e in Dir. pen. proc., 2005, p. 299, con nota di E. CALCAGNO, *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*.

Per quanto concerne invece la giurisprudenza delle corti europee, il riferimento è alle note pronunce: CGUE 28 aprile 2011, causa C-61/2011, *El Dridi* (per un commento della sentenza, si leggano, tra gli altri, 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 ss.; L. MASERA, F. VIGANÒ, *Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi e sul suo impatto nell'ordinamento penale*, in www.penalecontemporaneo.it; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1425 ss.; 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) e CGUE 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor* (si leggano i commenti di F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri* e di L. MASERA, *Art. 10 bis e direttiva rimpatri dopo la sentenza Sagor della Corte di Giustizia*, entrambi in www.penalecontemporaneo.it).

¹¹ Per un'approfondita ricostruzione delle dinamiche attraverso cui gli organi giudicanti e più in generale gli interpreti concorrono in sede applicativa ad adeguare il diritto penale dell'immigrato ai principi costituzionali, R. CRUPI, *Trattamento differenziato italiani e stranieri. Crisi del principio di eguaglianza e strumenti penali per l'integrazione*, Paper, Workshop “*La crisi dei concetti politici fondamentali nello specchio del diritto penale*”, Modena, 27-28 novembre 2014.

¹² Direttiva 2008/115/CE la quale per vero costituisce il risultato di una politica europea che in materia di immigrazione si è sviluppata in modo ambivalente. Da un lato infatti, l'Ue ha contribuito ad attenuare il rigore repressivo delle normative penali nazionali sull'immigrazione escludendo la possibilità di impiegare la pena detentiva come sanzione per l'ingresso o il soggiorno illegali (caso *El Dridi*); dall'altro lato però, la creazione di uno spazio interno senza frontiere tra stati ha obbligato la stessa Ue ad adottare strategie di controllo del migrante, in chiave securitaria, incentrate sul largo ricorso a misure espulsive o a forme di detenzione amministrativa nei confronti degli stranieri irregolari.

Negli stessi termini, ma con particolare riferimento alla situazione olandese, anche M.A.H. VAN DER WOUDE, J.P. VAN DER LEUN, J. ANNE, A. NIJLAND, *Crimmigration in the Netherlands*, cit. p. 15.

¹³ La centralità del sistema del rimpatrio nell'ambito della disciplina giuridica delle immigrazioni ha trovato un'ulteriore conferma nel diritto di fonte europea, il quale in questa materia, al contrario che altrove, ha costantemente mostrato i medesimi “lati oscuri” del diritto di fonte nazionale.

Non a caso infatti, laddove è stata invocata per mitigare i profili di irrazionalità della disciplina penale italiana a carico del migrante, la direttiva rimpatri non soltanto non è servita a innescare modifiche radicali all'impianto complessivo del TUIMM, ma al contrario ha indotto ritocchi esclusivamente marginali, sostanzialmente ininfluenti sulla *ratio* della normativa penale del settore e sugli aspetti propagandistici maggiormente deprecabili che la caratterizzavano, prima della riforma. Per tali considerazioni sia consentito rinviare

2. Il polimorfismo della misura dell'espulsione dello straniero

Il polimorfismo della misura dell'espulsione dell'immigrato irregolare si incarna nelle molteplici sembianze che essa assume nel TUIMM, ove viene di volta in volta impiegata come:

1. sanzione amministrativa (art. 13 TUIMM; la cui esecuzione comporta la sopraggiunta improcedibilità in sede penale nei confronti dello straniero, art. 13, comma 3-*quater*, TUIMM).
2. misura di sicurezza (art. 15 TUIMM; art. 235 c.p.);
3. sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione (art. 16 TUIMM).

Come è evidente, a seconda dell'ambito e del tipo di procedimento nel quale è chiamata ad operare, l'espulsione muta nella forma, pur rimanendo identica a se stessa nei contenuti e nelle funzioni. Essa consiste infatti sempre nell'allontanamento coattivo dello straniero dai confini nazionali, disposto dall'autorità amministrativa o dall'autorità giudiziaria. All'uniformità dei requisiti costitutivi e delle finalità fa però da contraltare una trasversalità di collocazione, che mostra come identici permangano gli obiettivi di politica/legislativa (o, se si vuole, di politica/criminale) in concreto perseguiti, pur al variare della denominazione giuridica.

Sicché, sebbene ad una lettura strettamente formalistica, l'espulsione possa considerarsi una "sanzione penale" in senso tecnico, soltanto ove prevista come misura di sicurezza o come sanzione sostitutiva o alternativa alla pena, e non invece negli altri casi – ossia quando configurata come sanzione amministrativa, o come condizione di improcedibilità –, nondimeno, essa presenta profili di afflittività tanto evidenti da poter essere ritenuta una misura *punitiva* in senso ampio, a prescindere dal dato meramente nominalistico.

Benché infatti, dal punto di vista formale, nei casi di cui agli artt. 13 e 10-*bis*, comma 5, TUIMM, essa non sarebbe né una pena in senso tecnico (come è noto, seguendo un criterio formale di tale nozione, sono tali quelle così definite dal legislatore¹⁴) né una misura di sicurezza; tuttavia, il soffermarsi sulla sua natura spiccatamente extrapenale rischierebbe di far cadere l'interprete nella rete della c.d. "truffa delle etichette"¹⁵, ossia di imbrici-

a L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato. Brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, p. 765 ss.

¹⁴ Per esempio, agli artt. 17 e 19 c.p., che rispettivamente forniscono un elenco delle pene accessorie e delle pene principali.

¹⁵ L'espressione, come è noto, risale a E. KOHLRAUSCH, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in *ZStW*, 1924, p. 33.

Ad essa si è fatto ampiamente ricorso in Italia, sia a proposito della sostanziale identità tra pene e misure di sicurezza (per tutti, G. GRASSO, *Pre-Art. 199 c.p.*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2011, p. 422), sia in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche (tra gli altri, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 322; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 443 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2010, p. 164; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231 del 2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 879 ss.; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: d'ora in poi *societas delinquere (et puniri) potest**, in *Corr. giur.*, 2001, p. 657; D. PULITANÒ, *La responsabilità «da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415; ID., *Responsabilità amministra-*

gliarlo entro i ristretti schemi di una concezione solo formalistica del diritto che tende a sopravvalutare gli aspetti testuali e definitivi, senza tenere nel dovuto conto né i profili contenutistici, né tanto meno la dimensione funzionale e teleologica delle norme¹⁶.

In altre parole, una particolare attenzione alle relazioni tra forma e sostanza può servire ad evidenziare l'ambiguità delle scelte nominalistiche compiute dal legislatore. Queste celano in effetti contenuti, elementi strutturali e finalità punitive dello *status* del migrante costantemente presenti, a prescindere dal *nonem iuris* impiegato.

Osservata dalla prospettiva di una valorizzazione dei requisiti sostanziali – e dunque non contro, ma oltre i confini del mero dato nominalistico –, la misura in questione svela una pluralità di indizi in comune con le sanzioni tipiche del diritto penale, che la rendono “problematicamente” interessante all'occhio del penalista.

La pericolosa commistione tra diritto penale e diritto amministrativo, da un lato, e tra istanze di sicurezza e esigenze di prevenzione dall'altro lato, emerge in ogni passaggio della disciplina delle varie tipologie di espulsione e finanche nella metamorfosi subita nel tempo dalle stesse; specie con riguardo alle forme più classiche, dell'espulsione come sanzione amministrativa e dell'espulsione come misura di sicurezza.

Rispetto a tali tipologie in effetti, per un verso, la progressiva estensione dell'ambito applicativo della misura sia in sede amministrativa, sia in sede penale – ove si è ampliata la rosa dei reati presupposto per la sua applicazione in qualità di misura di sicurezza –, e per un altro verso, il moltiplicarsi delle situazioni di incidenza/interferenza della sanzione amministrativa sul procedimento penale costituiscono il segno della graduale trasfigurazione che ha investito l'istituto vuoi in ambito penale, vuoi in ambito extrapenale.

Così, se prima che l'Italia divenisse un paese di immigrazione la misura di sicurezza dell'espulsione era stata concepita come un'inevitabile conseguenza della pericolosità sociale degli stranieri che si fossero macchiati di reati di particolare gravità, ai sensi dell'art. 235 c.p., con l'entrata in vigore della c.d. “Legge Martelli” (28 febbraio 1990, n. 39), la gamma dei reati presupposto ha subito un brusco allargamento¹⁷.

Alla stessa maniera, con riguardo alla previsione della misura come sanzione amministrativa, le modifiche susseguite nel lungo periodo ne hanno a mano a mano esteso i presupposti applicativi, rendendone sempre meno certi i confini distintivi con la corrispondente misura di sicurezza¹⁸.

Il che dimostrerebbe il mutamento di prospettiva nel frattempo realizzatosi nella legislazione nazionale: l'allontanamento dello straniero è divenuto uno strumento generalizzato di governo dell'immigrazione irregolare, da trattamento residuale, a carico di soggetti responsabili di violazioni in materia di pubblica sicurezza o socialmente pericolosi, quale era prima.

Nelle pagine successive si prenderanno in considerazione soltanto i primi tre “modi di essere” dell'espulsione dello straniero sopra segnalati, vale a dire la previsione del-

tiva per i reati delle persone giuridiche, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg., 2003, p. 955; P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 186).

¹⁶ Come insegna A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, ora in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. I, Milano, 2009, p. 175 e 176.

¹⁷ A. CAPUTO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Milano, 2012, p. 215.

¹⁸ Così anche, G. GRASSO, *Art. 235*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 582 ss.

l'espulsione come sanzione amministrativa, come sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione e come misura di sicurezza, in quanto direttamente interferenti con il diritto penale sostanziale; si tralascerà invece di considerare l'ipotesi della configurazione di detta misura come condizione di improcedibilità, che ricade più specificamente nell'ambito del diritto processuale penale.

3. *L'espulsione come sanzione amministrativa*

Con riguardo alla disciplina dell'espulsione come sanzione di carattere amministrativo, ai nostri fini, è sufficiente segnalare i passaggi normativi che ne hanno esteso l'ambito applicativo, trasformandone le funzioni, senza però mutarne gli elementi strutturali.

Il Testo Unico sulla Pubblica Sicurezza prevedeva come facoltativo il potere di disporre l'espulsione dello straniero, pur ancorandone i presupposti a taluni indici o criteri denotativi della pericolosità del soggetto destinatario del provvedimento: 1) condanna per delitti; 2) o – più in generale – ragioni di ordine pubblico¹⁹.

Se il caso di cui al punto 1) era direttamente collegato ad un predeterminato requisito legale – l'aver subito una condanna per delitti –, il secondo caso, ancorando il provvedimento di espulsione a generiche esigenze di ordine pubblico, lasciava all'autorità di pubblica sicurezza un'ampia discrezionalità nella valutazione dei presupposti per la sua emanazione²⁰. Il che estrometteva la cornice delle garanzie offerte dal principio di legalità, prima fra tutte il diritto a difendersi in capo allo straniero che ne fosse colpito²¹.

L'attuale disciplina del TUIMM prevede invece tre tipi di espulsione amministrativa: 1) l'espulsione disposta dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello stato (art. 13, comma 1, TUIMM); 2) l'espulsione disposta dal Prefetto a carico dello straniero che sia entrato o si sia trattenuto irregolarmente nel territorio dello stato (art. 13, comma 2, TUIMM); 3) o che appartenga alla categoria di soggetti sottoponibili a misure di prevenzione (art. 13, comma 2, TUIMM).

Tra le suddette tipologie, soltanto la seconda – espulsione disposta per violazione delle regole in materia di ingresso e soggiorno legale – può considerarsi una sanzione

¹⁹ Art. 150. (art. 151 T.U. 1926). – [Salvo quanto è stabilito dal codice penale, gli stranieri condannati per delitto possono essere espulsi dal regno e accompagnati alla frontiera.

Il Ministro dell'interno, per motivi di ordine pubblico, può disporre la espulsione e l'accompagnamento alla frontiera dello straniero di passaggio o residente nel territorio dello Stato.

Le predette disposizioni non si applicano agli italiani non regnicoli.

Possono altresì essere espulsi gli stranieri denunciati per contravvenzione alle disposizioni del capo precedente.

L'espulsione per motivo di ordine pubblico, preveduta dal primo capoverso di questo articolo, è pronunciata con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli affari esteri e con l'assenso del Capo del Governo] (Articolo abrogato dall'art. 13, D.L. 30 dicembre 1989, n. 416).

²⁰ A. CASSIA, *Espulsione ed allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato*, in *Giust. pen.*, 1966, p. 403 ss.

²¹ Nonostante la Corte costituzionale (sent. 5 aprile 1974, n. 109) ne avesse fornito una lettura costituzionalmente orientata, precisando che il divieto di rientrare in Italia, conseguente al provvedimento di cui all'art. 150 del t.u. delle leggi di p.s. non fosse assoluto, ma revocabile da parte della pubblica amministrazione, la quale non avrebbe potuto negare l'autorizzazione al reingresso, a fronte della necessità dello straniero di comparire davanti all'autorità giudiziaria.

amministrativa in senso stretto; le altre due forme invece – espulsione per motivi di ordine pubblico ed espulsione come misura di prevenzione –, sono accostabili al genere delle misure di polizia a carattere preventivo.

L'espulsione-sanzione amministrativa costituisce la “normale” reazione dell'ordinamento all'ingresso illegale dello straniero entro i confini nazionali. Si tratta – come è evidente – di una sanzione a forte contenuto afflittivo. Tale profilo di per sé solo non dovrebbe suscitare perplessità, non essendo esso inconciliabile con il carattere extrapenale della sanzione amministrativa. Anche quest'ultima infatti, al pari della sanzione penale, può essere afflittiva, senza che ciò ne muti la natura giuridica²².

La severità della sanzione prevista per l'illecito di ingresso irregolare non costituisce dunque un *novum* nel quadro delle sanzioni di carattere amministrativo, le quali possono condividere con la sanzione penale una finalità spiccatamente afflittiva, pur mantenendo la propria qualificazione extrapenale²³; come dimostra il fatto che tra le sanzioni amministrative ve ne sono alcune – per esempio quelle di carattere interdittivo – che possono talora risultare particolarmente afflittive, se guardate nell'ottica della significativa compressione di diritti e facoltà che da esse può discendere.

Della misura dell'espulsione pertanto ciò che lascia dubbiosi non è il suo contenuto, quanto il ruolo cardine che le viene assegnato nell'ambito del trattamento giuridico dello straniero irregolare. Alla buona riuscita della procedura amministrativa che la dispone è infatti subordinato anche lo strumento penale, il cui *modus operandi* è congegnato in maniera da far sempre prevalere la sanzione dell'espulsione su qualunque altra misura punitiva, anche di carattere penale, eventualmente disposta a carico dell'immigrato irregolare.

Tale indiscussa prevalenza e la correlativa accessorietà del diritto e del processo penale ai fini dell'azione amministrativa si ricava plasticamente dai seguenti passaggi:

a) se l'autorità amministrativa dispone l'espulsione dello straniero, il giudice penale del processo in cui lo straniero è imputato è tenuto ad emettere sentenza di non luogo a procedere (art. 13, commi 3-*quater* e 3-*quinqies*, TUIMM²⁴);

b) nel procedimento penale per il reato di ingresso illegale, il giudice emette sentenza di non luogo a procedere una volta acquisita la notizia dell'avvenuta espulsione dello straniero (art. 10-*bis*, comma 5);

c) quando il giudice pronuncia sentenza di condanna alla pena dell'ammenda, ove non sia nel frattempo intervenuta l'espulsione amministrativa, la condanna non preclude la futura espulsione da parte del prefetto;

d) l'insolvibilità del condannato consente di sostituire la pena dell'ammenda con la misura dell'espulsione (art. 16 TUIMM).

Che si tratti di uno straniero irregolare autore di altri reati, diversi da quelli connessi all'ingresso illegale, o di uno straniero che semplicemente abbia violato le regole sul-

²² Per tutti, G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p. 2 ss. Nell'ambito della letteratura penalistica, C.E. PALIERO, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 354 e 355; A. PAGLIARRO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1998, p. 23.

²³ Da segnalare l'opinione contraria di coloro che ritengono la finalità afflittiva incompatibile con la natura extrapenale delle sanzioni amministrative (G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1026 ss.).

²⁴ A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 295 e 296.

l'entrata legale nel territorio nazionale, l'obiettivo perseguito in via prioritaria dall'ordinamento è l'esecuzione dell'espulsione, anche laddove ne consegua una sovrapposizione di istituti giuridici di differente matrice.

Ciò per esempio accade nelle ipotesi di coincidenza tra strumenti del diritto penale e strumenti del diritto amministrativo per la regolamentazione delle medesima situazione di fatto. In tali casi in effetti, può verificarsi una duplicazione dei momenti punitivi rispetto ad un'identica condotta; come nel caso del rapporto tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 13 e l'illecito penale di cui all'art. 10-*bis* TUIMM²⁵.

La prima disposizione (art. 13) prevede invero l'illecito amministrativo dell'ingresso e della permanenza illegali dello straniero entro i confini nazionali, sanzionato con espulsione disposta dal prefetto. L'art. 10-*bis* punisce con sanzione penale una condotta sostanzialmente analoga di entrata e soggiorno irregolari dello straniero.

Ebbene, qui, la sovrapposibilità dei due tipi di illecito peraltro non può essere risolta neanche ai sensi dell'art. 9, legge n. 689/1981, data l'assenza di un rapporto di specialità tra l'uno e l'altro. Il che denota che tra le due sanzioni – penale e amministrativa – non vi è quell'identità di fini che ne giustificerebbe invece un impiego di tipo alternativo, nel quadro del rapporto di specialità²⁶. All'inverso, tra tali fattispecie si rintraccia un'eterogeneità dei fini sapientemente architettata dal legislatore, che coinvolge principalmente l'illecito penale. Quest'ultimo infatti è configurato in modo da rispondere al fine (pratico) di agevolare l'allontanamento fisico del migrante dalla nazione. Nell'ottica prevalente del perseguimento di tale risultato, poco importa dunque che la condotta illecita che funge da presupposto o da condizione della misura venga in rilievo in sede amministrativa o in sede penale.

Si instaura così tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo una relazione di subordinazione dell'uno nei confronti dell'altro, pensata alla stregua di una logica di efficienza nel cui ambito il buon funzionamento complessivo del sistema in direzione del conseguimento dell'obiettivo voluto sopravanza ogni istanza garantista collegata alla diversa qualificazione formale degli istituti impiegati.

Come si è già avuto modo di evidenziare, ciò che preoccupa di un tale approccio normativo nella gestione del migrante non sono tanto – o soltanto – le ricadute negative in termini di mancato ancoraggio della disciplina ai principi fondamentali del diritto penale, quanto – e soprattutto – l'effettiva meritevolezza di pena dei comportamenti sanzionati, qualunque sia la natura giuridica della sanzione applicata, ed il camuffamento della sanzione penale, concepita sin dall'inizio come misura destinata alla non applicazione, a favore della sicura applicazione della misura dell'espulsione.

Invero, è evidente che l'espulsione dello straniero costituisce una risposta sanzionatoria particolarmente afflittiva, perché determina una pesante compressione di una importante facoltà connessa alla libertà personale, quale è – appunto – la libertà di movimento e di circolazione, o più in generale la libertà di emigrare, riconosciuta come di-

²⁵ Rischio che accomuna il nostro ordinamento ad altri ordinamenti, tra cui per esempio quello del Regno Unito (A. ALIVERTI, *Crimes of Mobility*, cit., p. 60 e 61).

²⁶ Come evidenzia C.E. PALIERO, *Sanzioni amministrative*, cit., p. 410, il quale invita a considerare che ove la sanzione amministrativa e la sanzione penale non avessero le medesime funzioni ed un analogo contenuto afflittivo l'una non potrebbe applicarsi in luogo dell'altra, ma entrambe dovrebbero effettivamente concorrere.

ritto fondamentale ed inalienabile della persona in ambito internazionale²⁷. Sicché, malgrado l'ordinamento attribuisca implicito rilievo costituzionale soltanto al diritto del cittadino ad emigrare e non riconosca eguale *rango* al reciproco diritto ad immigrare dello straniero, non si può negare che l'espulsione costituisca una pesante compromissione del versante "positivo" dello *ius migrandi*, come diritto universale ad emigrare.

La nostra costituzione non contiene infatti un'affermazione esplicita dello *ius migrandi*; essa assegna esclusivamente al cittadino lavoratore un *diritto sociale* ad emigrare (art. 35, comma 4, Cost.), che viene però pensato come disgiunto dal corrispondente diritto ad "immigrare" dello straniero. Tale impostazione collima con l'approccio prevalente anche a livello internazionale ed in ambito europeo, ove per l'appunto non è concesso spazio al diritto ad immigrare dello straniero, sebbene si attribuisca al cittadino uno *ius migrandi* inteso come diritto ad abbandonare lo stato di appartenenza²⁸.

Nondimeno, taluno ha evidenziato che il riconoscimento giuridico del diritto ad emigrare debba necessariamente comportare la contestuale affermazione di un omologo diritto ad immigrare, dato che la libertà di lasciare il proprio paese sarebbe una scatola vuota, un diritto evanescente, ove non associata al correlativo diritto di stabilirsi in un altro stato²⁹.

Interpretata in chiave penalistica, l'idea dello *ius migrandi* concepito nella duplice veste di libertà fondamentale di emigrare e di libertà di immigrare implicherebbe: 1) che si tratti di un diritto fondamentale la cui compressione comporta sempre un'afflizione; 2)

²⁷ Si vedano l'art. 12, par. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 1966 e l'art. 2, par. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che riconosce certi diritti e libertà non inclusi nella Convenzione e nel relativo protocollo addizionale, Strasburgo, 1963, nonché la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (UNGA ris. 217(III), 10 dicembre 1948 che garantisce all'art. 13, par. 2, il diritto di emigrare ("Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country").

Il diritto internazionale tuttavia non riconosce come diritto autonomo il corrispondente diritto a "immigrare" degli individui. Non a caso infatti, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nulla statuisce relativamente ad un diritto del migrante di entrare nel territorio di un altro Stato, diverso da quello di origine, dopo che abbia esercitato il diritto ad emigrare.

²⁸ Anche il Parlamento europeo con la Raccomandazione 1449 (2000) ha affermato il diritto fondamentale della persona di uscire dallo spazio comune, e dunque di "emigrare"; sebbene ad esso non corrisponda un analogo diritto di "immigrare", ovvero di fare ingresso nella UE, per i cittadini dei paesi terzi.

²⁹ In questa prospettiva, si propone una concezione dello *ius migrandi* come diritto umano incentrata sull'idea che una visione autenticamente liberale dello stato non possa negare la libertà dell'individuo di scegliere dove risiedere. Lo *ius migrandi* così inteso sarebbe comprensivo del: a) diritto a emigrare; b) diritto a non emigrare; c) diritto a immigrare, ossia a stabilirsi pacificamente nello stato in cui si decide di permanere. Queste tre facoltà non concorrerebbero però a delineare un diritto "assoluto", bensì formerebbero un diritto di carattere "relativo" che può essere limitato dall'ordinamento giuridico, ma mai radicalmente ed immotivatamente negato.

Un primo nucleare riconoscimento del futuro statuto giuridico internazionale del migrante ispirato alla nuova suddetta concezione dello *ius migrandi* si rintraccerebbe nella Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, adottata dall'Assemblea generale ONU con la Risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990 che riconosce al migrante regolare ed irregolare una serie di diritti e di garanzie giuridiche tra le quali anche il diritto ad uscire da qualunque stato, compreso lo stato di origine, e il diritto di entrare e permanere nel suo paese di origine (G. BASCHERINI, *Europa, cittadinanza, immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 767-768; nonché, nell'ambito della letteratura ispanoamericana, A.G. AGUELO-CHUECA, *El novissimo derecho humano de las personas a migrar*, in *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2004, p. 292; J. DE LUCAS, *Derechos humanos y políticas migratorias: elementos para otra política*, in C. PRONER, E.M. DE QUEIROZ BARBOZA, G.G. DE GODOYB (cur.), *Migrações. Políticas e Direitos Humanos sob ad Perspectivas do Brasil, Itália e Espanha*, 2015, p. 40 ss.).

che le limitazioni di tale diritto debbono corrispondere ad uno schema di bilanciamento con altri interessi contrapposti di analogo rilievo la cui tutela prevalga su quella del diritto compresso; oppure debbono costituire la conseguenza sanzionatoria di un fatto illecito.

Ciò spiegherebbe la natura “afflittiva” dell’espulsione-sanzione amministrativa, e la sua assimilabilità, sotto tale profilo, alla sanzione penale³⁰.

Il suddetto rapporto di similitudine non desta di per sé alcuno stupore, sol che si consideri come profili di stringente affinità tra sanzioni penali e sanzioni amministrative vengano ormai pacificamente rinvenuti dalla dottrina penalistica, che – anche sulla scorta di un’impostazione inaugurata a livello sovranazionale dalla Corte europea dei diritti dell’uomo³¹ – è giunta ad individuare una sostanziale omogeneità tra le due tipologie di sanzioni (penale/amministrativa) sotto il profilo della natura afflittiva e degli scopi di prevenzione³².

Come è noto infatti, le più avanzate riflessioni teoriche in materia di illecito punitivo statale³³ hanno sostanzialmente fatto proprio l’orientamento interpretativo dominante in ambito europeo, secondo il quale la distinzione tra illecito amministrativo ed illecito penale andrebbe ricercata non tanto nelle definizioni formali di volta in volta fornite dal legislatore, quanto nella sintesi teleologica propria dalla sanzione presa in considerazione, la cui natura “punitiva” – *lato sensu* penale – dipenderebbe dal rinvenimento di una finalità preventiva, correlata alla gravità della sanzione stessa ed alla sua capacità afflittiva³⁴. Cosicché, nonostante la differente qualificazione nominalisti-

³⁰ Così anche, A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2013, p. 25.

³¹ Fra le tante pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo conformi a tale orientamento, si leggano, a titolo meramente esemplificativo, sent. 8 giugno 1976, *Engel v. Olanda*; sent. 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germania*.

³² C. PIERGALLINI, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, cit., p. 1387; C.E. PALIERO, *Sanzioni amministrative*, cit., p. 413; ID., *La sanzione amministrativa, profili sistematici*, Milano, 1988, p. 113; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 594 ss.

Si tratta di un più moderno approccio al tema della distinzione tra illecito penale ed illecito amministrativo, incentrato sulla valorizzazione dei profili sostanziali riguardanti gli interessi oggetto di tutela e le tecniche sanzionatorie, piuttosto che sull’impiego di criteri di ordine formale, attinenti alla soggettività giuridica dell’autorità che irroga la sanzione o alla denominazione formale utilizzata dal legislatore. Sul punto, F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 37 ss.

Per la concezione più risalente, che rinveniva una profonda eterogeneità di natura tra sanzione penale e sanzione amministrativa e che ricorreva a criteri distintivi di carattere prevalentemente formale, G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p. 38 ss.; F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, p. 223 ss.

³³ Detto anche “*illecito di diritto pubblico*”, secondo la definizione a suo tempo coniata da M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, p. 129 ss.

³⁴ Per una descrizione degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo sugli indicatori sostanziali della natura dell’illecito e per la descrizione dell’influenza che tale giurisprudenza ha avuto sulla dottrina italiana, F. CONSULICH, «*Materia penale*» e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 72 ss.; A. BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, 1992, p. 87 ss.

Il medesimo approccio si rinviene anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, almeno a partire dalla ormai celebre sentenza sul “*mais greco*”, A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, 1996, p. 119 ss.; ID., “*Europeizzazione*” del diritto penale commerciale?, in *Annali dell’Università di Ferrara*, 1996, p. 153 ss.

ca, tutte le misure punitive statali dovrebbero rispettare analoghi principi di garanzia, in modo da evitare che la scelta di una o piuttosto dell'altra qualificazione possa rappresentare una scorciatoia per abbassare o aggirare il presidio garantistico a favore dei soggetti che ne sono destinatari³⁵.

Impostati in questi termini i rapporti tra le tipologie di strumenti punitivi contemplate nell'ordinamento, non entra automaticamente in crisi la scelta del legislatore di configurare come illecito amministrativo il fatto dello straniero che entri irregolarmente nel territorio dello stato; al contrario, tale soluzione appare non soltanto legittima, ma anche irrilevante ai fini delle garanzie da offrire al destinatario della sanzione. Non vi è infatti alcun vincolo che obblighi il legislatore a preferire l'illecito amministrativo all'illecito penale, e viceversa. Semmai si pone l'esigenza di una riflessione più approfondita su altri importanti versanti, quali l'effettiva meritevolezza di pena del comportamento punito (in chiave penale o amministrativa), la reale efficacia preventiva della misura dell'espulsione e la logica efficientista che si cela dietro la sostanziale intercambiabilità tra strumenti di tipo penale e strumenti di tipo amministrativo nel settore dell'immigrazione irregolare.

In un'ottica di valorizzazione sia degli indici di meritevolezza di pena, sia dei profili funzionali dell'istituto dell'espulsione, diviene cruciale verificarne la corrispondenza con i principi di proporzione, sussidiarietà e di estrema *ratio* che, ove riferiti alla potestà punitiva dello Stato considerata nel suo complesso, interessano tanto l'illecito penale, quanto l'illecito amministrativo. Quando infatti l'illecito amministrativo interviene a sanzionare comportamenti analoghi per disvalore e modalità di condotta a quelli puniti dal diritto penale, non può che uniformarsi ai medesimi criteri orientativi di selezione dei fatti punibili.

Nondimeno, l'impiego dei richiamati criteri orientativi può suggerire una degradazione dall'illecito penale all'illecito amministrativo, che risulti motivata non soltanto dalla differente gravità dei comportamenti sanzionati o dall'entità dell'offesa arrecata al bene protetto, bensì anche dalla maggiore efficacia di un tipo di sanzione piuttosto che di un'altra, ai fini della prevenzione generale. Sicché può accadere che a parità di disvalore, la sanzione amministrativa venga preferita alla sanzione penale³⁶.

Con riguardo alla sanzione dell'espulsione e agli illeciti in materia di ingresso e soggiorno irregolare dello straniero, il passaggio dall'illecito penale all'illecito amministrativo risponde però ad uno schema inverso a quello pocanzi richiamato. In tale ambito infatti, il legislatore talvolta qualifica un medesimo fatto come *doppiamente illecito*, sia per il diritto penale sia per il diritto amministrativo, al solo scopo di rafforzare le concrete possibilità di esecuzione della sanzione amministrativa dell'espulsione, ed a prescindere da una adeguata considerazione della sua reale efficacia deterrente.

Nella legislazione in materia di migranti, con riguardo ad alcune fattispecie, alla progressione dall'illecito amministrativo all'illecito penale non corrisponde cioè un incremento di disvalore del fatto, tale da giustificare la maggiore gravità della risposta penale.

³⁵ Di recente, sul tema, anche F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2014, p. 337 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.

³⁶ In tal senso, F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, cit., p. 45.

Così non è, nell'esempio proposto dei rapporti tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 13 TUIMM e l'illecito penale di cui all'art. 10-*bis* TUIMM, ove il comportamento sanzionato dalla disposizione amministrativa risulta essenzialmente identico a quello incriminato dalla norma penale e la prevista sanzione penale di carattere pecuniario appare addirittura meno afflittiva della ben più severa sanzione dell'espulsione³⁷.

Inoltre, anche nei casi in cui l'illecito penale interviene a sanzionare condotte di inosservanza di disposizioni o provvedimenti della pubblica autorità, in genere susseguenti ad una precedente violazione di carattere amministrativo – come nel caso dei reati di inottemperanza dell'ordine di allontanamento del questore (art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quater*, TUIMM) –, la risposta penale, pur operando astrattamente come ultima *ratio*, e cioè soltanto dopo che sia intervenuta la sanzione extrapenale, nondimeno, sembra egualmente svolgere una funzione di mero supporto all'esecuzione del provvedimento di espulsione. Essa finisce infatti pur sempre con l'assecondare l'esigenza utilitaristica di aumentare le possibilità e le occasioni per predisporre l'allontanamento coatto dello straniero, piuttosto che attuare le finalità preventive connaturate allo strumento penale. Ciò è dimostrato dal fatto che l'eventuale esecuzione dell'ordine di espulsione interrompe sempre l'azione penale, obbligando il giudice ad emanare una sentenza di non luogo a procedere.

È evidente dunque come l'intero sistema delle incriminazioni sia asservito alla misura dell'espulsione, qualunque ne sia la qualificazione giuridica, vuoi quando essa rappresenta la conseguenza sanzionatoria di un illecito amministrativo, vuoi quando essa interviene in qualità di misura di sicurezza, o di sanzione alternativa alla detenzione, e così via.

Ne discende un quadro normativo in cui il diritto penale soggiace interamente al modello di “*ad hoc instrumentalism*”, poiché viene utilizzato per rendere nota alla pubblica autorità la presenza irregolare dello straniero che sia sfuggita agli organi di controllo amministrativi; o per rafforzare un procedimento di allontanamento forzato dal territorio nazionale già avviato in sede amministrativa e bisognoso della cooperazione della forza penale per la definitiva attuazione.

Siffatto nuovo modello è al contempo una derivazione ed una specificazione dei ben più noti paradigmi del “*diritto penale simbolico*”³⁸ o del “*diritto penale del nemico*”³⁹.

³⁷ F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1352-1355.

³⁸ Per i riferimenti al c.d. “diritto penale simbolico” si leggano, tra gli altri, W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 378 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997; M. CANCIO MELIÀ, “Diritto penale” del nemico?, in M. DONINI, M. PAPA (cur.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 65 ss.; J.L. DíEZ RIPOLLÉS, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, (trad. it. di A. MENGHINI), in L. STORTONI, L. FOFFANI (cur.), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, p. 149 ss.

³⁹ In ambito penalistico, è a tutti noto che il conio dell'espressione “diritto penale del nemico” si deve allo studioso tedesco G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 97, 1985, p. 753 ss.

Si leggano, nell'ambito di una sterminata letteratura in materia, M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 55 ss.; ID., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 274 ss.; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 797; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 666 ss.; A. PAGLIARO, “Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2460 ss.; A. GAMBERI, R. ORLANDI (cur.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*,

Esso condivide infatti alcuni elementi peculiari ad entrambe le suddette categorie, ma ne diverge quanto ad impostazione complessiva.

Così, ha in comune con il diritto penale c.d. “simbolico” l’idea che la sanzione penale debba servire a scopi diversi da quelli della prevenzione giuridica; e con il diritto penale c.d. “del nemico” l’orientarsi verso tipologie di autore presuntivamente riconosciute come pericolose.

Tuttavia, gli elementi di affinità con il diritto penale del nemico non vanno oltre la reciproca adesione ad un modello di trattamento giuridico che tende all’esclusione di specifiche tipologie di autore, ispirata però, in ognuno dei due suddetti ambiti del diritto penale, da concezioni opposte. Il diritto penale dell’immigrazione si muove infatti entro una prospettiva di segno inverso a quella che sta a fondamento dell’idea di impiegare il diritto penale come strumento di lotta contro il nemico. Mentre qui, l’obiettivo perseguito è di attuare al meglio, in concreto, il trattamento penale differenziato predisposto a carico di taluni soggetti, nel caso della disciplina del migrante invece, il fine realmente preso di mira non è l’attuazione effettiva della risposta penale astrattamente prevista, bensì la sua non-attuazione, in funzione servente all’innesco del principale strumento di controllo dell’immigrazione, che è per l’appunto l’espulsione.

In un caso dunque, il modello punitivo asseconda l’aspirazione di instaurare un regime giuridico penale differenziato per precise categorie di soggetti ritenuti pericolosi; viceversa, nell’altro caso, quello del diritto penale del migrante, lo scopo della legislazione penale è esattamente invertito: utilizzare l’astratta minaccia del trattamento penale discriminatorio non con l’intento di metterlo effettivamente in atto, ma esclusivamente per sfruttarlo come grimaldello per avviare le procedure di espulsione.

Con riferimento al rapporto di similitudine genetica con il diritto penale c.d. “simbolico”, da quanto sin qui detto emerge con evidenza come il diritto penale nei confronti dell’immigrato sia “simbolico” in un senso ancora diverso da quello tradizionalmente attribuito a tale nozione. Esso infatti piuttosto che sfruttare lo stigma sociale della sanzione penale a scopi propagandistici, senza cioè preoccuparsi della sua ineffettività, utilizza l’incriminazione come spunto per attuare l’espulsione, ossia come mero tassello di un approccio normativo di tipo utilitaristico.

In tale ottica di strumentalizzazione in senso pragmatico del diritto penale agli obiettivi politici che regolano la gestione delle migrazioni, il legislatore non sembra peraltro preoccuparsi troppo del significato “culturale” proprio della sanzione penale, né sembra volerne sfruttare la valenza simbolica a scopi pedagogici o di prevenzione generale; bensì, più banalmente, esso appare principalmente interessato ad adoperare il reato come indizio rivelatore di una situazione di irregolarità dello straniero idonea a giustificare l’espulsione.

Al contrario di quanto accade in altri ordinamenti inoltre, ove tale strumentalizzazione del diritto penale si traduce in una pericolosa flessibilizzazione delle garanzie formali e in un altrettanto odioso ampliamento dei poteri discrezionali dell’autorità giudiziaria e degli organi di polizia⁴⁰, nel nostro ordinamento, il modello appena deli-

Milano, 2007; M. CANCIO MELIÁ, J. GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I e II, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006.

⁴⁰ A. SKLANSKY, *Crime Immigration and Ad Hoc Instrumentalism*, cit., p. 197 ss.

neato si mostra formalmente rispettoso sia dei principi costituzionali, sia delle istanze garantiste. Ciò che ne denota la natura “strumentale”, nascosta dietro il manto di una legalità costituzionale di facciata, è dunque esclusivamente il suo porsi come semplice tessera per il completamento di un mosaico normativo ispirato a finalità del tutto estranee alle finalità proprie della pena e del diritto penale.

Sicché, in conclusione, l'impostazione funzionalistica dell'*effetto utile*⁴¹ priva di credibilità razionale le fattispecie incriminatrici del settore, in quanto le concepisce sin dall'inizio come destinate al fallimento. Quandanche infatti si riuscisse ad intravedere in esse un bene giuridico meritevole di protezione, una condotta offensiva e prima ancora una condotta in senso stretto (se tale può ritenersi il semplice fatto di aver varcato i confini della nazione, ovvero della permanenza entro tali confini⁴², nondimeno, la scelta politico/criminale di sanzionare l'entrata ed il soggiorno illegali apparirebbe comunque profondamente in contrasto con le ragioni di prevenzione generale e di prevenzione speciale che devono pur sempre stare alla base di qualunque intervento di tipo penale, anche ove semplicemente rivolto in chiave simbolica alla promozione culturale degli interessi protetti.

4. *L'espulsione come sanzione sostitutiva e come misura di sicurezza*

Ad ulteriore riprova del polimorfismo della misura dell'espulsione basti considerare come essa venga in rilievo anche come misura alternativa alla detenzione (o come sanzione sostitutiva) e come misura di sicurezza, oltre che, come pocanzi indicato, come sanzione amministrativa.

L'art. 16 TUIMM disciplina l'espulsione “sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione” e ne subordina l'applicazione ai seguenti presupposti: *a*) sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art.* 444 c.p.p. per reati non colposi; *b*) irrogazione di una pena detentiva non superiore a due anni; *c*) insussistenza delle condizioni necessarie per la concessione della sospensione condizionale della pena; *d*) insussistenza di cause ostative all'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera *ex art.* 14 TUIMM. Inoltre, la sanzione sostitutiva dell'espulsione può essere disposta dal giudice nei casi di condanna da parte del Giudice di pace per il reato di cui all'art. 10-*bis* TUIMM (ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato), salvo che non sussistano condizioni ostative che impediscono l'esecuzione immediata della misura⁴³.

Il dibattito sviluppatosi in dottrina e in giurisprudenza sulla legittimità costituzionale della disciplina appena richiamata e sulla conformità di essa ai requisiti peculiari tipici delle sanzioni sostitutive ancora una volta conferma come l'approccio strumentale

⁴¹ Il termine è preso in prestito dal diritto di matrice europea ove denota un criterio che sta a fondamento del riparto di competenze tra Unione e stati membri.

⁴² Per l'idea che il diritto penale dell'immigrato non sia un diritto penale del fatto, A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal law and Philosophy*, 2013.

⁴³ Per una descrizione della disciplina, A. CAPUTO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 224 ss.

del legislatore che ispira l'intera disciplina penale dell'immigrazione abbia prevalso sulla coerenza sistematica e sulla necessità di un'adeguata qualificazione formale degli istituti impiegati; senza che il vaglio degli organi costituzionali deputati a contenere gli eventuali esiti irragionevoli di una tale impostazione efficientista sia riuscito ad individuare punti di frattura con il sistema delle garanzie costituzionali.

Non a caso infatti, la Corte costituzionale non ha rinvenuto alcun vizio di costituzionalità nella previsione dell'espulsione come sanzione sostitutiva, motivando la dichiarazione di infondatezza delle questioni sollevate con l'argomento della natura amministrativa e non penale della misura, che permarrebbe anche quando, come nel caso del suo operare in funzione di sanzione sostitutiva, essa sia disposta dal giudice penale e non dalla pubblica autorità⁴⁴.

La copertura costituzionale ritagliata *ad hoc* a vantaggio della previsione in questione non ha però dissipato le perplessità circa la sua illegittimità.

Il diverso *nomen iuris* utilizzato dalla Consulta suona infatti come un'evidente "truffa delle etichette" messa in campo per delineare un regime speciale dell'espulsione-sanzione sostitutiva la quale verrebbe così collocata fuori dalla cornice dei principi regolatori dell'istituto. In base a questi ultimi invero, come è noto, le sanzioni sostitutive vengono considerate vere e proprie sanzioni penali, a spiccata funzione special-preventiva⁴⁵. La coerenza delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi con le istanze di prevenzione speciale che ne stanno alla base renderebbe tali misure sanzionatorie conformi ai paradigmi fondamentali della pena, anche laddove dietro la scelta di introdurre vi fossero prevalenti esigenze pratiche di deflazione carceraria.

Sicché, ove si recide il nesso con la *ratio* di prevenzione speciale, il fondamento teorico della sanzione sostitutiva viene meno. Ciò accade, per l'appunto, nel caso dell'espulsione di cui si discute il cui regime deroga a tal punto quello delle sanzioni sostitutive non soltanto da far dubitare della corretta qualificazione giuridica della misura⁴⁶, ma soprattutto da far ritenere che gli scopi da essa perseguiti siano radicalmente eterogenei rispetto a quelli propri delle sanzioni sostitutive. Questi ultimi infatti in parte sembrano rivolti al contenimento del sovraffollamento carcerario; in parte – soprattutto per l'ipotesi di applicazione della misura in sostituzione della pena disposta per il reato di cui all'art. 10-*bis* TUIMM – soddisfanno la dinamica efficientista del trattamento giu-

⁴⁴ Corte cost., ord. 14 luglio 1999, n. 369. Tale orientamento è stato ribadito anche in pronunce successive, riguardanti la previsione di cui all'art. 16, comma 5, TUIMM dell'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione nei confronti di stranieri condannati a pena detentiva anche residua non superiore a due anni (Corte cost., 23 dicembre 2004, n. 422; Corte cost., 15 luglio 2004, n. 226).

⁴⁵ C. FIORE, voce *Sanzioni sostitutive*, in *Enc. giur. Treccani, Postilla di Aggiornamento*, XXVIII, Roma, 1998, p. 1 ss.; F. MENCARELLI, voce *Sanzioni sostitutive*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, p. 1 ss.; E. DOLCINI, *Le sanzioni sostitutive «applicate in sede di condanna»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1400 ss.

Con riguardo alla peculiarità della sanzione sostitutiva dell'espulsione, L. CORDÌ, *L'espulsione dello straniero*, Milano, 2011, p. 39 e L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2013, p. 278 e 279, il quale giunge a dubitare della natura di sanzione sostitutiva dell'espulsione *ex art. 16* TUIMM considerandola una ipotesi speciale di sospensione condizionale della pena disposta per motivi di deflazione carceraria.

⁴⁶ Il problema della deviazione soltanto nominale dai canoni dell'istituto sarebbe sì importante ma comunque non decisiva, in un'ottica sostanzialistica di valorizzazione della razionalità propria delle scelte normative anche oltre le etichette formali.

ridico del migrante, vale a dire assecondano l'obiettivo primario di praticarne l'allontanamento dal territorio nazionale.

Un segno evidente della prevalenza della logica efficientista sulla "tenuta" della disciplina in chiave teorica si rintraccia proprio nella previsione da ultimo richiamata dell'espulsione come sanzione da applicarsi in via sostitutiva in caso di condanna per il reato di ingresso o soggiorno illegale dello straniero (art. 10-*bis* TUIMM), che, come è noto, è oggi punito soltanto con pena pecuniaria. In tale ipotesi, ove la misura dell'espulsione sostituisce non già, come dovrebbe essere, una pena detentiva breve bensì addirittura una pena pecuniaria, il quadro dei criteri che devono guidare il giudice nella scelta della tipologia di sanzione sostitutiva da applicare è completamente scardinato⁴⁷; sia perché la sanzione sostituita risulta di gran lunga meno afflittiva della sanzione sostitutiva⁴⁸, sia perché il giudice non potrà in alcun modo tenere conto delle esigenze di risocializzazione del condannato, dato il carattere non detentivo della pena comminata da sostituire⁴⁹.

In più, al contrario delle altre sanzioni sostitutive per le quali la legge prevede plurime ipotesi di revoca e di conversione⁵⁰, l'espulsione dello straniero, è di fatto irrevocabile e non convertibile; per l'ovvio motivo che ogni decisione giudiziaria in tal senso sarebbe in concreto ineseguibile.

Quanto alla previsione dell'espulsione come misura di sicurezza, la disciplina del TUIMM (art. 15) ne estende le ipotesi applicative oltre i casi previsti all'art. 235 c.p., anche ai casi di condanna per taluno dei reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p.⁵¹.

Ciò determina una dilatazione dei presupposti oggettivi della misura ben oltre le circoscritte ipotesi in precedenza previste, ingenerando un'intollerabile deviazione dalla *ratio* di prevenzione generale e di prevenzione speciale propria della misura, sia a livello teorico, sia nell'originaria regolamentazione codicistica.

Quanto al versante teorico, sarebbe superfluo in questa sede ricordare sia che dottrina consolidata assegna alle misure di sicurezza in primo luogo una funzione di prevenzione speciale, consistente nella riduzione del rischio che il soggetto socialmente pericoloso commetta in futuro nuovi reati⁵²; sia che non è mancato chi ne ha evidenziato

⁴⁷ Per una lucida descrizione di tali criteri, A. PAGLIARO, *Le sanzioni sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, ora in *Il diritto penale tra norma e società*, vol. III, Milano, 2009, p. 997 ss.

⁴⁸ Sul contenuto meno afflittivo delle sanzioni sostitutive rispetto alla pena sostituita, tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, voce *Sanzioni sostitutive*, in *Enc. dir.*, Torino, 1989, p. 492 e 493.

⁴⁹ Anche la Corte di Giustizia UE ha più volte ribadito la conformità con la direttiva rimpatri della facoltà attribuita al giudice di pace di sostituire la pena pecuniaria del reato di cui all'art. 10-*bis* TUIMM con la sanzione sostitutiva dell'espulsione (CGUE 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor*; CGUE ord. 21 marzo 2013, causa C-522/11, *Mbaye*). Ciò confermerebbe quanto da noi evidenziato *retro* circa la sostanziale identità di fini tra la politica legislativa europea in materia di immigrazione e la legislazione nazionale del settore.

⁵⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, voce *Sanzioni sostitutive*, cit., p. 509 ss.

⁵¹ Si tratta, come è noto, dei casi per i quali sono previsti l'arresto obbligatorio e l'arresto facoltativo in flagranza di reato.

Per una descrizione della disciplina prevista nel TUIMM, A. CALLAIOLI, *sub art. 15 Dlg. 25 luglio 1998, n. 286*, in T. PADOVANI (cur.), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007; A. CAPUTO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 215 ss.; L. CORDÌ, *L'espulsione dello straniero*, cit., p. 29 ss.

⁵² A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, p. 1245; ID., *Relazione ministeriale sul progetto definitivo del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, parte I, 1929, p. 15 e 16; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2011, p. 848; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 820.

anche il fine di prevenzione generale, realizzato attraverso la tecnica del riadattamento sociale del reo⁵³.

Prima che venisse introdotta una legislazione *ad hoc* in materia di immigrazione, la disciplina dell'espulsione quale misura di sicurezza contenuta nel codice penale appariva nel complesso coerente con il suddetto impianto teorico, sia sotto il profilo della corrispondenza alla genesi storica delle misure di sicurezza, sia sul versante dell'adeguatezza rispetto alle funzioni proprie delle citate misure. Nelle disposizioni codicistiche infatti, l'espulsione dello straniero – in ragione della sua natura particolarmente afflittiva –, poteva essere disposta soltanto a fronte della commissione di reati di particolare gravità, per i quali fosse comminata una condanna alla reclusione non inferiore a dieci anni di reclusione (art. 235 c.p.); o per reati contro la personalità dello Stato (art. 312 c.p.).

Con la successiva entrata in vigore della normativa nei confronti dei migranti, da un lato, la previsione della possibilità di impiegare la misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero anche per reati di minore gravità rispetto alle incriminazioni di cui all'art. 312 c.p., quali sono quelli richiamati agli artt. 381 e 382 c.p.p., dall'altro lato, la modifica della soglia edittale di pene detentive ben al di sotto del limite di dodici anni di reclusione di cui all'art. 235 c.p., hanno svincolato il regime giuridico della misura in questione da ogni corretta valutazione di proporzione tra gravità del fatto e tipologia di misura di sicurezza stabilita dalla legge⁵⁴.

Lo sviamento dal principio di proporzione realizzatosi in sede di astratta previsione legislativa peraltro non è stato neppure controbilanciato dal presupposto soggettivo della pericolosità sociale, in quanto la particolare afflittività della misura *de qua* ne ha reso in ogni caso ingiusta l'applicazione fuori dai casi di cui agli artt. 235 e 312 c.p., nonostante l'accertamento in concreto della pericolosità sociale del soggetto che ne è destinatario⁵⁵.

Nell'ambito delle misure di sicurezza invero, la commissione del fatto di reato è concepita come il primo indice della pericolosità del soggetto⁵⁶, tanto che tipologia e durata minima variano a seconda della gravità del fatto commesso. Cosicché, alla stregua di tale impostazione, l'ampliamento del ventaglio dei reati presupposto con riguardo alla misura dell'espulsione per un verso, sembra indicare al giudice se non una vera e propria presunzione, per lo meno un serio e fondato sospetto di pericolosità per lo straniero che sia autore di reati, di qualunque tipologia; e per altro verso, rivela ancora una volta come l'allontanamento forzato rappresenti il cardine attorno al quale ruota il trattamento giuridico dello straniero (migrante).

Ciò spiega la metamorfosi genetica subita dalla misura di sicurezza *de qua* a seguito del suo ingresso entro l'alveo della disciplina dell'immigrazione. Prima di quel momento infatti, essa veniva prevista come strumento sanzionatorio riservato agli stranieri, che avessero compiuto reati gravi o avessero offeso l'integrità dello stato, a condi-

⁵³ A. PAGLIARO, *Sanzione: II) sanzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXVIII, Roma, 1991; ora in *Il diritto penale tra norma e società*, cit., vol. III, p. 1029 ss.

⁵⁴ Sui rapporti tra proporzione e misure di sicurezza, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 336 ss.

⁵⁵ Sulla natura di sanzioni penali delle misure di sicurezza e sulla loro spiccata finalità di prevenzione generale che le contraddistingue, per tutti A. PAGLIARO, *Sanzione: II) sanzione penale*, cit., vol. III, p. 1028 ss.

⁵⁶ C. PELUSO, voce *Misure di sicurezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 149.

zione che fossero altresì socialmente pericolosi; con l'entrata in vigore della legislazione in materia di immigrazione, la misura di sicurezza dell'espulsione, pur rimanendo formalmente applicabile allo "straniero" di cui sia stata accertata la pericolosità sociale, diviene in effetti un mezzo di neutralizzazione dell'"immigrato".

5. Considerazioni conclusive

Nel breve spazio di questo intervento si è tentato di evidenziare come l'obiettivo politico di contenere il fenomeno migratorio attraverso una strategia di chiusura delle frontiere e di respingimento dello straniero abbia pervaso l'intera disciplina giuridica del migrante, tanto sul versante degli strumenti di carattere penale, quanto sul versante del diritto extrapenale.

In tale prospettiva, la misura dell'espulsione dello straniero dimostra di possedere un rilievo paradigmatico, considerato che il TUIMM ne fa largo impiego sotto forme giuridiche diverse, con l'intento di adeguarla di volta in volta alle esigenze dello specifico ambito dell'ordinamento nel cui contesto interviene, senza però farne mutare né il contenuto afflittivo, né la finalità pratica tramite essa in concreto perseguita.

Sicché, la pervicacia con la quale il legislatore moltiplica la gamma delle occasioni in cui, indifferentemente, l'autorità amministrativa o l'autorità giudiziaria possono disporre l'espulsione del migrante⁵⁷ rivela come nel complesso tutta la regolamentazione giuridica del fenomeno migratorio, anche ove di natura extrapenale, sia connotata in termini afflittivi, in quanto globalmente orientata verso la realizzazione dello scopo dell'allontanamento forzato. Ed è indubbio che, non soltanto nell'ottica particolaristica della categoria di soggetti che ne sono destinatari, ma altresì in ragione delle libertà che essa comprime, l'espulsione coatta costituisca di certo una tra le più gravi forme di reazione dell'ordinamento alle condotte di immigrazione.

Nondimeno, il rilievo centrale attribuito alla misura esaminata in queste pagine, oltre a disvelare il carattere nel suo insieme repressivo della legislazione penale e amministrativa in materia di immigrazione, appare altresì indicativo di un'altra pericolosa tendenza normativa: la strumentalizzazione al massimo livello degli istituti giuridici verso uno scopo politico di volta in volta selezionato come prioritario, attuata ad ogni costo, talvolta anche omettendo di compiere una preventiva ponderazione della compatibilità della finalità politica prescelta con i fini propri degli strumenti del diritto impiegati, e con i correlativi principi fondamentali di riferimento.

Nell'ottica di tale utilitarismo estremizzato, l'effetto dell'allontanamento del migrante dai confini nazionali viene infatti perseguito ad ogni costo, camuffando la pericolosa subordinazione del diritto al fine pratico voluto dietro lo schermo di facciata di un'apparente conformità ai principi fondamentali e al diritto costituzionale.

Siffatto *trend* non è di certo peculiare soltanto dell'ordinamento italiano. Esso, come detto, risulta in linea con gli *standard* della legislazione europea ed emerge con

⁵⁷ La precedenza accordata all'espulsione per esempio trova un'ennesima conferma nella disciplina dei commi 5-bis e 5-ter dell'art. 16 TUIMM, introdotti dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazione dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, che rafforzano la collaborazione tra polizia penitenziaria e questura per l'accelerazione delle procedure di rimpatrio da attuare nei confronti degli immigrati detenuti.

evidenza anche negli ordinamenti angloamericani. Nondimeno, se nell'ambito dei sistemi di *common law*, tradizionalmente meno vincolati al principio di legalità, l'impostazione appena segnalata talora produce un'effettiva deviazione dalle garanzie dell'individuo e dai principi fondamentali del diritto, nel nostro ordinamento giuridico invece, il piegarsi della "forma" a vantaggio della "sostanza" non avviene sempre al costo di una totale rinuncia ad una copertura costituzionale. Al contrario, esso sovente si sviluppa entro, e non contro, i limiti imposti dal diritto costituzionale.

Ciò rende il prevalere della logica efficientista più pernicioso di quanto non sarebbe ove si potesse contrastarne gli eventuali esiti illegittimi nelle opportune sedi giurisdizionali. L'ambiguità dell'approccio legislativo infatti riduce in concreto le possibilità di mutare il "volto" del sistema attraverso gli ordinari strumenti del diritto perché contribuisce a renderlo formalmente inattaccabile, in ragione della sua sostanziale conformità al diritto costituzionale.

Così pertanto, il piano della discussione critica inevitabilmente si sposta dal più sicuro ambito del dibattito giuridico verso il più incerto e mutevole terreno di una valutazione in chiave esclusivamente teleologica degli scopi che si ritiene possano legittimamente assegnarsi al diritto. In altri termini, una volta eliminati dal campo i rilievi circa le violazioni del diritto costituzionale e dei diritti umani, la riflessione sulla ragionevolezza delle scelte legislative compiute in materia di immigrazione assume un contenuto spiccatamente politico, che in parte travalica le ragioni stesse del diritto.

L'inesorabile mutamento del piano del discorso dal campo del diritto al campo dell'opportunità o della razionalità politica, come unico antidoto contro l'approccio repressivo del legislatore, trova conferma nel fatto che si è potuto rimediare ad un palese eccesso repressivo, soltanto quando questo ha riguardato norme penali incriminatrici (caso *El Dridi*); o quando si è trattato di eliminare l'obbligatorietà del ricorso alla misura di sicurezza dell'espulsione *ex art. 15 TUIMM*; ovvero ancora, quando si è fatta valere l'illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della clandestinità, ossia in tutti i casi in cui il contenuto di specifiche disposizioni giuridiche è apparso difforme sia dal diritto costituzionale, sia dal diritto sovranazionale vincolante. Al contrario, non sembra che l'ordinamento giuridico disponga di valide *chances* per salvaguardarsi contro gli eccessi punitivi, ove questi siano peculiari di un'intera regolamentazione giuridica e non di singoli istituti; e per di più si celino tra le maglie di una disciplina formalmente ineccepibile sul versante della conformità ai principi fondamentali.

Mentre in effetti si possono efficacemente contrastare ipotesi di deviazione dai principi fondamentali che siano specifiche ed isolate, viceversa, nel quadro degli ordinari strumenti di tutela offerti dall'ordinamento, le possibilità di reazione divengono minime – se non addirittura inesistenti –, quando la sproporzione della risposta punitiva non sia di carattere puntiforme, ma connoti un intero sistema normativo, composto da istituti giuridici eterogenei, i quali siano però di per sé, singolarmente considerati, del tutto conformi a Costituzione; o comunque suscettibili di una lettura costituzionalmente orientata.

Condotte dei migranti tra rigori normativi e giurisprudenza costituzionale ed europea. Il ruolo dell'interpretazione*

*Ignazio Pardo **, Cristina Ingrao ****

SOMMARIO: 1. L'ampiezza del diritto d'asilo nella normativa costituzionale e sovranazionale. – 2. Il rigore del quadro normativo nazionale. – 3. La sconfessione del rigore normativo da parte di giurisdizioni superiori: una selezione di decisioni rilevanti (Corte Edu *El Dridi, Hirsi Jamaa, Sharifi*; Corte cost. n. 249/2010). – 4. Il tema della irrilevanza penale del fatto di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 ed in forza del nuovo art. 131-bis c.p. – 5. La disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo in tema di violazione dell'art. 14 e dell'art. 13 T.U.

1. L'ampiezza del diritto d'asilo nella normativa costituzionale e sovranazionale

Una compiuta analisi delle fonti normative riguardanti la disciplina ed il trattamento dei migranti nel nostro come negli altri paesi europei, evidenzia una ampia divaricazione tra i diritti previsti dalle norme costituzionali e sovranazionali e le regole in concreto dettate dal legislatore italiano sotto la spinta del fenomeno dell'immigrazione. A fronte, infatti, di normative di ampia garanzia e spesso introducenti obblighi a carico degli stati ove i flussi migratori comportano l'arrivo di numerosi soggetti da paesi extraeuropei, la disciplina dettata dal legislatore nazionale, che va detto ha certamente operato non di esclusiva iniziativa propria, bensì sotto la pressione di un'opinione pubblica e di parte della stampa, che ha chiaramente individuato nella immigrazione una delle ragioni dei mali e della crisi economica – finanziaria di questo paese, è stata caratterizzata non soltanto dalla criminalizzazione generalizzata del migrante, ma anche dalla sperimentazione di forme di respingimento di massa. A fronte di discipline siffatte è obbligo dell'interprete operare un concreto sforzo di armonizzazione con le previsioni di natura sovraordinata anche a costo di sacrificare quegli scopi perseguiti dal legislatore attraverso strumenti in contrasto con principi fondamentali della nostra Costituzione adottati frettolosamente e senza un'adeguata riflessione, solo per rispondere a sollecitazioni provenienti da alcuni strati dell'opinione pubblica.

Di seguito ci si propone lo scopo di evidenziare gli orientamenti più interessanti in

* La presente relazione svolta dal dott. Ignazio Pardo in occasione del convegno "Traffico di migranti: Sicilia, Italia, Europa?", tenutosi in data 20 novembre 2014, è stata predisposta con la collaborazione della dott.ssa Cristina Ingrao. Gli autori hanno discusso e condiviso l'intero testo, che è stato materialmente redatto da Cristina Ingrao per i § 2 e 3 e da Ignazio Pardo per i § 4 e 5.

** Consigliere della Corte di Cassazione.

*** Avvocato presso il Foro di Palermo.

relazione a tale ampia divaricazione e proporre a sua volta ulteriori strumenti che possano operare in tal senso, evidenziando gli arresti giurisprudenziali che hanno già attuato la disarticolazione di un sistema normativo incentrato su una generalizzata criminalizzazione di individui spesso soggetti a forme di discriminazione e persecuzione nei paesi d'origine.

Il diritto d'asilo è notoriamente tra i diritti fondamentali dell'uomo e nel nostro ordinamento è riconosciuto a ciascun individuo a cui sia impedito, nel paese d'origine, l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (art. 10, comma 3, Cost.).

L'istituto del diritto di asilo non coincide, però, con quello del riconoscimento dello *status* di rifugiato, per il quale non è sufficiente che nel Paese di origine siano generalmente comprese le libertà fondamentali, ma occorre che il singolo richiedente abbia subito, o abbia il fondato timore di poter subire, specifici atti di persecuzione.

Il dettato costituzionale sul diritto di asilo, però, non è stato attuato, mancando ancora una legge organica che ne stabilisca le condizioni di esercizio, anche se la giurisprudenza ha stabilito la possibilità di riconoscere il diritto di asilo allo straniero anche in assenza di una disciplina apposita¹.

Il riconoscimento dello *status* di rifugiato è, invece, entrato nel nostro ordinamento con l'adesione alla Convenzione di Ginevra, del 28 luglio 1951, che definisce lo stesso, e alla Convenzione di Dublino, del 15 giugno 1990, sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri della Comunità europea.

La Convenzione di Ginevra, offre una nozione universalmente riconosciuta di rifugiato internazionale. In essa, in particolare, si afferma che un rifugiato è colui che “temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese” (art. 1, lett. A, n. 2).

In essa viene sancito il principio di non respingimento, in forza del quale una persona che chiede protezione non può essere in nessun caso respinta verso luoghi dove la sua libertà e la sua vita sarebbero minacciati.

Del diritto di asilo si occupa, a livello sovranazionale, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale prevede due articoli di riferimento.

L'art. 18, rubricato “*Diritto di asilo*”, dispone che: “il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea”.

L'art. 19, invece, rubricato “*Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione*”, dispone, al comma 1, che “le espulsioni collettive sono vietate” e, al secondo, che “nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”.

Proprio quest'ultima norma ha assunto una funzione fondamentale nel definire il-

¹ Cass., sez. un., 6 maggio 1997, n. 4674.

gittimi quegli accordi conclusi da uno degli Stati membri e finalizzati a realizzare in concreto espulsioni collettive.

In tale contesto e sotto la pressione di eventi storici fondamentali, caratterizzati da un massiccio afflusso di immigrati nei Paesi europei, l'Unione Europea ha ritenuto necessario dotarsi di una normativa diretta a tutti gli Stati membri.

All'interno di questa normativa comune, si colloca la direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri), la quale ha introdotto norme e procedure che riguardano il rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sul territorio comunitario risulta essere irregolare.

Il suo precipuo scopo è quello di stabilire regole comuni concernenti il rimpatrio, l'allontanamento, l'uso di mezzi coercitivi, la detenzione, i divieti d'ingresso. L'indirizzo politico ed il sistema ad esso strumentale sono riassumibili nei seguenti capisaldi:

a) preferire il rimpatrio volontario a quello forzato. Quest'ultimo, infatti, potrà essere scelto solo nel caso in cui vi sia il rischio di fuga del soggetto, o se la persona costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale; il periodo di partenza volontaria può non essere concesso, o essere concesso per un termine inferiore a 7 giorni; *b)* dare per certo un periodo per consentire il rimpatrio volontario; *c)* assicurare per il rimpatrio una specifica, qualificata, assistenza e consulenza; *d)* garantire assistenza legale d'ufficio al fine di assicurare la protezione degli interessi individuali avverso le decisioni di rimpatrio; *e)* il ricorso al trattenimento ai fini dell'allontanamento deve essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti. Il trattenimento è giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o effettuare l'allontanamento, e qualora l'uso di misure meno coercitive sia insufficiente; *f)* nei casi nei quali si applichi il "trattenimento", devono comunque essere rispettati i diritti fondamentali e la detenzione garantita in strutture specializzate.

Questione centrale diviene, pertanto, quella di definire quale sia lo *status libertatis* del soggetto nel periodo tra l'adozione della decisione di rimpatrio e la sua effettiva esecuzione, specie qualora alla stessa l'interessato non si conformi volontariamente.

In linea di principio, possono essere adottate misure "cautelative", ma non di tipo detentivo. Misure di tipo coercitivo possono essere adottate soltanto, in ultima istanza, se il soggetto oppone resistenza all'esecuzione materiale del rientro.

Quanto alla detenzione a scopo di esecuzione del rimpatrio, in particolare, i principi generali riassunti sono concretizzati nella disciplina degli artt. 15 e 16 come:

a) il principio di *extrema ratio*; *b)* la delimitazione funzionale: la detenzione è consentita solo al fine di preparare il rientro o effettuare l'allontanamento; *c)* i presupposti oggettivi: (1) rischio di fuga; (2) aggiramento o altri impedimenti frapposti dal destinatario alla preparazione del rientro; *d)* i limiti di durata (1) cronologici puri: il più breve periodo possibile, e comunque non superiore a sei mesi prorogabile al massimo di ulteriori 12 mesi; (2) analogici: soltanto per la durata dei preparativi e dell'esecuzione materiale delle operazioni strumentali al rientro; *e)* i requisiti di forma e procedimentali; *f)* i requisiti "logistici".

La direttiva porta avanti, nella sua stesura, un sistema gradualistico: un sistema, cioè, che va dalla misura che consente il maggior grado di libertà personale per giunge-

re a quelle di massima limitazione consentita, cioè il trattenimento in strutture a ciò specificamente destinate.

Essa è indirizzata ai cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno in uno dei Paesi membri UE è irregolare; tale condizione sarà concretizzata solo quando non saranno soddisfatte le condizioni di ingresso stabilite dall'art. 5 del codice frontiere Schengen, oppure altre condizioni di ingresso, soggiorno o residenza nello Stato interessato fissate dalla legislazione interna, come l'avvenuta scadenza del permesso di soggiorno.

Sussistono, però, anche delle ipotesi di esclusione dell'applicabilità, alcune delle quali nella disponibilità degli Stati membri, le quali si verificano: 1) qualora vi sia stato un tentativo di attraversamento della frontiera, come nel caso di respingimento; 2) qualora i soggetti siano stati fermati, o scoperti, in occasione dell'attraversamento, e non abbiano ottenuto l'autorizzazione o il riconoscimento del diritto di soggiorno dello Stato membro interessato.

La conseguenza è che la direttiva, in tal modo, potrebbe essere applicata solo alle ipotesi in cui l'espulsione riguarda un cittadino già presente nel territorio nazionale, ma non a tutte le ipotesi che riguarderanno una qualsivoglia situazione riconducibile ad un caso di ingresso sul territorio dello Stato.

La seconda deroga da parte degli Stati membri all'applicazione della direttiva rimpatri potrà verificarsi qualora il cittadino terzo interessato sia sottoposto a rimpatrio come sanzione penale, o come conseguenza di una sanzione penale, oppure, ancora, qualora sia soggetto a procedura di estradizione. La finalità della previsione derogatoria sembra quella di non interferire con eventuali provvedimenti posti in essere dall'autorità giudiziaria.

2. Il rigore del quadro normativo nazionale

Dal punto di vista dell'ordinamento interno, la normativa di riferimento è contenuta nel Testo Unico Immigrazione, di cui al d.lgs. n. 286/1998 e successive modifiche; quanto agli interventi normativi di riforma del suddetto t.u. si segnalano come particolarmente rilevanti i c.d. pacchetti sicurezza 2008, 2009 e 2011, i quali hanno dapprima introdotto i principi della repressione penale dell'immigrazione clandestina, per poi modificarli, a seguito delle bocciature della Corte Edu e della Corte costituzionale, con l'intento di aggirare le plurime censure provenienti dai giudici sovranazionali.

La norma principale che stabilisce la rilevanza penale della condotta è contenuta nell'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286/1998, rubricato "Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato"².

² Art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998: "1. 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'articolo 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'articolo 162 del codice penale.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1, ovvero allo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale.

3. Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-*bis*, 20-*ter* e 32-*bis* del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274.

4. Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richie-

L'articolo oggetto del nostro interesse non è stato modificato dalla legge n. 129/2011 (recante "Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento delle direttive 2008/115/CE sul rimpatrio di cittadini di paesi terzi irregolari"), nella parte in cui prevede la non punibilità dello straniero individuato come irregolare durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale; ma, ad ogni modo, permangono dubbi di incompatibilità di tale norma, in combinato disposto con l'art. 16 t.u., che prevede la possibilità di procedere all'espulsione immediata a titolo di sanzione sostitutiva, con l'art. 7 della direttiva rimpatri, che prescrive, invece, come regola il rimpatrio volontario. Questa posizione è stata fatta propria, tra l'altro, da alcuni Giudici di pace che hanno disapplicato l'art. 10-*bis*.

La criminalizzazione della figura del migrante in quanto tale stride con la visione dell'illecito penale prospettata dalla nostra Costituzione. La scelta tra sanzioni penali e amministrative deve ispirarsi alle indicazioni politico-criminali ricavabili dalla Costituzione, e, segnatamente, al criterio di sussidiarietà, per il quale il ricorso alla sanzione penale dovrebbe costituire l'ultima *ratio*, in mancanza di tecniche di controllo sociale provviste di un analogo grado di efficacia; e al criterio generale di congruenza degli strumenti normativi in rapporto alle finalità da perseguire, e, quindi, di adeguatezza del trattamento sanzionatorio alla gravità del fatto commesso.

Non solo; la generalizzata criminalizzazione della immigrazione clandestina rischia di confliggere apertamente con l'ampiezza del diritto d'asilo riconosciuto dalla carta costituzionale che deve essere riconosciuto ad ogni individuo proveniente da un paese ove è sottoposto a persecuzione ovvero secondo la disciplina dettata dalla Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea nei riguardi di ogni soggetto la cui espulsione può esporlo a trattamenti disumani o comunque anche solo degradanti. Ne consegue che l'armonizzazione necessaria ed indispensabile della norma incriminatrice di cui al citato art. 10-*bis* con tali principi sovranazionali e sovraordinati deve portare a dubitare della sua legittimità costituzionale ed ove tale scoglio sia superato comunque impone una interpretazione secondo cui non può esservi punizione penale nei confronti di soggetti aventi titolo al riconoscimento del diritto d'asilo o allo *status* di rifugiato.

Ed ancora, ci si chiede se l'espulsione disposta in conseguenza dell'art. 10-*bis* ricada tra quelle previste dall'art. 2, par. 2, lett. *b*), che ammette la facoltà di escludere dall'ambito di applicazione della direttiva le espulsioni disposte come conseguenza di una sanzione penale. In effetti, il reato di immigrazione clandestina sarebbe stato inserito proprio per consentire al nostro Paese di avvalersi di tale possibilità.

sto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato.

5. Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale.

6. Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

L'art. 10-*bis* si apre, al comma 1, con la clausola di riserva “salvo che il fatto costituisca più grave reato”, la cui funzione è quella di circoscrivere l'ambito di applicazione delle due figure di reato alle ipotesi in cui la condizione di ingresso o di permanenza illegale non costituiscono elemento tipico di altra e più grave ipotesi criminosa.

Nella sua veste finale l'art. 10-*bis* si caratterizza, oltre che per il passaggio dal paradigma delittuoso a quello contravvenzionale, per la previsione di due distinte fattispecie incriminatrici: la prima punisce, come già nella versione originaria, la violazione delle norme amministrative che regolano l'ingresso nel territorio dello Stato; la seconda fattispecie sanziona, invece, il comportamento dello straniero che, entrato legalmente, “si trattiene” in violazione delle norme che disciplinano la permanenza nel territorio italiano.

Al proposito si segnalano diversi interventi giurisprudenziali che hanno chiarito la struttura del suddetto reato.

In particolare, si è affermato che la contravvenzione prevista dall'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286/1998 non punisce la mera condizione di straniero irregolare, ma incrimina due specifici comportamenti, lesivi dell'interesse statale al controllo e alla gestione dei flussi migratori secondo un determinato assetto normativo, e, cioè, il “fare ingresso nel territorio dello Stato” (condotta attiva istantanea) ed il “trattenersi” nel territorio medesimo (condotta omissiva permanente) in violazione del predetto³.

Con un'altra pronuncia, poi, si è affermato che la contravvenzione di cui si discute ha natura permanente. Nello caso specifico, l'ingresso illegale era avvenuto prima della entrata in vigore dell'art. 10-*bis*, ma la condotta di permanenza era proseguita anche dopo l'entrata in vigore della norma indicata con conseguente punibilità della stessa⁴.

Per quanto attiene alla prima fattispecie prevista dalla norma, e, cioè, l'ingresso illegale nel territorio dello Stato è stato chiarito che essa si realizza nell'atto del superamento del limite territoriale, in qualunque modo sia esso avvenuto.

L'attraversamento dei confini deve aver luogo “irregolarmente”, ciò significa che esso deve avvenire in violazione delle norme che disciplinano l'entrata nel territorio italiano, contenute nell'art. 1 legge n. 68/2007, o comunque nello stesso t.u. imm. Centrale è, quindi, la previsione dell'art. 4 t.u., alla cui stregua è possibile qualificare come illegale l'ingresso che abbia luogo: *a*) sottraendosi ai controlli dei valichi di frontiera, salvo che esso sia stato determinato da una situazione di forza maggiore; *b*) senza che lo straniero fosse munito di passaporto o di documento equipollente, o comunque avvalendosi di documenti ottenuti illecitamente; *c*) senza visto, nei casi in cui sia richiesto.

Per ciò che, invece, riguarda la seconda fattispecie, la condotta tipica consiste nel trattenersi nel territorio dello Stato una volta che le condizioni della permanenza regolare siano venute meno.

La circostanza de qua si connota come reato omissivo proprio, analogamente alla fattispecie delineata dall'art. 14, comma 5-*ter*, t.u. imm. La condotta di trattenimento, infatti, che parrebbe esprimere un'azione, in realtà si qualifica per quell'essenziale profilo omissivo che è costituito dal mancato allontanamento imposto dalle regole del soggiorno, secondo il paradigma dei c.d. reati omissivi propri.

³ Cass., sez. I, 23 settembre 2013, n. 44453.

⁴ Cass., sez. I, 19 settembre 2013, n. 43472.

La natura contravvenzionale delle due fattispecie consente pacificamente, in base alla regola generale dell'art. 42, comma 4, c.p., l'imputazione colposa del fatto.

Da un punto di vista più strettamente processuale, l'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 274/2000 attribuisce la cognizione delle due fattispecie contravvenzionali alla competenza del Giudice di pace, secondo le regole processuali poste dagli artt. 20-*bis*, 20-*ter* e 32-*bis* del citato d.lgs.

Una scelta, quella sulla competenza, criticabile, tenuto conto della possibilità concessa al giudice non togato di sostituire la pena pecuniaria con una sanzione, quale l'espulsione, incidente sulla libertà personale in materia senz'altro più pesante rispetto alla più grave tra le sanzioni applicabili dal giudice di pace, la permanenza domiciliare.

Le disposizioni contempono la presentazione immediata dell'imputato a giudizio innanzi al Giudice di pace e lo svolgimento del relativo giudizio.

Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato per il reato di cui si tratta, non è richiesto il rilascio del nulla osta da parte dell'autorità giudiziaria procedente. Nulla osta che, diversamente, deve essere richiesto dal questore, prima di eseguire l'espulsione amministrativa, quando lo straniero sottoposto a procedimento penale non si trova in stato di custodia cautelare in carcere, ai sensi dell'art. 13, comma 3, t.u.

Nei casi in cui il questore comunica all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato l'avvenuta esecuzione dell'espulsione, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

Se, tuttavia, lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima che sia decorso un periodo di dieci anni trova applicazione l'art. 345 c.p.p., relativo alla riproponibilità dell'azione penale per il medesimo fatto e nei confronti della medesima persona, pur in presenza di un provvedimento di archiviazione e di una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta ad impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza di una condizione di procedibilità.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 10-*bis* t.u., per gli stranieri che abbiano presentato domanda di protezione internazionale (in base al d.lgs. n. 251/2007), il procedimento è sospeso. Qualora la domanda venga accolta, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

Diversamente non è prevista la sospensione del procedimento per gli stranieri che abbiano presentato al Tribunale per i minorenni richiesta di autorizzazione alla permanenza in Italia, ex art. 31, comma 3, t.u. "per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico" di un minore loro familiare che si trovi in territorio italiano.

Il provvedimento estende al caso di condanna per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato la facoltà per il giudice di sostituire la pena con la misura dell'espulsione per il periodo non inferiore a cinque anni, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, comma 1, t.u. che impediscano l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Diversa questione si profila se il Giudice di pace commina la pena dell'ammenda, poiché questa potrebbe, per l'insolubilità del condannato, non essere eseguita.

In tal caso, ai sensi dell'art. 55, commi 1 e 5, d.lgs. n. 274/2000, essa si converte, a richiesta del condannato in lavoro sostitutivo da svolgere presso lo Stato, le regioni, le provincie, i comuni, o presso enti di assistenza o volontariato, per un periodo non inferiore ad un mese e non superiore a sei, oppure, se il condannato non richiede di svolger-

re il lavoro sostitutivo, o questo rimanga inadempito, nell'obbligo di permanenza domiciliare, con l'obbligo di rimanere presso la propria abitazione, o in altro luogo di prima dimora, o di cura, o di assistenza, o di accoglienza.

Per quanto attiene, poi, al trattamento sanzionatorio, la scelta finale del legislatore è stata quella di punire i reati in esame con la sola pena dell'ammenda, da 5.000 a 10.000 euro. Detta pena pecuniaria può essere facoltativamente sostituita, ad opera del giudice, con l'espulsione dal territorio dello Stato.

La previsione dell'espulsione quale sanzione sostitutiva della pena pecuniaria suscita più di un motivo di perplessità. In primo luogo, viene, infatti, introdotto un elemento di chiara asimmetria tra una sanzione penale patrimoniale e una misura che incide sulla libertà personale, prevedendosi una sanzione sostitutiva più grave di quella sostituita. In secondo luogo, va evidenziato come il legislatore abbia espressamente escluso l'esperimento dell'oblazione, di cui all'art. 162 c.p. Ciò costituisce un'ulteriore conferma che l'obiettivo perseguito non è quello di una definizione anticipata del procedimento, quanto, piuttosto, quello della espulsione dello straniero dal territorio statale, fine ultimo dell'incriminazione.

Depone, del resto, a favore di questa conclusione, anche l'esclusione della sospensione condizionale della pena, conseguente alla scelta di devolvere la cognizione del reato al Giudice di pace, sicché si parla di modello processuale che è funzionale al rapido conseguimento del risultato dell'espulsione.

In attesa di questo "auspicato" esito processuale gli imputati potranno essere tratti nei Centri di identificazione ed espulsione, attraverso lo strumento della "detenzione amministrativa", che funzionalmente prende il posto dell'arresto.

Conclusivamente, appare opportuno un ulteriore rilievo, attinente, oltre che al nuovo reato, agli effetti prodotti sia dall'ampliamento dei termini di durata del trattenimento dei Centri di identificazione ed espulsione che dalla modifica dell'art. 14, comma 5-ter, t.u.

Si tratta di novità che concorrono a consegnare all'autorità amministrativa un formidabile strumento di neutralizzazione "fisica" del migrante irregolare. La pratica ineludibile dell'espulsione nelle forme dell'allontanamento coattivo, ha, infatti, finito per esaltare il ruolo dei Centri di detenzione amministrativa, resi sempre più complementari al carcere, secondo una logica di pura incapacitazione dell'irregolare.

Allo scadere del termine di durata massima del trattenimento l'irregolare dovrà essere obbligatoriamente rilasciato, con l'intimazione del questore di allontanarsi dal territorio dello Stato entro il termine di 5 giorni.

E nel caso in cui, come spesso accade, egli dovesse violare questa intimazione, verrà condannato ad una pena detentiva, ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter, per poi essere nuovamente ristretto, alla fine della carcerazione e dinnanzi al permanere della pratica inespellibilità, in un Centro di identificazione ed espulsione: e così, a seguire, lungo una spirale che potrebbe risultare infinita, tanto più dopo la recente modifica dello stesso art. 14, commi 5-ter e 4-ter, rubricato "Esecuzione dell'espulsione"⁵.

⁵ Art. 14, comma 5-ter: "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, co. 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di

La linea di politica criminale seguita è stata chiaramente tracciata sin dal 2002, quando la Legge Bossi-Fini introdusse per la prima volta il reato di inottemperanza all'ordine del questore, inizialmente configurata quale mera contravvenzione; linea in seguito coerentemente evolutasi con l'inasprimento progressivo delle sanzioni, sino a giungere, per l'ipotesi di cui al comma 5-*quater*, alla reclusione da 1 a 5 anni.

Oggi, come accennato, vi è la possibilità di reiterare potenzialmente all'infinito le condanne, sino a che lo straniero non decida di allontanarsi dal territorio nazionale.

Vi sono, poi, corollari, sul piano processuale, tutt'altro che irrilevanti: arresto obbligatorio in flagranza, quanto meno per le ipotesi di cui al comma 5-*ter* primo periodo e al comma 5-*quater*; possibilità di custodia cautelare in carcere.

Si tratta, dunque, di incriminazioni che configurano, in definitiva, un intervento incidentale del diritto e del processo penale quale strumento di *enforcement* della procedura amministrativa medesima.

Si profila, così, come accennato, una ovvia progressione criminosa tra la contravvenzione di cui all'art. 10-*bis*, punita con pene totalmente ineffettive, ma che costituirà l'occasione per la notifica allo straniero dell'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro i successivi 5 giorni, e il delitto di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, che si consumerà una volta scaduto il termine, e, quindi, il più grave delitto di cui al successivo comma 5-*quater*, nell'ipotesi in cui allo straniero già condannato sia stato notificato un successivo ordine, rimasto anch'esso inadempito.

Alla luce di quanto detto, è possibile ritenere che, l'unica funzione reale del carcere nei confronti di tutti questi soggetti diviene ancora una volta quella della segregazione dell'immigrato dal contesto sociale, in attesa della loro espulsione; quest'ultima costituisce l'unico obiettivo finale seriamente perseguito dal legislatore, ma la cui esecuzione è resa difficile dalla limitatezza delle risorse di cui dispone l'Amministrazione italiana.

Quanto alle fattispecie da ultimo indicate occorre, poi, rammentare che la condotta di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore (art. 14, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 286/1998), ancorché posta in essere prima del recepimento della direttiva 2008/115/CE, deve considerarsi non più applicabile nell'ordinamento italiano a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia UE del 28 aprile 2011, *El Dridi*, sicché i giudizi di cognizione aventi ad oggetto la condotta in questione devono essere definiti con la formula che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, mentre in sede di esecuzione deve farsi ricorso alla previsione dell'art. 673 c.p.p.⁶.

La progressione criminosa prevista dall'art. 14 t.u., ai commi 5-*bis* e *ter*, deve, poi, indurre ad alcune riflessioni circa la deroga introdotta dal legislatore con le suddette

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, co. 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell'articolo 13, co. 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 co. 5-*bis* del presente articolo. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai co. 1 e 5-*bis*, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, co. 3".

Art. 14, comma 5-*quater*: "La violazione dell'ordine disposto ai sensi del co. 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 co. 5-*ter*, quarto periodo".

⁶ Cass., sez. I, 12 aprile 2012, n. 14276.

ipotesi criminose ai generali principi in tema di reato continuato e recidiva e come la modifica imposta dalla sentenza *El Dridi* abbia portato il legislatore a prevedere la sola ipotesi della pena pecuniaria in luogo di quella detentiva, ritenuta illegittima perché in contrasto con la Direttiva Europea, in limiti, però, che appaiono eccessivi e che hanno portato a parlare di insistenza nella penalizzazione a tappeto dei migranti clandestini.

In sostanza la stessa condotta, e cioè la permanenza all'interno del territorio nazionale in assenza di titolo abilitativo da parte dello straniero extracomunitario, viene punita in presenza di un provvedimento amministrativo di espulsione come autonomo fatto di reato più grave all'evidente fine di attuare una *escalation* punitiva che sanzioni la medesima condotta.

3. *La sconfessione del rigore normativo da parte di giurisdizioni superiori: una selezione di decisioni rilevanti (Corte Edu El Dridi, Hirsi Jamaa, Sharifi; Corte cost. n. 249/2010)*

Il tema della compatibilità del c.d. reato di clandestinità (art. 10-*bis* t.u.) con la direttiva 2008/115/CE è stato affrontato nella già citata sentenza *El Dridi*, del 28 aprile 2011, che ha riconosciuto il contrasto tra la direttiva rimpatri e il delitto di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, t.u., nella versione antecedente al d.l. n. 89/2011.

Il principio guida è espresso nel n. 55 della sentenza ed è quello per cui gli Stati membri non possono adottare una disciplina, anche penalistica, "tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una Direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile".

Nella stessa decisione la Corte di Giustizia ha affermato che gli obiettivi perseguiti dalla direttiva (il buon esito delle procedure di rimpatrio e la tutela dei diritti fondamentali dello straniero nell'ambito delle stesse) vengono pregiudicati quando il legislatore commina una pena detentiva per l'inosservanza, da parte dello straniero, di una fase della procedura di rimpatrio; ancora, si sottolinea che se lo straniero espulso non osserva l'ordine di allontanamento, lo Stato deve adoperarsi per dare esecuzione a quell'ordine, e non già infliggere una pena detentiva che, comportando per sua natura la permanenza dello straniero nel territorio nazionale, giocoforza ritarda l'esecuzione dell'ordine medesimo. Ed infine che si deve ricorrere solo in ultima istanza, nel rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali, alle misure coercitive di cui all'art. 8, n. 4, della direttiva.

Con tale sentenza la Corte europea ha, inoltre, chiarito che la pena detentiva, inflitta durante la procedura di espulsione, non è funzionale alla produzione dell'effetto utile della direttiva citata; ciò ha costretto il legislatore italiano nell'estate del 2011, con il d.l. n. 89, a riformare l'art. 14, comma 5-*ter*, t.u., prevedendo la pena della multa in luogo della reclusione. La pronuncia in oggetto afferma un altro fondamentale principio, in base al quale la direttiva rimpatri consente, quale unica forma di privazione della libertà personale dello straniero sottoposto a procedura di rimpatrio, il suo "trattenimento" in appositi centri di permanenza temporanea, finalizzato esclusivamente a "preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento". Si tratta, dunque, di una misura estrema, adottabile per un tempo limitato, a condizione che sussista un pericolo di fuga,

ovvero che lo straniero eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento (art. 15), corredata da opportune garanzie e della quale la Direttiva sottolinea espressamente la diversità rispetto alla detenzione in carcere. Essa prevede, infatti, che qualora lo Stato membro non possa sistemare lo straniero in un apposito centro di permanenza temporanea, e debba rinchiuderlo in un istituto penitenziario, debba comunque tenerlo separato dai detenuti ordinari.

La direttiva deve interpretarsi, poi, nel senso che al legislatore interno è consentito non applicare le disposizioni della stessa solo nei casi in cui l'espulsione è "conseguenza di fattispecie penali diverse dall'ingresso o dal soggiorno irregolare". Essa, pertanto, "non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione delle norme nazionali in materia di soggiorno". Il legislatore dello Stato membro, dunque, è libero di configurare la 'clandestinità' come reato, nel limite in cui tale qualifica non pregiudichi l'obiettivo di un rimpatrio efficace e rispettoso dei diritti fondamentali della persona, cioè l'"effetto utile" della direttiva n. 115/2008. La Corte, quindi, ha salvato la legittimità del reato di clandestinità, tuttavia stabilendo il divieto di applicazione di sanzioni detentive che attraverso il restringimento in carcere dell'imputato ne impediscano di fatto l'allontanamento volontario.

Altra sentenza della Corte Edu che merita attenzione è *Hirsi Jamaa e altri*, la quale sancisce il divieto dei respingimenti collettivi.

In particolare, il caso *Hirsi Jamaa e altri* contro Italia è stato deciso dalla Corte europea dei diritti umani il 23 febbraio 2012 con una unanime condanna dello Stato italiano per il modo in cui ha operato il respingimento di un considerevole numero di profughi africani provenienti dalla Libia.

Il caso in esame riguarda, in particolare, la prima operazione di respingimento effettuata dal nostro Paese il 6 maggio 2009, in acque internazionali. Le autorità italiane, dopo aver intercettato una barca con a bordo circa 200 somali ed eritrei, tra cui bambini e donne in stato di gravidanza, ed averli messi a bordo di una imbarcazione italiana, li ha respinti a Tripoli e riconsegnati, contro la loro volontà, alle autorità libiche. I profughi non sono stati identificati, ascoltati, né preventivamente informati sulla loro reale destinazione.

Le violazioni contestate all'Italia da parte dei ricorrenti erano varie: la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti); dell'art. 4 del Protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive); dell'art. 13 CEDU, da solo e in connessione con l'art. 3 e con l'art. 4 Protocollo n. 4, essendo mancato un rimedio adeguato, che avrebbe permesso un esame dei reclami dei migranti.

La Corte ha ritenuto sussistenti tutte le violazioni, affermando principi che contribuiscono a rafforzare le tendenze evolutive della sua giurisprudenza su alcuni profili di importanza cruciale, quali i limiti al potere dello Stato di respingere ed espellere gli stranieri che tentano di fare ingresso sul suo territorio in maniera irregolare. Limiti determinati da esigenze di tutela dei diritti fondamentali, qualificate come assolute e inderogabili.

Richiamata la propria giurisprudenza del passato, la Corte, nella sentenza in esame, ha applicato per la prima volta l'art. 4 del Protocollo n. 4 al caso di stranieri che non si trovavano sul territorio nazionale, bensì in alto mare, ricorrendo a un'interpretazione

teleologica e funzionale della CEDU, conforme alla propria giurisprudenza (ma anche alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), che si fonda sul significato ampio di giurisdizione esercitata dallo Stato ai sensi dell'art. 1 della stessa Convenzione.

Lo Stato esercita, disponendo il *refoulement* degli stranieri, un potere pubblico e sovrano e, quindi, esercita la propria giurisdizione sulle persone, impedendo loro di sbarcare sulle coste nazionali, con conseguente assunzione di responsabilità per le misure adottate.

La sentenza cita a sostegno delle proprie conclusioni un vasto numero di norme, a conferma di quanto il principio del *non refoulement* sia radicato nel diritto internazionale vigente (tra cui, oltre alla Convenzione di Ginevra del 1951, art. 33, anche il già menzionato art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). Da qui, l'impossibilità di aggirare il principio in alcun modo, tanto meno qualificando i respingimenti come azioni di soccorso in mare o come operazioni tese a stroncare il traffico di persone e i reati ad esso collegati.

Sempre sul tema, degna di nota è anche la recentissima sentenza *Sharifi e altri*, del 21 ottobre 2014, con la quale la Corte ha condannato l'Italia per i respingimenti collettivi verso la Grecia, di 35 migranti provenienti da Afghanistan, Sudan ed Eritrea. Il caso ha particolare rilievo poiché sono stati affermati importanti principi riguardanti il respingimento operato tra più Stati membri ed in direzione dell'ultimo porto di provenienza.

I fatti sono avvenuti tra il 2008 e il 2009. I 35 richiedenti asilo, erano giunti in Italia imbarcandosi clandestinamente dal porto greco di Patrasso. Arrivati nei porti di Bari, Venezia e Ancona in seguito al tentativo di identificazione da parte della polizia di frontiera, sono stati immediatamente espulsi dal nostro Paese verso la Grecia dove sono stati reclusi in alcuni centri di identificazione. I 35 ricorrenti si sono rivolti alla Corte europea lamentando una violazione dei diritti alla vita, del diritto di non subire trattamenti inumani e/o torture e il divieto alle espulsioni collettive.

Con la relativa decisione, finalmente, la prassi di rinvio automatico nei porti italiani, in totale assenza delle garanzie minime per la tutela dei diritti fondamentali, è stata accertata e conseguentemente sanzionata.

La sentenza della Corte Edu ha in specie riconosciuto, in relazione alla Grecia, la violazione dell'art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo) combinato con l'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti) della Convenzione, per l'impossibilità per i ricorrenti di accedere alla procedura per richiedere l'asilo e per averli messi a rischio di espulsione verso l'Afghanistan dove avrebbero potuto subire maltrattamenti.

Ha, inoltre, accertato, nei confronti dell'Italia, la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive di stranieri), nonché la violazione dell'art. 3 della Convenzione, in quanto le autorità italiane, rinviando i ricorrenti in Grecia, li hanno esposti ai rischi connessi all'inefficacia della procedura per la richiesta di asilo in tale Paese. Infine, ha accertato la violazione, sempre nei confronti dell'Italia, dell'art. 13 combinato con gli artt. 3 della Convenzione e 4 del Protocollo n. 4 per l'impossibilità di accedere alla procedura d'asilo o ad una qualsiasi altra via di ricorso nel porto di Ancona.

La Corte ha ricordato nella sentenza che tutti gli Stati sono tenuti ad esaminare la situazione di ciascuna persona e verificare se la stessa sia un richiedente asilo, e se ci sono altri rischi di subire una violazione di altri diritti e applicare il trattenimento più

adeguato, che sia l'accoglienza o l'espulsione. Inoltre, la Corte ha affermato che in base all'aumento dei flussi migratori verso l'Europa non è possibile l'automatica applicazione degli accordi bilaterali tra Paesi UE, in quanto nel caso specifico l'Italia sapeva (o avrebbe dovuto sapere) che la Grecia ha una bassa percentuale di accoglimento delle richieste d'asilo e che perciò c'era un rischio di rimpatrio con relativi pericoli per la vita e la libertà dei ricorrenti.

La Corte europea ha, pertanto, condannato l'Italia per aver proceduto a dei respingimenti collettivi e la Grecia perché nei centri di accoglienza in cui sono stati ospitati i ricorrenti era impossibile vivere a causa delle precarie condizioni igienico-sanitarie.

Passando, infine, alla giurisprudenza nazionale rileva in particolare la sentenza n. 249/2010 della Corte costituzionale, con la quale la stessa ha dichiarato la caducazione della circostanza aggravante di c.d. "clandestinità del reo", introdotta dal d.l. n. 92/2008, in materia di flussi d'immigrazione.

La pronuncia ha accolto i numerosi rilievi critici formulati dalla dottrina, disinnescando le tensioni originatesi dall'attrito fra la disposizione dichiarata illegittima e i fondamentali parametri informativi del sistema, *in primis* individuabili nel principio d'eguaglianza degli individui innanzi alla legge.

Il giudice delle leggi riafferma, pertanto, le pregresse acquisizioni in tema di governo dell'immigrazione, e ribadisce l'esigenza di perseguire un bilanciamento tra le istanze di tutela della sicurezza e di riconoscimento dei diritti superprimari, come tali azionabili anche dallo straniero, quale che ne sia il titolo legittimante la permanenza sul suolo della Repubblica.

La circostanza di cui al d.l. n. 92/2008 è dalla Corte censurata innanzitutto sotto il profilo dell'irragionevolezza, per la contraddizione intrinseca alla sopravvenuta esclusione dei cittadini comunitari dall'assoggettamento alla previsione aggravatrice, nonostante la plausibile possibilità che anche costoro si diano a forme di soggiorno illegale.

Sul fronte del nesso eziologico o psichico, poi, la Corte costituzionale rileva l'incongruenza dell'inasprimento della pena in conseguenza di un contegno che nulla aggiunge al disvalore delle condotte di reato cui l'aggravante in parola dovesse accedere, per di più verosimilmente estranee alla problematica del controllo dei flussi migratori.

La *quaestio legitimitatis* è conclusivamente risolta nel senso della sussistenza di un irrimediabile contrasto tra l'art. 61 c.p., come integrato dalla normativa introdotta a mezzo del primo "pacchetto sicurezza", e gli artt. 3, comma 1, e 25, comma 2, Cost.

Dalla dichiarata illegittimità della disposizione in oggetto è fatta, inoltre, discendere l'eliminazione dal sistema legale, a titolo d'incostituzionalità derivata, dell'art. 1, comma 1, legge n. 94/2009, introdotta all'unico scopo di precludere la sottoposizione dei cittadini comunitari all'aggravante *de qua*, unitamente all'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., limitatamente alla parte in cui dispone l'esclusione della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva per i condannati *ex art. 61, comma 1, n. 11-bis, c.p.* (previsione aggiunta dall'art. 2, comma 1, lett. m), d.l. n. 92/2008).

La compiuta analisi della normativa sovranazionale e della giurisprudenza costituzionale e della Corte di Giustizia fa emergere una sostanziale divaricazione tra rigori normativi del T.U. Immigrazione e i principi generali. Orbene, se questo è il quadro di riferimento occorre chiedersi in quale spazio operativo deve muoversi l'interprete? Le risposte che si ritengono più adeguate si muovono essenzialmente su due binari, e cioè:

quello della declaratoria di irrilevanza penale del fatto ed quello della disapplicazione del provvedimento amministrativo che costituisce il presupposto del reato.

4. *Il tema della irrilevanza penale del fatto di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 ed in forza del nuovo art. 131-bis c.p.*

La possibilità di applicazione al fatto *ex art. 10-bis* della clausola di irrilevanza penale del fatto è stato già introdotto dalla stessa sentenza della Corte costituzionale con la pronuncia n. 250/2010 quale clausola di salvezza dell'art. 10-*bis* e trova un ulteriore "rilancio" della legge delega n. 67/2014 che ha proprio individuato il reato di cui all'art. 10-*bis* tra le fattispecie depenalizzabili.

Per rispondere alla domanda, occorre innanzitutto citare gli interessanti orientamenti elaborati della autorità giudiziaria di Agrigento, vero e proprio avamposto tra gli uffici giudiziari italiani sul tema della risposta legale al fenomeno della immigrazione clandestina. In particolare, va dato atto all'ufficio della Procura della Repubblica di avere cercato risposte che vanno oltre il dato formale dell'applicazione sorda e rigorosa della norma a fenomeni sociali avverso i quali inutile è la repressione penale.

In sostanza, l'interpretazione della Procura di Agrigento sul punto, con provvedimenti costituiti da richieste di archiviazione⁷, è quella di ritenere applicabile l'istituto della improcedibilità per irrilevanza penale del fatto. Attraverso un ragionamento giuridico complesso, che fa riferimento a tutti i parametri di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 274/2000, il Pubblico ministero ha avanzato al Giudice di pace richiesta di archiviazione, senza però ottenere il consenso dello stesso, il quale ha chiesto procedersi a nuove indagini. In particolare, si è ritenuto sussistere il requisito della tenuità del danno nel caso in cui gli indagati siano stati rintracciati immediatamente dalle forze di polizia al momento del loro accesso illegale; quanto all'occasionalità della condotta la stessa è stata ravvisata dal Procuratore della Repubblica di Agrigento in presenza di violazioni isolate giustificate da ragioni di particolare crisi sociale nei paesi di provenienza; infine, il tema della non intensità del dolo si ravvisa in relazione alle condizioni di vita originarie, le quali hanno imposto la scelta repentina ed a volte irrazionale, per gli elevati rischi corsi, di abbandonare il paese d'origine.

Quanto ai presupposti per dichiarare l'improcedibilità va detto che le residue perplessità dovrebbero essere oggi fugate, ciò in quanto, sul punto della irrilevanza penale della violazione di cui all'art. 10-*bis* t.u. non può non rilevarsi come il campo interpretativo debba ritenersi mutato recentemente in seguito all'intervento del legislatore che, con la legge delega n. 67/2014, ha delegato al governo la depenalizzazione di varie fattispecie di reato e l'introduzione di misure alternative alla detenzione. Tra le ipotesi di reato di cui si è prevista la trasformazione in semplice illecito amministrativo è incluso, appunto, anche l'art. 10-*bis* t.u., sicché può effettivamente dirsi che il legislatore sembra compiere un'inversione di rotta rispetto alla criminalizzazione del fenomeno scelta nel 2009. Dunque, se è stata emanata una legge delega, che tra l'altro prevede la trasformazione del reato in illecito amministrativo, appare possibile potersi affermare che

⁷ In *Questione giustizia*, 2013, www.questionegiustizia.it.

ogni perplessità dovrebbe essere superata e che sia possibile procedere direttamente ad affermare che in caso di prima violazione da parte di soggetto, poi regolarmente identificato, sussistano i presupposti per applicare l'art. 34 della legge istitutiva del Giudice di pace e statuire così la non rilevanza del fatto per particolare tenuità.

Accanto a tale ipotesi occorre poi ricordare come il campo della repressione penale dell'immigrazione clandestina potrebbe essere interessato da una applicazione diffusa del recente istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto introdotto con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

Volgendo lo sguardo, in particolare, al nuovo art. 131-*bis* c.p., rubricato "Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto", esso prevede due importanti presupposti, e cioè: la tenuità del fatto e la non abitualità della condotta.

Il concetto di tenuità si riferisce non solo a quei reati per i quali la legge prevede una pena nel massimo non superiore a cinque anni ovvero pena pecuniaria, sola o congiunta a quella detentiva che nel massimo non supera i cinque anni, ma anche alle modalità della condotta e alla esiguità del danno e del pericolo, valutate ai sensi dell'art. 133, comma 1, c.p.

Al fine di evitare una "depenalizzazione di massa", poi, il legislatore ha previsto dei confini per l'applicabilità della causa di non punibilità generalizzata; infatti, nel comma 2 della citata norma sono menzionati una serie di presupposti che escludono l'applicazione della fattispecie, nonostante la pena prevista per il reato non superi i cinque anni, perché l'offesa non può comunque considerarsi di particolare tenuità; si tratta, ad esempio, del caso in cui l'agente abbia posto in essere condotte per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o dell'ipotesi in cui l'agente abbia usato sevizie.

Per quanto concerne, invece, il concetto di comportamento abituale esso implica che l'agente sia stato dichiarato delinquente abituale, per tendenza, professionale o abbia commesso reati della medesima indole anche se, considerati singolarmente di particolare tenuità ovvero nel caso in cui i reati commessi abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Questi essendo i presupposti per il ricorso a tale istituto occorre chiedersi a quali ipotesi astratte di reato lo stesso appaia applicabile ed a fronte di quali condotte concrete si prospetti una sua applicazione; difatti avuto riguardo ai limiti edittali di pena stabiliti dal legislatore la speciale causa di non punibilità appare utilizzabile in tutti i casi di condotte punibili *ex art.* 10-*bis*, 13, commi 13 e 13-*bis*, 14, commi 5-*ter* e 5-*quater*, t.u. imm.

Sussiste certamente la possibilità ed anzi il dovere di ricorrere alla speciale causa di non punibilità *ex art.* 131-*bis* c.p. in tutti i casi di violazione alle norme sull'ingresso nel territorio dello Stato che siano punibili *ex art.* 10-*bis*; difatti poiché tale reato è tipico di una condotta che si commette per la prima volta facendo illegale ingresso nel territorio nazionale o permanendovi senza regolare titolo appare facile prevedere una applicazione sostanzialmente generalizzata della causa di non punibilità. Tutti i presupposti richiesti dall'art. 131-*bis* paiono ricorrere nelle condotte punite *ex art.* 10-*bis*; difatti quanto alla obiettiva scarsa offensività del fatto rileva evidenziare come il suddetto reato presupponga l'avvenuto accertamento dell'ingresso illegale o della permanenza illecita nei confronti di un soggetto che sia stato esattamente identificato da parte della polizia giudiziaria con la conseguenza che il danno arrecato all'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori appare certamente tenue. Trattandosi poi di prima viola-

zione alle norme in tema di immigrazione, motivata quasi generalmente da esigenze familiari, di sostentamento, o di miglioramento delle condizioni di vita, anche sotto il profilo delle ragioni motivanti la condotta illecita non appaiono sussistere ostacoli. Pur dovendosi precisare che l'eventuale adozione di una pronuncia di non punibilità per il reato di cui all'art. 10-*bis* non comporta in alcun modo la regolarizzazione amministrativa della presenza del migrante nel territorio nazionale, ma solamente la non punibilità della condotta penalmente rilevante, deve, quindi, affermarsi che la suddetta fattispecie può essere oggetto di generalizzata applicazione della nuova causa di non punibilità.

A conclusioni sostanzialmente analoghe si perviene anche con riguardo alle violazioni previste dall'art. 14, comma 5-*ter* in tema di prima violazione dell'obbligo di espulsione; anche in questo caso la violazione commessa dal migrante integra una condotta illecita commessa a seguito della emanazione di un primo provvedimento di espulsione da parte dell'autorità amministrativa che trova fondamento soltanto in un ingresso o permanenza irregolare nel territorio dello Stato, sicché appaiono sussistere i presupposti della occasionalità della condotta e della particolare scarsa intensità del dolo ove si considerino le ragioni che hanno motivato, se non imposto, al migrante la violazione.

Più difficoltà comporta l'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. ai casi di cui all'art. 14, comma 5-*quater* ed agli altri reati tutti disciplinati dall'art. 13 t.u.; difatti l'art. 14, comma 5-*quater* punisce la condotta di chi già destinatario di un nuovo provvedimento di espulsione, e cioè di un secondo od ulteriore ordine di lasciare il territorio dello Stato, si trattiene ancora nel territorio dello Stato, mentre le condotte punite dall'art. 13 riguardano la violazione del divieto di reingresso e, quindi, presuppongono l'avvenuta precedente esecuzione del provvedimento espulsivo. In tali casi, pertanto, appare fare ostacolo alla declaratoria di non punibilità l'accertata reiterazione di condotte tutte commesse dal migrante in violazione delle disposizioni in tema di regolare accesso e permanenza del territorio dello Stato. E poiché ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. la non punibilità non potrà essere dichiarata ove si rinvenzano condotte abituali o reiterate di violazione della stessa disposizione di legge o di norme che difendano il medesimo bene giuridico, appare difficile prevedere la generalizzata applicazione della suddetta disciplina anche ai casi citati di cui agli artt. 13 e 14, comma 5-*quater*, t.u. imm.

5. La disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo in tema di violazione dell'art. 14 e dell'art. 13 T.U.

Il secondo profilo di intervento che l'operatore può adottare per adeguare le regole della legislazione nazionale ai principi in tema di diritto d'asilo e *status* di rifugiato è certamente la disapplicazione del provvedimento amministrativo di espulsione da parte del giudice ordinario. Se è vero infatti che i delitti di cui agli artt. 13 e 14 t.u. imm. sono modulati sulla violazione di un ordine di espulsione emesso dall'autorità amministrativa il giudice chiamato a deliberare sulla rilevanza penale della condotta del migrante che si sia reso inadempiente al provvedimento di espulsione può ed anzi deve verificare la legittimità di tale atto e per converso è interesse della difesa sollecitare l'approfondimento del tema. Ed i parametri che vanno approfonditi per valutare la correttezza del provvedimento amministrativo presupposto del reato sono proprio costituiti dalla

ricerca e valutazione delle condizioni legittimanti il riconoscimento del diritto d'asilo o lo *status* di rifugiato. Sicché tale analisi comporta la possibilità che le conclusioni cui perviene il giudice penale ben possono essere differenti rispetto a quelle adottate all'esito del procedimento amministrativo senza però che i due piani si sovrappongano; l'esito del giudizio penale potrà, quindi, essere assolutorio e di esclusione della responsabilità penale previa disapplicazione di un atto, e cioè il provvedimento di espulsione, che rimane comunque legittimo ed il cui merito potrà essere sindacato in sede giurisdizionale solo dinanzi la giustizia amministrativa.

Tuttavia, l'argomento della disapplicazione del provvedimento di espulsione, che pure sembra il campo attraverso il quale il giudice penale chiamato a valutare l'irregolarità della condotta del migrante può operare un esame approfondito e di merito delle condizioni presupposte l'ingresso irregolare, ha visto i giudici e gli stessi difensori avvicinarsi timidamente al tema.

A tal proposito si contrappongono un primo orientamento formalista della Corte di Cassazione ed altro opposto che configura il provvedimento di espulsione quale presupposto del reato con la possibilità di intervenire mediante disapplicazione e quindi escludere la sussistenza del reato.

In particolare, secondo un primo orientamento “il giudice non può assolvere lo straniero extracomunitario dal reato di cui all'art. 10-*bis* d.lgs. n. 286/1998, ritenendo sussistenti le condizioni per ottenere la qualifica di rifugiato ...” “... il giudice ordinario non può, tramite accertamenti compiuti in sede penale, sostituirsi alla ... commissione e, in base a questi accertamenti, non può pronunciare declaratoria di improcedibilità nei confronti di un cittadino extracomunitario sorpreso nel territorio dello Stato senza alcun titolo che autorizzi la sua permanenza nello Stato ...”⁸. Tale orientamento, pertanto, esclude che il giudice del merito possa valutare le condizioni per l'esercizio del diritto d'asilo e per il riconoscimento dello *status* di rifugiato.

Secondo un'altra parte della giurisprudenza, invece, “in tema di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento emesso dal questore da parte dello straniero espulso, allorché l'ordine di allontanamento trovi il suo antecedente in un decreto prefettizio di espulsione illegittimo, il giudice può disapplicare il provvedimento amministrativo, costituente il presupposto del reato”⁹.

Tale ultimo principio apre le porte ad una valutazione incidentale che possa rimettere in discussione i provvedimenti amministrativi, rivalutando in sede giurisdizionale la legittimità dei presupposti, ad esempio, ove sia adeguatamente provata la sussistenza dei requisiti per la protezione internazionale dello straniero o per il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico.

A ben vedere, appare possibile affermare che la disapplicazione si pone come un ulteriore rimedio al contrasto della normativa nazionale con i principi generali e la giurisprudenza Cedu ed allo statuto penale deteriore del migrante.

⁸ Cass., sez. I, 27 giugno 2013, n. 29491.

⁹ Cass., sez. I, 2 luglio 2013, n. 35021.

Gli stranieri e il carcere tra indici di criminalità e fattori di criminalizzazione

Marco Manno *

SOMMARIO: 1. Immigrazione e criminalità: la costruzione sociale dello stereotipo e la selezione degli indici di criminalità. – 2. La presenza di stranieri nelle carceri italiane. – 2.1. La sovra-rappresentazione degli stranieri nella popolazione carceraria. – 2.2. L'aumento degli stranieri detenuti. – 3. Riflessi sulla popolazione penitenziaria straniera delle misure deflative del sovraffollamento carcerario. – 3.1. Le misure alternative alla detenzione e gli interventi “svuotacarceri” di portata generale. – 3.1.1. L'applicazione delle misure alternative alla pena detentiva nei confronti degli stranieri detenuti. – 3.1.2. L'esecuzione delle pene detentive presso il domicilio (legge svuotacarceri 2010). – 3.1.3. Gli effetti ancora prematuri della legge svuotacarceri del 2014. – 3.2. Le misure “speciali” per lo straniero: l'espulsione. – 3.2.1. L'espulsione come misura di sicurezza. – 3.2.2. L'espulsione come misura amministrativa. – 3.2.3. L'espulsione dello straniero come misura sostitutiva e alternativa alla detenzione. – 3.3. Gli effetti dell'indulto sulla popolazione carceraria straniera. – 3.4. La possibile incidenza di modifiche alle fattispecie “tipiche” degli stranieri. – 3.4.1. I “movimenti” dell'art. 73 Testo Unico Stupefacenti. – 3.4.2. I reati legati all'immigrazione clandestina. – 4. Una conclusione provvisoria.

1. *Immigrazione e criminalità: la costruzione sociale dello stereotipo e la selezione degli indici di criminalità*

Per quanto la relazione tra immigrazione e criminalità sia al centro del “discorso pubblico” in tutti i Paesi destinatari di consistenti flussi migratori, da più voci si segnala come, la ricerca empirica in argomento risulti ancora molto limitata, sia per l'ineadeguatezza dei dati rilevati sia per le difficoltà metodologiche legate alla loro interpretazione¹. Ed è singolare osservare come proprio uno dei temi di maggiore presenza mediatica e maggiormente in grado di influenzare il dibattito politico – se è vero com'è

* Ricercatore di Diritto penale, Università di Palermo.

¹ Per un riferimento alla letteratura italiana ed internazionale cfr. M. BIANCHI, P. BUONANNO, P. PINOTTI, *Do immigrants cause crime?*, in *Journal of the European Economic Association*, 2012, 10, p. 1318 ss. Gli AA. segnalano come la maggior parte della letteratura economica si sia focalizzata sugli effetti dell'immigrazione sul mercato del lavoro lasciando il suo impatto sul crimine largamente inesplorato. In argomento – nella letteratura sociologica – M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008; cfr. G. MAROTTA, *Straniero e devianza. Saggio di sociologia criminale*, Padova, 2003; A. SBRACCIA, *Migranti tra mobilità e carcere. Storie di vita e processi di criminalizzazione*, Milano, 2007; V. SCALIA, *Migranti, devianti e cittadini. Uno studio sui processi di esclusione*, Milano, 2005. Nella letteratura penalistica, E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Milano, 2011; ed *ivi* più ampi riferimenti bibliografici.

vero che “sul tema della sicurezza rispetto ai pericoli provenienti soprattutto dagli immigrati extracomunitari si vincono o comunque si scommettono oggi le elezioni politiche nazionali e quelle locali”² – sia così scarsamente supportato da dati empirici “forti”, per lo più affidato alle stesse agenzie di divulgazione mediatica le quali replicano del migrante e più in generale dello straniero extracomunitario un preciso stereotipo.

Anche a fronte della crescente attenzione rivolta all'emergenza umanitaria legata al traffico di migranti, non c'è, infatti, giorno nel quale non si parli a livello mediatico di immigrazione, “e non c'è giorno nel quale non si faccia cenno al pericolo, alla criminalità, all'allarme sociale, al semplice fastidio che a questa tematica si correlano, in modo si direbbe ineluttabile e deterministico”³.

La documentata “sovrarappresentazione” mediatica dello straniero come soggetto criminale⁴, contribuisce così alla costruzione sociale di uno stereotipo che ipostatizza, antropomorfizzandola (dandole precisi connotati etnici, culturali e persino somatici), la paura diffusa di una “criminalità degli stranieri”, più grave, più dannosa, più pericolosa di quella “comune”. Una sorta di “*moral panic*”⁵ che, a sua volta, alimenta pericolose istanze securitarie normalmente rivolte ad una richiesta di *enforcement* dell'apparato repressivo e il cui più paradigmatico esempio è stata l'introduzione nel nostro codice penale dell'aggravante comune di c.d. clandestinità⁶.

Netto il monito del penalista: “i discorsi sulla sicurezza tendono sempre più pericolosamente a dividere il mondo in campi contrapposti: da un lato i cattivi (spesso brutti e sporchi) che mettono in pericolo la sicurezza, dall'altro lato i cittadini perbene, preoccupati della loro sicurezza”; si generano così due sistemi penali paralleli (uno “garantista e securitario per noi”, uno “repressivo per loro”) e due concezioni e percezioni parallele della giustizia (“noi commettiamo reati e meritiamo garanzia, loro commettono reati e meritano repressione”)⁷. Il risultato è una forma di “razzismo istituzionale”⁸ che

² M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 562.

³ E. CALVANESE, *Media e immigrazione tra stereotipi e pregiudizi. La rappresentazione dello straniero nel racconto giornalistico*, Milano, 2011, dalla quarta di copertina.

⁴ Dai risultati di una ricerca empirica recentemente condotta sulle principali testate giornalistiche nazionali (E. CALVANESE, *op. cit.*) emerge chiaramente come la delittuosità straniera sia fedelmente rappresentata (con uno scarto del 3,47% tra quella denunciata e rappresentata), mentre, secondo un andamento inverso, la delittuosità degli italiani è stata fortemente sotto-rappresentata (30,61% in meno rispetto ai dati statistici ufficiali); sicché “l'immigrato fa notizia solo al fine di un aumento sconsiderato e fuorviante degli articoli in tema di criminalità e giustizia, unitamente, talora, a sottolineature sfavorevoli, vuoi nei toni che nei contenuti» (*ivi*, p. 185).

⁵ A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013, p. 35. Riferendosi al concetto di *moral panic* coniato da Stanley Cohen nel 1972, gli AA. mettono in rilievo “come spesso il panico che s'impadronisce di fette della popolazione sia il risultato di una strategia delle élite dominanti che soffiando sul fuoco delle paure per aumentare il proprio consenso, la propria supremazia e i propri fatturati”.

⁶ Ne enfatizza la matrice squisitamente politica (e perfettamente populistica), G. MARINUCCI, *Tipo normativo di autore: inquadramento dogmatico ed esperienze giurisprudenziali*, in AA.VV., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2013, p. 81: “la logica della lotta al clandestino (...) è la logica della lotta al nemico al quale il legislatore ha dichiarato guerra, secondo la logica delle politiche ‘securitarie’, che si fondano sui sentimenti di insicurezza, espressi dal corpo elettorale, che va blandito, raccolto, magnificato per raccogliere voti, perché la gente ha paura dello straniero”.

⁷ D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 556.

⁸ A. DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, II ed., Milano, 2004,

si sostanzia nella formazione di un apparato giuridico-istituzionale e, principalmente, di un sistema penale differenziato “per provenienza geopolitica”⁹, dagli effetti marginalizzanti e quindi, fatalmente, criminogeni.

In altri termini il sistema di controllo (penale e amministrativo) e le scelte istituzionali di gestione delle politiche migratorie nel loro complesso concorrono ad attivare (coerentemente con altri attori sociali) processi di marginalizzazione e stigmatizzazione dei migranti. Processi di costruzione istituzionale della devianza efficacemente descritti ricorrendo ad una attualizzazione della teoria dell’etichettamento da parte di una sociologia costruttivista, orientata a studiare “come le circostanze sociali, economiche, culturali e, molto concretamente, politico-giuridiche, abbiano contribuito a generare tale risultato (...), abbiano contribuito cioè a generare un determinato soggetto umano, conformandosi esso, per così dire, alle rappresentazioni già all’opera nella società”¹⁰.

In tal modo i processi di etichettamento dell’immigrato, stigmatizzato nel suo stereotipo criminale, determinano la difficoltà di selezionare gli stessi indici di criminalità, intesa in senso normativo. Altrimenti detto: dovendo approcciare la relazione tra immigrazione e criminalità nella peculiare prospettiva dell’immigrato come soggetto attivo di reati (effettivo e non percepito), non è priva di criticità la scelta dei dati empirici su cui fondare l’indagine, ancor prima dei modelli teorici con cui interpretarli. Anche su questo specifico tema la letteratura criminologica porta i segni della *summa divisio* epistemologica (propria più in generale delle scienze sociali e della sociologia della devianza in particolare) tra approccio realista – per il quale dalle statistiche ufficiali possono essere tratti significativi indizi circa l’esistenza (o meno) di una relazione causale tra immigrazione e criminalità¹¹ – e approccio costruttivista – secondo cui le statistiche non rappresentano il comportamento deviante, ma il modo di definirlo, registrarlo e processarlo da parte delle organizzazioni di controllo e degli enti di rilevazione e trasmissione dei dati, sicché esse non possono darci informazioni sulla criminalità dei migranti ma solo mere indicazioni sui relativi processi di criminalizzazione¹².

I processi di costruzione sociale dello stereotipo dello straniero criminale non influiscono soltanto sulla percezione sociale del fenomeno (che a sua volta determina un preciso *feedback* sugli stessi modelli di etichettamento), ma influenzano altresì le politiche normative e le relative prassi applicative, ovvero i procedimenti di criminalizzazione in senso normativo-istituzionale: presenza nell’ordinamento di fattispecie criminose proprie, propensione alla denuncia da parte dei soggetti passivi, risposta delle for-

p. 33: “a un certo punto l’essere immigrato, straniero, extracomunitario, ha cominciato a essere associato a un’idea di criminalità latente, che l’essere ‘straniero’ e l’essere ‘deviante’ in qualche modo coincidevano e che pertanto questo legame andava scoperto e normato”. Con particolare riferimento al contesto italiano cfr. V. RUGGIERO, *Stranieri e illegalità nell’Italia criminogena*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, 10, 2, p. 13 ss.

⁹ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 106, 119.

¹⁰ D. MELOSSI, *Il giurista, il sociologo e la “criminalizzazione” dei migranti: che cosa significa “etichettamento” oggi?*, in *Studi sulla questione criminale*, 2008, 3, p. 16. Così, A. DAL LAGO, *op. e loc. cit.* – ricorrendo al paradigma mertoniano della “profezia che si autoadempie” – descrive la devianza dei migranti come il risultato dei processi di marginalizzazione che gli stessi subiscono in ragione del pregiudizio istituzionalizzato di una loro maggiore propensione criminale.

¹¹ In questo senso, sostanzialmente, M. BARBAGLI, *op. e loc. ult. cit.*

¹² A. DAL LAGO, *op. cit.*; M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, 2005; D. MELOSSI, *op. cit.*

ze di pubblica sicurezza, accesso ad istituti e prassi processuali di tipo premiale, effettiva irrogazione delle condanne, ricorso alla reclusione preventiva. Sicché i possibili indici di un effetto incrementale dell'immigrazione sulla criminalità – che potrebbero essere individuati nel numero di denunce a carico di stranieri, così come nel numero di condanne pronunciate nei loro confronti, o nella presenza nelle carceri di detenuti allo-geni – devono essere “ripuliti” dall'influenza che su di essi esercitano i processi di etichettamento degli immigrati.

In questa prospettiva, la scelta di orientare l'indagine verso lo studio della presenza di detenuti stranieri nelle carceri italiane, non si origina da una selezione qualitativa: non si ritiene cioè che il dato empirico di riferimento sia più “pulito” rispetto agli altri; laddove esso è, invece, considerato quello maggiormente influenzato da processi di etichettamento normativo-istituzionali¹³. Il dato qualitativamente “migliore” sembrerebbe essere, piuttosto, quello relativo alle condanne riportate da imputati stranieri¹⁴; nella misura in cui – per quanto nel processo penale l'immigrato possa patire alcune forme oggettive di discriminazione (legate talvolta a fattori linguistici, come anche economici) – il giudice che deve irrogare la sanzione appare maggiormente influenzabile (in senso negativo) dalle caratteristiche personologiche dell'imputato rispetto all'applicazione di misure cautelari e certamente meno al momento della decisione sulla colpevolezza¹⁵. Si tratta però di un dato estremamente carente e, pertanto, difficilmente utilizzabile: le uniche statistiche elaborate in modo differenziato per paese di provenienza riguardano, infatti, le condanne riportate dai detenuti. Di talché il dato disponibile sarebbe, comunque, influenzato, dai fattori che incidono sulla presenza carceraria degli stranieri. Quanto al numero di soggetti stranieri denunciati, si tratta di un indice di criminalità estremamente sensibile a fattori di etichettamento di tipo sociale (e meno di tipo normativo-istituzionale, come nel caso del dato sulle detenzioni): per un verso, la propensione alla denuncia da parte dei cittadini è fortemente influenzata dalla percezione sociale dello straniero come soggetto criminale; ad esso, per altro verso, non sfuggono le stesse forze di pubblica sicurezza¹⁶. Con la conseguenza che il compito di “ripulire” i dati raccolti esulerebbe dalle competenze del giurista ed il relativo tentativo ne esorbiterebbe di certo le capacità.

2. La presenza di stranieri nelle carceri italiane

Preliminarmente occorre segnalare come gli studi più accreditati che muovono dall'indicatore statistico relativo alla presenza carceraria degli stranieri analizzano periodi temporali ormai risalenti, sicché i relativi dati devono essere aggiornati¹⁷. E ciò risulta particolarmente importante in quanto negli ultimi vent'anni, dopo un significati-

¹³ M. BARBAGLI, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁴ Di opinione contraria V. FERRARIS, *Recensione a Barbagli, Immigrazione e sicurezza in Italia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2008, p. 110.

¹⁵ Viepiù ove si consideri che gli stranieri presentano un minore tasso di recidiva (*infra*).

¹⁶ D. MELOSSI, *op. e loc. ult. cit.*, riferisce di alcune ricerche che hanno dimostrato la maggiore propensione degli agenti di P.S. ad intervenire nei confronti di soggetti che presentino tratti somatici tipici dei non autoctoni.

¹⁷ La medesima critica è mossa a Barbagli, da V. FERRARIS, *op e loc. cit.*

vo aumento del tasso di presenza di detenuti stranieri nelle carceri italiane – cresciuto fino a diventare un terzo sul totale della popolazione penitenziaria tra gli anni 1994-2004 – gli ultimi due lustri vedono un sostanziale stabilizzarsi di tale dato.

Infatti, considerando, l'arco temporale di dieci anni a partire dalla prima metà degli anni '90¹⁸, la percentuale degli stranieri sul totale della popolazione carceraria è passata dal 16,58% (8.481 individui su 51.165 nel 1994) al 31,78% (17.819 su 56.092 nel 2004); per poi arrivare negli ultimi dieci anni, al 33,58% del totale dei ristretti (17.462 detenuti stranieri su 53.623 alla fine del 2014).

Pertanto, si è potuto osservare un forte aumento della presenza degli stranieri negli istituti di pena¹⁹ proprio nel periodo di maggior afflusso di migranti nel nostro paese e il permanere di tale evidenza nel successivo decennio. E questa evidenza è tanto spesso, quanto (come si vedrà) inappropriatamente, utilizzata nel dibattito politico a riprova della incidenza causale esercitata dalla crescente presenza dei migranti nel nostro paese sull'aumento della criminalità²⁰. Questi gli argomenti: *a*) il tasso di stranieri detenuti nel nostro Paese è di gran lunga superiore a quello relativo alla loro complessiva incidenza demografica; *b*) la carcerazione di soggetti stranieri cresce nel tempo sia in termini assoluti che relativi.

Se però tali due osservazioni sono oggettivamente vere; la loro interpretazione, ovvero il loro possibile impiego per spiegare l'influenza della migrazione sulla criminalità, è tutt'altro che scontata.

2.1. *La sovrarappresentazione degli stranieri nella popolazione carceraria*

Rispetto al rapporto tra stranieri presenti sul territorio e stranieri detenuti si è parlato di sovrarappresentazione degli stranieri nel sistema penale²¹.

Il tasso di sovrarappresentazione è costituito dal rapporto, in un tempo dato, tra la presenza percentuale degli stranieri sul totale della popolazione carceraria e la percentuale degli stranieri presenti nel territorio rispetto alla popolazione residente²². Sicché, mettendo in relazione l'incidenza della presenza straniera sulla popolazione complessiva del nostro Paese, con il tasso di presenza carceraria ci rendiamo conto che nel 1994 – anno di partenza dell'indagine – il tasso di sovrarappresentazione degli stranieri detenuti in Italia è del 14%: stando ai dati ISTAT, gli stranieri residenti in Italia sono, infatti, l'1,18% della popolazione italiana, mentre quelli detenuti rappresentano il 16,58% della popolazione penitenziaria.

Si è, tuttavia, osservato che tale presenza carceraria più che proporzionale rispetto alla incidenza demografica è il risultato di alcuni precisi meccanismi distorsivi del si-

¹⁸ Si tratta un *range* temporale in buona parte sovrapponibile alle principali indagini in argomento, che muovono dalla impennata dei flussi migratori registratasi a partire dalla prima metà degli anni '90, testimoniata dall'incremento esponenziale dei permessi di soggiorno rilasciati agli stranieri nel nostro paese (cfr. M. BRABAGLI, *op. cit.*, p. 49, tab. 2.1).

¹⁹ M. BRABAGLI, *op. cit.*, p. 52. E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (cur.), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1097.

²⁰ In argomento A. DAL LAGO, *op. cit.*, p. 63 ss.

²¹ D. MELOSSI, *op. cit.*, p. 10.

²² *Ibidem*.

stema delle garanzie sociali che rendono gli stranieri “clienti privilegiati” delle carceri²³. Vi sono, in altri termini, dei meccanismi sociali, economici e normativi (anche solo di prassi applicative) che fanno sì che – a condizione di parità di fatto illecito e di sua dannosità – lo straniero abbia maggiori probabilità di vedere aprirsi le porte del carcere. Così anche chi si limita a registrare il dato in termini assoluti, si trova poi costretto a rifiutare la bontà della presenza carceraria degli stranieri come significativo indizio di una relazione causale tra immigrazione e criminalità²⁴.

Tre i principali argomenti²⁵.

a) I reati commessi di solito dagli stranieri sono proprio quelli che più spesso portano in carcere²⁶. Si tratta in particolare dei reati contro il patrimonio (furti e rapine *in primis*)²⁷ e dei reati in materia di stupefacenti, per i quali si riscontra una maggiore facilità (anche rispetto ad altri reati di pari o maggiore costo sociale) a giungere ad una sentenza definitiva di condanna²⁸; e, comunque, di reati, che proprio in ragione dello *status* del presunto autore determinano una maggiore propensione di intervento da parte delle forze di pubblica sicurezza ed una maggiore propensione alla denuncia da parte delle vittime.

b) La condizione di detenzione carceraria non è necessariamente indice di una condanna penale (cioè dell'accertamento della commissione di un fatto di reato) posto che si entra e si resta in carcere anche in esecuzione di una misura cautelare²⁹; e, a parità di reato contestato, la custodia cautelare in carcere è imposta più spesso agli stranieri, i quali più difficilmente accedono agli arresti domiciliari in ragione di più accentuate esigenze cautelari connesse proprio alla loro condizione sociale, economica o culturale³⁰.

c) Gli stranieri condannati hanno maggiori probabilità di scontare la pena all'interno delle mura penitenziarie. Per un verso, in relazione a pene detentive inferiori ai due anni, è, infatti, meno frequente di quanto non accada per il cittadino italiano che all'im-

²³ E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, cit., p. 1097.

²⁴ Così lo stesso M. BARBAGLI, *op. e loc. ult. cit.*: “vi sono molti buoni motivi per considerare questo come il meno affidabile degli indicatori dei reati commessi nel nostro paese da cittadini non italiani”.

²⁵ Cfr. G. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in *penale contemporaneo.it*. L'A. ricorda come “i fattori che contribuiscono a determinare lo squilibrio tra le quote di stranieri e di italiani all'interno della popolazione penitenziaria sono plurimi” e che “indagarli spetta non solo agli studiosi delle scienze sociali (sociologi e criminologi), ma anche ai giuristi positivi (penalisti, processualpenalisti e studiosi del diritto penitenziario)” in quanto “alcuni di quei possibili fattori, infatti, vanno cercati nel diritto vigente (norme penali sostanziali, processuali e relative all'esecuzione penale), come anche nel ‘diritto vivente’, cioè nella prassi applicativa”.

²⁶ Cfr. L. NATALE, *Gli stranieri nelle carceri italiane*, in *Polis*, 2, 1990, p. 325 ss.; M. PAVARINI, *La criminalità punita. Processi di cancerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in L. VIOLANTE (cur.), *La criminalità*, Torino, 1997, p. 983 ss.

²⁷ M. BIANCHI, P. BUONANNO P. PINOTTI, *Do immigrants cause crime?*, cit.

²⁸ E. DOLCINI, *op. e loc. ult. cit.*

²⁹ Nelle statistiche fornite dal Ministero di Grazia e Giustizia il dato scorporato circa i detenuti “in attesa di giudizio” è disponibile solo sulla popolazione penitenziaria complessiva e non anche in relazione ai detenuti stranieri; sicché non è possibile ricavare il dato storico sul numero di stranieri detenuti in esecuzione di condanna definitiva.

³⁰ Dall'esame dei dati del Ministero di Giustizia si è evidenziata una difficoltà di accesso alle misure alternative alla carcerazione preventiva, dovuta alla assenza di domicilio, non di meno che alla presenza di vere e proprie barriere linguistiche o comunque culturali: M. PASTORE, *Produzione normativa e costruzione della devianza e criminalità tra gli immigrati*, in *Quaderni Ismu*, 1995, 9, p. 34.

migrato venga concessa la sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.), per una maggiore difficoltà di un giudizio prognostico favorevole circa la futura commissione di ulteriori reati³¹. Come, peraltro, a parità di pena definitiva, gli stranieri godono meno degli italiani delle misure alternative alla detenzione, in quanto – proprio in ragione dello *status* di straniero, viepiù se migrante – risultano più difficilmente inseribili in programmi di *probation*.

In definitiva, avere riguardo al tasso di sovrarappresentazione dei migranti detenuti e alle ragioni che lo determinano consente di enfatizzare i processi di (almeno parziale) costruzione sociale del migrante come soggetto deviante, mettendo così in guardia dalle normali strumentalizzazioni che la retorica pubblica fa della esponenziale presenza degli stranieri nelle patrie galere. Esso costituisce il punto di partenza per un'indagine diretta a spiegare i meccanismi sociali che possono produrre un tale dato: dal diverso grado di visibilità dei c.d. *street crimes*, espressione di marginalità socioeconomiche (tipiche degli stranieri migranti), rispetto ai c.d. *suite crimes*³²; alla presenza (a alla periodica richiesta di implementazione) nel nostro ordinamento di fattispecie di reato “proprie” degli stranieri³³; alla sostanziale privazione ad avere una difesa efficiente (difficilmente garantita dall'attuale volto della difesa d'ufficio nel processo penale).

Di talché, la sovrarappresentazione della presenza carceraria degli stranieri non ci parlerebbe tanto degli effetti della migrazioni sulla criminalità, ma piuttosto contribuirebbe a descrivere i processi di criminalizzazione dei migranti³⁴.

2.2. L'aumento degli stranieri detenuti

Di conseguenza anche l'evidenza empirica del progressivo incremento temporale della carcerazione di soggetti stranieri sia in termini assoluti (numero di stranieri detenuti) che relativi (percentuale sul totale della popolazione penitenziaria) poco o nulla sarebbe in grado di rivelare circa l'incidenza dell'immigrazione sulla criminalità; posto che anche il flusso di ingressi nel nostro paese è andato nello stesso *range* temporale intensificandosi.

Altrimenti detto, così come la forte presenza di stranieri nelle carceri considerata sin qui nel suo aspetto statico, anche l'aumento di tale presenza negli anni determinerebbe una sovrastima del loro coinvolgimento in fenomeni criminosi, sì da non poter essere utilmente utilizzato come indice di una loro maggiore propensione a delinquere o, comunque, della loro presenza nel territorio *tout court* come fattore criminogeno. Anzi, in prospettiva foucaultiana, potremmo dire che l'evoluzione del coinvolgimento penitenziario dei migranti – lungi dal prestarsi ad una lettura in termini di proiezione delle concomitanti trasformazioni socio-economiche, ovvero come mero riflesso dell'impatto del fenomeno mi-

³¹ Ancora G.L. GATTA, *op. e loc. cit.*

³² Per tutti J.H. REIMAN, *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison: Ideology, Class, and Criminal Justice*, Boston, 2013; giunto ormai alla tredicesima edizione.

³³ Come il reato di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti (art. 6, comma 3, TUI); ovvero il reato di immigrazione clandestina (art. 10-*bis*) o di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato (art. 13, comma 13).

³⁴ D. MELOSSI, *Il giurista, il sociologo e la criminalizzazione dei migranti*, cit. Ben consapevole, comunque, che la criminalità degli stranieri non è una mera “invenzione” sociale.

gratorio sul contesto sociale di arrivo – sia, piuttosto, essa stessa espressione e strumento del “governo” (*id est*, delle scelte politiche di gestione) di tali trasformazioni³⁵.

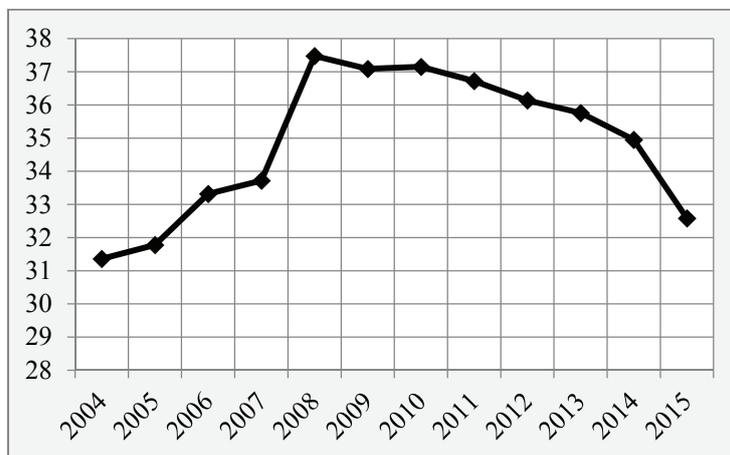
In realtà, se tali osservazioni consentono di spiegare perché gli stranieri detenuti risultino nelle rilevazioni statistiche maggiormente rappresentati (con tutto il percorso d’indagine che da qui si diparte), esse non per questo sono idonee a negare ogni potenziale euristico ai dati sulla evoluzione della popolazione carceraria straniera. In particolare, quando il tasso di sovrarappresentazione viene visto in prospettiva dinamica, ovvero nella sua evoluzione temporale, esso restituisce il quadro di una consistente decrescita della percentuale di stranieri detenuti rispetto all’esplosione demografica della popolazione straniera in Italia. E ciò non è privo di implicazioni sulla spiegazione della relazione immigrazione-criminalità.

Partiamo dai dati su carcere e popolazione straniera e prendiamo in considerazione gli ultimi dieci anni, nei quali – si è già detto – il tasso di presenza di stranieri in carcere subisce variazioni di pochi punti percentuali; ma nei quali, invece, si assiste ad un intensificarsi degli arrivi di soggetti stranieri in territorio italiano.

Dal 2004 al 2014 si passa dal 31,78% al 33,58% di detenuti stranieri; con un incremento del 2,50%. Tale dato va, quindi, messo in relazione con la variazione della popolazione straniera residente nel nostro paese, che in termini percentuali, nello stesso arco temporale, passa dal 4,10% all’8,34%; con un aumento del 103,40%.

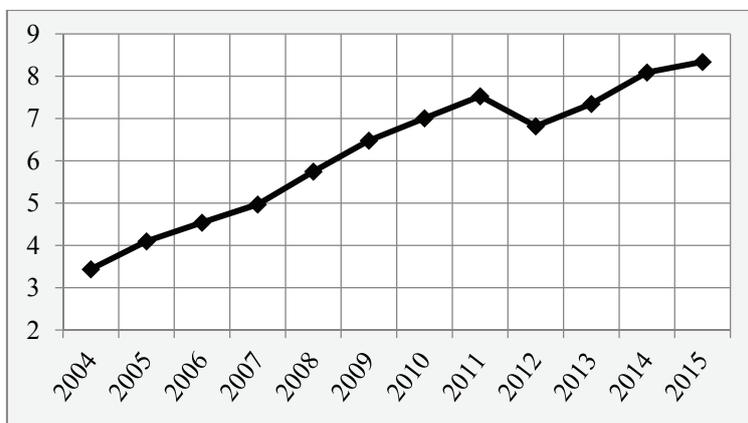
La figura 1 mostra la curva di crescita, espressa in termini percentuali, della presenza carceraria degli stranieri e la figura 2 la curva di crescita relativa al tasso di presenza di stranieri residenti nel territorio italiano.

Figura 1: *Percentuale di detenuti stranieri*



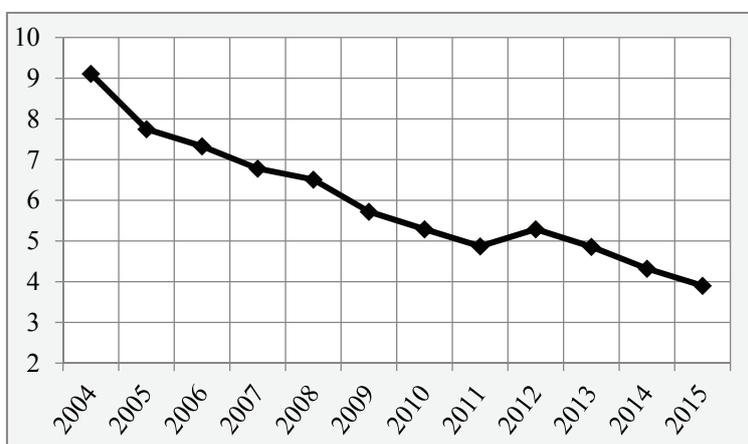
³⁵ D. MELOSSI, *Carcere e invenzione della delinquenza: Foucault su Attica (e Durkheim)*, in *Studi sulla questione criminale*, 2011, p. 35.

Figura 2: *Percentuale di stranieri residenti in Italia*



Mettendo in relazione le due curve di crescita si vede come esse non abbiano un andamento parallelo; sicché, raffigurando il tasso di sovrarappresentazione degli stranieri tra la popolazione carceraria (ovvero il rapporto tra stranieri in carcere e stranieri sul territorio), si vede come esso tra il 2004 e il 2014 sia diminuito del 98,71% (passando dal 7,75% al 3,90%).

Figura 3: *Tasso di sovrarappresentazione carceraria degli stranieri in Italia*



La figura 3 rappresenta l'andamento dinamico del tasso di sovrarappresentazione degli stranieri detenuti nelle carceri italiane, mostrando come l'incidenza della presenza penitenziaria degli stranieri – seppur formalmente aumentata – negli ultimi 10 anni si è, in realtà, sostanzialmente dimezzata, se rapportata a quella degli stranieri nel territorio italiano.

Senza considerare, peraltro, che il dato qui rappresentato è certamente sottostimato,

in ragione della presenza nel territorio di un ampio numero di soggetti privi di regolare permesso di soggiorno (apprezzati attualmente dall'ISTAT in circa il 10% degli stranieri regolarmente residenti) e dei quali non si è tenuto conto. Si tratta di una scelta legata alla difficoltà di rilevare con certezza il numero dei clandestini: in primo luogo l'Italia è da molti migranti considerata come paese-ponte, dal quale transitare verso altri Stati europei, sicché la presenza sul territorio italiano di irregolari non è certamente pari al numero di ingressi; per altro verso il dato sugli irregolari è ulteriormente confuso dal fenomeno degli *overstayers*, immigrati originariamente regolari, che permangono sul territorio oltre lo scadere del permesso di soggiorno e che restano anch'essi estranei alle rilevazioni statistiche su cui si è basata l'analisi proposta.

Tuttavia, a fronte della non presenza degli irregolari nei dati relativi all'incidenza demografica complessiva degli stranieri di categoria, si tiene, invece, conto nei dati resi disponibili dal DAP sulla popolazione penitenziaria, nelle cui statistiche la presenza di stranieri in carcere non distingue tra regolari ed irregolari. Con la conseguenza che – se si fosse tenuto conto anche della fetta di irregolari presenti nel territorio – il tasso di sovrarappresentazione sarebbe ulteriormente diminuito.

3. *Riflessi sulla popolazione penitenziaria straniera delle misure deflattive del sovraffollamento carcerario*

Per tentare una prima valutazione dei risultati ottenuti, occorre procedere ad una ulteriore verifica. Si è visto come l'incidenza demografica degli stranieri in Italia negli ultimi dieci anni sia ampiamente cresciuta e come, parallelamente, la percentuale di stranieri detenuti abbia subito variazioni di poco rilievo, determinando in termini statistici un forte decremento della presenza straniera nelle carceri italiane. Occorre, pertanto, verificare se nel periodo di riferimento non siano intervenute modifiche normative o mutamenti di prassi applicative che abbiano determinato il venir meno o, comunque, l'affievolirsi dei diversi fattori di sovrarappresentazione dello straniero nel sistema penitenziario.

In altri termini per attribuire un qualche significato all'abbassamento del tasso di sovrarappresentazione (figura 2) occorre prima valutare che esso non dipenda, a sua volta, da un riequilibrio del sistema penale in senso maggiormente perequativo rispetto al trattamento sanzionatorio e cautelare dello straniero.

3.1. *Le misure alternative alla detenzione e gli interventi “svuotacarceri” di portata generale*

L'attuale assetto delle misure alternative alla detenzione è il risultato di numerosi interventi legislativi che, tuttavia, non ne hanno modificato l'originale volto, disegnato dalla legge sull'Ordinamento Penitenziario e solo parzialmente ritoccato dai periodici provvedimenti “svuotacarceri”³⁶. L'economia del discorso e la direzione dell'indagine

³⁶ Sull'evoluzione delle misure alternative alla pena detentiva, in particolare dopo l'intervento della Legge Simeone, cfr. E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857 ss.

consentono e richiedono non già una analisi sistematica dei relativi istituti, ma unicamente di verificare se l'implementazione delle alternative al carcere – sulla cui efficacia sarà, quindi, necessario qualche breve passaggio – abbia determinato o meno una diminuzione dell'incidenza della presenza di stranieri detenuti, consentendone (in fase esecutiva) una fuoriuscita dagli istituti penitenziari, ovvero determinandone (in fase precedente alla detenzione) un mancato ingresso.

3.1.1. *L'applicazione delle misure alternative alla pena detentiva nei confronti degli stranieri detenuti.* – Malgrado le ormai consolidate spinte teoriche verso un sistema sanzionatorio di tipo differenziato³⁷, il diritto penale italiano non ha perso il rigido primato della pena detentiva; e gli interventi che si sono succeduti – più che affrontare in modo sistematico e coerente il problema della “crisi” della pena – hanno risposto ad istanze contingenti e ideologicamente connotate senza modificare l'impianto di fondo. Così, il costante tentativo di riequilibrare la centralità del carcere, non è stato perseguito attraverso l'implementazione delle misure sostitutive, ma attraverso una sostanziale “fuga dalla sanzione”: la pena comminata resta il carcere (e, anzi, la cornice edittale è spesso aumentata al parossismo in relazione a talune fattispecie di particolare allarme mediatico), ma la sua effettività è compromessa da numerosi strumenti sostanziali e processuali³⁸. Sicché l'alternativa alla reclusione penitenziaria, nella dinamica politico-criminale, è stata relegata tutta al momento esecutivo, affidata al “sistema” della sorveglianza e implementata in modo emergenziale come risposta alla perenne urgenza del sovraffollamento carcerario.

In questa cornice legislativa carcerocentrica³⁹, la condizione dello straniero condannato a pena detentiva è risultata certamente penalizzata. Si pensi – fra i tanti ostacoli all'inserimento dello straniero in programmi di *probation* – al problema della frequente impossibilità di eseguire la detenzione domiciliare per mancanza di un luogo di dimora adeguato⁴⁰, ovvero alla difficoltà di ipotizzare un trattamento idoneo alla concessione della semilibertà rispetto agli stranieri irregolari astrattamente destinati ad un sollecita espulsione.

³⁷ Sinteticamente – quanto efficacemente – cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, p. 746 ss.

³⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 767 ss. menziona il reato continuato eterogeneo, il cumulo giuridico per il concorso formale di reati, la facoltatività della recidiva e delle pene accessorie, il bilanciamento di tutte le circostanze, le superattenuanti generiche, la liberazione condizionale, la sospensione condizionale e tutto un sistema indulgenziale “il cui culmine è stato toccato dalla proposta abbreviazione dei termini di prescrizione”.

³⁹ Cfr. C. FIORIO, *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, p. 1 ss.

⁴⁰ Il problema è stato considerato in tutta la sua gravità dalla “Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale” (istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo), che vede nella detenzione domiciliare l'asse portante di una riforma del sistema sanzionatorio fortemente differenziata; e che si è spinta sino alla proposta dell'istituzione di c.d. “luoghi di dimora sociale”, destinati appositamente all'esecuzione della detenzione domiciliare e modellati, nei limiti del possibile, sulle caratteristiche dell'abitazione domestica. In argomento, C.F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *www.penale contemporaneo.it*.

Sul piano normativo non sembrano esservi discriminazioni formali, ma la prassi applicativa mostra una sostanziale emarginazione dello straniero condannato rispetto al sistema delle alternative alla detenzione⁴¹. Le vie di “fuga dalla sanzione” sembrano essere ancora un lusso che solo la “classe media” può permettersi.

Se, infatti, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 78/2007, ha dichiarato illegittime alcune disposizioni dell’Ordinamento penitenziario che avevano introdotto specifici automatismi preclusivi dell’applicazione allo straniero irregolare di misure alternative alla detenzione⁴²; ciò non di meno è possibile registrare un minore accesso degli stranieri a tali pratiche, non soltanto in ragione della oggettiva difficoltà di ipotizzare un percorso trattamentale nei confronti di soggetti socialmente marginali, ma anche per una minore fiducia nei confronti degli stranieri da parte della magistratura di sorveglianza e dei servizi preposti alle indagini sociali⁴³.

La tabella 1⁴⁴ mostra la percentuale di soggetti che hanno avuto accesso a regimi alternativi nel corso del 2014 dallo stato di detenzione e dallo stato di libertà.

Tabella 1: *Detenuti ammessi a misure alternative dalla detenzione (2014)*

Dallo stato di detenzione	Totale Detenuti	Detenuti Stranieri	Percentuale Stranieri
Affidamento in prova	5487	1085	19,77%
Affidamento in prova tossicodipendenti	3552	266	7,48%
Semilibertà	1400	174	12,42%
Detenzione domiciliare	10400	2518	24,21%
Totale	20839	4043	19,40%

Dallo stato di libertà	Totale Detenuti	Detenuti Stranieri	Percentuale Stranieri
Affidamento in prova	11898	1817	15,27%
Affidamento in prova tossicodipendenti	1899	129	6,79%
Semilibertà	130	19	14,62%
Detenzione domiciliare	9000	1262	14,02%
Totale	22927	3227	14,08%

⁴¹ Cfr. E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, cit., p. 1097.

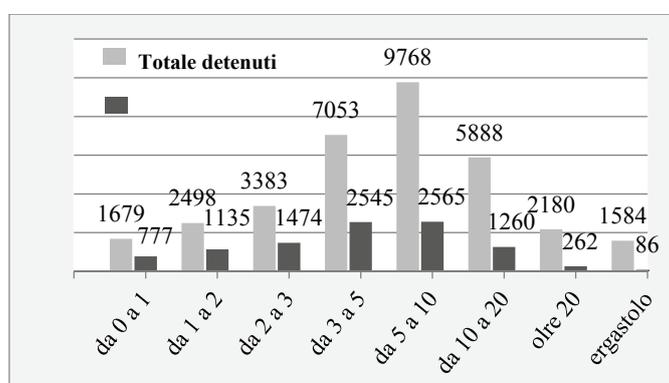
⁴² Corte cost., 5 maggio 2007, n. 78: “la condizione soggettiva (...) del mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato (...) di per sé non è univocamente sintomatica (...) di una particolare pericolosità sociale”.

⁴³ Sul punto cfr. la recente indagine di P. GONNELLA, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, Napoli, 2014. L’A. ha misurato empiricamente il tasso di fiducia socio-giudiziario nei confronti delle varie comunità straniere, calcolando il rapporto tra il totale delle persone in esecuzione penale e quelle che invece sono in misura alternativa. Il tasso di fiducia penitenziario serve a meglio capire quanto il sistema delle pene sia selettivo e quanto riproponga meccanismi discriminatori già presenti nella società libera: significativo è il dato sul tasso di fiducia legato alla condizione di genere e/o alla condizione lavorativa.

⁴⁴ Elaborazione nostra su dati forniti dal DAP, su www.giustizia.it.

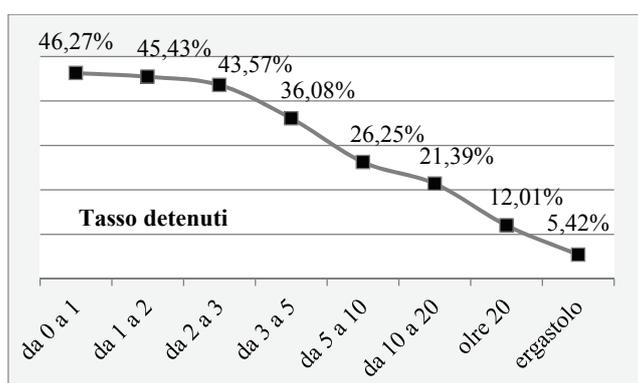
Solo un quarto dei detenuti che hanno avuto accesso alle misure alternative sono stranieri (circa il 19,40%); malgrado gli stranieri costituiscano un terzo (35,58%) della popolazione carceraria. La percentuale scende ulteriormente al 14,08% rispetto agli stranieri che sono passati direttamente dallo stato di libertà ad una misura alternativa. Tale evidenza va, inoltre, analizzata alla luce del dato sulla distribuzione dei detenuti presenti (nel medesimo periodo) in ragione degli anni di pena detentiva inflitta; in modo da escludere che il minore accesso degli stranieri alle misure alternative sia dovuto ad una maggiore severità delle condanne riportate. La figura 4⁴⁵ rappresenta il confronto tra il numero dei detenuti complessivi e il numero dei detenuti stranieri, distinti entrambi per fasce di anni di condanna.

Figura 4: *Detenuti per anni di condanna (2014)*



La proiezione percentuale (figura 5) di tali dati mostra come il tasso di stranieri condannati sia esponenzialmente inferiore man mano che aumentano gli anni di condanna. Sicché la più alta percentuale di detenuti stranieri si riscontra proprio tra i soggetti condannati a pene compatibili con l'applicazione di misure alternative: il 45,09% dei condannati a pene inferiori ai tre anni è straniero.

Figura 5: *Tasso detenuti stranieri per condanna (2014)*



⁴⁵ Elaborazione nostra su dati forniti dal DAP, su www.giustizia.it.

Rafforzando l'evidenza che il minore accesso degli stranieri alle misure alternative al carcere rispetto agli italiani non è legato ad una loro collocazione prevalente tra coloro che per gravità di condanna ricevuta da tali misure sono esclusi. Le ragioni della sottorappresentazione degli stranieri rispetto all'accesso a percorsi di *probation* non può pertanto che dipendere – al netto di un atteggiamento di generica “sfiducia” del sistema della sorveglianza nei loro confronti (da valutarsi comunque di marginale influenza) – da condizioni personali dei condannati stranieri; condizioni *lato sensu* sociali e comunque non legate alla gravità del reato commesso.

3.1.2. *L'esecuzione delle pene detentive presso il domicilio (legge svuotacarceri 2010)*. – Un parziale miglioramento, in senso perequativo per i condannati stranieri, sembra essere intervenuto con i recenti provvedimenti “svuotacarceri”.

Il problema del sovraffollamento carcerario è una costante del dibattito politico italiano ormai dai primi anni novanta⁴⁶; questione in grado di orientare le scelte di politica criminale di pari passo al tema sicurezza, di cui costituisce – almeno nel discorso mediatico – parte del rovescio della stessa medaglia. In particolare, in Italia, a seguito della riforma dell'art. 79 Cost. del 1992, che ha introdotto per l'amnistia e l'indulto un regime di riserva di legge assoluta e rinforzata⁴⁷, l'obiettivo di ridurre la popolazione penitenziaria – prima di allora prevalentemente affidato ad interventi clemenziali di natura più squisitamente politica – è stato tentato attraverso frequenti riforme di specifici istituti di diritto processuale o sostanziale. Riforme solo astrattamente strutturali, le quali hanno notevolmente ampliato l'ambito applicativo delle alternative alla detenzione, “ricomprendendovi in modo sempre più marcato anche forme di *criminalità medio-grave*”⁴⁸; ma che hanno determinato modifiche permanenti del sistema penale non sempre coerenti con le finalità specialpreventive che le sono proprie⁴⁹, per lo più orientate ad una finalità pratica di deflazione penitenziaria.

⁴⁶ E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 97 ss.

⁴⁷ Cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, p. 455 ss.

⁴⁸ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2012, p. 606.

Si pensi alla sospensione obbligatoria dell'esecuzione delle pene detentive fino tre anni di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., per come modificato dalla c.d. legge Simeone (legge n. 165/1998). Ovvero, alle numerose modifiche della disciplina delle pene sostitutive e delle misure alternative. Sul primo versante è sufficiente menzionare l'innalzamento del limite massimo per la sostituzione della pena detentiva (originariamente, di sei mesi, portati ad un anno con la legge n. 187/1993, quindi a due anni con la legge n. 134/2003). Sul fronte delle misure alternative, paradigmatica l'evoluzione della disciplina della detenzione domiciliare (art. 47-ter, comma 1, ord. pen.), che dalla sua introduzione nel 1986 ha visto progressivamente espandere non soltanto i limiti massimi per la sua applicabilità ma anche i potenziali destinatari, a scapito della sua originaria vocazione umanitaria. Cfr. S. TURCHETTI, *Legge “svuotacarceri” e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1787 ss.

⁴⁹ Non lascia dubbi E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi*, cit., p. 872: “la verità è che al crescere delle funzioni di controllo e di sostegno alle quali sono chiamati gli organi di polizia e del servizio sociale, per effetto di un'applicazione delle misure alternative sempre più vasta, si accompagna un progressivo svuotamento di contenuti delle misure: con effetti dirompenti sulla tenuta complessiva del sistema penale. L'ineffettività di singoli modelli sanzionatori, se utilizzati ampiamente, finisce inevitabilmente col compromettere l'effettività dell'intero sistema sanzionatorio”.

Si è trattato, peraltro, di interventi normativi il cui fallimento pratico è certificato dal parallelo ricorso ad atti di clemenza “diretta”: il c.d. indultino del 2003 e l’indulto del 2006⁵⁰; ed asseverato dalla sentenza Sulejmanovic del 2009, di poco successiva all’esperienza di tali ulteriori rimedi⁵¹.

Sul solco di queste premesse si muove il legislatore con la legge n. 199/2010 (c.d. svuotacarceri), che ha introdotto una nuova misura alternativa alla detenzione consistente nella “esecuzione delle pene detentive presso il domicilio”⁵², applicabile a condannati a pena detentiva (anche se recidivi reiterati) che siano in attesa di esecuzione della pena o che stiano scontando la pena in carcere non superiore a 18 mesi⁵³.

Originariamente prevista come provvisoria (ovvero “fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013”), la misura – ormai stabilizzata ai sensi dell’art. 5 d.l. n. 146/2013 – si attaglia ad ipotesi in cui non possono trovare applicazione la sospensione condizionale della pena, né può essere irrogata una pena sostitutiva o applicata una delle misure alternative alla detenzione. Con l’esplicita finalità, di deflazione penitenziaria, di prevenire la reclusione o consentire la fuoriuscita dal carcere a soggetti – quali i plurirecidivi – esclusi dalla detenzione domiciliare generica.

Il DAP monitorizza mensilmente il numero di detenuti fuoriusciti dal regime inframurario per effetto della nuova misura: al 31 dicembre 2014 e a far data dall’entrata in vigore della legge n. 199/2010, hanno lasciato le carceri italiane 15.814 persone, di cui 4.757 stranieri. Si tratta del 30,08% dei detenuti che hanno avuto accesso (dal carcere) alla esecuzione della pena detentiva presso il domicilio. Pertanto – dopo un avvio per loro meno favorevole⁵⁴ – il dato della percentuale dei soggetti stranieri che hanno lasciato il carcere si è attestato, a fine 2014, su un valore prossimo, seppur ancora inferiore, alla stessa percentuale degli stranieri detenuti (32,58%).

Tale dato, per un verso, indica che nei confronti dei detenuti stranieri la nuova misura alternativa ha avuto un’efficacia deflattiva maggiore rispetto alla detenzione domiciliare generica di cui all’art. 47-ter ord. pen., posto che – come già rilevato *retro* (figura 3) – la percentuale di stranieri passati dal carcere alla detenzione domiciliare nel 2014 è del 14,94%, ovvero solo la metà di quelli fuoriusciti dal carcere ai sensi della legge n. 199/2010. Ma non si tratta di una efficacia deflattiva maggiore rispetto a quella verificatasi per i detenuti italiani.

⁵⁰ Sul primo v. C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, “indultino”: forme e limiti costituzionali dell’impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 191 ss. Sugli effetti dell’indulto *infra*.

⁵¹ Corte Edu, sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1941. In argomento, N. PLASTINA, *L’Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo per l’insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4928 ss.

⁵² Circa la natura giuridica della nuova misura, “*misura alternativa, dunque per il legislatore storico, ma non una nuova ipotesi di detenzione domiciliare*”, v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 614. Sui rapporti della misura del 2010 con la detenzione domiciliare di cui all’art. 47-ter ord. pen., cfr. S. TURCHETTI, *op. e loc. cit.*

⁵³ L’originario limite di un anno è stato innalzato d.l. n. 211/2011 (c.d. Pacchetto Severino).

⁵⁴ Al 31 dicembre 2011 gli stranieri detenuti sono il 36,14% del totale, quelli che hanno lasciato il carcere per effetto della legge n. 199/2010 sono solo il 26,83% del totale dei fuoriusciti. Nel 2012 i tassi sono, rispettivamente, del 27,67% e del 35,76%. Nel 2013, del 29,06% e del 34,95%. Elaborazione nostra su dati DAP reperibili su www.giustizia.it.

Sicché – sotto altro profilo, più attinente con la finalità dell’indagine – possiamo affermare che la legge svuotacarceri del 2010 non abbia avuto un impatto significativo sul decremento della percentuale di stranieri detenuti, vista la sostanziale coerenza tra il dato sugli stranieri fuoriusciti e quello sulla incidenza complessiva degli stranieri sulla popolazione carceraria. Altrimenti detto: il 30% dei soggetti che hanno lasciato il carcere sono stranieri, proprio come circa, o poco più, del 30% dei detenuti è straniero. Di talché non può imputarsi all’introduzione della esecuzione della pena detentiva presso il domicilio la rilevata diminuzione dell’incidenza statistica degli stranieri in carcere.

3.1.3. *Gli effetti ancora prematuri della legge svuotacarceri del 2014.* – Malgrado il *feedback* positivo registrato sulla fuoriuscita dal carcere ad opera della nuova detenzione domiciliare, il problema del sovraffollamento penitenziario è tutt’altro che risolto⁵⁵. E nelle more della “messa a regime” della misura sono intervenute nuove istanze verso una riforma di sistema: così, il nuovo provvedimento svuotacarceri, il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (“Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”; in vigore dal 22 febbraio 2014), è il risultato dell’*ultimatum* europeo imposto all’Italia con la sentenza Torreggiani⁵⁶, che tiene ancora il nostro Paese come “sorvegliato speciale” per l’adozione di misure di sistema in materia di deflazione del sovraffollamento carcerario⁵⁷.

Rinviando (a breve) l’analisi di alcune novità introdotte in materia di stupefacenti e

⁵⁵ In generale v. A. DELLA BELLA, *Emergenza carcere e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2014. Per un’analisi empirica del tema del sovraffollamento carcerario v. A. ALBANO, F. PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2398 ss. Cfr. D. PULITANO, *Il messaggio del presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2014, 1, p. 136 ss.

⁵⁶ Corte Edu, sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani v. Italia*. Per una prima lettura v. F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.

⁵⁷ Sugli sviluppi della vicenda Torreggiani cfr. A. MANGIARACINA, *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015, 1, p. 410 ss.

Un tentativo intermedio (*post-Torreggiani*) di umanizzazione delle vicende carcerarie nel nostro paese è consistito nel ricorso alla Consulta di due Tribunali di sorveglianza – dapprima quello di Venezia (ord. 13 febbraio 2013, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell’esecuzione della pena detentiva*) e poi quello di Milano (ord. 12 marzo 2013, *ivi*, con nota di A. DELLA BELLA, *Sollezata ancora questione di illegittimità costituzionale dell’art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*, in www.penalecontemporaneo.it) – i quali hanno sperimentato la strada di una eccezione di incostituzionalità dell’art. 147 c.p., per contrasto con gli artt. 2, 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 3 CEDU (come interpretato, ovviamente, dalla Corte di Strasburgo), nella parte in cui non prevede “l’ipotesi di rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità”. Il seppur fallito tentativo di ottenere una sentenza additiva, ha comunque dato luogo ad una pronuncia che ha di fatto condiviso le istanze poste alla base delle ordinanze di remissione, condividendo l’esigenza di un rimedio individuale, preventivo oltre che compensativo, utile ad impedire la violazione dei diritti dei singoli; anche se non ha mancato di esprimere perplessità sulla soluzione indicata dai rimettenti, che introdurrebbe un forte elemento di casualità, e quindi di disuguaglianza, nelle vicende esecutive. Cfr. A. PUGIOTTO, *L’urlo di Munch della magistratura di sorveglianza. Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario*, nota a Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2014, 1, p. 129 ss.

di espulsione dello straniero, e mantenendo il *focus* su quelle misure la cui modifica o introduzione possa avere una influenza deflattiva sulla presenza di detenuti stranieri, le disposizioni di maggior rilievo riguardano l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'affidamento in prova ai servizi sociali (attraverso l'introduzione, ed il coordinamento, del comma 3-*bis* dell'art. 47 ord. pen.), l'introduzione della liberazione anticipata c.d. speciale⁵⁸ e la modifica dell'art. 275-*bis* c.p.p.

Rispetto alle aspettative di cui era caricata una legge che il "controllore europeo" imponeva essere "di sistema" e di efficacia decongestionante del sovraffollamento penitenziario, si tratta di ben poca cosa⁵⁹. Almeno nel primo periodo, l'allargamento del presupposto della pena residua (da tre a quattro anni) per l'accesso all'affidamento in prova non dovrebbe sortire alcun effetto significativo, posta la necessità di un periodo annuale di osservazione inframuraria. Così come la "normalizzazione" delle procedure di controllo elettronico, nei confronti dei soggetti sottoposti agli arresti e alla detenzione domiciliare (salvo che il giudice "le ritenga non necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari") – misura potenzialmente di grande impatto deflattivo, in grado di estendere l'alternativa carceraria a soggetti, quali gli stranieri, sin'ora spesso considerati di scarsa affidabilità cautelare – è destinata a scontrarsi con la scarsissima disponibilità da parte della polizia giudiziaria di braccialetti elettronici applicabili.

Rispetto al percorso d'indagine tracciato è possibile – allo stato attuale – lasciare l'ultimo provvedimento svuotacarceri all'esterno dell'analisi delle potenziali cause di deflazione della presenza penitenziaria degli stranieri.

3.2. Le misure "speciali" per lo straniero: l'espulsione

Gli effetti della sovrarappresentazione dei detenuti stranieri – delle cui dinamiche si sta tentando una rivalutazione critica – determina, comunque, un dato la cui oggettività non può certo essere negata: un terzo dei detenuti sono stranieri. Pertanto appare naturale che le politiche di contenimento del sovraffollamento penitenziario passino attraverso l'adozione di misure specifiche (più correttamente "speciali", in quanto *ad personas*) di allontanamento dal carcere dei detenuti stranieri. E – se in un contesto mediatico e politico in cui sullo straniero si è ormai consolidato lo stigma della devianza e della criminalità il suo ritorno sul territorio viene visto come un grave attentato alla sicurezza collettiva – l'espulsione è ormai invocata come la soluzione più efficace e più "sicura"⁶⁰. Viepiù ove si consideri che la generalità delle alternative alla detenzione è – come si è detto – sostanziale appannaggio dei detenuti italiani.

Sembrerebbe essersi delineato un sistema con due binari paralleli: le misure ordinarie offerte dall'ordinamento penitenziario per i cittadini e l'espulsione per gli stranieri. Occorre, pertanto verificare, se l'espulsione – nelle sue diverse forme – abbia esercitato

⁵⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, in corso di pubblicazione, attualmente in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁹ Per un primo bilancio v. A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁰ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: anche l'espulsione dei detenuti stranieri diventa un'arma per combattere il sovraffollamento*, in *Immigrazione.it*, 15 gennaio 2014.

(nel periodo relativo all'indagine) una significativa influenza deflattiva della presenza penitenziaria degli stranieri.

3.2.1. *L'espulsione come misura di sicurezza.* – Nella sua attuale formulazione – ovvero a seguito delle modifiche apportate dal c.d. *decreto sicurezza 2008*⁶¹ – l'art. 235 c.p. prevede due distinte misure di sicurezza, l'espulsione dello straniero e l'allontanamento del cittadino comunitario; identiche nel contenuto (l'estromissione del destinatario dal territorio dello Stato italiano), ma rivolte a diversi soggetti: per straniero deve intendersi l'apolide e il cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione Europea (art. 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286); mentre non è tale il cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea (art. 1, comma 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286)⁶².

L'espulsione a titolo di misura di sicurezza è, inoltre, prevista come obbligatoria (fermo restando il necessario accertamento della pericolosità sociale) in caso di condanna a pena detentiva per uno dei delitti contro la personalità dello Stato (art. 312 c.p.). Nonché nei casi di condanna per uno dei reati previsti dal Testo Unico sugli stupefacenti; obbligatoria, però, solo rispetto agli artt. 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3. In tali ipotesi l'espulsione può (o deve) essere applicata anche in relazione a condanne a pena detentiva inferiori ai limiti generali fissati dall'art. 235 c.p., in considerazione del grave allarme sociale legato alle specifiche fattispecie di reato⁶³.

In materia di immigrazione, dall'art. 15 TUI prevede, inoltre, l'espulsione dello straniero come misura di sicurezza in relazione ai reati per i quali è previsto l'arresto in flagranza (artt. 380 e 381 c.p.p.)⁶⁴.

⁶¹ L'attuale formulazione della misura di sicurezza è il risultato della modifica introdotta ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. a), d.l. 23 maggio 2008, n. 92 convertito con modifiche nella legge 24 luglio 2008, n. 125: in precedenza l'art. 235 c.p. disciplinava unicamente l'ipotesi di *espulsione dello straniero dallo Stato*, che veniva ordinata quando questi avesse riportato *condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a dieci anni*. Successivamente il c.d. *pacchetto sicurezza 2009* (d.l. 23 febbraio 2009, convertito in legge 23 aprile 2009, n. 38 e 15 luglio 2009, n. 94) ha introdotto ulteriori modifiche, che non determinano un mutamento di disciplina della misura di sicurezza, ma unicamente uno spostamento sistematico di alcune previsioni: è stato abrogato il comma 2, dell'art. 235 c.p., il quale – per le modalità di esecuzione della misura dell'espulsione e dell'allontanamento – faceva rinvio, rispettivamente all'art. 13, comma 4, t.u. imm. e all'art. 20, comma 11, d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30; e le relative previsioni sono state inserite, rispettivamente agli artt. 183-*bis* e 183-*ter* Att. c.p.p.

⁶² Tale distinzione è il risultato della ricezione, in sede legislativa, di un principio già affermato in giurisprudenza: provvedendo sul ricorso avverso la reiezione di una domanda di espulsione proposta da un cittadino comunitario sottoposto a custodia cautelare in carcere per spaccio di sostanze stupefacenti, la Corte di Cassazione aveva, infatti, ritenuto che i cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea non possono essere assoggettati ad alcuna forma di espulsione, la quale comporterebbe in ogni caso il divieto, sia pure temporaneo, di rientrare nel territorio dello Stato italiano, in contrasto con la libertà di circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri sancito dal trattato istitutivo della Comunità europea, nonché con il divieto di discriminazioni effettuate in base alla nazionalità (Cass., sez. I, 9 marzo 2000).

Di contro, si è ritenuto che la misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero condannato per reati in materia di stupefacenti può essere disposta anche a carico del cittadino comunitario, trattandosi di previsioni che non contrasta con la normativa comunitaria, la quale – nel disciplinare la libertà di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri – fa esplicitamente salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanità pubblica (Cass., sez. I, 18 novembre 2008, n. 44336).

⁶³ Cfr. A. CAPUTO, *Le misure di sicurezza dell'espulsione dello straniero e dell'allontanamento del cittadino comunitario*, in S. LORUSSO (cur.), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, p. 294 ss.; S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Padova, 2006; L. CORDÌ, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale sostanziale e processuale*, Milano, 2011.

⁶⁴ Si è sostenuto che l'introduzione dell'espulsione di cui al TUI avrebbe un effetto sostanzialmente

Il notevole abbassamento della soglia oltre la quale il giudice dispone l'espulsione (da dieci a due anni di reclusione) ha determinato un esponenziale ampliamento dell'ambito di applicabilità della misura; che, se per un verso, completa il percorso – già intrapreso dal legislatore con la previsione del citato art. 15 TUI – verso la trasformazione della misura da “*extrema ratio* qual era in origine in strumento pressoché ‘fisiologico’ di neutralizzazione della pericolosità sociale dello straniero delinquente”⁶⁵; sotto altro profilo lascia poco spazio all'operatività di tale norma, il cui ambito di applicazione risulta quasi interamente assorbito dalla nuova previsione dell'art. 235⁶⁶.

Nella prospettiva di verifica dell'impatto che il potenziamento dell'espulsione allo straniero socialmente pericoloso ha sulla deflazione della presenza carceraria degli stranieri occorre, in primo luogo, considerare che l'allargamento del *range* applicativo della misura di sicurezza è intervenuto soltanto col *decreto sicurezza 2008*⁶⁷; sicché gli effetti sulla popolazione penitenziaria non sarebbero comunque apprezzabili rispetto ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore di tale provvedimento (cfr. Cass., sez. II, 18 maggio 2010, n. 24342). Ma, in realtà, andare a cercare un qualche riflesso della implementazione nel ricorso all'espulsione come misura di sicurezza sull'andamento della presenza carceraria degli stranieri non può, in ogni caso, condurre a nessun risultato; in quanto, in tutti i casi, all'espulsione dello straniero si procede solo successivamente alla espiazione della pena, in base ai principi generali in materia di misure di sicurezza (art. 210 c.p.; nonché art. 86, comma 1, TU Stupefacenti).

In altri termini non si può indagare l'effetto della modifica della disciplina dell'espulsione quale misura di sicurezza sulla sovrarappresentazione dello straniero nel sistema penitenziario, in quanto tale misura non incide sulla condizione di detenzione dello straniero condannato, venendo applicata solo a pena espia.

3.2.2. *L'espulsione come misura amministrativa.* – Non si tratta in questa sede di analizzare le molteplici forme dell'espulsione come misura amministrativa, ma unicamente di focalizzare l'attenzione sulle interferenze tra espulsione eseguita dall'autorità amministrativa e possibile mancato ingresso in carcere dello straniero. L'ipotesi in cui lo straniero è sottoposto a procedimento penale è regolamentata dall'art. 13, commi 3, 3-bis e 3-ter, t.u. imm.⁶⁸.

abrogativo dell'espulsione prevista dall'art. 86 TU Stupefacenti (R. RICCIOTTI, M. RICCIOTTI, *Espulsione degli stranieri*, in *Dig. disc. pen.*, agg., II, Torino, 2004; S. CENTONZE, *op. cit.*, 2006, p. 348). In realtà non vi è perfetta coincidenza tra gli ambiti applicativi delle due disposizioni, posto che l'espulsione in materia di stupefacenti trova applicazione anche riguardo al cittadino comunitario e non soltanto rispetto all'apolide o al cittadino extracomunitario, come quella di cui all'art. 15 cit. (cfr. G. GRASSO, *Art. 235*, in M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. III, Milano, 2011, p. 581).

⁶⁵ F. VIGANÒ, M. VIZZARDI, “*Pacchetto sicurezza*” ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 813; in argomento, M. PELISSERO, *Il potenziamento delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1352; E. APRILE, *Trattamento penale dello straniero*, in A. SCALFATI (cur.), *Il decreto sicurezza*, Torino, 2009, p. 7; L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (cur.), *Il “Pacchetto Sicurezza” 2009*, Torino, 2009, p. 34.

⁶⁶ G. GRASSO, *op. cit.*, p. 581; M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 1356.

⁶⁷ L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (cur.), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, p. 3.

⁶⁸ L. CORDÌ, *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino ex-*

Nel caso in cui lo straniero sottoposto a procedimento penale non si trovi in stato di custodia cautelare in carcere, il questore può eseguirne l'espulsione, previo nulla osta dell'autorità giudiziaria, che non riscontri inderogabili esigenze processuali "valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa" (comma 3). Anche nel caso in cui lo straniero venga arrestato in flagranza o sottoposto a fermo, l'espulsione (il cui nulla osta è reso da parte del giudice all'atto stesso della convalida), è subordinata alla mancata applicazione della misura della custodia cautelare in carcere (comma 3-bis).

In entrambe le ipotesi, la verifica delle condizioni per l'espulsione e l'esecuzione della stessa sono rinviate al momento in cui sia stata "revocata o dichiarata estinta per qualsiasi ragione la misura della custodia cautelare in carcere applicata nei suoi confronti" (comma 3-ter), sicché, non vi è alcuna interferenza tra espulsione amministrativa e detenzione dello straniero.

3.2.3. L'espulsione dello straniero come misura sostitutiva e alternativa alla detenzione. – Gli istituti di maggior rilievo ai fini di una potenziale diminuzione della popolazione carceraria straniera sono l'espulsione come misura sostitutiva e come misura alternativa alla pena detentiva, previsti dall'art. 16 TUI⁶⁹.

Come misura sostitutiva l'espulsione può essere disposta:

1. nei confronti dello straniero che si trovi in condizione di irregolarità sul territorio dello Stato (art. 13, comma 2, lett. *a* e *b*, TUI), ovvero sia soggetto cui è applicabile la normativa sulle misure di prevenzione (lett. *c*) qualora il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna o nell'applicare la pena su richiesta delle parti per un reato non colposo, ritenga di dovere irrogare una pena detentiva non superiore a due anni e non ricorrano le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena;

2. nei confronti dello straniero condannato per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10-bis TUI) o di violazione dell'ordine di espulsione (art. 14, commi 5-ter e 5-quater) qualora non ricorrano cause ostative previste dall'art. 14, comma 1, le quali impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (soccorso; accertamenti sull'identità; acquisizione di documenti di viaggio; indisponibilità del vettore).

In tali ultime ipotesi, non si tratta di una misura alternativa alla pena detentiva, posto che la contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10-bis TUI) e il delitto di violazione dell'ordine di espulsione (art. 14, commi 5-ter e 5-quater) sono puniti con la sola pena pecuniaria.

Rispetto alla misura *sub a*), al di là dell'effettiva natura giuridica dell'istituto – riconducibile, più che ad una misura sostitutiva in senso proprio ad un provvedimento

tracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario, in L. DEGL'INNOCENTI (cur.), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011.

⁶⁹ S. TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in L. DEGL'INNOCENTI (cur.), *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit.; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, Speciale immigrazione, p. 5.

amministrativo adottato dal giudice penale⁷⁰ – è innegabile che lo stesso sia idoneo ad escludere dall’ambiente carcerario gli autori di reati lievi mediante l’irrogazione di pene diverse dalle sanzioni criminali ordinarie; anche considerando che l’espulsione sostitutiva è eseguita dal questore anche quando la sentenza di condanna non è ancora divenuta irrevocabile (art. 16, comma 2, TUI)⁷¹. Se ciò determina, in via di principio, un effetto di contropinta rispetto ai più generali effetti di sovrarappresentazione penitenziaria dello straniero, è possibile rilevare che il volto attuale della misura – rimodulata nel suo impianto vigente dalla legge Bossi-Fini – non ha subito nel periodo temporale di riferimento (2004-2014) interventi che ne abbiano significativamente ampliato la portata applicativa, implementandone l’adozione⁷².

Pertanto – ai fini dell’indagine – l’espulsione come misura sostitutiva alla detenzione non può influire (quantomeno a livello normativo) su di una eventuale diminuzione del tasso di presenza penitenziaria degli stranieri.

Analoga riflessione può formularsi rispetto all’espulsione come misura alternativa alla detenzione, introdotta dalla Legge Bossi-Fini nel 2002 (art. 16, commi 5-9, TUI), la quale può essere disposta dal magistrato di sorveglianza nei confronti dello straniero irregolare o potenziale destinatario di misure di prevenzione (art. 13, comma 2), il quale debba espriare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni.

3.3. *Gli effetti dell’indulto sulla popolazione carceraria straniera*

La verifica della possibile incidenza di cause *lato sensu* normative sulla diminuzione della sovrarappresentazione penitenziaria degli stranieri deve passare anche attraverso il vaglio degli effetti dell’indulto del 2006 sulla popolazione carceraria allogena.

⁷⁰ L’espulsione come sanzione sostitutiva richiama, nel nome, le sanzioni sostitutive (semidetenzione e libertà controllata), tuttavia non è certo che la denominazione sia sufficiente a ricondurre questa forma di espulsione sotto la disciplina degli artt. 53 ss., legge n. 689/1982. Sono stati, inoltre, avanzati seri dubbi sulla possibilità di considerare l’espulsione come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita, come stabilisce l’art. 57 della legge di depenalizzazione; né appare applicabile il criterio di ragguglio di un giorno di semidetenzione e due giorni di libertà controllata per un giorno di pena detentiva (R. RICCIOTTI, M. RICCIOTTI, *L’espulsione dello straniero*, cit., p. 217; G. GRASSO, *op. e loc. cit.*). Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale, la quale ha affermato che l’espulsione disposta ai sensi dell’art. 16 TUI non consiste in una sanzione sostitutiva *stricto sensu* intesa, ma un provvedimento amministrativo adottato dal giudice penale, in quanto la sua esecuzione è affidata al Questore e non al P.M. e in quanto tra le condizioni della sua applicazione vi sono le medesime previste per l’espulsione amministrativa disposta dal Prefetto ex art. 13, comma 2 (Corte cost., 28 luglio 1999, n. 369).

⁷¹ Questa disposizione costituisce un’eccezione alla norma generale che subordina l’esecuzione delle sentenze al passaggio in giudicato (art. 650 c.p.p.) e sottrae la potestà esecutiva alla competenza del magistrato di sorveglianza (regolata dagli artt. 55 e 56, legge n. 689/1981). Il questore infatti agisce nella sua qualità di organo amministrativo, nell’esercizio di poteri di polizia di sicurezza (e non di polizia giudiziaria, dei quali per di più non dispone). Rimane all’autorità giudiziaria la valutazione, prevista dall’art. 13, comma 3, circa il rilascio del nulla osta all’esecuzione, poiché lo straniero espulso con sentenza non irrevocabile è ancora sottoposto a procedimento penale.

⁷² Gli interventi di cui all’art. 1, comma 16 e poi dall’art. 1, comma 22, legge 15 luglio 2009, n. 94 con decorrenza dall’8 agosto 2009; così come quello dell’art. 3, legge 30 ottobre 2014, n. 161 con decorrenza dal 25 novembre 2014 non hanno determinato una maggiore applicabilità della misura. Laddove l’ampliamento intervenuto nel 2011 (art. 3, d.l. 23 giugno 2011, n. 89 con decorrenza dal 24 giugno 2011) ha determinato un ampliamento dell’applicabilità dell’espulsione prevedendola anche in relazione ai delitti di cui all’art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quater*, TUI, puniti con la sola pena pecuniaria.

Analisi segnata, tuttavia, da non poche difficoltà interpretative: è, infatti, dato registrare una differenza radicale di opinioni in ordine all'efficacia del provvedimento, ovvero in ordine all'effettivo raggiungimento e al successivo mantenimento dello scopo deflattivo formalmente perseguito; opinioni in gran parte influenzate a monte dalla condivisione o meno dell'opportunità politica di utilizzare uno strumento di indulgenza di così ampia portata⁷³.

Il richiamo alle statistiche – le quali indicherebbero che dopo l'ultimo indulto le rapine in banca sono quasi raddoppiate e, più in generale, che varie tipologie di crimine subiscono improvvise impennate nei periodi successivi ai provvedimenti di clemenza⁷⁴ – si accompagna al rilievo di una diminuita efficacia del sistema penale, sia sotto l'aspetto della prevenzione generale, delegittimata da provvedimenti di clemenza diretta i quali affievoliscono la percezione della certezza della pena, sia sotto il profilo della prevenzione speciale, fatalmente compromessa rispetto a soggetti rilasciati prima di aver terminato il percorso rieducativo⁷⁵.

Di contro, si sostiene che i richiamati effetti di nullificazione dell'efficacia general e special-preventiva di una sanzione condonata non tengono conto della particolarità dell'indulto del 2006, il quale stabiliva che, in caso di rientro in carcere per un nuovo reato, i beneficiari avrebbero dovuto scontare la pena residua in aggiunta alla nuova⁷⁶; determinando, in tal modo, una sistematica commutazione di pene effettive in pene comminate: la parte residua di pena indultata avrebbe avuto un effetto di rafforzamento dell'efficacia intimidatoria della sanzione⁷⁷. Così come, sotto altro profilo si sostiene che il dato di riferimento per una valutazione degli effetti dell'indulto sul breve/medio periodo non possa essere limitato al mero riscontro circa l'andamento della popolazione penitenziaria o delle denunce, ma che debba spingersi sino alla verifica della recidiva degli indultati⁷⁸.

È stato, pertanto, verificato se l'innalzamento della popolazione penitenziaria successivo all'indulto sia legato al reingresso in carcere di soggetti che ne avevano beneficiato. Il risultato di tali studi – seppur limitato al solo semestre successivo all'entrata in vigore del provvedimento – mostra alcuni dati utili ai fini dell'indagine. La tabella 2⁷⁹

⁷³ In argomento cfr. G. JOCTEAU, G. TORRENTE, *Indulto e recidiva. Uno studio dopo sei mesi dall'approvazione del provvedimento*, in *Antigone*, II, n. 1, p. 104 ss. Gli autori descrivono la grande campagna mediatica negativa che ha accompagnato l'adozione della legge di concessione dell'indulto e come essa abbia pesantemente influenzato non soltanto l'opinione politica (pur approvato ad ampia maggioranza il provvedimento di clemenza, all'indomani della sua adozione trovò pochi sostenitori nell'arco parlamentare), ma anche ampia parte della dottrina criminalistica.

⁷⁴ A. BARBARINO, G. MASTROBUONI, *The Incapacitation Effect of Incarceration: Evidence from Several Italian Collective Pardons*, in *American Economic Journal: Economic Policy*, vol. 6, n. 1, 2014, p. 1 ss.

⁷⁵ Su tali rilievi – come punto di partenza per tratteggiare il volto costituzionalmente orientato degli atti di clemenza generalizzati – cfr. V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., in particolare p. 397 ss.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 1, comma 3, legge n. 241/2006, “il beneficio dell'indulto è revocato di diritto se chi ne ha usufruito commette, entro cinque anni dalla data della sua entrata in vigore, un delitto non colposo per il quale riporti condanna a pena detentiva non inferiore a due anni”.

⁷⁷ Cfr. F. DRAGO, R. GALBIATI, P. VERTOVA, *Prison Conditions and Recidivism*, in *American Law and Economics Review*, 2011, p. 103 ss.

⁷⁸ G. JOCTEAU, G. TORRENTE, *Indulto e recidiva*, cit., p. 16 ss.

⁷⁹ Elaborazione nostra su dati forniti dal DAP e riferiti in G. JOCTEAU, G. TORRENTE, *Indulto e recidiva*, cit. Il dato è ottenuto dagli Autori sottraendo dai dati relativi al totale dei rientrati in carcere fra i sogget-

mostra il numero di detenuti (complessivo e disaggregato per nazionalità) usciti dal carcere per effetto dell'indulto e il numero di coloro che, tra i beneficiari, vi sono erano rientrati alla data del 16 febbraio 2007.

Tabella 2: *Effetti dell'indulto 2006 sulla popolazione penitenziaria*

1.8.2006 (16.2.2007)	Italiani	Stranieri
Detenuti dimessi	15.815	9.750
Percentuale dimessi	61,86%	38,14%
Rientrati	1.942	1.033
Tasso recidiva	12,27%	10,59%

Si può osservare come quasi il 40% dei detenuti beneficiari dell'indulto siano stranieri. Tale dato non dovrebbe destare alcuna sorpresa. Com'è noto, con la legge 31 luglio 2006, n. 241 è stato concesso indulto per tutti i reati (salve alcune specifiche eccezioni)⁸⁰ commessi fino al 2 maggio 2006 puniti entro i tre anni di pena detentiva e con pene pecuniarie non superiori a 10.000 euro, sole o congiunte a pene detentive; e per i fatti commessi precedentemente alla suddetta data e in relazione ai medesimi reati era previsto un condono di tre anni per coloro che fossero stati condannati a una pena detentiva di maggiore durata. Si tratta di uno sconto di pena indistinto sotto il profilo soggettivo e, pertanto, destinato ad incidere significativamente sulla popolazione carceraria straniera, la quale – come si è già riferito *retro* (cfr. figura 4 e figura 5) – si colloca in maggior misura nella fascia di condanna non superiore ai 5 anni di reclusione.

Tra gli stranieri beneficiari dell'indulto è possibile, inoltre, registrare (almeno nei primi sei mesi dal provvedimento) un tasso di recidiva leggermente minore rispetto a quello degli italiani. Sicché sembra potersi concludere che l'indulto del 2006 abbia contribuito a diminuire in modo apprezzabile la componente straniera della popolazione carceraria italiana. Ed effettivamente, riprendendo le cifre relative alla popolazione penitenziaria e le elaborazioni statistiche già proposte *retro* (cfr. figura 1 e figura 2), è possibile affermare nel 2006, in termini assoluti, si registra una significativa diminuzione dei detenuti stranieri: si passa dai 19.836 dell'1 gennaio 2006, ai 13.152 dell'1 gennaio 2007. Si tratta di un *trend* negativo (– 33,69%) non registrabile in altri momenti dell'intero *range* temporale considerato, sì da consentire di metterlo in certa relazione causale con il provvedimento di clemenza del luglio 2006.

Tuttavia – confrontando tale dato con la diminuzione del numero di detenuti italiani – è possibile anticipare come gli effetti dell'indulto non abbiano determinato una dimi-

ti beneficiari del provvedimento il numero di soggetti rientrati provenienti dalla misura alternativa, il numero di soggetti rientrati già fruitori del cosiddetto "indultino" ed il numero di scarcerati, ma riarrestati per prosecuzione di pena.

⁸⁰ Sono stati esclusi dalla applicazione dell'indulto diversi delitti, tra cui: associazione sovversiva, reati di terrorismo, strage, sequestro di persona, banda armata, associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., associazione di tipo mafioso, riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, violenza sessuale, usura, riciclaggio, produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti.

nuzione dell'incidenza complessiva degli stranieri detenuti. La tabella 3 – che mette a fuoco dati già riferiti sull'andamento della popolazione penitenziaria, verificandone la variazione in termini assoluti e statistici tra il 2006 e il 2007 – mostra come anche i detenuti italiani, in tale periodo, abbiano avuto un decremento del 34,85%, assolutamente sovrapponibile a quello relativo ai detenuti stranieri che si attesta al 33,69%.

Tabella 3: *Variazione popolazione carceraria 2006/2007*

	Italiani	Stranieri
Detenuti 2006	39.687	19.836
Detenuti 2007	25.853	13.152
Detenuti in meno	13.834	6.684
Diminuzione	34,85%	33,69%

Sicché il tasso di sovrarappresentazione – che nel decennio di riferimento dell'indagine viene quasi dimezzato (-98,71%; cfr. *retro* figura 2) – nei due anni successivi all'indulto perde meno di mezzo punto percentuale: dal 7,33% del 2006 al 6,78% del 2007 e al 6,56% del 2008; con un decremento di circa il 10% in due anni. Si da consentire l'affermazione che l'indulto del 2006, seppur ha determinato nel breve periodo una diminuzione dei detenuti stranieri non ne ha in alcun modo alterato l'incidenza sul complesso della popolazione penitenziaria.

3.4. *La possibile incidenza di modifiche alle fattispecie “tipiche” degli stranieri*

Occorre, infine, verificare se la diminuita sovrarappresentazione della componente straniera nella popolazione penitenziaria non sia il riflesso di modifiche normative intervenute a rendere meno afflittive alcune delle fattispecie criminose che più spesso vengono commesse da soggetti stranieri. Si sostiene, infatti, che – per la loro condizione di diffusa marginalità sociale ed economica (sulle cui cause e sulle cui caratteristiche non si può, per economica di discorso, neanche brevemente indugiare)⁸¹, nonché per la stessa legislazione sulla regolamentazione dei flussi migratori, i cui effetti criminogeni vanno al di là dell'incriminazione diretta della clandestinità – sia possibile individuare alcune fattispecie di reato che gli stranieri, viepiù se migranti “irregolari”, compiono più frequentemente di altre⁸². Affermazione che occorre, tuttavia, meglio specificare. Nel senso che vi sono reati commessi *principalmente* da stranieri – quali ad esempio quelli relativi alla prostituzione o alla violazione delle norme sull'immigrazione, che degli stranieri sono appannaggio quasi esclusivo – ma che non hanno grande impatto sul totale dei reati com-

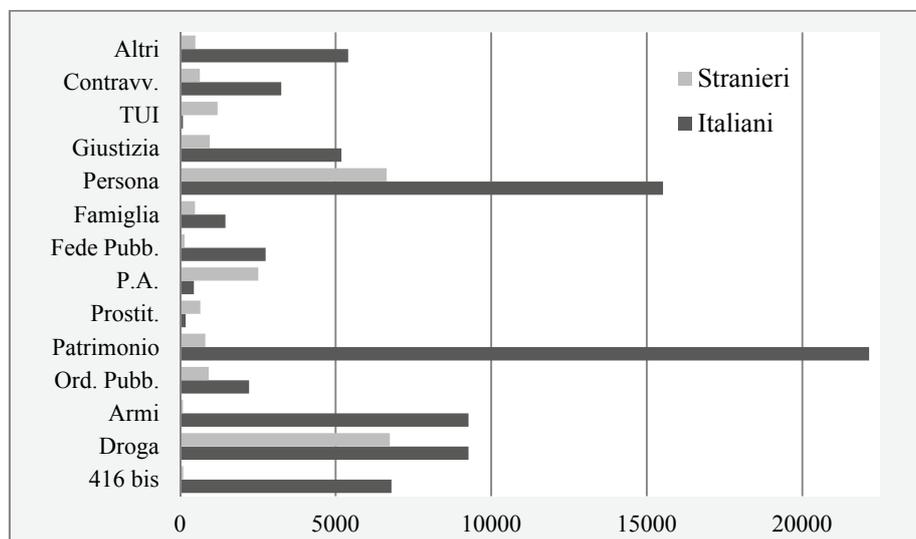
⁸¹ È solo per fornire un quadro generale del problema delle marginalità sociali dei migranti che si rinvia alla trattazione istituzionale di A. COLOMBO, G. SCIORTINO, *Gli immigrati in Italia. Assimilati o esclusi: gli immigrati, gli italiani, le politiche*, Bologna, 2004, p. 74 ss.; per un più analitico approfondimento dei profili teorici cfr. M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, p. 249 ss.

⁸² Cfr. V. FERRARIS, *Immigrazione e criminalità*, Roma, 2012; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 137 ss.

messi; questi reati vengono commessi più da stranieri che da italiani, ma non sono reati in grado di determinare una significativa incidenza dei loro autori sulla popolazione carceraria, essendo – in senso statistico – reati non molto frequenti. E ci sono categorie di reati commessi principalmente dagli italiani, ma che gli stranieri commettono più *frequentemente* rispetto ad altri illeciti; sono questi a determinare la maggior quota di stranieri detenuti, giacché i reati più “tipici” (in termini statistici) degli stranieri non sono anche quelli che gli stranieri (in termini assoluti) commettono di più.

La figura 6 mostra il numero di condanne, distinte per tipologia di reati, riportate dai detenuti italiani e da quelli stranieri al 31 dicembre 2014⁸³.

Figura 6: *Detenuti per tipologia di reato commesso, II semestre 2014*



In assenza di rilevazioni statistiche aggiornate su scala nazionale in relazione alle denunce – oltre che per le ragioni già rappresentate *retro* sulla cui scarsa attendibilità al fine di individuare i reati più frequentemente commessi dagli stranieri – si è scelto di fare riferimento alle condanne riportate dai detenuti, distinte per categorie di reato. E, dovendo orientare l’indagine verso i fattori di eventuale fuoriuscita o minor accesso al carcere da parte di soggetti stranieri, appare opportuno prendere in considerazione solo le fattispecie di reato che presentano una incidenza di condannati stranieri vicina o maggiore al tasso di presenza dei detenuti stranieri, sì da ricomprendere tanto i reati più tipicamente commessi dagli stranieri (reati legati alla prostituzione), quanto quelli da essi più frequentemente commessi (reati contro il patrimonio, contro la persona, contro la fede pubblica e legati allo spaccio di sostanze stupefacenti).

⁸³ I dati di nostra rappresentazione, sono forniti dal DAP (disponibili su www.giustizia.it) e si riferiscono alle condanne: se, pertanto un detenuto risulta condannato per diversi reati, figurerà in entrambe le categorie, sicché la somma delle singole condanne non equivale al totale dei detenuti alla stessa data.

Rispetto a tali gruppi di fattispecie criminose non è dato rilevare una significativa incidenza delle condanne riportate da stranieri negli ultimi 7 anni. La tabella 4 riporta la percentuale di detenuti stranieri condannati sul totale dei detenuti condannati dal 2008 al 2014.

Tabella 4: *Evoluzione della percentuale di condanne dei detenuti stranieri per alcune tipologie di reato*

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Stupefacenti	47,04	46,67	44,15	43,77	42,46	40,09	35,61
Patrimonio	25,77	25,85	26,15	27,63	28,16	28,71	26,87
Prostituzione	84,19	81,23	81,26	78,87	79,27	77,5	77,85
fede Pubblica	39,29	41,14	41,87	43,96	39,98	37,36	34,73
Persone	28,99	29,94	30,67	31,46	31,46	30,86	29,97
Stranieri	96,26	96,28	96,54	95,35	93,63	91,31	92,49

Da essa si evince come, in relazione alle fattispecie che maggiormente determinano la presenza degli stranieri in carcere non vi siano variazioni di rilievo: in nessun settore specifico la criminalità degli stranieri è cresciuta, anzi in alcuni è persino diminuita; a fronte di una forte crescita della presenza complessiva di stranieri residenti nel nostro territorio, che nello stesso periodo è quasi raddoppiata passando dal 4,97% all'8,34% della popolazione italiana (cfr. figura 1).

Le fattispecie selezionate non presentano rilevanti modifiche dell'area di rilevanza penale ad eccezione dell'art. 73 Testo Unico Stupefacenti (a) e delle norme sull'ingresso irregolare di stranieri extracomunitari (b), che hanno subito proprio nel *range* temporale dell'indagine diverse modifiche.

3.4.1. *I "movimenti" dell'art. 73 Testo Unico Stupefacenti.* – Nell'ambito della disciplina penale degli stupefacenti, la norma che ha subito le più radicali modifiche nel periodo di riferimento (2004-2014) è l'art. 73, comma 5, TUS relativa alla produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti di c.d. lieve entità. Nella versione della legge Fini-Giovanardi (d.l. n. 272/2005) – che novella l'originaria formulazione – il "fatto di lieve entità" viene configurato come una circostanza attenuante del reato di cui al comma 1 e punito con la reclusione da 1 a 6 anni. Essa resta in vigore sino al 2013, modificata dall'ultimo provvedimento svuotacarceri – il d.l. n. 146/2013 di cui si è già detto *retro*⁸⁴ – sotto due profili: ridotto a 5 anni di reclusione il massimo edittale della pena detentiva, le condotte (richiamate per relazione ai commi precedenti) vengono configurate come fattispecie autonome di reato.

⁸⁴ Cfr. riferimenti indicati *supra*, nt. 42, cui *adde* A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *www.penale contemporaneo.it*; e A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, *ivi*.

Trattandosi di una successione di leggi modificative occorrerà tenere presente, ai fini della valutazione degli effetti sui detenuti ovvero della retroagibilità della *lex mitior*, dell'eventuale passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Il quadro è, però, ulteriormente complicato dalla pronuncia di illegittimità costituzionale della menzionata norma nella versione di cui alla legge Fini-Giovanardi⁸⁵. Tale pronuncia ha determinato la riviviscenza del comma 5 del citato art. 73 nell'originaria versione (di cui alla legge Iervolino-Vassalli), costruita sulla distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere e che prevedeva nel caso di "lieve entità" la reclusione da 1 a 6 anni (in relazione alle droghe "pesanti") e da 6 mesi a 4 anni (per fatti relativi a droghe "leggere"). È a tale norma – formalmente non più modificata dalla novella dichiarata incostituzionale e pertanto in vigore sino al 2013 – che occorre fare riferimento nel valutare il trattamento sanzionatorio più favorevole⁸⁶.

La modifica del 2005 ha avuto un effetto fortemente peggiorativo della fattispecie – con la rimozione della distinzione tra droghe pesanti e leggere ed il robusto inasprimento della cornice edittale – destinato ad essere rimosso dalla modifica del 2013. Tale ultimo intervento ha, infatti, determinato un significativo affievolimento della afflittività della norma, configurando la fattispecie come reato autonomo: non trattandosi più di una semplice attenuante, il più mite trattamento sanzionatorio non può essere rimosso (con conseguente ritorno al ben più severo quadro edittale previsto per il reato-base di cui al comma 1) nel caso, assai frequente, di concorso con l'aggravante della recidiva o con altre aggravanti comuni; e con l'ulteriore conseguenza di una notevole riduzione del termine della prescrizione, che matura in sei anni (e non più in venti come in precedenza)⁸⁷.

La descritta evoluzione normativa sta avendo ed è destinata ancora a dispiegare rilevanti effetti sulla deflazione penitenziaria. Ed è chiaro che – stando all'elevata incidenza dei detenuti condannati stranieri in relazione alle fattispecie in materia di stupefacenti – sarà apprezzabile la diminuzione della popolazione carceraria allogena. Il periodo di riferimento dell'indagine, tuttavia, intercetta tali effetti in modo parziale: i pochi mesi dall'entrata in vigore del d.l. n. 146/2013 (convertito con modifiche dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 10) non consentono di attribuire alcun effetto causale alla descritta mitigazione dell'art. 73, comma 5, sulla composizione della popolazione penitenziaria per come rilevata sino alla fine del 2014. Viepiù in considerazione della natura della trasformazione della fattispecie che – rilevando ai fini art. 2, comma 4, c.p. – non è in grado di travolgere il giudicato, sicché potrà dispiegare effetti soltanto sulla componente di detenuti ancora in attesa di condanna definitiva.

Sulla scorta di tali considerazioni, pertanto, il dato relativo alla evoluzione del tasso di detenuti stranieri condannati per fatti legati alla disciplina sugli stupefacenti – passati nel periodo tra il 2007 e il 2014 dal 47,04% al 35,61% del totale (figura 9) – sembrerebbe suggerire un minore coinvolgimento degli stranieri nelle relative fattispecie.

⁸⁵ Con sent. 25 febbraio 2014, n. 32, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 21 febbraio 2006, n. 49).

⁸⁶ Cfr. IDD., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, *ivi*.

⁸⁷ Quasi testualmente, A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *op. e loc. ult. cit.*

3.4.2. *I reati legati all'immigrazione clandestina.* – Anche rispetto ai reati connessi al contrasto dell'immigrazione irregolare, non si tratta in questa sede di proporre una analitica esegesi; ci si limiterà, piuttosto, ad una sommaria rassegna orientata allo scopo di verificarne i riflessi sull'evoluzione della componente straniera nella popolazione carceraria, nel periodo compreso tra il 2004 e il 2014.

Nel TUI gli stranieri extracomunitari sono contemplati principalmente come autori di delitti o contravvenzioni⁸⁸, ovvero come “oggetti materiali” di condotte altrui e di discipline di regolazione dei flussi⁸⁹ e solo marginalmente come soggetti titolari di interessi penalmente tutelati⁹⁰. Nel primo caso si è venuto delineando un diritto penale del clandestino, fatto di fattispecie proprie, in relazione al quale si è opportunamente parlato di una forma peculiare di “diritto penale d'autore per discriminazione di cittadinanza”, ovvero “per provenienza geopolitica”: fattispecie criminose nelle quali il soggetto attivo “risulta del tutto spersonalizzato, rilevando come esponente di una categoria di estensione mondiale, purché non comunitaria, per ragioni che nulla hanno a che vedere con la sua persona o con la sua specifica condotta”⁹¹.

L'esempio più evidente era fornito dal delitto – oggi divenuto contravvenzione – di c.d. permanenza illegale, che sanzionava l'ingiustificata inottemperanza dell'ordine di allontanamento del questore con la reclusione da 1 a 4 anni, in relazione agli stranieri entrati irregolarmente, e da 6 mesi a 1 anno, in relazione agli *overstayers* (art. 14, comma 5-ter, TUI); e al quale si affiancava quello di violazione dell'ordine di espulsione impartito a seguito della violazione di cui al comma 5-ter (art. 14, comma 5-quater, TUI). Le condotte ivi descritte erano, infatti, certamente sussumibili nello schema tipico dell'illecito contravvenzionale di inosservanza di provvedimenti dell'autorità, già previsto dell'art. 650 c.p.; di talché la maggiore gravità espressa dalla forma delittuosa era legata unicamente allo *status* personale e non ad una maggiore pericolosità espressa dalla condotta⁹². Non si tratta, in senso stretto, di un diritto penale d'autore, in quanto la fattispecie non è priva di condotta tipica, ma la rilevanza di tale condotta come delit-

⁸⁸ Per una panoramica più ampia v. R. SICURELLA (cur.), *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Torino, 2012.

⁸⁹ Cfr. la distinzione tra *smuggling* e *trafficking* in C. FERRARA, *La decisione quadro 2002/629/GAI e successive modifiche sulla lotta alla tratta degli esseri umani*, in AA.VV., *Diritto penale sostanziale e processuale dell'Unione Europea. Il diritto penale e la procedura penale negli strumenti legislativi dell'Unione Europea*, vol. II, Padova, 2012, p. 59 ss.

⁹⁰ Cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale*, cit., p. 106; l'A. ricorda come nel TUS esistono solo due ipotesi di reati dove l'immigrato sia il titolare del bene protetto: i delitti di favoreggiamento della permanenza illegale o dell'alloggio di immigrati clandestini (art. 12, commi 5 e 5-bis), che sono puniti se commessi al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero. Gli extracomunitari irregolari diventano, inoltre, soggetti passivi in relazione a circostanze aggravanti di fatti-base dove lo straniero non è vittima, ma oggetto materiale: “aggravamento del favoreggiamento dell'ingresso o della permanenza illegali per l'esposizione al pericolo di vita o incolumità degli immigrati, o per la loro sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti, o per destinarli alla prostituzione o allo sfruttamento sessuale, o in caso di finalità di sfruttamento di minori in attività illecite”.

⁹¹ M. DONINI, *op. cit.*, p. 119.

⁹² Cfr. A. CAPUTO, *Irregolari, criminali, nemici: note sul “diritto speciale” dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 56 s. E, ancora, M. DONINI, *op. cit.*, p. 120 il quale parla di, in relazione all'art. 14, comma 5-ter, TUI, “delitto contravvenzionale” per il cui referente teorico lo stesso A. si richiama al suo (ID.), *Il delitto contravvenzionale. “Culpa iuris” e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, p. 331 ss.

to – condotta che per chiunque altro integrerebbe una mera contravvenzione – si fonda unicamente “su una tipologia soggettiva di categoria”, e non già su di una “valutazione concretizzata sulla situazione del *singolo soggetto che non osserva un ordine*”⁹³.

Analoga argomentazione può efficacemente essere sviluppata in merito ai delitti di contraffazione di permesso, contratto o carta di soggiorno, o di uso di tali documenti contraffatti, puniti con la reclusione da 1 a 6 anni o, nella forma aggravata da 3 a 10 anni (art. 5, comma 8-*bis*, TUI). Condotte già inquadrabili come falsità materiale commessa dal privato ai sensi dell’art. 482 c.p. e ivi punite in modo più mite (pene ridotte di un terzo), per le quali il più aspro trattamento sanzionatorio del TUI non trova giustificazione in una intrinseca maggiore dannosità del fatto, ma nella circostanza che la falsificazione (o il suo uso) risultano strumentali alla permanenza illegale dello straniero irregolare nel territorio dello Stato.

Con la derubricazione a contravvenzione delle fattispecie di cui all’art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quater* ad opera del d.l. n. 89/2011 di adeguamento alla direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE) per come interpretata dalla sentenza “*El Dridi*” della Corte di Giustizia UE⁹⁴ – preceduta, peraltro, dalla declaratoria di illegittimità costituzionale del delitto di cui al comma 5-*quater* nella parte in cui non prevedeva la scriminante del giustificato motivo (Corte cost. n. 359/2010) – le uniche ipotesi delittuose direttamente legate all’espulsione dello straniero irregolare (tutte introdotte nel 2002 dalla legge Bossi-Fini) restano: il reato di reingresso a seguito di espulsione amministrativa (art. 13, comma 13, TUI) o giudiziaria (comma 13-*bis*), punito con la reclusione da 1 a 4 anni; e il reato di nuovo ingresso a seguito di espulsione *post-reingresso* (comma 13-*bis*, ultimo periodo), dapprima punito con la medesima cornice edittale, innalzata nel massimo sino a 5 anni di reclusione dalla legge n. 271/2004.

Quanto alle contravvenzioni, il Testo Unico prevedeva originariamente solo l’ipotesi di inottemperanza all’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 (art. 6, comma 3), punito ancora oggi con l’arresto sino ad 1 anno.

Di nessun rilievo, infine, ai fini dell’indagine la contravvenzione di violazione delle misure imposte dal questore in caso di partenza volontaria dello straniero (art. 13, comma 5.2, introdotta nel 2011 col decreto di adeguamento alla direttiva rimpatri) e la stessa fattispecie di immigrazione clandestina (art. 10-*bis*, introdotto dal “Decreto Sicurezza” del 2009) – per quanto questa sia di forte impatto mediatico e voce centrale del dibattito politico-ideologico – punite entrambe con la sola ammenda.

Pertanto, rispetto alle possibili conseguenze sulla popolazione penitenziaria, l’unica variazione normativa intervenuta nel periodo temporale di riferimento è la trasformazione in contravvenzione dei reati di ingiustificata inottemperanza all’ordine di espulsione. Rispetto ad essi era già stato segnalato, tuttavia, un basso ricorso alla custodia cautelare in carcere applicata all’esito dell’udienza di convalida dell’arresto⁹⁵, così da

⁹³ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore*, cit., p. 123.

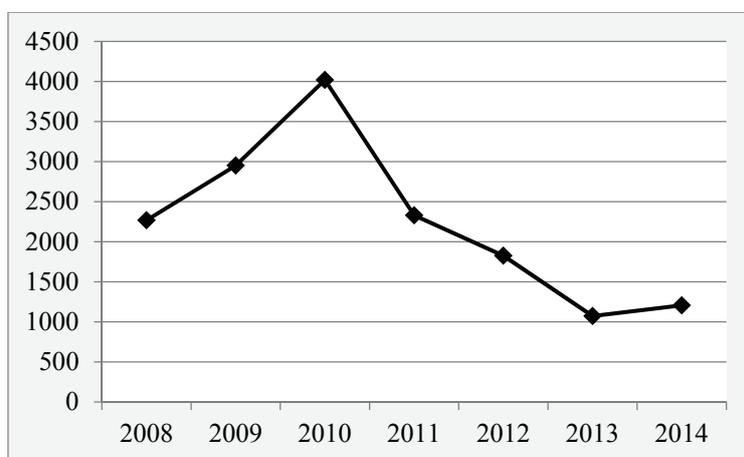
⁹⁴ Cfr. A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE – Il decreto legge di attuazione n. 89/2011 – Prime riflessioni a caldo*, in www.penalecontemporaneo.it; ID., *La direttiva 2008/115/CE e i reati previsti dall’art. 14 D.lgs. n. 286/1998*, ivi; L. CORDI, *La disciplina penale connessa all’espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide*, cit.

⁹⁵ Così, A. CAPUTO, *op. cit.*, p. 56; l’A. ricava da tale dato un preciso profilo dell’autore tipo di reati

potersi complessivamente dare rilievo alla sola rilevazione della componente carceraria straniera, elaborato sulle sole condanne definitive. Peraltro – facendosi riferimento a soggetti condannati in via definitiva – gli effetti del depotenziamento delle fattispecie può essere apprezzabile solo dopo un congruo periodo successivo alla derubricazione.

I dati forniti dal DAP (rappresentati alla figura 7) mostrano come proprio a partire dal 2011 i detenuti per reati previsti dal TUI sono fortemente diminuiti (nel 2014 sono meno della metà rispetto al 2011 e quasi un quarto rispetto 2010), dopo un picco registrato all'indomani del c.d. decreto sicurezza (nel 2010 salgono a 4.019).

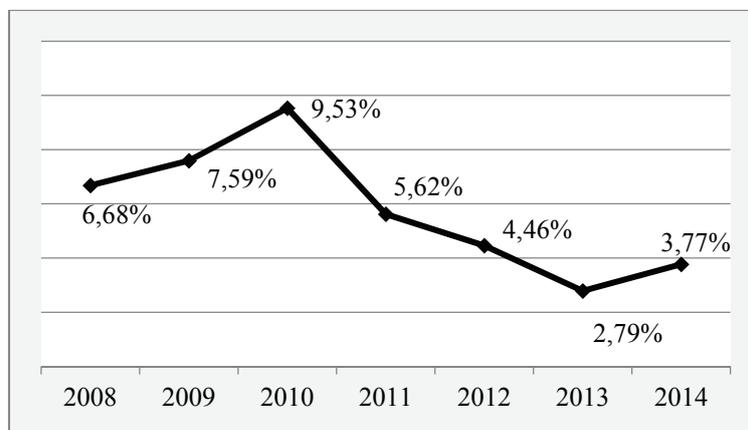
Figura 7: *Detenuti stranieri condannati per reati TUI*



Si può pertanto certamente sostenere che nel periodo compreso tra il 2008 e il 2014 vi sia una diminuzione della popolazione carceraria straniera legata alle minori condanne ricevute dagli irregolari per violazioni del TUI, a seguito del depotenziamento di alcune fattispecie di reato ivi previste. Tale evidenza va, tuttavia, messa in ulteriore relazione con l'incidenza che tale tipo di condanna ha sul totale delle condanne ricevute, nello stesso periodo, dai detenuti stranieri nel loro complesso; ciò al fine di comprendere quanto le minori condanne ricevute in quello specifico settore possano aver influito sulla presenza carceraria degli stranieri. A tal fine, confrontando il totale delle condanne degli stranieri detenuti con le condanne relative alle sole violazioni del TUI, si ottiene il tasso di incidenza che i reati commessi in violazione della normativa sull'ingresso degli stranieri nel territorio nazionale hanno sul complesso della criminalità degli stranieri detenuti.

collegati all'espulsione: "si tratta di un soggetto nei confronti del quale la valutazione sulla sussistenza delle esigenze cautelari è di regola negativa: un soggetto (con precedenti penali, verosimilmente, insussistenti o di scarso rilievo) la cui pericolosità si attesta, insomma, su livelli bassissimi e che si trova coinvolto nella vicenda penale in relazione ai reati marcatamente *artificiali* introdotti a presidio del provvedimento di espulsione amministrativa".

Figura 8: *Incidenza dei reati TUI sul totale delle condanne dei detenuti stranieri*



La figura 8 mostra come – rispetto agli stranieri detenuti, in un periodo compreso tra il 2008 e il 2014 – il tasso di incidenza della criminalità legata all’immigrazione rispetto a quella per così dire “comune” è estremamente ridotto: sempre inferiore al 10% e con un solo picco in prossimità dell’appesantimento della condizione penale del clandestino intorno al 2009.

Sulla scorta di tale evidenza il contributo causale dato dalla mitigazione della normativa di cui al TUI alla variazione della popolazione penitenziaria straniera risulta certamente marginale, sì da consentire di concludere che l’enorme diminuzione del tasso di sovrarappresentazione carceraria degli stranieri non può certamente essere legata in modo significativo alla minore afflittività della normativa di contrasto all’immigrazione clandestina.

4. *Una conclusione provvisoria*

L’indagine proposta ha cercato di ricostruire le ragioni e le dinamiche della sovrarappresentazione penitenziaria degli stranieri, muovendo dal presupposto che l’evoluzione della presenza degli stranieri in carcere, se messa in relazione a quella della loro presenza sul territorio, non è priva di conseguenze sulla spiegazione dei rapporti tra immigrazione e criminalità.

Tre le gli elementi considerati, tra quelli oggettivamente misurabili: *a)* la presenza di stranieri nel territorio (anche se il dato è limitato ai soli residenti e non è estensibile con certezza agli irregolari); *b)* la presenza di stranieri tra i detenuti nelle carceri italiane; *c)* i fattori (istituzionali e normativi) di propensione alla detenzione degli immigrati rispetto agli autoctoni.

L’analisi delle relazioni funzionali tra queste tre variabili non fornisce un indice obiettivo di criminalità degli stranieri. Se, infatti, la relazione tra *a)* e *b)* è nota e misurabile (è il tasso di sovrarappresentazione); è nota, ma non misurabile, l’influenza che

c) ha su *b*). La detenzione degli stranieri *b*), infatti, non è frutto unicamente di processi di etichettamento sociale e stigmatizzazione istituzionale *c*). Gli stranieri in carcere non sono tutti detenuti (e non lo è nemmeno la maggior parte di essi) in quanto vittime di meccanismi di sperequazione del sistema penale. Un sistema di discriminazione istituzionale esiste – e si è cercato di darne conto (in qualche modo di misurarlo) descrivendone i mutamenti a livello normativo e di prassi applicative – anche se risulta difficile valutarne empiricamente l’impatto sperequativo: a parità di condizioni soggettive (sociali ed economiche) ed oggettive (fatto di reato) gli stranieri immigrati sono “clienti privilegiati” delle carceri italiane; conosciamo le ragioni di tale “privilegio”, ma non sappiamo in che misura esso incida sul totale dei detenuti stranieri.

La costruzione sociale dell’immigrato come soggetto deviante non è, infatti, la sola causa della criminalità degli stranieri. La sociologia delle migrazioni ha indagato le relazioni tra immigrati e devianza⁹⁶ e puntualmente ribadisce la non utilizzabilità delle statistiche penitenziarie per fondare empiricamente una relazione causale tra immigrazione e criminalità perché “il tasso di incarcerazione è allo stesso tempo una misura di criminalità e una misura di criminalizzazione”⁹⁷.

Si è, allora, proceduto a verificare se l’elemento *c*) potesse essere in realtà considerato una costante: ovvero se, in un tempo dato (dal 2004 al 2014), i c.d. fattori di sovrarappresentazione penitenziaria degli stranieri fossero rimasti immutati o avessero, piuttosto, subito delle modifiche tali da giustificare una variazione di *b*) e, di conseguenza della sua relazione con *a*) (cioè nel tasso di sovrarappresentazione). E il risultato della pur sommaria disamina svolta restituisce un quadro di sostanziale staticità dei fattori causali; in quanto i principali mutamenti normativi (selezionati tra quelli in grado di determinare effetti di rilievo sulla trasformazione della popolazione penitenziaria) sono intervenuti ai margini del *range* temporale considerato: la legge Bossi-Fini da un lato (2002), i vari provvedimenti svuotacarceri dall’altro (2011-2014). Di conseguenza si può dedurre che il tasso di presenza carceraria degli stranieri *b*) varia per fattori indipendenti da quelli indicati *sub c*).

A questo punto ci si può concentrare sulla relazione tra (*a*) e (*b*), e affermare che, a fronte di un esponenziale aumento della prima variabile, la seconda resta costante. Ciò determina una significativa variazione del tasso di sovrarappresentazione degli stranieri in carcere dovuto non alla circostanza che la popolazione immigrata resta costante ma ha minore accesso al carcere, ma che al variare della popolazione straniera residente in Italia non varia il tasso di incidenza della popolazione penitenziaria allogena rispetto a quella autoctona.

Resterebbe da indagare, ancora, quale fattore determini la permanenza di un tasso costante di stranieri in carcere pur a fronte di un incremento stimato intorno al 103% della popolazione straniera residente. Un ulteriore approfondimento che dovrà, certamente, passare attraverso una disaggregazione del dato complessivo, che tenga conto in primo luogo del genere e dell’età degli immigrati detenuti; e in secondo luogo della componente loro di soggetti irregolari. La conclusione sin qui raggiunta consente, in-

⁹⁶ M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, cit., p. 253 ss.

⁹⁷ D. MELOSSI, *La “sovrarappresentazione” degli stranieri nei sistemi di giustizia penale europei e italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 2003, 4, p. 11.

tanto, di contraddire la comune percezione per cui le nostre carceri sono sempre più piene di immigrati; costruzione sociale che più di altre alimenta lo stereotipo del migrante come soggetto tendenzialmente criminale e dell'immigrazione come fenomeno strutturalmente criminogeno. E, forse, consente anche di rafforzare il monito a diffidare dell'uso politico-criminale di apparenti evidenze statistiche, ovvero a non fondare importanti scelte di criminalizzazione sul loro entusiastico (cioè acritico) uso politico: “generalizzazioni anche statisticamente corrette spesso non devono, per ineludibili ragioni morali, essere a base di decisioni che possono coinvolgere la vita delle persone”⁹⁸.

⁹⁸ F. SCHAUER, *Di ogni erba un fascio*, Bologna, 2008, p. 31.

Integrazione attraverso il diritto penale? Dal migrante autore di reato al migrante vittima del sistema

Rosaria Crupi *

SOMMARIO: 1. Il migrante vittima di reato e “vittima” della legislazione sull’immigrazione. – 2. Il ruolo della detenzione nei CIE nella vittimizzazione penale del migrante: a) CIE e legittima difesa. b) Durata del trattenimento nei CIE come violazione dei diritti del migrante. – 3. Il diritto penale come strumento di integrazione: a) L’applicazione del principio di territorialità nel favoreggiamento. b) Funzione del giustificato motivo. c) Motivazione culturale e sua irrilevanza rispetto ai soggetti deboli. d) Delitto di reingresso e ostacoli applicativi. – 4. Conclusioni.

1. Il migrante vittima di reato e “vittima” della legislazione sull’immigrazione

Associare la figura del migrante a quella della vittima non è semplice in un sistema che lo vede allo stesso tempo, a causa della sua provenienza, come pericolo per la sicurezza e autore di reati. La costruzione di un migrante autore, in quanto tale, di un’offesa, ha richiesto il complicato sforzo di enucleare un bene come il controllo dei flussi migratori, reso arduo dalla fragilità della legislazione in materia di immigrazione.

Anche se la Corte costituzionale¹, prima della depenalizzazione a opera della legge n. 27/2014 della fattispecie di ingresso illegale (art. 10-*bis* t.u. imm.), ha sempre affermato che tale reato non presentasse una violazione del principio di offensività e che il bene protetto fosse perfettamente razionale², la successiva estromissione della fattispecie dall’ordinamento penale sembra dare ragione a quanti ritenevano l’argomentazione della sentenza di rigetto basata sulla seriazione dei beni giuridici non conciliabile con i principi di offensività e di *extrema ratio*³. Oggi la forzatura appare chiara, mentre assume mag-

* Ricercatore di Diritto penale, Università di Palermo.

¹ Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1359, con nota di L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, e in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1187, con nota di A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*.

² Vedi A. CAPUTO, *Giurisprudenza costituzionale e immigrazione illegale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 407 ss.

³ Secondo M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 126, la fattispecie puniva l’inosservanza di un dovere a prescindere dalla concreta incidenza della condotta sull’attività amministrativa di controllo e gestione dei flussi migratori. Sulla difficile ammissibilità della fattispecie vedi anche: L. MASERA, *Corte Costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 1385; A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 1187; V. MANES, *I re-*

giore peso giuridico la consapevolezza che alla base dei fenomeni di migrazione si trovano soggetti svantaggiati. In effetti, la previsione di fattispecie in cui tale debolezza di fondo venga riconosciuta considerando il migrante come persona offesa dovrebbe essere la normale situazione di rilevanza penale. Ciò nonostante, l'anomalia persiste nei nuovi orientamenti strategici per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2015-2020⁴. Invece, cercheremo di seguito di dimostrare che il raggiungimento di questo risultato sia da escludere: l'una condizione esclude l'altra nella razionale evoluzione del sistema. Infatti, non solo l'introduzione di fattispecie a tutela del migrante come vittima, ma soprattutto la pratica di meccanismi interpretativi rivolti al medesimo risultato produce l'incongruenza della sua criminalizzazione e dunque l'estromissione di fattispecie in cui essere immigrato clandestino è un reato. Perché nel conflitto tra i diversi interessi è destinato a prevalere quello che preferisce la tutela del migrante come vittima.

Quanto sia incoerente un sistema che ammetta due opposte valutazioni per un medesimo soggetto a causa della sua condizione dovrebbe essere chiaro⁵. Per esempio, anche il minore può essere al tempo stesso autore e vittima, ma sarebbe contraddittorio ritenerlo autore in quanto soggetto privo di sufficiente capacità di intendere e volere. Allo stesso modo il pubblico ufficiale, se in quanto tale potrà essere vittima di oltraggio, non potrà invece essere autore di un reato in quanto pubblico ufficiale solo in conseguenza della sua qualifica di pubblico ufficiale: in breve egli dovrà porre in essere una condotta illecita, non bastando a determinare l'offesa solo il possesso della qualifica personale. L'elemento qualificante del soggetto non può al tempo stesso essere fonte di responsabilità penale e causa della tutela penale. Sebbene sia stato spesso evidenziato come le fattispecie che vedevano il migrante autore di reato fossero prive di offensività e ispirate a un diritto penale d'autore⁶, l'incoerenza viene progressivamente corretta mitigando le misure essenzialmente punitive e coercitive.

Mentre il migrante vittima diventa storia umana in difficoltà, la sua criminalizzazione necessita di una spersonalizzazione. L'immigrato è un immigrato, non è un soggetto portatore di una storia, ma indica anche nel suo aspetto ciò che non è: non è un cittadino⁷. Il migrante autore in quanto clandestino è privo di autorizzazione a essere

centi tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, 1, p. 101 ss.

⁴ Nelle conclusioni del Consiglio europeo del 26 e 27 giugno 2014, CO EUR 4, CONCL 2, la lotta contro il traffico e la tratta di esseri umani si accompagna alla lotta all'immigrazione irregolare.

⁵ Sul principio di non contraddizione e sull'impossibilità che uno stesso fatto sia permesso e vietato v. A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, p. 96 ss., che ne esclude l'applicabilità nei rapporti tra norme giuridiche. Nel caso dei migranti, l'antinomia (di tutelare il migrante come vittima e punirlo per lo stesso fatto come autore) si può considerare un'antinomia di valutazione: per questa distinzione, V.K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 259 e 262. In questo caso una medesima situazione soggettiva per la sua vulnerabilità viene assunta a parametro vittimologico e nello stesso tempo punita perché offende il controllo dei flussi migratori. L'incongruenza non permette la stabilizzazione del sistema, che procede per successive approssimazioni verso una migliore coerenza.

⁶ Vedi in particolare M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore*, cit., p. 118 ss.; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 251 ss.; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1462.

⁷ A. DAL LAGO, *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2004, p. 29: gli

portatore di una storia; non è più una persona, ma un concetto. Che tale concetto sia ritenuto incompatibile con le politiche dei flussi migratori rappresenta l'ulteriore rarefazione del contenuto di partenza: come il controllo dei flussi è un bene giuridico di inafferrabile fondatezza, essendo un modo per risolvere la difficoltà amministrativa di gestire il fenomeno, allo stesso modo occorre scolorire la vicenda umana dell'immigrato per farlo considerare autore. Tuttavia, dal momento che alcune fattispecie sono state eliminate⁸, e anche il reato di reingresso sta subendo modifiche a livello applicativo, la questione può riallacciarsi al riemergere di un contenuto nascosto dietro al concetto di migrante. La discussione che avveniva nel passato circa la possibile violazione dei diritti umani o l'ispirazione discriminatoria delle fattispecie in cui rileva la clandestinità sono oggi da riposizionare in base all'avvenuto smantellamento del sistema concepito dalla normativa del 2009. Questo cambiamento evidenzia un importante passaggio. Il rilievo penale attribuito ad alcune condotte lesive dei diritti dei migranti, infatti, produce un progressivo affinamento delle proprietà di integrazione dell'ordinamento giuridico, che sono presenti anche negli strumenti penalistici. Si tratta di un processo particolare, teoricamente non facile da definire, come invece avviene quando si tratta della valorizzazione della vittima sul piano processuale⁹: l'effetto risulta collegato all'estrema tensione che i diritti dei migranti hanno subito a seguito delle forme di controllo penale del fenomeno migratorio.

Alcuni percorsi evolutivi del sistema, in modalità molto differenti, hanno raggiunto lo scopo di apprestare tutela al migrante come vittima in modo anche divergente rispetto alle scelte di criminalizzazione del legislatore.

Una modalità è sicuramente rappresentata dagli interventi collegati ai Centri di identificazione ed espulsione, e in particolare sotto due aspetti: *a)* il riconoscimento della legittima difesa ai migranti detenuti; *b)* la riduzione dei tempi di trattenimento che testimoniano la crisi attuale del modello di risposta pubblica all'immigrazione clandestina. Altrettanto significative e ricche di potenzialità sono le scelte relative: 1) all'applicazione del principio di territorialità e dello stato di necessità nel favoreggiamento; 2) al problema del giustificato motivo; 3) ai delitti con motivazioni culturali; 4) al riferimento alle fonti europee nel reato di reingresso.

stranieri sono percepiti come fastidiosi anche per il loro aspetto fisico, oltre che per i comportamenti differenti da quelli dei cittadini.

⁸ Oltre alla depenalizzazione del reato di reingresso rientra in questa tendenza anche l'eliminazione della pena detentiva per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento, effetto dovuto alla sentenza *El Dridi* (CGUE 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2780), nonché la dichiarazione di incostituzionalità che ha eliminato la circostanza aggravante della clandestinità (Corte cost., 5-8 luglio 2010, n. 249).

⁹ Osserva come nelle trattazioni penalistiche e nella legislazione siano ancora poche le ipotesi riferite espressamente alle caratteristiche della vittima A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 41 ss.; è invece divenuta rilevante la questione della posizione della vittima nel processo (ad es., L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1760 ss.). Sul ruolo che la vittima sta assumendo nell'ambito della funzione della pena M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo*, Napoli, 2015, p. 72 ss., segnala che, sebbene nell'ottica retributiva non ci sia spazio per una considerazione vittimologica, quest'ultima può diventare di primo piano nell'ambito della prevenzione generale mediante intimidazione.

2. Il ruolo della detenzione nei CIE nella vittimizzazione penale del migrante

Per sollevare la questione penale in materia di detenzione amministrativa vanno ricordati i dubbi di costituzionalità espressi rispetto ai CIE, pur essendo questi istituti estranei all'amministrazione penitenziaria¹⁰. Il migrante soffre la posizione di vittima anche nei casi in cui è vittima della durezza di un sistema astrattamente amministrativo ma con riflessi penalistici. Per questo i CIE hanno svolto un ruolo nella qualificazione penalistica dei migranti. Risulta del tutto arbitrario continuare a collocare la vicenda solo sul piano amministrativo ed eludere le questioni penalistiche che vi si ricollegano. In questo senso il riconoscimento della legittima difesa nella giurisprudenza di merito per coloro che subiscono come atto di aggressione il degrado dei CIE¹¹ è un segnale significativo del contenuto implicitamente lesivo che possiede la detenzione nei CIE. L'accresciuta attenzione verso la durezza di questa realtà ha con molta probabilità influenzato i notevoli cambiamenti che il sistema penale dell'immigrazione ha subito di recente¹². Alcuni aspetti di rilevanza sono emersi a causa delle forme di ingiustificata lesione di beni primari, e dunque i CIE diventano fatto lesivo accertato mentre la lesività intrinseca della presenza del migrante resta priva di prove. La vittimizzazione prodotta dai CIE dimostra la possibilità che esistano vittime della legislazione sull'immigrazione. Le carenze statali nel rispetto dei diritti umani diventano sempre più evidenti anche per la diffusione mediatica delle notizie sulle condizioni di vita all'interno dei CIE. Si è attivata una risposta indiretta del sistema, importante conferma, anche per il diritto dell'immigrazione, che i diritti umani costituiscono un limite al diritto penale. Il livello interpretativo ha dato uno slancio fondamentale alla presa di coscienza di questa forma di vittimizzazione.

a) *CIE e legittima difesa*. La giurisprudenza di merito ha recentemente affermato, che se i soggetti sono trattenuti in base a provvedimenti illegittimi per le fonti internazionali che regolano la detenzione amministrativa e che vorrebbero la misura disposta solo quando non sia esperibile un'altra misura meno afflittiva¹³, allora una reazione può essere legittima, in quanto quella posta in essere da un apparato dello Stato appare sostanzialmente un'aggressione inaccettabile. Questa interpretazione pone un'innovativa lettura del modo in cui la tirannia possa essere oggetto di repressione anche in man-

¹⁰ Il trattenimento nei CIE viene "surrettiziamente" utilizzato come strumento di controllo sociale della devianza benché manchi ogni garanzia: F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1334.

¹¹ Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, giud. D'Ambrosio, imp. Aarrassi.

¹² Va prendendo forma l'auspicio di M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore*, cit., p. 133, a che un giorno sarà più chiaro per tutti che le fattispecie di reato in cui il migrante è autore sono forme di discriminazione illegittima.

¹³ Per un'attenta analisi delle pronunce in tema di riconoscimento della legittima difesa ai migranti nei CIE v. L. MASERA, *Rivolte degli stranieri detenuti nei CIE: una forma di legittima difesa contro la violazione dei diritti fondamentali degli internati?*, in www.penalecontemporaneo.it (nota a Trib. Milano, sez. I pen., 18 luglio 2012, Pres. Mannucci, Est. Freddi e Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, Giud. D'Ambrosio), e A. GABOARDI, *Difesa legittima e C.I.E. La vulnerabilità giuridica di una detenzione 'fuori legge'*, in www.penalecontemporaneo.it (nota alla già citata Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, giud. D'Ambrosio, imp. Aarrassi).

canza della previsione specifica di un reato in questo senso. Infatti, non a caso, la permanenza nei CIE è usata come esempio di situazioni che verrebbero messe in crisi dall'introduzione del reato di tortura¹⁴, poiché il mancato rispetto degli standard europei in materia di detenzione configura trattamenti disumani e degradanti che comporterebbero la condanna per violazione del divieto di tortura¹⁵. Del resto la questione della possibilità della legittima difesa nei confronti del tiranno, discussa anche da Cicerone¹⁶, ha radici antiche; ma nell'ambito dell'immigrazione la questione assume forme certamente nuove e specifiche.

L'analisi delle condizioni ingiuste della permanenza nel CIE serve a rendere uno strumento come la legittima difesa funzionale al raggiungimento di una maggiore integrazione, poiché il riconoscimento della sofferenza subita a causa del mancato rispetto delle regole da parte dello Stato che dovrebbe garantirle, non solo ci permette di ampliare l'orizzonte del concetto di difesa e di aggressione, ma dimostra che nell'ambito dell'apparato repressivo in materia di immigrazione possono verificarsi compressioni dei diritti di libertà e dignità umana bisognose di un intervento penale uguale e contrario, che consideri gli effetti di vittimizzazione del migrante e che superi la concezione di una tutela limitata alle norme speciali del TU imm.

Il t.u. imm. prevede all'art. 12, comma 3 lett. *b)*, *c)*, e comma *3-bis*, una forma di favoreggiamento che prima era solo una circostanza aggravante, mentre ora è predisposta come fattispecie autonoma, stabilendo così una maggiore tutela per i migranti quando la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità, o sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale. Le morti in mare hanno sicuramente accentuato l'attenzione nei confronti del fenomeno, proprio perché evidenziano lo sfruttamento della loro condizione di bisogno effettuato da parte della criminalità. Ma la progressiva emersione delle condizioni del migrante come vittima di reato ha richiesto anche un percorso alternativo al t.u. imm. e anche il riconoscimento della legittima difesa permette di riparare il sistema turbato dalla presenza di norme vittimizzanti e di ricostruire il rispetto dei diritti del migrante come persona. Le carenze del legislatore nazionale vengono colmate dal progressivo ampliarsi della consapevolezza verso i diritti umani¹⁷, sottolineata anche da strumenti come la direttiva del 5 aprile 2011 (2011/36/UE) sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime. La tendenza a una concezione del reato come offesa alla vittima¹⁸ si conferma anche nell'accresciuta attenzione nei confronti del migrante come vittima se si inquadra questa valutazione in un'ottica più ampia. Abbandonando, cioè, la visuale riferita solo alla violazione di norme in cui il migrante sia espressamente previsto come soggetto passivo, è possibile

¹⁴ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2014, 2, p. 145 ss.

¹⁵ Art. 3 CEDU: "nessuno può essere sottoposto a tortura né a trattamenti inumani o degradanti".

¹⁶ Vedi, da ultimo, M. VARVARO, *Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone*, in *AUPA*, 2013, p. 234 ss., con bibliografia, che analizza dettagliatamente tutta la vicenda del processo a carico di Tito Annio Milone per l'uccisione di Publio Clodio, raffigurato come un tiranno, che si conclude con la condanna dell'accusato.

¹⁷ L. CORNACCHIA, *op. cit.*, p. 1760 ss.

¹⁸ Collega l'accresciuta attenzione alla vittima alla incapacità dello Stato di governare efficacemente la criminalità L. CORNACCHIA, *op. cit.*, p. 1760 ss.

orientarsi verso un modello penale in cui l'interpretazione riconosce l'esistenza di vittime dalla concreta lesione dei loro diritti. Si otterrebbe così un cambio di prospettiva nel diritto penale dell'immigrazione, che abbia al suo centro la lesione dei beni di primaria importanza del migrante.

b) *Durata del trattenimento nei CIE come violazione dei diritti del migrante.* La riduzione dei tempi di permanenza nei CIE al fine di favorire il rimpatrio, per quanto questo obiettivo possa apparire come una negazione del dovere di solidarietà, diventa una forma di tutela se le condizioni di vita nei CIE sono lesive della dignità umana¹⁹. Il fatto che sia stato introdotto un limite al periodo di trattenimento nei CIE²⁰, il cui massimo non è più di 18, ma di 3 mesi, segna un'importante affermazione in difesa della libertà personale e mostra maggiore attenzione per le condizioni di trattenimento dei migranti, incidenti – come ammette la stessa Corte costituzionale – sulla libertà personale²¹. Le condizioni di disagio vissute nei CIE sono state spesso evidenziate, da ultimo, anche dalla *Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani*²², e un tale accresciuto interesse ha trainato l'intervento modificativo. Già un'ordinanza del Tribunale civile di Bari impone di eliminare le condizioni inumane e degradanti della detenzione e di verificare che la detenzione nel CIE non integri una condotta lesiva dei diritti universali dell'uomo²³. Quindi il Tribunale ammette che i migranti trattenuti nei CIE possano essere ritenuti vittime delle condizioni in cui si svolge la permanenza. La decisione indica come sia diventata incompatibile con i principi di un ordinamento civile una detenzione amministrativa connotata non solo da un'eccessiva limitazione della libertà personale, ma anche dalle modalità degradanti in cui avviene.

La materia della violazione dei diritti fondamentali riesce a introdurre un ripensamento nell'asprezza della misura amministrativa, perché coglie la necessità di guardare alla sostanza delle cose: se nei fatti il migrante è divenuto un detenuto²⁴, una detenzione così dura è inaccettabile. L'attuale riduzione a 3 mesi dei termini massimi di trattenimento esprime un'evoluzione verso una migliore tutela del migrante come vittima. Con riflessi che mostrano come il sacrificio della libertà personale dell'immigrato as-

¹⁹ D. PERUGIA, *Centri di identificazione ed espulsione, quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁰ L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti irregolari, non è più una bagattella?*, in www.penalecontemporaneo.it.

²¹ Secondo Corte cost., 22 marzo-10 aprile 2001, n. 105, esso “è misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 della Costituzione”.

²² *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, luglio 2014, *Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani*, XVII legislatura, che ha l'obiettivo “di rendere il ricorso al trattenimento una misura estrema, del tutto residuale e finalizzata esclusivamente al rimpatrio, e a ridurre al minimo i tempi di permanenza in quelle strutture”.

²³ A. GILBERTO, *Quale tutela giurisdizionale della dignità degli stranieri detenuti nei C.I.E.? Una singolare pronuncia del Tribunale civile di Bari*, in www.penalecontemporaneo.it (nota a Trib. Bari, sez. I civ., ord. 3 gennaio-9 gennaio 2014, giud. Caso).

²⁴ I CIE sono di fatto delle vere strutture carcerarie nelle quali i diritti umani risultano violati a partire dal fatto che il trattenimento avviene senza il presupposto della commissione di un reato, pertanto pur essendo un problema amministrativo, presenta le caratteristiche di una detenzione “fuori legge”: cfr. A. GABOARDI, *Difesa legittima e C.I.E.*, cit.

sume un rilievo superiore al suo essere clandestino e tende a invertire le scelte repressive. Se vi è un'attesa di giustizia verso il migrante vittima, si sgretola il fondamento della sua punibilità.

3. *Il diritto penale come strumento di integrazione*

L'utilizzo di una prospettiva vittimocentrica coglie un fattore di tendenza significativo nel diritto penale dell'immigrazione e può riuscire a trovare collocazione sul piano applicativo in tutti quei casi in cui può essere valorizzata la posizione di vulnerabilità del migrante. Potrebbe illuminare il cammino in direzione di un impiego degli strumenti penali in funzione di integrazione e non di esclusione²⁵, permettendo una migliore affermazione del principio di uguaglianza.

a) *L'applicazione del principio di territorialità nel favoreggiamento.* Un esempio del modo in cui sia possibile l'impiego di istituti penalistici a favore degli immigrati in quanto soggetti deboli può ricavarsi dalla recente interpretazione con cui la Cassazione ha riconosciuto la giurisdizione italiana per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare anche in un caso in cui l'azione illecita si era svolta in acque internazionali, mentre solo l'azione di soccorso si era conclusa in territorio italiano²⁶. Una tale interpretazione indica infatti un modello in cui la concreta operatività della norma consente di offrire una copertura anche in presenza di un espediente rivolto all'aggiramento della norma.

La maggiore esposizione dei migranti al rischio, che poi costringe al soccorso, da una parte indica una maggiore pericolosità della condotta, dall'altra indica una tendenza a tutelare i migranti vittime di reato nel favoreggiamento, quando questo è caratterizzato da trattamenti disumani e particolare esposizione a pericolo, attraverso una complessiva valutazione della strategia presente nella condotta. Lo spostamento della tutela anche sul momento apparentemente slegato della condotta di soccorso è segno che anche una norma come l'art. 6 c.p. è suscettibile di fornire tutela quando il reato viene realizzato sfruttando la condizione di vulnerabilità dei migranti. Allo stesso modo, anche il ricorso alla figura dell'autore mediato a causa della presenza dei soccorritori permette di ricostruire esattamente la realizzazione del favoreggiamento. Sulla base di tale meccanismo interpretativo il caso viene considerato equivalente a quelli in cui è evidente la giurisdizione italiana. L'apprezzamento svolto tiene conto dell'unitaria attitudine lesiva della condotta.

Per il diverso reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico dei migranti, invece, lo stesso risultato è raggiunto grazie alla descrizione normativa, che già considera assoggettabili alla giurisdizione italiana fatti avvenuti fuori dal territorio, ma al fine di commettere nel territorio dello Stato uno dei gravi reati previsti dall'art. 5 Con-

²⁵ L'interpretazione vittimologica può rendere la pena uno strumento di integrazione sociale, poiché riafferma la fiducia nelle istituzioni mediante l'attribuzione alla vittima di un diritto alla punizione del reo, vedi M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo*, cit., p. 74.

²⁶ Cass., 28 febbraio 2014, n. 14510, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di A. GILBERTO.

venzione ONU contro la criminalità organizzata. La configurazione del favoreggiamento avviene con un parametro che riproduce il meccanismo previsto dalla Convenzione per l'efficacia territoriale e permette non solo la tutela dell'ordine pubblico ma anche una migliore tutela del migrante. Astrattamente la questione potrebbe configurarsi come un'analogia in *malam partem*, ma in realtà si tratta di un'attenta operazione di impiego di istituti di parte generale, capaci di offrire tutela alla sicurezza e alla dignità delle persone il cui ingresso illegale è procurato. Il migrante, sebbene non sia stato condotto fino alle coste italiane, viene stremato al punto da rendere indispensabile il soccorso in acque internazionali per via dello stato di necessità provocato e strumentalizzato. La capacità di cogliere l'effettiva carica offensiva della condotta realizza uno scopo di tutela nel quale il diritto penale trova la sua migliore espressione. In particolare, si garantirebbe così l'applicazione di una fattispecie che, sebbene abbia il migrante come soggetto passivo, resterebbe priva di applicazione senza l'ausilio di un ulteriore impegno ermeneutico.

b) Funzione del giustificato motivo. La sentenza della Corte cost. n. 359/2010 ha introdotto la dizione "giustificato motivo" all'art. 14, comma 5-*quater*, t.u. imm., che punisce l'inottemperanza all'ordine di allontanamento e permette di dare rilevanza allo stato di indigenza degli immigrati che spesso non consentiva di lasciare il territorio nazionale con mezzi propri. Pertanto, l'esistenza di un giustificato motivo impedisce il configurarsi del reato. La Consulta si muove in un'ottica in cui, pur nel quadro di una fattispecie incriminatrice, trova ingresso un parametro di tutela per i soggetti deboli. Segnale, questo, che la fattispecie, nella sua formulazione originaria, poteva entrare in conflitto con gli interessi del migrante nella sua condizione di vulnerabilità.

Nella decisione emerge anche un dato interessante con riguardo all'impiego del giustificato motivo. Com'è stato autorevolmente notato, la possibilità di ricorrere al giustificato motivo era già ricavabile o dalle cause giustificanti e scusanti che vanno dall'art. 50 all'art. 54, o dall'art. 45, forza maggiore, ricorrente nei casi in cui è impossibile adempiere l'ordine²⁷. E dunque, utilizzando la medesima sensibilità della Corte costituzionale verso le condizioni di debolezza del migrante, si possono senz'altro applicare istituti di diritto penale di portata generale, pervenendo così anche a un risultato di maggiore integrazione espresso dal rispetto per la libertà personale dei migranti.

Se le scusanti culturali presentano qualche frizione con il principio di uguaglianza, essendo difficile giustificare condotte che secondo i nostri valori costituzionali siano fondamentalmente discriminatorie (come quelle basate su una concezione di inferiorità della donna, v. *infra c*), è invece esente da tale critica l'impiego che si fa del giustificato motivo in tale vicenda. La domanda di giustizia mossa con riferimento a ipotesi di difficoltà umana è in grado di ricevere adeguata risposta dall'ordinamento penale, che può bilanciare la pretesa punitiva fino a rendere prevalente l'interesse di un soggetto vulnerabile. Risulta chiara la ricaduta sul piano delle scelte quando da una parte c'è la condizione di svantaggio del migrante e dall'altra qualche forma di coercizione legata sempre alla condizione di irregolare. Come nel caso della legittima difesa nei CIE, che prima abbiamo esaminato, anche la forza maggiore può essere impiegata per risolvere

²⁷ A. PAGLIARO, *Osservazioni a Corte Cost., 13 dicembre 2010, n. 359*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1323.

l'antinomia del sistema; non a caso viene presa in considerazione insieme al caso fortuito per trarne parametri correttivi alla responsabilità obiettiva²⁸. La presenza di norme che funzionano come valvola di sicurezza del sistema può riportare equità quando le norme sull'immigrazione risultano inique e occorre una tutela rafforzata²⁹.

c) *Motivazione culturale e sua irrilevanza rispetto ai soggetti deboli*. Sarebbe troppo complesso esaminare la rilevanza del fattore culturale. In questa sede ci si può limitare a segnalare come il diritto penale possa dare contenuto effettivo all'inserimento-integrazione dello straniero, e quindi alla realizzazione dell'uguaglianza anche al di fuori del consueto ambito delle scusanti culturali.

Le politiche integrazioniste non multiculturaliste, come quella francese³⁰, considerano l'uguaglianza perseguibile senza trattare diversamente uno straniero per la sua cultura di appartenenza, anche per rispettare il principio di legalità che non distingue gli autori del reato³¹. Ma l'aumento della criminalità immigrata ha sancito il fallimento di questo modello. Ciò nonostante è implicito che la politica multiculturalista in diritto penale possa entrare potenzialmente in conflitto col principio di uguaglianza, soprattutto dando spazio a valori non condivisi dalla maggioranza, capaci di fare arretrare la tutela con riferimento a beni come la vita, la libertà o l'autodeterminazione in campo sessuale³². Si possono determinare disparità tra i consociati, che sulla base della cultura di appartenenza non sarebbero uguali davanti alla legge. In particolare, appare difficilmente accettabile una scusante culturale che recepisca la condizione di vita della donna in culture in cui è considerata meno importante dell'uomo. In questo senso vi sarebbe un contrasto insanabile con il principio di uguaglianza. Per di più si avrebbe una doppia offesa della donna vittima di reato, prima come persona offesa e poi come soggetto discriminato nell'ambito della sua cultura³³. Come prima abbiamo concluso che l'integrazione si può realizzare anche con un'attenta applicazione degli istituti penalistici (come la forza maggiore) in una chiave diversa da quella culturale, allo stesso modo per i delitti comuni che offendano soggetti discriminati all'interno della cultura di appartenenza occorre applicare un parametro uguale a quello che si applicherebbe ai cittadini. In questi casi non è la cultura di appartenenza a rendere punibile la condotta, ma

²⁸ Del resto è proprio l'utilizzo della forza maggiore e del caso fortuito che permette secondo A. PAGLIARO, *Il reato*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (cur.), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2007, p. 140, di trovare all'interno del sistema un correttivo alla possibilità che la responsabilità obiettiva venga attribuita sulla base del solo legame causale.

²⁹ Quando il diritto penale si basa su distinzioni personali e sociali, come accade per i reati degli immigrati, vi è un'esigenza di «scrutinio stringente» e generalizzato; così G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 40, che considera necessaria una tutela rafforzata degli stranieri. Ciò conferma che l'uguaglianza senza un ancoraggio al concreto dispiegarsi applicativo nelle fattispecie che presentano una differenziazione *ratione personae* resta contraddetta.

³⁰ A. BERNARDI, *Società multiculturale e "reati culturali". Spunti per una riflessione*, in *Studi Marinucci*, I, 2006, p. 64 ss.

³¹ A. BERNARDI, *op. cit.*, p. 65.

³² A. BERNARDI, *op. cit.*, p. 73.

³³ Secondo A. DAL LAGO, *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*, cit., p. 156 le donne condividono con gli immigrati la condizione di "diversi", e sono più facilmente vittime. Pertanto si deve concludere che è ancora più a rischio la situazione delle donne che appartengono a strutture familiari rigidamente patriarcali.

il fatto che questa produca una differenza di *status* rispetto ai cittadini. Quando emerge la debolezza dell'immigrato, come accade nel caso in cui l'immigrato è vittima di un reato comune, si può perseguire l'uguaglianza nel libero convincimento del giudice tramite un'ottica sensibile alla condizione particolare della vittima in grado di consentire una valutazione dei fatti adeguata³⁴.

d) Delitto di reingresso e ostacoli applicativi. Un'altra prospettiva di tutela del migrante come 'vittima del sistema' si può osservare nel contenimento del reato di reingresso: in netta asimmetria con la depenalizzazione del reato di ingresso clandestino, la legge n. 27/2014 lo mantiene inalterato. La fattispecie, però, ha trovato un forte ostacolo applicativo. Tale percorso interpretativo s'inserisce tra gli strumenti volti a impedire una disparità di trattamento, determinando un meccanismo che favorisce l'uguaglianza in una particolare variante attraverso il richiamo alle fonti europee e considerando nullo l'ordine di allontanamento. Pur in mancanza di uno specifico intervento normativo, il risultato ottenuto è capace di evitare una lesione dei diritti del migrante che si produrrebbe continuando ad applicare la norma.

Adesso il reato di reingresso è l'unico punito con pena della **reclusione** (da uno a quattro anni nelle ipotesi base, da uno a cinque nei casi di reingresso illecito reiterato: art. 13, commi 13 e 13-*bis*, t.u. imm.), e la Corte costituzionale pur ammettendo l'esistenza di disarmonie continua a escludere che vi sia un'incoerenza con l'eliminazione della pena detentiva per l'inosservanza dell'ordine di allontanamento, avanzando come motivo la differente natura dei due reati (uno commissivo e l'altro omissivo)³⁵. In realtà si tratta di reati lesivi dello stesso bene giuridico: com'è possibile che il medesimo bene giuridico sia al tempo stesso lievemente offeso e gravemente offeso da condotte analoghe? Il limite posto dalla Corte che opera come presupposto per la dichiarazione di incostituzionalità, cioè la sostanziale identità, risulta del tutto arbitrario se valutato non solo alla luce dell'eliminazione della sanzione detentiva per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento, ma anche per la successiva riduzione della durata ordinaria del divieto di reingresso stabilito nel 2011 a seguito della legge di attuazione della direttiva rimpatri. Oggi tale divieto non può essere superiore a cinque anni, mentre in precedenza l'art. 13 t.u. imm. prevedeva una durata di dieci anni. Si può notare come nel conflitto fra le due misure si determini un progressivo arretramento della misura punitiva.

Questo è dimostrato dalla giurisprudenza, che ha immediatamente escluso la responsabilità per il reato di reingresso per coloro che avevano ricevuto un ordine di allontanamento decennale ma fossero rientrati dopo cinque anni. Le assoluzioni indicano che sarebbe stato un abuso continuare a ritenere l'immigrato responsabile ai sensi di una fattispecie così barcollante nella sua necessità. In tal modo si accresce la conside-

³⁴ Come la violenza sessuale: vedi l'interessante valutazione della deposizione di una donna straniera vittima di reato sessuale compiuta da Trib. Agrigento, sez. I, Pres. Melisenda Giambertoni, Rel. Genna, n. 426/2014 (inedita); il Tribunale ritiene sicuramente veritiera la parte del racconto accusatorio di Nadia Azzaoui, la cui mancanza di dettagli analitici sugli atti sessuali subiti, a cui la teste accenna appena, è fortemente influenzato dal condizionamento culturale relativo all'episodio di violenza sessuale subito dall'imputato e dal timore che il marito potesse venirne a conoscenza.

³⁵ Corte cost., 2 febbraio 2007, n. 22.

razione per il migrante e si riduce l'ambito del penalmente rilevante. Come i due piatti di una bilancia, se si riduce il peso offensivo della condotta del migrante si accresce la sua considerazione come individuo suscettibile di subire offesa da un trattamento penale ingiusto. Pertanto, anche in assenza dei parametri richiesti dalla Corte, è evidente la contraddizione e la conseguente necessità di sanarla, talvolta ritenendo del tutto nullo il provvedimento di allontanamento (posto che la previsione di un termine di dieci anni è illegittima alla luce della nuova disposizione).

Per risolvere l'antinomia creata dal reato di reingresso diviene fondamentale la decisione della Corte UE che, con riferimento ad analoga questione sorta nell'ordinamento tedesco, esclude l'applicabilità della sanzione penale se il fatto è avvenuto dopo i cinque anni, malgrado l'ordine di allontanamento originariamente emesso fosse previsto per una durata superiore³⁶. Questo passaggio già segnala come la correzione delle norme interne ingiuste verso il migrante possa avvenire attraverso un attento rinvio alle fonti europee, ma è ancora più significativo un rinvio che, come hanno cercato di dimostrare le corti merito³⁷ – sinora senza l'appoggio della Cassazione – può provocare la diretta disapplicazione della norma sul reingresso perché in contrasto con la direttiva rimpatri e con il c.d. effetto utile in quanto non permette di raggiungere la finalità di corretta esecuzione dei rimpatri³⁸.

La prevalenza che va assegnata alla tutela del migrante si realizza anche eliminando una disposizione che ne aggredisce la libertà personale. Così è già avvenuto per il delitto di cui all'art. 14 t.u. imm. dopo la sentenza *El Dridi*. In modo simmetrico, si delinea la possibilità di disapplicare l'art. 13 anche nel caso in cui il reingresso avvenga prima dei cinque anni, poiché la pena detentiva ostacola lo scopo della direttiva a rendere più pronto il rimpatrio. Infatti è stato osservato che non ci sono ostacoli a rendere gli effetti della sentenza *El Dridi* estensibili anche a norme diverse da quella in quel caso esaminata, in quanto la Corte UE ha il compito solo di interpretare la norma europea³⁹. Quindi, ad adottare la visuale che vede nella pena detentiva per il reato di reingresso un ostacolo alla procedura di rimpatrio, pur usando un argomento che di fatto mira all'allontanamento del migrante, in realtà se ne favorisce la tutela e si esclude l'ulteriore ferita ai suoi diritti prodotta da una detenzione imposta dalla legge.

³⁶ CGUE 19 settembre 2013, causa C-297/12, *Filev e Osmani*, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di L. MASERA.

³⁷ Trib. Firenze, 22 maggio 2014, giud. Bouchard sostiene la disapplicazione per contrasto all'effetto utile della direttiva mentre Trib. Torino, 7 aprile 2014, giud. Natale disapplica l'art. 16, comma 3, D.lgs. n. 286/1998 nella parte in cui prevede che la pena sostitutiva dell'espulsione non si possa applicare ai delitti di illecito reingresso.

³⁸ L. MASERA, *Approda alla Corte di giustizia UE la controversa questione della compatibilità con la cd. direttiva rimpatri*, cit.

³⁹ L. MASERA, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013, 4, p. 241 ss., che trae dimostrazione di tale conseguenza anche nella estesa diffusione della sentenza *El Dridi* in altri ordinamenti europei e con riferimento ad altre fattispecie diverse da quella di inottemperanza all'ordine di allontanamento, come la successiva sentenza *Achugabian sul reato di ingresso irregolare previsto in Francia*.

4. Conclusioni

L'impiego di un sano senso giuridico nell'uso del diritto penale può correggere alcune storture del sistema e per questa via contribuire all'integrazione dei migranti⁴⁰ e a chiarire lo stratificarsi storico di valori che fondano i principi. Nella dichiarazione di illegittimità della circostanza aggravante della clandestinità molto ha influito il richiamo della dottrina penalistica al principio di uguaglianza, come anche per l'abolizione del reato di clandestinità *ex art. 10-bis t.u. imm.*, criticato sin dalla sua entrata in vigore. La questione sollevata era collegata al carattere simbolico della norma, incapace di contenere i flussi di immigrazione clandestina. Si è progressivamente radicata l'idea che una semplice provenienza geografica non possa essere offensiva e che non sia giustificato il ricorso alla sanzione penale. Nel conflitto fra interessi contrastanti (come controllo dei flussi da un lato, e libertà di scelta del luogo in cui vivere dall'altro) tende oggi a prevalere la tutela del migrante come vittima, della quale anche il legislatore in parte ha preso atto, sebbene poi resti la sanzione amministrativa per l'ingresso irregolare e la reclusione per il reato di reingresso. Ma anche se fosse minimo e lento, questo cammino verso un maggiore rispetto per la libertà del migrante è essenziale a sancire la tenuta del sistema.

Tale meccanismo si inquadra in un fenomeno più ampio: l'orientamento dell'ordinamento a impiegare lo strumento penale verso scelte di integrazione sociale più rispettose dell'uguaglianza, nelle quali possano confluire prevenzione generale e speciale⁴¹. Emerge così un piano della discrezionalità nel senso del *favor rei*⁴², in stretto legame con l'art. 3 Cost., che deriva dalla capacità del giudice di integrare la disciplina normativa attraverso la valutazione del fatto⁴³. Per esempio, anche l'applicazione dell'art. 133, come anche quella di alcune attenuanti, possono esprimere il *favor rei* nei confronti del migrante. Molte dunque sono le strade che offre il diritto penale come strumento di integrazione se viene valorizzata la sua capacità di essere fonte di pacificazione⁴⁴.

⁴⁰ In Germania l'appello forte in questa direzione nasce anche a causa dei frequenti delitti d'onore all'interno della comunità turca: sul punto v. E. HILGENDORF, *Strafrecht und Interkulturalität: Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik*, in *JZ*, 2009, p. 139.

⁴¹ S. SARTARELLI, *Sulle "tracce" del favor rei nella discrezionalità penale*, Bologna, 2012, p. 7.

⁴² S. SARTARELLI, *op. cit.*, p. 7. Anche la stessa applicazione dell'art. 133 può esprimere il *favor rei*.

⁴³ Sull'importanza di un'interpretazione che metta nella migliore luce possibile l'oggetto verso cui è rivolta, con integrità, anche attraverso la personale visione morale e politica dell'interprete, S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale: un percorso tra Hart e Dworkin*, Padova, 2013, p. 165 ss.

⁴⁴ L'esperienza francese di un modello integrazionista non multiculturalista ha dato cattiva prova come dimostra l'incremento della criminalità. Ma l'attenzione agli immigrati può essere espressa anche nell'utilizzo di strumenti diversi dalle scusanti ed essere significativo nelle strategie di contrasto al terrorismo di matrice islamica. In questa direzione B. WEIBER, *Der Kampf gegen den Terrorismus – Prävention durch Strafrecht?*, in *JZ*, 2008, p. 388.

Finito di stampare nel mese di novembre 2015
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

