Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale II

PORRE CONFINI: PROFILI DI DIRITTO PENALE DELL'IMMIGRAZIONE

RELATORE
Chiar.ma
Prof.ssa Elisa Scaroina

CANDIDATO
Matr. 119003
Davide Iaccarino

CORRELATORE
Chiar.mo
Prof. Maurizio Bellacosa

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

INDICE

CAPITOLO I

1. La nascita della qualifica soggettiva della persona migrante e le origini dell'asilo. 6

2. L'evoluzione del panorama legislativo in tema di asilo: le premesse dell'attuale contesto. 14

3. La Costituzione italiana, le carte fondamentali contemporanee e la Convenzione relativa allo statuto dei Rifugiati del 1951. 16

4. Il percorso giurisprudenziale dell'asilo: la causa di giustificazione del diritto. 22

5. L'estradizione: tutela dei diritti fondamentali da parte dell'ordinamento in caso di azione penale, in particolare avverso lo straniero. 25

6. La repressione dei reati politici e la tutela dello straniero nell'ambito degli strumenti internazionali in materia penale. 28

7. Il superamento delle Convenzioni in materia di consegna di persone: il nuovo contesto comunitario e le sue implicazioni. 33

7.1 Lo spazio interno di libertà, sicurezza e giustizia e le sue ripercussioni nei confronti dei cittadini extracomunitari. 34

8. L'attuale statuto degli stranieri nell'ordinamento interno: l'area della "tolleranza" del legislatore. 36

9. Tra espulsioni e respingimenti: i confini tracciati dalla C.E.D.U. in ordine alla potestà degli Stati e le conseguenze in tema di giurisdizione. 41

10. Il contesto di diritto internazionale e i tentativi di repressione dell'immigrazione irregolare: i concetti di giurisdizione rilevanti. 48

10.1 La Convenzione del diritto del mare delle Nazioni Unite e i poteri degli Stati con riferimento all'immigrazione irregolare ai sensi del T. U. italiano. 52

10.2 La Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine transnazionale e i Protocolli di Palermo sulla tratta di persone e sul traffico di migranti. 58

10.3 L'utilizzo degli strumenti internazionali e la prima giurisprudenza nazionale conseguente all'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria marittima. ...63

11. L'evoluzione delle modalità del traffico di persone nello scenario del Mediterraneo centrale e le attuali questioni inerenti la giurisdizione penale italiana. 68

CAPITOLO II

1. Il bene giuridico tutelato nei reati in tema di immigrazione clandestina. 86

2. La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.101

2.1 Il soggetto attivo e la natura del reato. 104

2.2 Descrizione delle condotte tipiche: l'ingresso e l'irregolare trattenimento. La possibile interruzione in ordine alla condotta di ingresso. 112

2.3 Le situazioni di irregolarità integranti la fattispecie 117

2.4 Elemento soggettivo. 125

2.5 Il trattamento sanzionatorio e le finalità perseguite dal legislatore.....128

2.6 Il giudizio per la contravvenzione affidato al Giudice di pace. 134

3. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. 136

3.1 La condotta di favoreggiamento principale di cui ai commi primo e terzo e la sua evoluzione. 139

4. Il migrante tra autore e oggetto di reato: confronto con la normativa in tema di tratta a partire dall'art. 12 co. 5 e 5-bis.....150

5. Il bene giuridico tutelato: unità o pluralità. 157

6. L'associazione a delinquere finalizzata al traffico di persone: tipicità e stato dell'arte delle conoscenze investigative 160

CAPITOLO III

1. La prima regolamentazione organica e la sua evoluzione. 166

2. Il Testo unico del 1998. 173

3. La legge 'Bossi-Fini'. 176

4. I 'pacchetti sicurezza' del 2008-2009 e la circostanza aggravante generale dell'art. 61 n. 11-bis a confronto con il c.d. reato di clandestinità. 184

5. Un diritto penale d'autore? Tra "legislazione del nemico" e simbolismo della normativa. 199

INTRODUZIONE

Ci apprestiamo ad affrontare un tema assai dibattuto e complesso, in ogni suo aspetto. È innegabile che la storia delle migrazioni umane rappresenti essa stessa la storia dell'umanità, una costante che anticipa la nascita del diritto, dei moderni sistemi giuridici e degli Stati, per come oggi li conosciamo. La migrazione è il movimento di popoli alla ricerca di luoghi che meglio garantiscano il benessere o la sopravvivenza; volendo fornire una lata definizione, è lo spostamento alla ricerca della maggiore sicurezza per la propria esistenza. Il punto di osservazione prescelto è quello del diritto penale. La peculiarità di tale branca del diritto è racchiusa nelle possibili declinazioni del *punire*, nell'infliggere un male a taluno in modo intenzionale al fine di dissuadere questi ed altri consociati dal commettere nuovamente un atto che si accerti il reo abbia commesso, così come previsto – aggiungiamo ai nostri tempi – da regole che la collettività abbia creato prima che il fatto sia stato posto in essere, nel rispetto di supremi principi, cui tali regole devono confarsi. Un primo spunto sorge immediato: come altri diritti – e forse in modo più accentuato rispetto ad essi – la legge penale esplica i suoi effetti all'interno di ambiti definiti: il territorio di uno Stato, il gruppo di persone che condividano il possesso della cittadinanza del Paese che pone le regole di condotta ed altri particolari criteri, suscettibili di subire modificazioni dovute al particolare contesto storico e politico in cui ci si trovi, pur nell'ambito di un universo giuridico difficilmente non riconducibile, in ultima analisi, alla dimensione del potere statuale. La capacità di comprimere beni della vita del valore della libertà è giustificata da fattori determinanti una comune riprovazione, sancita attraverso le forme proprie agli odierni sistemi, dando forma a tali determinazioni attraverso i processi legislativi affidati ai rappresentanti della collettività, allo scopo di assicurare la salvaguardia di quelle astrazioni concettuali che prendono il nome di beni giuridici, concretamente offendibili dalle azioni degli stessi consociati. Caratteristica propria alle norme del diritto penale dell'immigrazione, come si osserva, è l'essere poste dai membri di un'entità statuale per regolare le condotte di soggetti estranei a tale gruppo sociale, il cui tratto comune è il non essere cittadini. A questo scopo, ci si propone di procedere in più direzioni, con l'intento di giungere ad un fermo approdo, indagando le origini del rapporto tra il diritto penale e lo straniero e ricercando le origini della categoria

stessa del soggetto migrante. Non solo, si guarderà alle origini dell'istituto dell'asilo a partire dalla remota accezione implicante una limitazione del potere repressivo delle condotte del singolo soggetto, impregnata di sacralità, sino all'epoca delle costituzioni contemporanee e delle convenzioni internazionali, a partire dalle quali potrà assistersi alla laicizzazione del ruolo di tutela dalle persecuzioni assunto dagli Stati e dal sorgere di un'area di non punibilità per le condotte necessarie perché il *sans papier* possa domandare protezione. Ci si dedicherà, quindi, a studiare la relazione tra le moderne entità statuali e l'individuo straniero, guardando alle implicazioni dell'estraneità alla cittadinanza sul piano dell'azione penale rivolta contro quest'ultimo, sul piano interno e da parte di altri Stati, nel particolare contesto dei meccanismi di collaborazione giudiziaria tra Paesi europei, preludio al progetto di un'area di "libertà, sicurezza, giustizia". Con queste premesse, si tenterà di fornire una risposta al quesito che inerisce all'esistenza, o meno, di un diritto alla migrazione, che possa assumere una consistenza tale da fronteggiare la reazione dell'ordinamento del Paese ove il movimento ha il suo termine. Si analizzeranno le modalità con le quali il diritto penale, anche per l'influsso di fonti sovranazionali, possa creare un confine, porre una barriera aggiuntiva a quella delle frontiere allo scopo di rafforzarle e renderle effettive, provando a definire, nel far ciò, il mandato di tali normative in termini di tutela nei confronti della collettività. La ricerca dei caratteri del particolare bene giuridico coinvolto, dei limiti al potere di criminalizzazione e dell'efficacia della risposta punitiva potrà essere la chiave per ambire a scorgere una coerenza, o rappresentare l'incoerenza, dell'attuale diritto punitivo dell'immigrazione.

CAPITOLO I

L'INDIVIDUO MIGRANTE NELL'ATTUALE CONTESTO NORMATIVO NAZIONALE ED INTERNAZIONALE SOTTO LA LUCE DELLA LEGISLAZIONE PENALE.

1. La nascita della qualifica soggettiva della persona migrante e le origini dell'asilo.

La presente trattazione non può prescindere da un tentativo di fornire una nozione della persona migrante, così come tratteggiata negli strumenti di diritto internazionale ed interno. L'attualizzarsi della questione in modo preponderante nel dibattito pubblico, comporta un'inevitabile sovrapposizione di concetti rispetto alla quale è necessario individuare le definizioni imprescindibili per un approfondimento sulle vigenti norme di diritto penale. Volgendo lo sguardo alle disposizioni dei trattati internazionali, a partire dalla dimensione caratterizzata dalla massima estensione territoriale, la Dichiarazione Universale dei diritti umani dedica l'art. 13 al diritto delle persone allo spostamento da un paese all'altro. In particolare, il secondo comma della norma citata stabilisce che ciascuno abbia il «diritto a lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e ritornare nel proprio paese». Il testo del 1948 si rifà ad una tradizione giuridica secolare che pare riconoscere il diritto del singolo ad emigrare ma – al tempo stesso – non ad entrare e stabilirsi liberamente nel territorio di ogni stato. Le guerre di religione che imperversarono sul suolo del vecchio continente, specie nei secoli XVI e XVII, costituirono l'*occasio* della positivizzazione di un "diritto alla fuga" in epoca moderna. Lo spessore politico rivestito dalle questioni religiose, specie a seguito del diffondersi della Riforma luterana, pose i sudditi dell'Europa centrale, seppur certo non per la prima volta, di fronte a scelte di campo strettamente legate alla propria confessione, quest'ultima potendo risultare differente dalla fede professata dal locale sovrano.

La pace di Augusta del 1555 sancisce la territorializzazione della religione e l'omegeneizzazione, in tal senso, di coloro che abitano lo stesso suolo, al termine del conflitto che aveva contrapposto l'imperatore cattolico e la lega dei principi tedeschi

protestanti di Smalcalda[1]. Affermando il principio *cuius regio eius religio*, la Pace augustea, riconobbe specularmente, all'art. 24, il diritto dei sudditi di religione diversa da quella del regnante ad abbandonare la propria terra indenni, segnando un notevole progresso rispetto alla sanguinosa applicazione concreta dei previgenti editti medievali volti al contrasto delle nuove dottrine eretiche[2]. A lungo, da ultimo durante il pontificato di Paolo III, sotto il quale si insedia l'Inquisizione Romana, le autorità laiche continentali avevano rappresentato «il braccio secolare della repressione dell'eresia in tutti i territori rimasti fedeli al Papa»[3]. In questo contesto, alla negoziazione della Pace citata, molti storici dell'epoca moderna riferiscono la nascita dello *ius emigrandi*, pur rilevandone l'improduttività di effetti giuridici, in difetto della volontà di un'altra entità statale di accettare e proteggere i rifugiati sul proprio territorio[4]. Tale diritto fu riaffermato dalla Pace di Westphalia del 1648 divenendo, tuttavia, affare interno delle legislazioni nazionali solo all'occorrere dell'esodo di circa 200.000 sudditi francesi a seguito del 1685[5]. Uno degli stati nazione che quel secolo ha visto affermarsi, quale il regno di Luigi XIV, coltivando l'intento di omogeneizzazione – anche forzata – che il sistema westphaliano non precludeva ai regnanti, aveva superato la politica di tolleranza religiosa dell'Editto di Nantes, costringendo i francesi *Ugonotti* a cercare rifugio presso i paesi di credo protestante[6]. È in questo frangente che i principati e gli *elettorati*, preludio alla categoria di stato giunta sino a noi, danno vita alla seconda specie di norme inerenti al tema del diritto d'asilo, che formano la disciplina interna in materia di protezione nei confronti dei rifugiati. Tale dovere di condotta, istituito in capo alle entità statali, riporta alla stessa etimologia greca del termine "asilo", composto di *a* privativo e di *sŷlao*, equivalente del latino *spoliare*; nei rapporti reciproci, le *poleis* potevano stipulare dei trattati di

---

[1] M.L. LANZILLO, *Il multiculturalismo*, Roma-Bari, 2005, p. 64.

[2] "Nel caso i nostri sudditi, che professino essi il credo antico o la religione di Augusta, intendano lasciare le proprie terre portando le loro mogli e figli allo scopo di stabilirsi in un altro luogo, che essi non siano ostacolati né nella vendita dei loro appezzamenti, a seguito del pagamento delle tasse dovute, né sia offeso il loro onore" – trad. propria da P. H. WILSON, *The Thirty Years War: A Sourcebook*, Londra, 2010, p. 42.

[3] F. MASTROMARINO, *Il diritto d'asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, 2012, p. 24.

[4] P. ORCHARD, *A Right to Flee: Refugees, States, and the Construction of International Cooperation*, Cambridge, 2014, p. 52 e 58.

[5] C. HEIN, *Rifugiati: vent'anni di storia del diritto d'asilo in Italia*, Roma, 2010, p. 4.

[6] E. I. PERRY, *From theology to history: French religious controversy and the revocation of the Edict of Nantes*, L'Aia, 1973, *passim* e in part. pp. 143 – 145.

asŷlia, tesi a derogare al generale diritto di rappresaglia, talvolta attribuiti a singoli cittadini, salvo sospensioni di tali trattati. Lo stesso termine –*asŷlon*– poteva riferirsi all'intangibilità delle cose e delle persone che si trovassero presso determinati templi, ove il sacerdote o la comunità sorta intorno all'altare. Licurgo affermò che non si fosse tenuti ad osservare il diritto d'asilo nei riguardi di condannati, ma vi è chi afferma che la protezione non potesse comunque conoscere eccezioni in taluni templi, veri e propri luoghi di *asŷlon*, dove anche chi entrasse in ceppi ne era liberato[7]. È immanente il concetto di inviolabilità nei confronti del potere coercitivo, di cui il singolo gode, quasi partecipando della sacralità del luogo ove si trovi o della connessione tra il suo ruolo sociale ed una particolare divinità[8]. L'antichità del lemma in discorso rimanda alle lontane origini di una situazione giuridica parzialmente affine all'ospitalità, ovverosia il rapporto contratto tra il cittadino romano ed uno straniero giunto presso il territorio su cui la consociazione di appartenenza del primo spieghi la propria influenza, con reciproci scambi tra i due individui; l'effetto era una protezione che gli strumenti di diritto civile non riuscivano ad assicurare e che poteva avere come parti non l'associazione politica di appartenenza del cittadino ma lo Stato, non lo straniero ma un'intera consociazione di cittadini terzi: «allora avevasi quello che i Romani dissero *hospitium publicum*, il quale aveva tutti i caratteri di un rapporto di diritto pubblico esterno, e fu il nocciolo, il seme destinato a produrre in prosieguo, nel campo del diritto, il diritto internazionale[9]».

La riflessione di numerosi filosofi del diritto e pensatori affonda le radici nel concetto di ospitalità. Giambattista Vico sostiene che non il sentimento morale quanto piuttosto l'interesse generò il concetto di ospitalità, in particolare da parte dei fondatori di nuove città che – grazie all'asilo – poterono aumentare la popolazione e la forza degli insediamenti, così come i privati accrebbero la propria fortuna proteggendo chi non potesse farlo con propri mezzi, richiedendo da loro «opere ed ossequio»[10]. La dissertazione sui principi di diritto naturale di Samuel von Pufendorf non manca di affrontare le questioni dell'ospitalità e dell'accoglienza da parte dello

---

[7] U. E. PAOLI, *Asilia (diritto greco)* e *Asilo (diritto greco e romano)*, in *Noviss. Dig. it*., Torino, 1957, p. 1035 ss.

[8] G. GRIFÒ, *Asilo (diritto di), Diritti antichi* in *Enc. Dir*., 3: Ari-Atti, XIV, Milano, 1958, p. 191.

[9] AA. VV., *Asilo, clientela, ospitalità* in *Enc. Giur*.,., Milano, vol. I parte IV, p. 5.

[10] AA. VV., voce *Asilo, clientela, ospitalità* cit. p. 7 ss.

stato e il contenuto dei doveri verso gli stranieri in capo ad esso. Si considera come un «offizio di umanità il ricevere onestamente gli esteri viandanti, ed alloggiarli», pratica che formava tra i popoli uno dei legami più sacri ed inviolabili. Il filosofo tedesco, la cui ricerca è tesa a ricercare le massime di *ius naturae*, parimenti osserva come un vero e proprio obbligo giuridico, che da tali principi discenda, sorga in ragione di una particolare condizione dello straniero, *convenendo*, infatti, «che quegli […] sia fuori di sua patria per qualche necessario motivo, o almeno innocente», al punto che non nascano dubbi in merito alla sua possibilità di ledere allo stato o alle persone, fin quando non possa sostentarsi con le proprie forze. Il Pufendorf avverte, inoltre, che rientri nella potestà del sovrano vietare ai propri sudditi di dare accoglienza a tutti gli stranieri, potendo egli proibire l'ingresso nello stato per motivi politici. Costituirebbe, tuttavia, «estrema barbarie il maltrattarli ed offenderli» senza che sia stata patita per causa degli stranieri alcuna offesa[11]. Di grande interesse è l'ordine logico seguito dal Grozio che – immediatamente dopo aver affermato il diritto di chi si rechi in un luogo per commerciare ad erigere un riparo provvisorio sulla costa, per il tempo necessario agli affari e per ristabilirsi – ricorda come non debba negarsi il diritto al soggiorno permanente agli stranieri espulsi dal proprio paese, a che questi trovino un luogo di rifugio[12]. Condizione e principio di ragionevolezza è il rispetto dell'ordine costituito e delle leggi che il giurista olandese unisce idealmente al giuramento che Enea rivolse al re Latino[13]. È qualificato – inoltre – come un atto che attiene ai dettami di comune umanità che il sovrano lasci agli stranieri la libertà di insediarsi su terreni inabitati ed incolti, pur conservandone il dominio[14]. Non può quindi considerarsi privo di precedenti nel pensiero europeo l'approdo di Immanuel Kant, nelle pagine del noto saggio *"Per la pace perpetua"*. Il *terzo articolo definitivo* elaborato dal filosofo di Königsberg, prevede che «il diritto cosmopolitico (*Weltbürgerrecht*) sia limitato alle sole condizioni dell'ospitalità

---

[11] S. PUFENDORF, *Il diritto della natura e delle genti o sia Sistema generale de' Principi li più importanti di Morale* – trad. di G. ALMICI, Venezia, 1757, Tomo II, p. 62 ss.

[12] H. DE GROOT, *The Rights of war and peace, including the law of nature and of nations* – trad. ing. di A. C. CAMPBELL, Boothroyd, Pontefract, 1813, vol. I, par. XV, p. 252.

[13] Io darò numi e culto
Sacrosanto ai penati; avrà Latino
Suocero mio la somma de la guerra
E dell'impero
Virg., Æn. XII, ver. 304-307 – trad. di C. ARICI in *Opere di P.V. Marrone*

[14] H. DE GROOT, op. cit., par. XVI, p. 255 ss.

universale», quest'ultima un principio non di filantropia ma di diritto[15]. Contenuto di tale posizione giuridica è la pretesa a non essere trattati con ostilità dagli abitanti del luogo ove lo straniero venga a trovarsi, con la facoltà di allontanarlo, se ciò non comporti la distruzione di chi è respinto, non accolto. Il diritto di accoglienza – *Gastrecht* – non può, tuttavia, essere accampato senza che lo straniero lo negozi espressamente, divenendo egli contraente di uno specifico patto o – forse in modo ancor più restrittivo – beneficiario di un particolare privilegio dovuto alla sua funzione – in guisa da consentirgli una residenza di lungo periodo[16]. Ciò che Kant riconosce come proprio di tutti gli uomini, è un diritto di visita – *Besuchsrecht* – in virtù della proprietà comune della superficie terrestre, non potendo gli individui disperdersi all'infinito su di un globo. È contraria al diritto di natura, dunque, l'inospitalità, mentre il suo opposto è da circoscriversi al lasciare che gli stranieri possano *tentare* il commercio con i residenti, stabilendo pacifiche relazioni che tendano, col tempo, a divenire rilevanti sul terreno del diritto pubblico e a condurre ad una costituzione civile universale. La terminologia utilizzata dal filosofo prussiano per i descrivere tali contatti (*Verkehr*, 'traffico, scambio'), sotto l'unico articolo che si riferisca esplicitamente al diritto cosmopolitico, non è da limitarsi al solo commercio, potendo estendersi – vista la sua proiezione verso un ordine universale – anche all'incontro e allo scambio a carattere religioso, culturale ed economico[17]. A Kant non sfuggono, in un agile cambio di prospettiva, i comportamenti *inospitali*[18] tenuti delle *nazioni civili*, per usare un'espressione giunta sino al diritto internazionale contemporaneo con accezione quasi "offensiva nei confronti dei paesi meno sviluppati", che abusano del diritto di visita facendo di esso, in realtà, lo strumento di conquista indispensabile ai propri commerci[19]. In epoca

---

[15] I. KANT, *Per la pace perpetua*, trad. di R. BORDIGA, Milano, 1991, p. 79 ss.

[16] S. BENHABIB, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (*The Seeley Lectures*), Cambridge, 2004, p. 28.

[17] S. BENHABIB, op cit., p. 38.

[18] *inhospitale* in latino nel testo originale, evoca l'idea di colui che non tenga un contegno da *hospes*, "colui che è ospitato", termine che condivide la sua radice con *hostis*, "il nemico", come fa notare J. DERRIDA, durante la *Questione dello straniero: venuto da fuori. Quarta seduta (10 gennaio '96)* DERRIDA – DUFOURMANTELLE, *Sull'ospitalità, Le riflessioni di uno dei massimi filosofi contemporanei sulle società multietniche*, trad. di I. Landolfi, Milano, 2000, p. 63

[19] L'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia del 26 giugno 1945 stabilisce che questa «applichi […] c) i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» testo della norma ed espressione in N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale. V ed.*, Torino, 2016, p. 171 - 182

molto più prossima, ma forse non assai dissimile, Thomas Nagel ha osservato come sia evidente che, al mondo, vi sia una minoranza di nazioni costituente «un arcipelago di isole di relativo benessere in un mare di tirannia e miseria disumana ove la preservazione di un tenore di vita elevato dipend[a] assolutamente dal rigido controllo dell'immigrazione»[20].

Questo approfondimento, il cui scopo è ricercare le origini degli istituti dell'asilo e del diritto *al migrare*, prendeva l'abbrivio da un'estrema sintesi del contesto che – nel cuore dell'era moderna – aveva visto definirsi gli stati-nazione e l'imporsi di questi come soggetti di diritto tra loro pari. Non può ritenersi casuale che il consolidarsi di tale modello di società internazionale coincida con la nascita di un diritto *dell'immigrazione*: pietra d'angolo del sistema stato-centrico è l'istituzione e la protezione dei confini nazionali nei confronti di stranieri, rifugiati e richiedenti asilo[21]. Se per Kant l'ospitalità non attiene alla filantropia, ma al diritto – di contro – le situazioni da lui ipotizzate rischiano di rimanere prive di effetti giuridici, non esigibili e non tutelabili, in un mondo composto di nazioni che ben si guardano dal tendere tanto all' «idea positiva di una repubblica universale», tanto al suo «surrogato negativo», di permanente alleanza contro la guerra[22].

È proprio della condotta "nazioni civilizzate" in merito alla questione giuridica del rifugio delle persone *senza stato* di cui si occupa Hannah Arendt alla luce degli eventi che compongono la cornice storica del secondo conflitto mondiale. L'autrice osserva, infatti, come l'unica protezione possibile per i diritti del singolo non possa che promanare dall'autorità dei singoli stati che compongono «la famiglia delle nazioni» e che enormi masse di individui, non più cittadini per una variegata sorta di motivi legati ai mutamenti interni dei sistemi giuridici di riferimento, si fossero venuti a trovare – nell'epoca dei totalitarismi dello scorso secolo – «al di fuori dell'ambito di tutela di qualsiasi norma di legge» e dunque privati di ogni difesa[23]. Nonostante molti ordinamenti fossero fondati sui valori assunti come parte dei c.d. "*Rights of Man*" («apparentemente inalienabili»), tale nucleo di posizioni ha dato prova di essere privo di vincolatività, impossibile da rendere esecutivo. Alla perdita

[20] T. NAGEL, *I paradossi dell'uguaglianza*, trad. di R. RINI, Milano,1993, p. 64
[21] S. BENHABIB, op. cit., p. 2.
[22] I. KANT, op. cit., p. 78
[23] H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Cleveland, 1958, p. 293

delle proprie case e dell'intero tessuto sociale di riferimento, fatto non certo privo di precedenti nella storia, consegue anche – nell'epoca analizzata da Arendt – l'impossibilità di procurarsi una nuova dimora, l'assenza di un luogo in cui recarsi se non con le più severe restrizioni e ciò non per sovrappopolazione ma a causa del sistema politico vigente. Questo panorama, disegnato da una rete a strette maglie di stati, porta con sé che il non essere più parte di una delle comunità che compongono la "famiglia di nazioni" implichi il non essere più membro di tale "famiglia", considerata nel suo insieme. A ciò si aggiunga la perdita di protezione da parte di un'autorità governativa, questione da sempre al cuore del diritto d'asilo: anche questo profilo non è privo di antecedenti storici e ha visto altri stati offrire asilo ai perseguitati per motivi politici, pur non incorporando il principio nelle proprie costituzioni. Un sistema che ha retto sin quando le nuove categorie di perseguitati sono risultate troppo varie e folte da poter essere gestite attraverso strumenti riservati a casi e situazioni eccezionali. Una gran parte di tali individui non si trovava, inoltre, in una situazione riconducibile alla categoria del diritto d'asilo, che ha sempre presupposto una persecuzione per motivi religiosi o politici ma caratterizzata dalla mera appartenenza «al tipo di razza o di classe sbagliata».

È evidente come l'analisi storico-filosofica di Arendt si riferisca ad un contesto peculiare caratterizzato dal movimento di masse di individui senza precedenti, prodotto dell'epoca delle leggi di Norimberga, del fascismo, del franchismo e dello stalinismo; pur tuttavia, molti spunti possono trarsi da questo scritto, che addita le ardue sfide che un sistema fortemente improntato dalla statualità si trova ad affrontare anche nella nostra epoca all'aumentare delle cause delle migrazioni forzate. Al termine del 2016, riporta l'Alto Commissariato per i Rifugiati presso le Nazioni Unite, su 65,6 milioni di persone che risultano sfollate forzatamente a causa di conflitti, violenza, violazione dei diritti umani diffusa e persecuzioni, 25,3 milioni si trovano al di fuori dei confini nazionali[24]. Di più, non possono trascurarsi i dirompenti effetti del cambiamento climatico sulla questione migratoria: si prenda il caso del Bangladesh, sito in un'area ritenuta tra le più colpite dalla comunità scientifica, stretto tra il disgelo delle vette himalayane e il vertiginoso aumento del livello dei mari, con allagamenti sempre più frequenti e fenomeni stagionali che

[24] UNHCR, *Global Trends Forced Displacement in 2016*, 19 Giugno 2017, disponibile presso http://www.unhcr.org/globaltrends2016

colpiscono la popolazione e rendono per questa assai complessa l'autosufficienza alimentare[25]. Si consideri che i cittadini di questo paese (in totale 163 milioni, con un territorio nazionale pari circa ad un terzo di quello italiano) costituiscano una delle nazionalità maggiormente presenti tra quelle dichiarate all'approdo sul territorio nazionale che giungono attraverso il canale irregolare di approdo via mare, unica provenienza non di origine africana[26].

Si tratteranno, a seguire, le questioni del valore costituzionale dei principi sul diritto d'asilo e delle origini storiche della loro incorporazione nelle Carte fondamentali, alle soglie dell'età storica contemporanea e – al termine del Secondo Conflitto – nel nostro ordinamento. Ciò senza prescindere dal confronto tra le fonti costituzionali e quelle primarie che concretamente regolano la posizione del cittadino di un paese terzo, fortemente caratterizzate dall'adesione del singolo stato agli strumenti convenzionali, seguendo un sentiero che pare allontanarsi dall'auspicio del riconoscimento universale di un "diritto ad avere diritti"[27]. Uno dei grandi paradossi che Arendt denunciava, rispetto alla condizione dei senza-patria, è che le categorie di persone maggiormente prive di diritti e di posizioni giuridiche nei confronti di un ordinamento nazionale, acquisiscano queste ultime contravvenendo allo statuto penale del territorio in cui si trovino: chi sia «un'anomalia non contemplata dalla legge […] poteva normalizzarsi soltanto commettendo un'infrazione che alla norma fosse contemplata, cioè un delitto. Per stabilire se qualcuno è spinto ai margini dell'ordinamento basta chiedersi se giuridicamente sarebbe avvantaggiato dall'aver commesso un reato comune».[28] Se la condizione del singolo, è oggi ineluttabilmente connessa all'ordinamento interno del luogo in cui egli si trovi, seppure in modo conforme agli obblighi internazionali eventualmente assunti da tale nazione, non può

[25] ELIAMEP, *Gender, Climate Change and Human Security. Lessons from Bangladesh, Ghana and Senegal*, Maggio 2008

[26] Provengono dal Bangladesh 8.131 persone sbarcate nell'anno 2016 (9° paese) e 8.896 all'inizio del novembre 2017 (si tratta del 4° paese, che totalizza un numero di arrivi superiore all'anno precedente nonostante un calo degli sbarchi totali del 29,97 % rispetto allo stesso periodo del 2016, dato al 3 novembre). Fonte: Cruscotto statistico giornaliero del Dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione del Ministero dell'Interno. Dato demografico del 2016 della Banca Mondiale disponibile su https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL

[27] La nota espressione è di H. ARENDT (op. cit., p. 296): «Diventiamo consapevoli dell'esistenza di un diritto ad avere diritti (ossia il diritto a vivere in un contesto in cui ciascuno sia giudicato sulla base delle proprie azioni e dei propri pensieri) e del diritto ad appartenere a qualche specie di comunità organizzata, solo quando si palesa il fatto che milioni di persone abbiano perso e non possano divenire nuovamente titolari di tali diritti a causa della mutata situazione globale».

[28] H. ARENDT, op. cit., p. 300.

non considerarsi l'ulteriore paradosso palesato rispetto alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e *del cittadino* del 1789: «Il prendere considerazione un uomo "astratto" che non esisteva in nessun luogo, perché perfino i selvaggi venivano ad essere in qualche sorta di ordinamento sociale»[29]. All'affermarsi delle nazioni conseguì anche che i diritti di un uomo privo di radici fossero ritenuti fuori dalla propria competenza da quegli stati che sono espressione dei popoli, essendo questi ultimi – e non l'individuo – «la vera immagine dell'uomo»[30]. Per concludere, l'asilo che appare «unico diritto che avesse sempre campeggiato come simbolo dei diritti umani nelle relazioni internazionali»[31], potrebbe costituire – per l'umanità dei senza-patria – una sorta di *meta-diritto*, che trascende le posizioni giuridiche note agli ordinamenti e proprie dei cittadini, il precipitato e la condizione per il possesso del «diritto ad avere diritti»[32].

2. L'evoluzione del panorama legislativo in tema di asilo: le premesse dell'attuale contesto.

> *Come dar luogo a una politica e un'etica concrete, che comportino una storia, delle evoluzioni, delle rivoluzioni effettive, dei progressi, una perfettibilità? Una politica, un'etica, un diritto che rispondano così alle nuove ingiunzioni di situazioni storiche inedite, cambiando le leggi, determinando diversamente la cittadinanza, la democrazia, il diritto internazionale?*[33]

Tra le innovazioni di politica legislativa dovute alla Rivoluzione Francese che ancora spiegano la propria influenza sugli ordinamenti contemporanei, deve annoverarsi anche la definitiva *secolarizzazione* del diritto dell'asilo[34]. È da premettere che le riforme della *Première République* costituiscono l'approdo naturale di una rotta tendente all'affermazione assoluta dello stato di diritto e al superamento di quei regimi speciali tradizionalmente riferiti a gerarchie altre, unita al venir meno delle

---

[29] H. ARENDT, op. cit., p. 291.
[30] P. BELLOLI, *Fenomenologia del diritto d'asilo*, in B.M. BILOTTA - F. CAPPELLETTI, op. cit., p. 130
[31] H. ARENDT, op. cit., p. 280.
[32] P. BELLOLI, *Fenomenologia del diritto d'asilo*, in op. cit., p. 142-144.
[33] J. DERRIDA, *Le leggi dell'ospitalità* in J. DERRIDA – A. DUFOURMANTELLE, op. cit., p. 127
[34] F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto di asilo*, in B.M. BILOTTA - F.A. CAPPELLETTI (a cura di), *Il diritto di asilo*, Padova, 2006, p. 26 ss.

cause alla base del rifugio presso le Chiese. L'asilo ecclesiastico presso i luoghi di culto per i rei di delitti comuni viene additato quale odioso privilegio, in quel paese, assai da prima della presa della Bastiglia. Già dalle *Ordonnance de Villers-Cotterêts* del 1539 veniva meno quella vera e propria immunità dalla giurisdizione, e quindi dal processo penale, originariamente escluso anche in contumacia, che dal rifugio nei luoghi di culto derivava[35]. Sin dal Medioevo la violazione dell'*immunitas* di cui tutti i luoghi in cui si celebrasse godevano aveva costituito sacrilegio, punito con la scomunica e l'interdetto. Sempre più spesso gli ordinamenti nazionali, affermando l'universalità della propria giurisdizione sul territorio, avevano introdotto meccanismi per la c.d. estrazione preliminare del rifugiato. Il novero dei delitti i cui autori potevano sottrarsi alla giustizia penale viene gradualmente ridimensionato, fino a far scomparire la caratteristica fondante la prerogativa ecclesiastica, ovvero l'universalità dei suoi beneficiari[36]. Decisiva è l'esclusione degli autori di omicidio commesso con dolo, dei dediti al brigantaggio e di coloro che si avvalessero dell'immunità *ratio loci* allo scopo di commettere reato, certi dell'impunità per le loro condotte[37]. Anche alla luce della complessiva mitigazione della repressione penale dei sistemi europei, del miglioramento nell'amministrazione della giustizia e del contrasto all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, l'istituto di diritto canonico si avvia a scomparire o a cadere in disuso in quasi tutti gli ordinamenti nel corso del XVIII secolo, mentre la protezione ai perseguitati – in tutte le parti del territorio – sembra assurgere a solenne obbligo laico del nuovo governo sorto dalla fine dell'*Ancien Régime*[38]. La *Constitution* del 1793 fa dell'asilo uno strumento di contrasto all'accanimento delle nazioni, tra le quali il governo rivoluzionario intende ergersi come faro delle libertà, un'arma per la lotta ai tiranni che inseguano i propri cittadini dopo averli banditi dalla propria patria "*pour la cause de la liberté*", e rifiuta formalmente di accordare protezione ai tiranni[39].

---

[35] C. LATINI, *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Milano, 2002, p. 72

[36] G. VISMARA, *Asilo (diritto intermedio)*, in *Enc. dir*., 3, Milano, 1960, p. 200.

[37] F. MASTROMARTINO, Percorsi dell'asilo cristiano. Origine, affermazione e crisi di un istituto giuridico controverso, in *L'acropoli*, 6, 2010, pp. 595 ss.

[38] F.A. CAPPELLETTI, *ibidem*.

[39] Art. 120 della *Constitution du 24 juin 1793* e art. 1-2 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* presso:
http://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-de-la-france.5080.html

3. La Costituzione italiana, le carte fondamentali contemporanee e la Convenzione relativa allo statuto dei Rifugiati del 1951.

L'ingresso nella costituzione post-rivoluzionaria di siffatto impegno, seppure nel titolo dedicato ai rapporti della repubblica con le nazioni estere, vale ad includere anche a questa particolare categoria di stranieri tra i beneficiari del perseguimento di quel fondamentale scopo dello stato – ai sensi della nuova, contestuale, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino – rappresentato dalla garanzia del godimento dei diritti naturali ed imprescrittibili, tra cui la libertà e la sicurezza. Una piena consistenza giuridica ed una valenza non solo così fortemente politica si possono rintracciare – tuttavia – solo al tempo della IV Repubblica e della costituzione del 1946, il cui preambolo viene ripreso anche dalla Carta del 1958, che di poco segue la Convenzione di Ginevra del 1951[40]. Proprio nell'ambito degli accordi, la Costituzione francese del 1958 dedica un intero articolo all'asilo, il 53-1. La nota formula che impegna lo stato nella protezione di chi agisca in favore della libertà diventa il capoverso della disposizione, facendo salve le ipotesi in cui sia necessario apprestare una tutela indipendentemente dalla fattispecie del primo comma, ossia la protezione dello straniero prevista e regolata da accordi con altri "stati europei". È in questo contesto storico e giuridico che l'asilo evolve, finalmente, da impegno, strumento politico e dichiarazione di principio a situazione di diritto soggettivo in capo al richiedente che si trovi in particolari condizioni[41]. La *Convenzione internazionale relativa allo status dei rifugiati*, pocanzi citata, risponde all'esigenza di "riesaminare e codificare" gli accordi previgenti in materia di condizione giuridica dell'individuo rifugiato e non – dunque – di stabilire una disciplina uniforme e convenzionale sull'istituto dell'asilo[42]. La sua importanza, e l'interesse rispetto alla ricerca delle nozioni che rilevano nel contesto del presente

---

[40] Il Preambolo del 1946 recita: «Tutti coloro che siano perseguitati in ragione della propria attività in favore della libertà hanno diritto d'asilo nei territori della Repubblica». Il co. 2 dell'art. 53-1 del 1958 dispone, con riferimento agli "accordi con gli stati europei in materia d'asilo": «Tuttavia, anche se la richiesta non rientra nella loro competenza in virtù di tali accordi, le autorità della Repubblica hanno comunque il diritto di dare asilo a tutti gli stranieri perseguitati in ragione dell'attività in favore della libertà o che domandino protezione della Francia per altro motivo».

[41] F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di dio alla legge dello Stato*, in op. cit. p. 29.

[42] Preambolo alla Convenzione, III considerando. Il Preambolo contiene l'unica menzione del termine "asilo" presente nel testo, con riferimento alla circostanza che "dalla concessione del diritto d'asilo possano risultare oneri eccezionalmente gravi per determinati paesi". Testo in italiano presso www.unhcr.it

lavoro, risiede nel costituire la fonte di maggior rilievo internazionale e dimensione della definizione di rifugiato, stabilendo i requisiti per l'ottenimento di tale qualifica: chiunque temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le 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[43]. Si tratta del più importante strumento di diritto convenzionale, per carattere generale e per adesioni, regolante non l'asilo ma il regime applicabile negli ordinamenti delle Parti ai soggetti cui venga riconosciuta la qualifica di rifugiato. Lo *status* che i firmatari si impegnano a concedere internamente non potrà essere deteriore rispetto a quello spettante ai cittadini stranieri che comunque si trovino sul territorio. La Convenzione si pone come il consequenziale svolgimento del citato art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, dal cui testo già si evincono i presupposti del diritto "di cercare e di godere in altri paesi" dell'asilo[44]. Non può sfuggire come il presupposto fondamentale di cui all'art. 14 della Dichiarazione, ossia l'esistenza di una persecuzione nei propri confronti e il conseguente diritti di cercare *asilo* in altri stati, sia – naturalmente – alla base della c.d. clausola di inclusione di cui all' art. 1, sez. A, num. 2) della Convenzione, che ulteriormente specifica le caratteristiche di tale *vexatio*, la cui sussistenza è necessaria affinché l'individuo sia legittimato a chiedere e ricevere protezione da parte di un paese firmatario, nella forma – tuttavia – non dell'asilo, bensì attraverso il riconoscimento dello status di rifugiato[45]. V'è da notare che in dottrina non sia affatto scontata l'inclusione tra le fonti di diritto della l'inclusione della Dichiarazione del 1948, adottata con risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, rendendo imprescindibile la successiva negoziazione della Convenzione avente la sua premessa politica nel citato strumento c.d. non vincolante[46]. A parere di autorevole dottrina, la Convenzione non attribuirebbe un

---

[43] La disposizione, art. 1, sez. A, num. 2), è completata dalla previsione inerente gli apolidi che si trovino al di fuori dello stato di residenza e non possano o non vogliano tornarvi a causa dello stesso timore. Seguono le c.d. cause di cessazione, ossia le circostanze in presenza delle quali il rifugiato venga a perdere la propria qualifica per l'essersi posto nuovamente sotto la protezione dello stato di cui abbia la nazionalità.

[44] *"Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution"*. L'inglese è una delle lingue ufficiali della Dichiarazione universale del 1948. Testo da http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/

[45] G. BAROLI, *Asilo politico* (Voce) in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, I, 1987, p. 424.

[46] N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, op. cit., p. 317.

diritto all'asilo all'individuo e non imporrebbe agli stati firmatari di riconoscerlo. Oggetto del diritto del singolo sarebbe il diritto a che la sua domanda fosse esaminata dalle autorità a ciò preposte dallo stato. Incomberebbe su quest'ultimo il solo dovere negativo di *non refoulement* di cui all'art. 33 della Convenzione e – dunque – di respingere il richiedente verso il territorio di uno stato ove la vita o la libertà possa essere minacciata[47]. Si parlerà, più oltre, dell'ulteriore divieto imposto allo stato, consistente nel non prevedere sanzioni penali a carico del richiedente atte a reprimere il suo ingresso non autorizzato nel territorio, di cui all'art. 31 della Convenzione. Al tempo stesso, tale avviso dottrinario dà conto dell'esistenza di un'*opinio* per la quale costituirebbe ormai norma consuetudinaria il divieto di procedere ad espulsioni di massa di stranieri[48] [49], proibizione che ha una certa fonte convenzionale nell'art. 4 della Quarto Protocollo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e che ha visto la condanna della Repubblica italiana da parte della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a seguito del ricorso presentato da Hirsi Jamaa ed altri[50]. Inoltre, uno stato parte della Convenzione E.D.U. non potrebbe allontanare lo straniero verso uno stato dove egli corra il rischio di subire tortura ovvero un trattamento inumano o degradante, avendo la proibizione di questi ultimi ex art. 3 CEDU un carattere assoluto[51]. La CEDU si è spinta a condannare allontanamenti non circoscrivendo il divieto ai casi che ponessero l'individuo a rischio di tortura, ma anche ai casi in cui la legge penale o religiosa del paese di rimpatrio ponesse lo straniero nella posizione di essere sottoposto alla pena capitale, emblematico il rischio di lapidazione di cui al caso Jabari (Ric. 40035/98). In ogni caso il *non refoulement* non costituirebbe principio di diritto consuetudinario, stante anche la sua differente formulazione, e talvolta la sua assenza, in ragione del contesto degli strumenti convenzionali che lo prevedono[52].

Concorde sul carattere non vincolante della Dichiarazione del 1948 B. CONFORTI in *Diritto internazionale*, op. cit., p. 234.

[47] N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, op. cit., p. 318.

[48] N. RONZITTI, op. cit., p. 367.

[49] B. NASCIMBENE, *Non-refoulement as a principle of international law and the role of the judiciary in its implementation* intervento nel Seminario per l'apertura dell'Anno giudiziario della C.E.D.U. del 27 gennaio 2017, disponibile presso http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20170127_Nascimbene_JY_ENG.pdf

[50] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 febbraio 2012 - Ricorso n. 27765/09 - Hirsi Jamaa e altri c. Italia.

[51] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 febbraio 2008 - Ricorso n. 37201/06 - Saadi c. Italia.

[52] C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, op. cit., p. 422. In disaccordo RONZITTI, in *op. cit*., p. 369.

Viene però condannata dalla dottrina, specie per la negazione della possibilità di muovere istanza di protezione allo stato che si renda responsabile di respingimenti, la politica adottata da parte del Governo italiano nel periodo relativo ai fatti alla base del citato ricorso alla Corte di Strasburgo, con l'allontanamento immediato verso uno stato, nel caso di specie la Libia, che non è mai divenuto parte della Convenzione di Ginevra[53].

Il testo fondamentale approvato dall'Assemblea Costituente ed entrato in vigore nel 1948 pone il diritto d'asilo nel novero dei principi fondamentali della Repubblica italiana. Gli ultimi tre commi dell'art. 10 riguardano lo *status* e il trattamento dei cittadini stranieri, tra i quali coloro a cui – nel proprio paese – "sia impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, [hanno] diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge". Il terzo comma stabilisce il campo di applicazione del c.d. asilo costituzionale, certamente caratterizzato da un ambito più ampio della Convenzione del 1951, muovendo dalla considerazione che le libertà garantite dalla Legge fondamentale ai cittadini siano di "natura umana" e, così disponendo, sopravanza tanto le costituzioni straniere quanto la citata e successiva fonte internazionale[54]. Assai dibattuta è la questione dell'esistenza di un vero e proprio diritto all'asilo nell'ordinamento internazionale. Dal punto di vista del diritto consuetudinario, è pacifico che questo non imponga limitazioni alla potestà degli stati di stabilire la propria politica in materia di immigrazione, in termini di ammissione ed espulsione di stranieri, ambito nel quale tende a rivivere il principio della sovranità territoriale, come più volte si è qui sostenuto. Diversamente ci si deve porre, rispetto alla condotta dello stato, ove questo – in attuazione di tali politiche – ponga a repentaglio quei diritti fondamentali ormai parte del diritto consuetudinario. Questa fonte internazionale non contempla, afferma Conforti, il diritto d'asilo, per quanto esso sia previsto da convenzioni c.d. regionali che non ne prevedono l'obbligatorietà[55]. Anche secondo Focarelli, tra i secoli XVI e XIX, l'individuo poteva essere beneficiario di una protezione giuridica solo in quanto straniero. Nulla disponeva il

[53] B. CONFORTI in *Diritto internazionale*, op. cit., p. 234.
[54] C. ESPOSITO, *Asilo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 3, Giuffrè, Milano, 1958, p. 222.
[55] B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VIII Ed., Napoli, 2010, p. 232 ss.

diritto internazionale riguardo gli apolidi o sui limiti alla sovranità interna rispetto ai sudditi mentre, ai giorni nostri, l'individuo viene tutelato a prescindere dalla cittadinanza, rendendo residuali le norme relative al trattamento degli stranieri[56]. Continuerebbe a non esservi limite alla sovranità statuale che si estrinsechi nel regolare l'ammissione o l'espulsione di stranieri, e dunque il loro diritto a soggiornare in uno stato, salvo ciò sia previsto da un trattato, come ricorda anche Favilli[57]. Focarelli segnala anche l'esistenza di una prassi, se non di una norma consuetudinaria, che impedirebbe le espulsioni compiute in modo "oltraggioso" e come una parte della dottrina propenda per l'esistenza di una consuetudine contro le espulsioni collettive, poi positivizzata in diverse convenzioni che tendono altresì a vietare estradizioni o espulsioni in direzione di paesi che pongano la persona a rischio di gravi violazioni dei diritti umani, non una consuetudine[58].

Su di un piano diverso si muove – tra gli altri – il nostro ordinamento, ove da più parti esso è descritto come avente la natura di diritto soggettivo dello straniero, suscettibile di essere azionato immediatamente anche in mancanza di leggi ordinarie che attuino il disposto dell'art 10 co. 3 Cost.[59] Il dibattito che le Commissioni e l'Assemblea Costituente affrontarono in ordine al contenuto e alle dimensioni del diritto d'asilo all'interno della Carta è di grande interesse. Visti i modelli francese, sovietico, – *mutatis mutandis* – dalla forte impronta ideologica, e quello statunitense, ove la legge ordinaria aveva poi posto limiti severi all'ingresso degli stranieri, era da più parti dell'emiciclo avvertito il timore di un'eccessiva ampiezza del dettato in discussione. Le costituzioni, allora vigenti presso talune repubbliche socialiste europee non celavano un'ispirazione politica che si riverberava anche sulla previsione in tema di riconoscimento dell'asilo agli stranieri. Questi potevano ambire all'ottenimento dell'asilo in URSS (costituzione del 1936[60]) o nella Repubblica Democratica Tedesca (testo del 1977) solo ove fossero propugnatori dei principi dello stato di rifugio e fossero stati oggetto di persecuzioni legate all'attività politica

---

[56] C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, III Ed., Padova, 2015, p. 416.

[57] C. FAVILLI, *I limiti derivanti dal diritto internazionale all'espulsione dello straniero*, Viterbo, 1998.

[58] C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, op. cit., p. 418.

[59] B. NASCIMBENE, (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 1135 ss.

[60] L'URSS riconosce il diritto d'asilo agli stranieri perseguitati per la difesa degli interessi del popolo lavoratore, per la libertà scientifica o per la lotta per la liberazione nazionale, art. 129 della costituzione sovietica (1936). Tradotta in *Asilo (diritto costituzionale), in Enc. dir*, voce cit.

svolta in precedenza. L'analisi della vicenda personale dell'asilante era – infatti – oggetto di una valutazione non giudiziaria od amministrativa ma fortemente discrezionale e politica da parte di organi incaricati dal Soviet supremo, di avviso normalmente favorevole nei confronti di combattenti per la causa della decolonizzazione così come verso scienziati e tecnici depositari di segreti strategici che avessero varcato la "cortina di ferro"[61]. Emerge dai lavori preparatori come, tra i padri costituenti, fosse da più forze paventato il rischio di riconoscere protezione a chi fosse sì privato del diritto a pensare ed agire in piena libertà, ma in ragione del fatto che taluno manifestasse idee ritenute "pericolose" in una repubblica che sorgeva dalle ceneri della dittatura fascista e della Liberazione.[62] Il rischio, insomma, di tutelare chi volesse liberamente propugnare un'idea ma fosse *amico* non della libertà, ma dei tiranni, per dirla con la costituzione rivoluzionaria citata. E proprio nel tentativo di ricercare una "nozione qualificata" del diritto d'asilo, fu proposta una formulazione riecheggiante quella di origine francese, per poi giungere all'espressione "esercizio delle libertà *democratiche* garantite". Addirittura, si arrivò a proporre un esplicito riferimento ai diritti del lavoro di cui alla Carta come possibile oggetto della ricerca e dell'ingresso dello straniero, come pure si disse che le "libertà garantite" includessero di per sé anche quelle c.d. positive e non solo le libertà negative. Una tutela oggigiorno inconciliabile con la normativa in materia di protezione internazionale o interna dello straniero[63]. Nella stessa epoca, in autorevoli sedi scientifiche, quale *l'Institut de droit international*, fu discussa ed analizzata la dimensione dell'asilo, in tal caso allo scopo di indagare la sua natura, ovvero se esso fosse da intendersi come il diritto soggettivo di uno stato unitamente al diritto d'asilo in senso oggettivo (quindi del singolo) oppure come competenza dello stato di riconoscere protezione derivante dalle regole pubblicistiche internazionali. La concezione che fece ingresso in costituzione è quella "interna" del diritto, laddove la tesi che esso sia nozione solo di diritto internazionale e non anche costituzionale non può procedere di pare passo con un'interpretazione dello stesso in guisa da tutelare la sua effettività[64]. Ammesso al riconoscimento e titolare del diritto non può che essere

[61] G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella costituzione italiana (Asilo – Condizione giuridica – Estradizione)*, Padova, 1992, p. 97 ss.
[62] G. D'ORAZIO, op. cit., p. 17 ss.
[63] G. D'ORAZIO, op. cit., p. 22-23
[64] G. D'ORAZIO, op. cit. p. 25 ss.

l'individuo straniero, in una situazione differente rispetto ai cittadini aventi il diritto al libero movimento, di uscita e rientro nel territorio e garantiti dall'espulsione. Chi sia, invece, privato delle libertà si trova ad integrare il "presupposto logico e causa giustificativa" di cui alla norma e quindi beneficiario dell'opportunità di rientrare nel godimento di tali diritti. La simulazione di intenti che ineriscano invece al tentativo di sottrarsi alla giustizia nazionale rispetto a reati comuni, eluderebbe la *ratio* del 10 co. 3 Cost., formando – inoltre – oggetto del successivo quarto comma la previsione del divieto di estradizione per soli i soli reati politici. È poi interesse dello stato di rifugio impedire che si compia una *fraus constitutioni* attraverso un uso distorto dell'asilo o dell'estradizione da parte dello stato di cittadinanza[65].

4. Il percorso giurisprudenziale dell'asilo: "la causa di giustificazione del diritto".

La descritta situazione di diritto, osservata nella nota sentenza delle S.U. n. 4674 del 1997[66], cui seguirà a – stretto giro – il provvedimento costituente lo statuto della condizione giuridica dello straniero non cittadino comunitario o dell'apolide, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" (D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286), è rappresentata dalla dottrina come tuttora sussistente e ha visto numerose pronunce di legittimità e di merito supplire alla mancanza di tale normativa di attuazione[67]. Neppure la legge di esecuzione delle Convenzione di Ginevra (n. 722 del 1954) poteva ritenersi possedesse tale funzione nell'ordinamento rispetto al terzo comma dell'art. 10 Cost[68]. La citata decisione, tuttavia, constatato il carattere precettivo del testo costituzionale e la mancanza di riferimento a quest'ultimo dell'allora vigente c.d. Legge Martelli, limitava il contenuto del diritto d'asilo, costituzionalmente sancito, al

---

[65] G. D'ORAZIO, op. cit. p. 32.

[66] "Il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata". Cass. civ., Sez. Un., 1997 n. 4674.

[67] B. NASCIMBENE, *The Implementation of the Right to Asylum in Italy*, in *ERA Forum*, n. 12, 2011, Suppl. 1, p. 230.

[68] G. D'ORAZIO, op. cit., p. 11.

solo ingresso nel territorio dello Stato, diversamente da quanto invece espressamente previsto nella legge ordinaria rispetto alla distinta categoria dei rifugiati politici, in attuazione della Convenzione di Ginevra del 1951[69]. Tale normativa, Legge 29 febbraio 1990, n. 39, ambiguamente aveva utilizzato il termine "asilo" con riferimento alla procedura nazionale relativa al riconoscimento dello *status* di rifugiato politico, pur segnando un progresso nell'ordinamento ed istituendo una Commissione centrale per l'esame delle istanze dei rifugiati, categoria ben più ristretta dei potenziali beneficiari del c.d. asilo costituzionale. Sino al 1990, l'Italia aveva formalmente limitato la propria tutela ai soli richiedenti provenienti da paesi europei per eventi verificatisi prima del gennaio 1951, in conformità all'originario testo della Convenzione citata, continuando ad avvalersi della facoltà di non riconoscere come rifugiati individui di altra provenienza come consentito dal Protocollo del 31 gennaio 1967 che tali riserve mirava a rimuovere, ad eccezione di alcune straordinarie situazioni. La mancanza di centri preposti all'informativa legale presso i confini di stato, che consentissero ai cittadini stranieri di esporre le ragioni del proprio ingresso e ricevere indicazioni rispetto alla tipologia di permesso che rispecchiasse la loro situazione, resero quello della richiesta di rifugio politico l'unico canale praticabile e la cui procedura fosse stata disciplinata[70]. In tema di asilo, ulteriori pronunce hanno superato i limiti posti da Cass. n. 4674/1997, in particolare nella giurisprudenza di merito, tra tutte segnalandosi la sentenza del Tribunale di Roma del 1° ottobre 1999, che affermava la competenza del giudice ordinario e la natura perfetta del diritto d'asilo, "allorché venga accertato l'impedimento nel Paese d'origine all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione"[71], o la decisione del Tribunale di Torino del 28 maggio 2001, n. 4763, per la quale "non può essere impedito dall'esistenza di una richiesta di estradizione per reati politici da parte del paese d'origine" l'esercizio del diritto in

[69] La Convenzione del 1951 è stata ratificata dall'Italia con legge 24 luglio 1954, n. 722.

[70] D. CONSOLI - G. SCHIAVONE, *L'effettività negata del diritto all'asilo e del diritto al rifugio politico* in *Questione Giustizia*, n. 3, 2006, p. 539 ss.

[71] Trib. Roma 1 ottobre 1999 in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 1999, p. 101 ss., il giudice civile riconobbe il diritto d'asilo costituzionale al leader curdo Abdullah Öçalan in ragione dell'effettiva violazione di numerosi principi della nostra Carta da parte dello stato turco, affermando altresì l'interesse ad agire del richiedente, pur se non più presente sul territorio, in quanto nel frattempo arrestato in Kenya e consegnato alle autorità turche per essere chiamato a rispondere della commissione, tra gli altri ascrittigli, di reati di natura politica per i quali era prevista la pena capitale. Fonti consultate in ordine alla vicenda disponibili presso http://www.repubblica.it/online/fatti/curdo_/legali/legali.html

discorso[72]. Le Sezioni Unite hanno ulteriormente confermato, dirimendo la questione della giurisdizione – possibile solo prima dell'individuazione della competenza del giudice civile del T.U. Immigrazione, la natura declaratoria e non costitutiva di tutti i provvedimenti in materia di attribuzione della qualifica di rifugiato politico ai sensi della Convenzione di Ginevra[73]. Si rileva come, in dottrina, l'interpretazione della Suprema Corte nel 1997, non possa che ritenersi, ormai una visione datata, tanto rispetto alla natura attribuita al diritto d'asilo, quanto in ordine alla limitazione del suo contenuto al solo ingresso nel territorio. Non può tacersi della sentenza della I sez. Civile della Cassazione del 2005 n. 25028, che riprende la distinzione soggettiva tra richiedenti l'asilo costituzionale e rifugiati politici di cui alla citata sent. a S.U. del 1997 n. 4674: "alla diversità di requisiti cui sono subordinate le due situazioni soggettive […] corrisponde anche una diversità di trattamento, nel senso che allo straniero il quale chiede il diritto di asilo null'altro viene garantito se non l'ingresso nello Stato". La I sezione, tuttavia, analizzando il contesto normativo all'epoca vigente e preso atto del "carattere precettivo" dell'art. 10 co. 3 Cost., osserva come il legislatore consideri "in modo indistinto" i due istituti in discorso, e come la natura di diritto soggettivo propria dell'asilo, consentirebbe allo straniero di adire il giudice ordinario, ma non senza aver prima indirizzato all'autorità amministrativa di polizia un'istanza fine al rilascio di un permesso di soggiorno. A parere della Corte, dunque, il dettato costituzionale avrebbe la sua operatività nel nostro ordinamento per il tramite delle leggi i cui destinatari sono i richiedenti l'asilo politico, «che viene conferito con la formula del 'rifugio politico'». Tuttavia, conclude il giudice di legittimità, in assenza di un testo organico sull'asilo e vista la comunanza di ordine funzionale tra questo e il rifugio, il primo deve intendersi come il diritto dello straniero di accedere al territorio fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato politico. Il diritto ad entrare, cui corrisponderebbe l'obbligo di condotta negativo dello stato – in termini di divieto di *refoulement* – è anche inclusivo di ulteriori situazioni nascenti da obblighi giuridici di natura umanitaria inerenti la vita e la dignità dell'individuo[74]. Si tratta di un dibattito che probabilmente non conoscerà mai una conclusione e che

[72] Tribunale di Torino 2001 n. 4763, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2001, p. 96.
[73] Cass. civ. Sez. Un., 1999 n. 907, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2000, p. 98.
[74] B. NASCIMBENE, *The Implementation of the Right to Asylum in Italy*, cit., p. 232.

vede, pur a distanza di secoli e in contesti giuridici completamente mutati, rinverdirsi l'immanente e forse eterno attrito tra il diritto dell'uomo – da *ius gentium* a "diritto umano" – e la prerogativa dello Stato – non più Leviatano ma democrazia[75].

5. *L'estradizione: tutela dei diritti fondamentali da parte dell'ordinamento in caso di azione penale, in particolare avverso lo straniero.*

La necessità di evitare che richieste di estradizione celino intenti persecutori da parte dello stato di cui l'individuo abbia la nazionalità deve essere tenuta in debito conto. I limiti posti nel nostro ordinamento in tale ambito sono, innanzitutto, di fonte costituzionale ma con immediato rimando alle previsioni internazionali in materia. L'art. 26, infatti, all'interno del Titolo dedicato ai rapporti civili, accanto alle disposizioni più importanti in materia di responsabilità, legalità e giustizia penale, consente l'estradizione del cittadino solo ove contemplata espressamente dalle convenzioni che vincolino la Repubblica, escludendola "in ogni caso" rispetto alla commissione o all'incriminazione dello per reati politici. Il capoverso dell'articolo appena citato, dunque, ribadisce quanto fatto palese dall'art. 10 co. 4 per quanto attiene ai cittadini stranieri e al loro trattamento. L'estradizione può definirsi un meccanismo per mezzo del quale uno stato ottenga la consegna di persone presenti sul territorio di un altro paese per esigenze che attengono al funzionamento della giustizia penale[76]. Può trattarsi di persone contro cui sia stato iniziato un procedimento penale o nei cui confronti sia stata emanata una sentenza penale di condanna definitiva, per cui si debba eseguire una pena restrittiva della libertà personale[77]. L'estradizione è, infatti, un istituto di diritto sostanziale, parte del diritto penale internazionale, perché riguarda la pretesa punitiva di uno stato e le potestà e i limiti giuridici del paese richiesto, e non le sole forme procedurali, avendo esso lo scopo di riconoscere e limitare l'interesse di uno stato, da un lato, e i diritti e gli interessi dell'individuo, dall'altra[78]. È immancabile, che altre disposizioni costituzionali vengono all'attenzione in questa materia, in particolare l'art. 13, sulla

[75] F. MASTROMARTINO , *Il diritto d'asilo*, cit. p. 74 ss.
[76] M. CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, UTET Giuridica, Torino, 2013, p. 3.
[77] G. CATELANI – D. STRIANI, *L'estradizione*, Milano, 1983, p. 19.
[78] V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Vol. I, Torino, 1952, p. 143.

privazione della libertà personale, e l'art. 27 co. 4, che non ammette in alcun caso la pena di morte, vista l'adesione dell'Italia al VI Protocollo del 1983 adottato nell'ambito della CEDU[79]. L'art. 13 c.p., rubricato "Estradizione", si presenta con evidenza come la fonte della disciplina in materia antecedente all'avvento della Costituzione, in quanto riferibile in astratto ad ogni tipologia di reato ed applicabile a cittadini e stranieri, ad eccezione del quarto comma, subordinante l'estradizione dell'italiano alle sole espresse previsioni internazionali. Esso dispone che l'istituto è regolato dalla legge penale nazionale, dalle convenzioni e gli usi internazionali e pone la condizione che il fatto alla base della richiesta sia previsto come reato dalla legge italiana e straniera, aprendo alla possibilità di "offerta" dell'estradizione purché le convenzioni non la vietino espressamente nel caso di specie e in tal senso, avuto anche avendo a mente la *Relazione al Codice Penale*, la prevalenza appare accordata alle convenzioni[80]. Rispetto al requisito di c.d. doppia incriminazione, la Suprema Corte ha stabilito che esso importa soltanto l'applicabilità di sanzioni penali in entrambi gli ordinamenti e non la compresenza di discipline pedisseque[81]. Il principio menzionato –di cui già all'art. 13 co. 2 c.p.–informa l'art. 2 della Convenzione europea di estradizione del 1957, che in luogo del *nomen iuris* richiede che la misura di sicurezza o la pena da eseguire comportino una restrizione superiore ad un minimo differenziato a seconda della fase processuale in cui intervenga la privazione[82]. L'intero titolo II del libro XI del codice di rito penale è dedicato all'estradizione e forma il nucleo più cospicuo di disposizioni della legge ordinaria.

---

[79] Le parole «, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra», che figuravano alla fine del comma, sono state soppresse dall'art. 1 della
l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1. Il VI Protocollo sull'abolizione della pena di morte (Strasburgo, 28 aprile 1983) è stato eseguito con l. 2 gennaio 1989, n. 8, nonché l. 13 ottobre 1994, n. 589 sull'«Abolizione della pena di morte nel codice penale militare di guerra».

[80] La necessità che intervenga una clausola espressa, da inserire nelle stesse convenzioni di estradizione, costituirà la massima garanzia, contro ogni pericolo di abuso, in quanto l'estradizione del cittadino potrà esserci domandata soltanto da quegli Stati, che, in considerazione del loro grado di civiltà e della serietà della loro organizzazione giudiziaria, noi avremo ritenuto idonei a giudicare con le necessarie garanzie di giustizia un nostro cittadino, il quale si sia reso colpevole di un grave delitto nel loro territorio. *Relazione al Codice Penale*, vol. V, parte I, p. 51.

[81] Cass. pen.,VI Sez. 2014 n. 42777. Il requisito è posto anche dall'art. II del Trattato di estradizione tra Italia e Stati Uniti d'America del 1983.

[82] La Convenzione eur. del 1957 è stata ratificata e resa esecutiva con l. 30 gennaio 1963, n. 300. La versione allegata dal legislatore utilizza il francese in quanto lingua ufficiale: art. 2 Daranno luogo ad estradizione i fatti puniti dalla legge del paese firmatario richiedente e di quello richiesto con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà pari o superiore ad un anno nel massimo. Quando sia intervenuta condanna o sia stata inflitta la misura sul territorio della Parte richiedente, tale sanzione dovrà avere durata pari o superiore a quattro mesi.

L'art. 697 c.p.p. individua l'estradizione, con le garanzie procedurali poste dal codice di rito e la necessità di una sentenza dell'autorità giudiziaria, come unico strumento di consegna di una persona affinché questa sia ristretta da parte di un altro stato, in esecuzione di una condanna o di "altro provvedimento" che la privi della libertà. L'art. 698 c.p.p. ribadisce il divieto di estradizione c.d. passiva del cittadino italiano e straniero per reati politici ed anche a tutela dell'apolide, il quale – per una parte della dottrina – è accomunato al cittadino agli effetti della legge penale ai sensi dell'art. 4 co. 1 c.p.[83]; per l'orientamento facente capo a Quadri, l'impossibilità di introdurre per legge ordinaria casi di estradizione del *nazionale*, salva l'interposizione di convenzioni per il tramite del 26 Cost., non può ricomprendere anche gli apolidi residenti: l'istituto in analisi costituirebbe una deroga al principio di incolato e l'uso del termine "consentita" da parte del Costituente implicherebbe un'eccezione rispetto a quanto dispone, per i soli cittadini, l'art. 16 co. 2 Cost. e non potrebbe sostenersi che la Costituzione utilizzi il termine "cittadino" in modo differente a seconda del contesto[84]. Sul tema, lo stesso autore affermava, a proposito dello *status* dei rifugiati, che gli obblighi dello stato nei confronti dei perseguitati in patria avessero esclusiva fonte convenzionale non, quindi, "di diritto non scritto" e l'adesione a tali accordi rischiasse di "complicare" gli scambi estradizionali tra nazioni appartenenti a blocchi politici differenti, nel periodo della c.d. guerra fredda, conseguentemente potendo le richieste di estradizione celare intenti difformi dal dichiarato[85]. Sui rapporti con l'asilo, è stato anche sostenuto che lo straniero cui sia concesso asilo godrebbe implicitamente della non estradabilità verso lo stato dal quale egli provenga, ma nulla vieterebbe la concessione su richiesta di uno stato differente, per cui la situazione di tale soggetto sarebbe la medesima degli altri stranieri presenti sul territorio[86].

---

[83] G. D'ORAZIO, op. cit., p. 419.
[84] R. QUADRI, *Estradizione (dir. intern.)* in *Enc. dir.* 16, Milano, 1967, p. 21-22.
[85] R. QUADRI, *Estradizione*, voce cit., p. 9.
[86] G. CATELANI – D. STRIANI, *L'estradizione*, op. cit., p. 112.

6. *La repressione dei reati politici e la tutela dello straniero nell'ambito degli strumenti internazionali in materia penale.*

Si ritiene che un approfondimento particolare meriti il tema dei reati politici, non solo per il succedersi di numerose fonti internazionali le quali – specie nell'ambito europeo – costituiscono l'indice sintomatico di un particolare allarme in ordine alla presenza dei fenomeni con finalità terroristiche, ma anche per la non univocità nell'interpretazione dei giudici nazionali e dei commentatori rispetto a questa connotazione dei fatti criminosi e la conseguente possibilità di dar luogo ad estradizione. Emerge, infatti, come agli enunciati degli articoli 10 – «Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici» – e 26 Cost. – «non può in alcun caso essere ammessa per reati politici [l'estradizione del cittadino]» – siano stati attribuiti contenuti differenti[87]. Le decisioni più risalenti del Giudice di legittimità danno per presupposta l'identità tra la nozione di *reato* politico sottostante agli articoli citati e quella di *delitto* politico commesso all'estero di cui all'art. 8 c.p. Si tratta di una disposizione che, nelle parole di Rocco, completa un meccanismo dovuto alla concezione per la quale «le supreme esigenze della difesa politica dello Stato reclamano che l'obbligatorietà della legge penale per fatti commessi all'este-ro sia estesa, oltre che in relazione ai delitti contro la personalità dello Stato, preveduti nel n. 1 dell'art. 7, anche in relazione a qualsiasi altro delitto politico, commesso all'estero contro lo Stato o contro un cittadino»[88]. Nelle sentenze dell'immediato dopoguerra, prevalgono su ogni argomentazione le ragioni poste alla base dei trattati che imponevano alla Repubblica la consegna di stranieri autori di reati contro la personalità di altri stati, ritenendosi l'art. 10 Cost. valevole solo per accordi da venire, scavalcando così il divieto da esso posto[89]. Anche laddove venisse riconosciuta dal giudice di merito la natura di delitto contro la personalità dello stato

---

[87] V. DEL TUFO, *Estradizione e reato politico*, Napoli, 1985, p. 1.

[88] *Relazione al Codice Penale*, vol. V, parte I, p. 39. L'art. 8 co. 3 c.p. dispone che "Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici."

[89] Cass. pen., 10 maggio 1950, ricorso Cartonnet, in *Rivista penale*, n. 2, 1950. L'art. 45 del Trattato di Pace, eseguito con D. l. 1947 n. 1430, le cui modalità di esecuzione sono state fissate nel febbraio 1948, imponeva l'uso delle misure necessarie per la consegna dei "sudditi di Potenze alleate e associati accusati di aver violato le leggi del proprio paese, per aver commesso atti di tradimento o collaborazione con il nemico in guerra". Cartonnet era stato condannato a morte per tradimento dalla Corte di Giustizia di Tolosa. Allo stesso modo, riprendendo la sent. a Sez. Un. di cui alla seguente nota, Cass. pen., 29 novembre 1950, ricorso Minvielle, in *Giustizia penale*, n. 2, 1951

o comunque con finalità politica ex art. 8 c.p., rispetto a crimini di cittadini stranieri, la Suprema Corte ritenne applicabili trattati previgenti all'entrata in vigore della Costituzione[90], mentre negò l'estradizione in ipotesi pur destinate a ricevere un trattamento ben più lieve da parte della giustizia nazionale, ad esempio, nel caso del cittadino tedesco condannato in patria per aver commentato favorevolmente lo sterminio del popolo ebraico[91] [92]. Può osservarsi come si riproponga la *vexata quaestio* che si è provati a rappresentare (*supra* par. 4) della protezione da parte dell'ordinamento di individui le cui azioni, ancorché penalmente rilevanti per le autorità giudiziarie straniere, si pongano in evidente contrasto con i principi dell'ordine costituzionale stesso. La progressiva crisi dell'ampia nozione di delitto politico ex art. 8 c.p., basata sull'alternativa presenza dell'oggettiva offesa ad un interesse politico dello stato ovvero ad un diritto politico del cittadino o della soggettiva – anche parziale – motivazione politica, è stata imputata anche alla sua concezione nell'ambito di un sistema autoritario, interessato alla massima estensione possibile della sua capacità repressiva. Tale nozione, nella sua accezione "soggettiva", è valsa ad offrire l'accesso al favorevole divieto di estradizione rispetto ad autori di delitti affatto meritevoli di tutela, talvolta veri e propri crimini di guerra o contro l'umanità[93]. Al rischio di "legittimazione" di atrocità, segnalato dalla dottrina, il legislatore ha risposto ponendo un limite in sede costituzionale, escludendo fatti gravi, seppur soggettivamente politici, quali di delitti di genocidio di

---

[90] *ex multis*: Cass. Sez. Un. pen., 5 marzo 1949, ricorso Berti, per l'ammissibilità dell'estradizione alla Repubblica di San Marino per un concorrente in un omicidio con motivazioni politiche, in forza della Convenzione tra lo Stato Italiano e San Marino del 1939. Essa vietava l'estradizione per reati politici salvo costituissero attentato alla vita o alla proprietà con mezzi pericolosi per la sicurezza pubblica.

[91] Cass. pen, 5 aprile 1961, Ricorso Zind, *Foro it*., 1962, II, 68 ma, per un caso del tutto analogo ma non portato davanti alla Suprema Corte, C. App. Bologna, 11 gennaio 1963, negata la richiesta di estradizione del cittadino tedesco Kröger, contro cui era stato emesso anche un mandato di cattura tedesco per omicidio plurimo avendo egli partecipato ad un massacro di circa 3000 civili durante il Secondo conflitto, *Foro it*., 1963, II, 151.

[92] Di diverso avviso fu la Suprema Corte nel decidere, in senso negativo, rispetto alla richiesta di riconoscimento della natura politica dei fatti di violenza e omicidio per i quali era stata pronunciata sentenza di condanna all'ergastolo a conclusione della vicenda giudiziaria di Erich Priebke, che chiese l'applicazione dell'indulto dichiarato per gli appartenenti a formazioni armate di cui al D.P.R. 19 dicembre 1953 n. 922 e riferito a fatti bellici con motivazioni politiche Cass. pen, sez. I, 27 giugno 2003 con nota di E. NICOSIA in *Foro it*., 2005, II, 82. Non può applicarsi l'indulto in quanto i crimini di guerra ascritti al militare tedesco sono fatti commessi da effettivi di forze armate straniere e non da membri di forze partigiane o della R.S.I.

[93] E. NICOSIA, nota a sentenza cit.

cui alla l. cost. 21 giugno 1967 n. l, dall'ombrello del divieto di estradizione[94]. Un cambio di orientamento da parte della Cassazione si è avuto nel caso Musbach, cittadino libico imputato di aver commesso in Germania un omicidio su ordine di un gruppo rivoluzionario, ricorrente allo scopo di far acclarare la natura politica delle sue azioni in base alla legge italiana. La Corte asserì che la nozione di delitto politico fosse da ricavare dalle norme dell'ordinamento nazionale, come disposto dall'art. 3 della citata Convenzione europea di estradizione, e che il fatto ascritto all'estradando straniero neppure da un punto di vista soggettivo – cioè che il soggetto fosse stato spinto a delinquere "dal fine di incidere sulla esistenza, costituzione o funzionamento dello stato" – potesse qualificarsi come politico[95]. La Cassazione escluse che l'ordinamento di uno stato democratico quale la R. Federale Tedesca potesse ritenersi incapace di celebrare un processo penale dal quale fossero estranei i conflitti ideologici tra oppositori e fautori del regime libico. Il Giudice, però, affrontò anche il possibile conflitto tra l'istituto in discorso e il diritto d'asilo politico facendosi interprete dello "spirito informatore" delle disposizioni in materia come di "tutela della personalità umana", anche attraverso la sottrazione alla cooperazione penale di situazioni poste a rischio da fattori collettivi o sociali, inquinanti la funzione penale come concepita dalla Costituzione. Siffatto rischio, dal quale anche la Convenzione mette in guardia, fa sorgere un obbligo di tutela verso gli autori di reati commessi all'estero con il movente di opporsi a regimi illiberali o "affermare un diritto di libertà il cui esercizio è negato nel loro paese". In questa significativa decisione, da un lato la Suprema Corte non compie il netto passo di affrancare l'interpretazione costituzionale del divieto di estradizione dal testo dell'art. 8 c.p., rifacendosi all'indirizzo precedente, ma dall'altro dichiara fermamente e in modo innovativo la necessità di riferimento ad ulteriori importanti principi costituzionali per la

[94] «Articolo unico: L'ultimo comma dell'articolo 10 e l'ultimo comma dell'articolo 26 della Costituzione non si applicano ai delitti di genocidio.» La modifica alla Carta si rese necessaria a seguito del parere della Comm. Giustizia del Senato, in opposizione all'avviso di quel ramo, eccependo la natura politica del reato di genocidio alla stregua degli artt. citati, in Atti Senato, III leg., Discussioni, seduta 26 gennaio 1960, p. 12736.

[95] O ancora: «favorire o contrastare idee, tendenze politiche, sociali o religiose al precipuo scopo di realizzare una idea politica […] offendere, sia pure attraverso la commissione di un reato comune, un interesse politico dello stato o un diritto politico del cittadino»
Cass. pen, sez. I, 14 gennaio 1982, in *Cass. pen.*, 1983, 5, p. 1112

completezza del giudizio rispetto alla natura del fatto *de quo*, tra cui la protezione dei beneficiari dell'asilo politico[96].

Questioni non trascurabili ha posto l'adozione, da parte del Consiglio d'Europa, della Convenzione europea per la repressione del terrorismo, aperta alla firma il 27 gennaio 1977, sulla base di precedenti risoluzioni di quell'organo tese a ricercare una base di principi uniformi che ispirassero la condotta e la legislazione degli stati nell'esame delle richieste di estradizione riguardanti persone attinte da procedimenti per atti terroristici. La Convenzione (o C.E.R.T.) riguarda precipuamente l'effettività della cooperazione penale in un ambito che proprio il citato art. 3 della Convenzione europea di estradizione del 1957 aveva posto in dubbio, per via della clausola di esclusione della consegna del sospettato o condannato di reati anche connessi con atti politici secondo l'ordinamento dello stato richiedente[97]. Attraverso l'art. 1 della C.E.R.T. si sarebbero dovuti intendere come "non politici, connessi a reati politici o ispirati da ragioni politiche" gli atti previsti dalle Convenzioni contro la sicurezza dell'aviazione dell'Aja e di Montreal[98], nonché gravi reati che attentassero all'integrità e alla libertà di persone che godono di protezione internazionale, che comportassero sequestri e uso di armi da guerra ed esplosivi, nonché i tentativi di commettere tali azioni. Per il tramite dell'art. 2, le Parti potevano decidere di non considerare politici altri atti violenti o dal forte impatto sulla sicurezza pubblica. In numerosi contesti parlamentari degli stati membri della C.E.D.U. e presso il Parlamento Europeo, si discusse ampiamente del possibile *vulnus* ai principi costituzionali degli ordinamenti in materia d'asilo, come anche del rischio di fornire agli stati, seppur democratici, uno strumento insidioso per l'ottenimento di propri cittadini non autori di atti violenti ma semplici oppositori politici[99]. Si può parlare di una vera e propria tradizione giuridica europea ostile

---

[96] V. DEL TUFO, *Estradizione e reato politico*, op. cit., p. 16.

[97] F. MOSCONI, *La Convenzione europea per la repressione del terrorismo* in *Estradizione e reati politici. Il problema* della *Convenzione europea per la repressione del terrorismo*, Camera dei Deputati – Quaderni di documentazione del Centro studi, Roma, 1981, p. 224 ss. Già nel 1975, attraverso un protocollo addizionale, si erano interpretate le disposizioni dell'art. 3 in modo che esso non riguardasse, tra gli altri, gli autori di genocidio di cui alla Convenzione O.N.U. del 1948.

[98] Convenzioni per la repressione dell'illecita cattura di un aeromobile dell'Aja (1970), per la repressione di atti illegali compiuti contro la sicurezza dell'aviazione civile di Montreal (1971).

[99] F. MOSCONI, op. cit., p. 47 ss., numerose le richieste di estradizione che pervenivano al governo francese, data la presenza di numerosi oppositori politici stranieri, anche per i principi costituzionali di quello Stato *supra* richiamati, come pure le accuse britanniche alla Repubblica d'Irlanda di non

all'estradizione politica guardando, ad esempio, al sistema inglese, a partire dall'*Extradition Act* del 1870 sino al *Fugitive Offenders Act* del 1967, avuto riguardo ai quali, in ordine alla ratifica della C.E.R.T., il governo britannico, presentando un progetto di esecuzione senza riserve, affermò che la maggior salvaguardia per i rifugiati politici fosse insita nell'art. 5 della Convenzione stessa, che esclude la restituzione al paese d'origine di chi rientri nella definizione di rifugiato di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951, oltre che nel fatto che gli stati membri del Consiglio d'Europa fossero democrazie e non regimi spinti da *animus* persecutorio; parte dell'opposizione ribatté che il principale rischio di tale previsione fosse insito nel privare di rilievo il carattere politico delle motivazioni di un fatto penalmente rilevante, laddove l'estradando non fosse un rifugiato nel senso convenzionale[100]. La dottrina mette in luce l'ispirazione al brocardo groziano *aut dedere aut punire*, o meglio, alla sua evoluzione contemporanea *aut dedere aut iudicare*, dell'art. 7 della C.E.R.T. con cui le Parti si impegnano a sottoporre a procedimento penale la persona che si trovi sul territorio nazionale e sia sospettata dei reati di cui al citato art. 1, ove questa non venga estradata: in ordinamenti penali non basati sul principio di obbligatorietà dell'azione, ma dove questa è condizionata dall'esecutivo, è evidente che da esso dipenda l'ottemperanza al disposto convenzionale[101]. Il brocardo citato è qualificato come un'obbligazione convenzionale, unitamente al dato che l'universalità della giurisdizione va intesa come un *potere* di punire, non l'obbligo di infliggere una pena. Si ricorda altresì che tanto la Convenzione di Ginevra del 1951 quanto la risoluzione 2312-XXII (1967) dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite escludono che la qualifica di rifugiato possa essere opposta dallo stato richiesto di estradare[102]. Un riferimento ad un caso citato, consente di teorizzare quale sia la condotta richiesta ad uno stato se non vi siano richieste di estradizione per lo straniero presente sul territorio; nella vicenda Öçalan, infatti, l'Italia non ricevette

---

profondere sforzi per la lotta al terrorismo, nel periodo dei c.d. *Troubles* in Ulster. Al momento della discussione citata, l'Irlanda era l'unico membro CEE a non aver firmato la Convenzione del 1977.

[100] Seduta del 26 aprile 1978, House of Commons, per il governo Sottoseg. Summerskill, in opposizione il MP Stanbrook. Egli osserva: «Se lasciamo cadere il carattere politico e lo sostituiamo con l'espressione "sulla razza, religione, nazionalità e opinioni politiche", difficoltà deriveranno dal fatto che i tribunali inglesi sono sempre riluttanti a imputare malafede al Governo richiedente. […] Dobbiamo tenere in conto che i nostri giudici non sono politici ma giuristi».

[101] N. RONZITTI, *L'estradizione nelle convenzioni per la repressione dei crimini internazionali* in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del convegno per salutare il prof. Battaglini*, a cura di F. SALERNO, Padova, 2003, p. 38.

[102] N. RONZITTI, op. cit., p. 50.

una richiesta da parte della Germania, che aveva un titolo di giurisdizione, mentre il diniego all'estradizione giunse dalla Corte d'Appello italiana, che negò la consegna alle autorità turche[103]. Nel nostro sistema, in assenza di una richiesta che ex art. 7 C.E.R.T. imponga alla Parte di procedere, l'azione penale è condizionata alla richiesta del Ministro della giustizia ai sensi dell'art. 10 c.p.

7. Il superamento delle Convenzioni in materia di consegna di persone: il nuovo contesto comunitario e le sue implicazioni.

Nell'ambito della cooperazione in materia penale tra i paesi membri dell'U.E., la misura certamente più nota e rilevante è quella del mandato d'arresto europeo, introdotto dalla decisione-quadro del 13 giugno 2002, 584/GAI. Scopo dello strumento è "sopprimere" l'istituto dell'estradizione nell'interlocuzione in materia giudiziaria tra i paesi Membri, ed instaurare un "sistema di consegna tra autorità giudiziarie" in ordine alla realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia costituente la *raison d'être* del c.d. terzo pilastro di cui già al Trattato di Maastricht del 1992[104]. Nei suoi *consideranda* la decisione ribadisce la necessità di non interpretarne il testo "nel senso che *non* sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un M.A.E. qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che esso sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali" o in modo tale che la sua posizione sia pregiudicata. L'Italia ha dato attuazione alla decisione con la l. 22 maggio 2005, n. 69, mentre soltanto con la l. 21 luglio 2016, n.149 è stata ratificata la precedente Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra

---

[103] E. LORI, *Protocollo 4. Art. 3 – Art. 4* in C. DEFILIPPI – D. BOSI – R. HARVEY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, Napoli, 2006, p. 720.
Ord. Corte d'Appello di Roma, 20 novembre 1998

[104] Com'è noto, nel sistema dei c.d. tre pilastri, il terzo "Giustizia e Affari Interni", è stato privato delle aree dell'immigrazione illegale, dei visti, dell'asilo e della cooperazione giudiziaria in materia civile con il Trattato di Amsterdam del 1999, divenendo l'area della "Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale". Il Trattato di Lisbona ha superato il sistema dei pilastri spostando dalla cooperazione intergovernativa all'assoggettamento al comune quadro delle fonti dell'Unione e la soppressione del ricorso alle decisioni-quadro. Anche nei temi della giustizia penale si è fatto utilizzo delle direttive che, come lo strumento appena ricordato, vincolano i Membri al raggiungimento di un risultato attraverso la legislazione interna ai sensi dell'art. 288 TFUE.

gli Stati membri dell'Unione Europea del 2000, che ha conferito delega per la modifica del libro IX del codice di rito penale. Il legislatore ha modificato l'art. 698, rubricato "Reati politici. Tutela dei diritti fondamentali della persona", il cui capoverso vieta l'estradizione verso stati che contemplino la pena di morte, salvo l'individuo non sia già stato condannato in via definitiva ad una pena differente da quella capitale. Già nel 1997 la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'originario testo del comma secondo, nella parte in cui riteneva sufficienti semplici rassicurazioni da parte del governo richiedente sul non impiego della pena di morte nel caso oggetto di richiesta, avuto riguardo dell'art. 27 Cost[105]. Le norme comunitarie in tema di consegna di persone devono ritenersi prevalenti rispetto a quelle di fonte ordinaria di cui al titolo del codice di procedura in discorso[106].

7.1 Lo spazio interno di libertà, sicurezza e giustizia e le sue ripercussioni nei confronti dei cittadini extracomunitari.

L'ambito dell'ex terzo pilastro è quello che maggiormente ha subito i mutamenti sostanziali che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha comportato, vista anche la posizione di preminenza riservata all'implementazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di cui all'attuale art. 3, par. 2 TUE, e l'osservazione che il Trattato non costituisca il mero chiarimento delle competenze "indirette" in materia penale, imponendo ai legislatori nuovi obblighi di penalizzazione, ma ampli questo perimetro e mutando le finalità di tali politiche[107]. È evidente che la dichiarazione di principio della disposizione citata sia rivolta in primo luogo "ai cittadini" comunitari, beneficiari dello spazio privo di frontiere interne, "in cui sia assicurata ila libera circolazione delle persone", a fronte dell'impegno all'approntamento delle misure per il controllo delle frontiere esterne. Si incontrano, nello stesso elenco, le materie dell'asilo, dell'immigrazione ed – immediatamente – quelle della prevenzione della

---

[105] Corte cost. 27 giugno 1996, n. 223 con nota di C. DI PAOLO in *Giur. cost.*, n. 1, 1997, p. 495 ss. La Consulta, nel noto caso Venezia, ritenne il meccanismo censurato uno strumento per realizzare la cooperazione giudiziaria tra stati ma lontano dall'attuare la garanzia del bene fondamentale della vita alla stregua del dettato costituzionale.

[106] M. CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, op. cit., p. 193.

[107] G. TIBERI, *Le nuove fonti del diritto della cooperazione giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Lisbona e il loro impatto sull'ordinamento interno*, T. RAFARACI (in a cura di) *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 13 ss.

criminalità e della lotta contro quest'ultima. Salta all'occhio come questi ambiti della legislazione siano tra i più evocativi del concetto di sovranità nazionale, sin dalla nascita del concetto stesso di stato in senso moderno e come essi appaiano ravvicinati significativamente in una disposizione programmatica di questa portata, ma anche – al contempo – come i temi elencati risultino accomunati da un'incidenza che sempre più manifestamente tende a travalicare i confini del singolo Membro[108]. Quale possa essere una definizione dello "Spazio" in discorso e quale sia la direzione cui tendere perché questa possa ritenersi integrata costituiscono interrogativi dalla risposta tutt'altro che immediata. A segnalare la necessità di creare un *espace judiciaire* europeo, con riferimento al versante penale dell'espressione, fu il Presidente Giscard d'Estaing che, nel 1977, auspicava la creazione di un sistema deformalizzato di estradizione e consegna proprio nell'ambito di particolare allarme che le Convenzioni di cui si è trattato regolavano. Una risposta alle esigenze di repressione del terrorismo giunse con il menzionato mandato d'arresto europeo nel 2002[109]. Le competenze in materia di asilo ed immigrazione che, come si accennava, erano state estromesse dall'ambito del pilastro G.A.I. con il Trattato di Amsterdam e alle quali viene attribuita l'importanza illustrata, vengono attribuite – nel sistema di Lisbona – alla competenza c.d. concorrente dell'Unione. Benché di tale natura, gli artt. 77 – 79 TFUE hanno costituito una base giuridica che ha conosciuto larga implementazione da parte delle Istituzioni[110], tanto rispetto alla normativa dell'immigrazione c.d. regolare, perseguendo l'obiettivo di creare un sistema europeo comune di asilo, quanto per il contrasto dell'Unione all'immigrazione irregolare e alla tratta di persone[111]. I principi di cui alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che possiede il medesimo valore dei Trattati ai sensi dell'art. 6 TUE, le c.d. tradizioni

---

[108] I Parlamenti nazionali hanno la possibilità di intervenire nella fase ascendente a tutela della sussidiarietà e – a monte del processo legislativo – in collegamento con il Parlamento europeo, "sugli orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" ad opera del Consiglio ex art. 68 TFUE e sull'operato delle agenzie di cooperazione giudiziaria e di polizia *Eurojust* ed *Europol* ex artt. 85 e 88 TFUE.

[109] B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2011, p. 13 ss.

[110] È prevista, per tali materie, la procedura legislativa ordinaria con Parlamento e Consiglio posti su un piano di parità. Tuttavia l'art. 78 par. 3 TFUE contempla il ricorso alla procedura legislativa di emergenza, con l'adozione di misure temporanee da parte del Consiglio con previa consultazione del Parlamento, nel caso di straordinari flussi di cittadini provenienti da paesi terzi.

[111] S. AMADEO – F. SPITALERI (a cura di), *La politica comune dell'immigrazione e dell'asilo*, in M. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2016, p. 374.

costituzionali comuni, come anche i valori alla base di convenzioni internazionali vincolanti tutti i Membri – tra cui la Conv. di Ginevra del 1951 – hanno rivestito un ruolo affatto trascurabile nei termini di un'interpretazione giurisprudenziale restrittiva delle disposizioni che consentissero ai legislatori la limitazione del godimento di quegli stessi diritti fondamentali ai cittadini di paesi terzi[112]. I principi, che nello stesso ambito comunitario sono stati solennemente dichiarati con la Carta di Nizza, riaffermati ed incorporati, si attagliano anche ai cittadini non comunitari per la loro appartenenza a categorie destinatarie di tutela quali quella dei lavoratori o dei minori, o si rivolgono espressamente ad essi, dettando condizioni per la disciplina inerente il loro soggiorno e trattamento, anche rispetto alla rilevante questione dell'espulsione degli stessi dal territorio dell'Unione[113].

8. L'attuale statuto degli stranieri nell'ordinamento interno: l'area della "tolleranza" del legislatore.

Scopo di questo approfondimento è fornire le ulteriori coordinate necessarie ad individuare con precisione, al di là della categoria dei rifugiati protetti dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dal successivo protocollo addizionale, quali siano le tipologie di *status* di protezione riconosciuti a cittadini di paesi non comunitari che il legislatore, nazionale ed europeo, soprattutto in ragione del trascorso personale del singolo "richiedente protezione" scelga di *tollerare*, ponendo – come si vedrà – in una posizione di illegalità e clandestinità, intesa come negazione dell'accesso alla vita sociale e la possibilità di contribuire al progresso collettivo, l'individuo che non abbia tali requisiti o che non sia riuscito a dimostrare la credibilità del proprio "vissuto" di persecuzione o di grave pericolo per la vita al cospetto delle autorità. Le disposizioni del Testo Unico in materia di Immigrazione, emanato in forza della delega conferita con la legge 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. Turco-Napolitano), si applicano "ai cittadini di stati non appartenenti all'Unione europea e

---

[112] *Ibidem*. Si tratta, del resto, di quanto richiesto dell'art. 67, par. 1 TFUE in apertura delle disposizioni sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che fa riferimento esplicito alle "diverse tradizioni giuridiche" dei Membri

[113] A. ADINOLFI, *La «politica comune dell'immigrazione» a cinque anni dal Trattato di Lisbona: linee di sviluppo e questioni aperte* in S. AMADEO - F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2016, p. 9.

agli apolidi", in attuazione dell'art. 10 co. 2 Cost. La volontà del legislatore è quindi quella di normare la condizione dello straniero ed unificare in un'unica fonte le previsioni inerenti l'ingresso dello straniero nel territorio e le relative modalità, i titoli di soggiorno per stranieri e, più in generale, di creare un *corpus* sui diritti e i doveri degli stranieri, ossia i cittadini non comunitari, che non costituisce – dunque – attuazione del disposto costituzionale del terzo comma dell'articolo citato[114]. Se, come visto, la giurisprudenza è giunta ad affermare che al precetto costituzionale possa essere ricondotta la legislazione in materia di rifugiati di matrice convenzionale, la mancanza di una legge d'attuazione viene constatata da lungo tempo dalla dottrina[115]. A prescindere dall'interpretazione che se ne fornisca, il Testo fondamentale deve certamente guardarsi da una visuale altra come dalla ricerca del mero luogo giuridico di una riserva di legge rispetto al sistema penale ed amministrativo in materia di cittadini non comunitari. In tal senso, ove l'analisi abbia per presupposto l'implicito riconoscimento dell'inerenza dei diritti inviolabili in capo all'individuo, sussistenti – salvo diversa ma espressa disposizione di rango costituzionale – anche in capo ai cittadini stranieri, incomberà l'obbligo del potere esecutivo e legislativo di aderire e ratificare le convenzioni internazionali che perseguano la tutela di tali diritti, in forza del disposto di cui alla prima parte dell'art. 10 Cost[116]. Una diversa interpretazione ha, invece, come origine, la natura di atto politico della Costituzione e la validità dei principi in essa affermati per i soli cittadini e, come approdo, rispettivamente la *giusta* diversificazione in ragione dello status e la centralità della riserva rinforzata dell'art. 10 co. 2, rimettendo alla legge ordinaria la valutazione politica fine alla concreta determinazione della "condizione giuridica dello straniero[117]. Gli scritti appena citati si riferiscono ad un periodo più o meno antecedente rispetto alla creazione di una fonte normativa unitaria che desse attuazione alla Carta, seppur nella sola accezione più restrittiva, quale sede della

---

[114] B. NASCIMBENE, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard* in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012,* Milano, 2013, p. 102 ss. Sulla mancata attuazione del disposto del 10 co. 3 Cost., concorde anche N. RONZITTI in *Introduzione al diritto internazionale,* op. cit., p. 369. In tal senso anche D. CONSOLI - G. SCHIAVONE, *L'effettività negata del diritto all'asilo e del diritto al rifugio politico,* in *Questione giustizia,* n. 3, 2006, p. 539.

[115] G. CONETTI, *Il V Colloquio internazionale sul diritto d'asilo,* in *Rassegna di diritto pubblico,* 1967, pp. 798 ss.

[116] A. BARBERA, Art. 2, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* Bologna, 1975, p. 116.

[117] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali: lezioni; parte generale,* Padova, 1990, p. 156.

differenziazione legislativa di trattamento e condizione in ragione della cittadinanza: si riscontra, in tal senso, una fase di grande lacunosità della disciplina, residuale rispetto alla notevole discrezionalità amministrativa nell'ambito della pubblica sicurezza, talvolta oggetto di disposizioni interne agli apparati per mezzo di circolari, a cominciare dall'allontanamento dello straniero e alla necessità di integrare lo scarno dettato del T.u.l.p.s. del 1931. Il sorgere della necessità di una disciplina unitaria e meglio rispondente alla fisionomia di un fenomeno strutturale non determinò l'uscita della materia dall'ambito della tutela dell'ordine pubblico[118]. In questo frangente, tuttavia, vennero a porsi la l. 10 aprile 1981 n. 158, giudicata in netto contrasto con la gestione prettamente amministrativa del fenomeno – non senza ribadire le esigenze di contrasto all'immigrazione irregolare e dell'occupazione lavorativa illegale, essendo il campo giuslavoristico quello maggiormente interessato – nonché la l. 30 dicembre 1986 n. 943, tra i primi interventi organici del legislatore rispetto ad un processo storico che si intravedeva inarrestabile e comune a molti Paesi europei. La c.d. legge Foschi diede la veste di *corpus* alla teoria di circolari che si erano succedute in materia di accesso ed espulsione[119]. Fece seguito a stretto giro la c.d. legge Martelli (D. l. 30 dicembre 1989, conv. nella l. 28 febbraio 1990 n. 39), nata tra le contrapposte spinte di tentativo emergenziale di chiusura delle frontiere, pur aprendo al riconoscimento del diritto al contraddittorio in sede giudiziale a fronte dei provvedimenti espulsivi, e l'aspirazione di rendere governabile il fenomeno migratorio e provare la via dell'integrazione. Risulta evidente il doppio filo che legava la disciplina alla commissione di reati sul suolo nazionale, in particolare, ma non esaustivamente, il novero degli illeciti per i quali fosse previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, con ampio ricorso alla sanzione sostitutiva dell'espulsione. In questa direzione, si mosse anche il c.d. decreto Conso[120], introducendo ipotesi di allontanamento a richiesta della persona, quando sottoposta a custodia cautelare o già in stato detentivo[121]. Significativa anche la reiterazione, con i c.d. decreti Dini, del D.

---

[118] A. CAPUTO, *La disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero,* in A. CAPUTO - G. FIDELBO (a cura di) *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 14-15.

[119] W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, 2013, pp. 105-108.

[120] D. l. 14 giugno 1993 n. 187 conv. con modificazioni nella l. 12 agosto 1993 n. 296

[121] Nel primo caso, salvo che fosse applicata la custodia per i reati di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) nn. 1 - 6 c.p.p. e nel secondo ove lo straniero fosse condannato ad una pena detentiva per non superiore a tre anni anche se residuo di maggior pena.

l. n. 489 del 1995 – non convertito – che introdusse l'espulsione quale misura di prevenzione, su richiesta del pubblico ministero, da discutersi nell'ambito dell'udienza ex art. 666 c.p.p[122]. Il provvedimento citato in apertura di paragrafo, che ha condotto all'attuale Testo unico in materia di immigrazione, nacque nella dichiarata intenzione di aprire ad una gestione del fenomeno migratorio che si approcciasse in modo "positivo e realistico" ad esso, creando canali di accesso per motivi lavorativi attraverso la predisposizione di un meccanismo di incontro globale dell'offerta di lavoro da parte di un datore italiano e la domanda di lavoro, circoscrivendo gli ingressi nell'ambito di un sistema per quote, salvi i casi di ricongiungimento familiare – di cui già alla legge del 1983 e che permane tra i principali motori del fenomeno – e della prestazione di garanzia, da parte del c.d. *sponsor* [123]. Se il Testo Unico ha riconosciuto una serie di diritti sociali allo straniero che versi in una situazione amministrativa regolare, si riscontra una certa facilità di caduta in *peius*, senza la creazione di auspicati sbocchi "verso l'alto" che tengano conto, ad esempio, della mancata commissione di reati e del percorso di integrazione compiuto nonostante la preclusione dell'accesso al lavoro, unitamente ad un'atavica farraginosità dei procedimenti amministrativi[124]. Rimandando ad altra sezione di questo lavoro l'analisi dell'approccio tendenzialmente repressivo del sottosistema in parola e della sua effettività, unitamente al conseguente proliferare delle fattispecie contro l'immigrazione e la permanenza sul territorio irregolari, può pacificamente affermarsi che difficilmente sia negabile l'assunto che osservi come i contemporanei sistemi giuridici derivino la questione del trattamento giuridico dello straniero dal paradigma della libertà degli Stati di autodeterminare, in primo luogo, la propria politica in materia di accesso dello straniero al proprio territorio, riflettendo l'impostazione del diritto internazionale vigente. Il contesto in cui ci si muove è caratterizzato da una "forte prudenza", ove gli strumenti internazionali tendono a riconoscere il diritto dell'individuo e ad abbandonare il territorio nazionale ma non ad imporre agli Stati l'obbligo di consentire l'accesso e la permanenza dei cittadini

[122] A. CAPUTO, op. cit., p. 16.
[123] L'istituto è stato poi abrogato dalla l. 189 del 2002.
[124] *Idem*, pp. 17-18.

stranieri[125]. Guardando al sistema italiano e alle statuizioni della Corte costituzionale, immediatamente si riscontra la persistenza del nesso tra la sovranità e la funzione di disciplina dell'immigrazione, quale attribuzione non abdicabile dallo Stato e – più esplicitamente – si annovera il controllo delle frontiere quale "compito ineludibile"[126]. Frequente è il rinvio operato dall'art. 10 co. 2 Cost. al diritto internazionale consuetudinario, anche guardando alle considerazioni appena svolte sugli strumenti in materia di diritti umani che ai poteri discrezionali dello Stato impongono limiti su base convenzionale. Ad una discrezionalità come espressione della sovranità stessa si aggiunge la discrezionalità quale ponderazione degli interessi pubblici, che si manifesta – nel caso di specie – nella determinazione del contenuto delle politiche migratorie e, concretamente, dei c.d. flussi di stranieri[127] in ingresso per motivi lavorativi, la cui portata è stabilita periodicamente[128]. Per completezza, si ricorda che l'autorità amministrativa italiana di polizia riceve le c.d. istanze di protezione internazionale, rilasciando un titolo di soggiorno provvisorio, mentre la competenza ad analizzare nel merito la fondatezza della domanda ed il possesso dei requisiti per il riconoscimento di uno degli *status* contemplati è delle Commissioni territoriali afferenti al Ministero dell'Interno. Tale fase può concludersi con il riconoscimento dello *status* di rifugiato di cui alla Convenzione di Ginevra come integrata dal Protocollo del 1967, riconoscere la protezione sussidiaria[129], rigettare la

---

[125] M. DI FILIPPO, *L'ammissione di cittadini stranieri*, in A. M. CALAMIA - M. DI FILIPPO - M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, pp. 82 - 83.

[126] C. Cost. sent. n. 353/1997 e in senso analogo sent. n. 250/2010

[127] In origine l'art. 3 co. 4 T.U.I. prevedeva in caso di mancata pubblicazione dei decreti di programmazione annuale, la determinazione delle quote di ingressi per motivi di lavoro, distinti nelle varie categorie, in modo automatico sulla base degli "ultimi decreti" pubblicati nell'anno precedente. L'art. 3 co. 2 della l. n. 189/2002 ha abrogato la previsione, attribuendo la potestà al Presidente del Consiglio in via transitoria, di determinare le quote con proprio decreto nei limiti stabiliti per l'anno precedente. A proposito del sistema dei c.d. decreti flussi, è stato commentato che «è di tutta evidenza l'astrattezza e l'estrema macchinosità delle procedure di ingresso ispirate a questa impostazione e della loro assoluta inadeguatezza a governare, in termini di effettività, fenomeni come quelli migratori» così A. CAPUTO, op. cit., p. 17.

[128] G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, op. cit., pp. 4-6.

[129] In base al disposto degli artt. 2 lett. g) e 14 del D. Lgs. 19 novembre 2007, n. 251 di attuazione della direttiva c.d. "qualifiche" 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, è ammissibile alla protezione sussidiaria il cittadino straniero che non possieda i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistano fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine (o di precedente dimora abituale se apolide) correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno, rappresentato da: a) una condanna a morte; b) la tortura

domanda ma trasmettere gli atti ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari ex art. 5 co. 6 del T.U.I., rigettare la domanda per difetto dei requisiti o per esclusione dalla protezione, dichiarare inammissibile la domanda. Un richiedente può essere *escluso* dallo *status* di rifugiato ove sussistano fondati motivi in ordine alla commissione – fuori dal territorio – di crimini contro la pace, di atti contrari alle finalità delle Nazioni Unite quali stabiliti nel preambolo e nei primi due articoli della Carta istitutiva, di crimini di guerra o contro l'umanità, come definiti dalle convenzioni internazionali in materia nonché in ordine al compimento di reati gravi o atti di particolare crudeltà, anche se perpetrati per dichiarati fini politici, che possano essere considerati quali reati gravi. Tale ponderazione è effettuata anche alla stregua delle previsioni edittali italiane "per il reato non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci"[130].

9. Tra espulsioni e respingimenti: i confini tracciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine alla potestà degli Stati e le conseguenze in tema di giurisdizione.

Non possono tenersi a margine, nell'attuale ordinamento, i principi e gli orientamenti giurisprudenziali CEDU, che hanno tracciato limiti ben precisi in materia di respingimento di migranti e rimpatrio. Ciò anche a cagione del travagliato processo di adesione alla Convenzione da parte dell'Unione europea, vista l'espressa formulazione dell'art. 6 par. 2-3 TUE[131]. Molte critiche dottrinali sono giunte rispetto alle pronunce del giudice interno, soprattutto amministrativo, che avevano inteso la

---

o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona da un civile, derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto – che non possa o non voglia, a causa del rischio, avvalersi della protezione del Paese suindicato. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha specificato che la misura, sia applicabile anche in casi di mancanza di comprovati minacce personali dovute ad elementi propri della situazione del richiedente, considerando la situazione di violenza nel Paese, suscettibile di portare il rischio effettivo di subire minacce gravi ed individuali. La Corte ha specificato che tale interpretazione sia compatibile con la CEDU e la relativa giurisprudenza, in particolare concernente la proibizione di cui all'art. 3 e la corresponsabilità della Parte che attui il rimpatrio; in part. sent. 17 febbraio 2009 causa C-465/07

[130] Art. 10 D. Lgs. 251/2007. Anche per la prec. nota, L. TRIA, *Stranieri extracomunitari e apolidi. La tutela dei diritti civili e politici*, Milano, 2013, pp. 331-355.

[131] "2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".
"3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

disposizione del Trattato come fonte della diretta applicabilità della Convenzione nel sistema nazionale, in forza del diritto comunitario e per il tramite dell'art. 11 Cost.[132] [133] Il tema è molto articolato, sia dal punto di vista dell'iter istituzionale europeo di adesione sia sul versante italiano. Dopo l'adozione di un apposito Protocollo, la Commissione europea ha sottoposto il testo dell'Accordo con il Consiglio d'Europa alla Corte di Giustizia, che ha emesso un Parere (2/13) estremamente critico. Non l'adesione in sé ed il conseguente "controllo esterno vincolante" da parte di Strasburgo in caso di ricorso nei confronti delle istituzioni europee, quanto la primazia del diritto dell'Unione costituirebbe l'ostacolo, probabilmente ontologico ed insormontabile. Proprio la materia dell'immigrazione costituisce un esempio della prevalenza delle ragioni dell'armonizzazione comunitaria eventualmente a scapito del livello di tutela dei diritti come garantiti all'interno degli ordinamenti nazionali, anche grazie all'interposizione[134] delle disposizioni convenzionali, come interpretate dalla Corte EDU, che prevedano livelli di tutela più elevati della normativa UE, primaria o derivata[135]. È il caso di ricordare, senza fini retorici, che l'Unione non nasca come organizzazione per la tutela dei diritti umani e che non operi sulla base del principio della "tutela più favorevole" che ispira invece la CEDU. Un ulteriore impedimento all'avvicinamento secondo la CGUE[136] è ravvisato nella minaccia per l'autonomia del diritto europeo insita nel possibile superamento del principio di reciproca fiducia tra gli stati membri, che importa anche la presunzione – "doverosa" – del rispetto dei diritti umani da parte di ciascuno degli altri Paesi, specie per quanto attiene alla creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La teoria della "presunzione di sicurezza interna[137]" di ogni Membro è stata formulata dalla CGUE proprio a seguito di pronunce della Corte EDU inerenti i trasferimenti di cittadini non

---

[132] A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *Rivista A.I.C.*, n. 3, 2011.

[133] Con sentenza del 24 aprile 2012, causa C-571/10, Servet Kamberaj c. IPES Provincia autonoma di Bolzano, la Corte di Giustizia ha chiaramente asserito che «il rinvio operato dall'art. 6, par. 3, alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa».

[134] Il riferimento è al noto meccanismo dell'interposizione delle norme CEDU alla stregua del vaglio di legittimità costituzionale rispetto all'art. 117 co. 1 Cost. come modificato dalla l. cost. 3 del 2001, inaugurato con le c.d. sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007

[135] C. FAVILLI, *La Corte di Giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'U.E. alla CEDU*, nota sul sito internet della rivista *Questione Giustizia*.

[136] Seduta Plenaria, Parere 2/13 CGUE del 18 dicembre 2014, par. 187 ss.

[137] Corte di giustizia, sentenza del 21 dicembre 2011, N.S., C-411/10.

comunitari da paesi Membri (e non) verso la Grecia, stato competente ad analizzare la richiesta di protezione internazionale in quanto suolo europeo di primo approdo, ai sensi del tristemente noto "sistema Dublino"[138]. La presunzione, che appare assoluta, ha consentito alla CGUE di "ribaltare" gli esiti delle condanne di Strasburgo, e dovrebbe importare la non necessità d'indagine da parte del Paese UE in ordine al rispetto di standard di trattamento da parte del Membro di destinazione in caso di espulsione, e la mancanza di responsabilità ove il primo ponga in essere tale allontanamento verso un Membro ove le condizioni di accoglienza dei richiedenti protezione equivalgano ad un'esposizione a trattamenti inumani. È palese la contrapposizione tra obblighi procedurali derivanti dall'appartenenza all'Unione o dall'adesione a strumenti quali quelli dei c.d. regolamenti Dublino, la cui applicazione procedurale non solleva la Parte della CEDU, stante anche la c.d. clausola di sovranità che consente a ciascuno stato di esaminare la domanda d'asilo e quindi di non rendersi responsabile di un invio che rischi di esporre a trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU o che violi il diritto all'unità e al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8. Si tratta dell'avviso della Gran Camera nel caso Tarakhel c. Svizzera, che a sua volta fa proprio il precedente arresto della massima adunanza di quella Corte inerente un "invio Dublino"[139].

Come può facilmente intuirsi, un ruolo di criterio decisivo per qualificare la condotta dello Stato, quasi onnipresente rispetto alla questione del trattamento dello straniero e della suo allontanamento dal suolo nazionale è rivestito dall'art. 3 CEDU, cui la Corte ha attribuito un carattere assoluto nel suo vietare trattamenti inumani e degradanti nei confronti di tutte le persone – ancorché non cittadine – che vengano a trovarsi sotto la giurisdizione di una Parte. Il divieto è "inderogabile" proprio con riferimento all'impossibilità dello stato di attuare un bilanciamento tra i valori tutelati dalla norma e i contrapposti interessi, come la gestione dei flussi migratori, e componente di quel nucleo di valori che neppure circostanze eccezionali possono

[138] Regolamento n. 343/2003/CE (c.d. Dublino II) e regolamento UE n. 604/2013 del 26 giugno 2013 (regolamento Dublino III).

[139] A. LANG, *Il divieto di* refoulement *tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* in in S. AMADEO - F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2016, pp. 213-215.

giustificare[140]. La Corte di Strasburgo con riferimento all'ambito dell'espulsione di cittadini stranieri ha affermato che la CEDU riconosca un livello di protezione individuale maggiore rispetto a quello di altre fonti internazionali, tra cui la Convenzione di Ginevra del 1951, e alla luce di un'interpretazione evolutiva della testo, anche prescindendo dall'adesione delle singole Parti ai protocolli addizionali, ha censurato anche l'ipotesi della deportazione dell'individuo verso un paese di transito[141], dal quale possa essere trasferito in un territorio dove *rischi* di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti[142]. Al tempo stesso si fa notare come sia opinione diffusa che la Convenzione non disciplini l'ingresso e l'allontanamento dello straniero in quanto tali e come essa contempli tra le cause giustificanti la privazione della libertà personale proprio la restrizione strumentale all'espulsione, all'estradizione o ad evitare l'ingresso illegale; parimenti, le Parti possono autodeterminare la propria politica in materia di ingresso di stranieri, soggiorno ed espulsioni, nel rispetto degli accordi e del diritto internazionale[143]. Infatti, per quanto attiene alle espulsioni, il Consiglio d'Europa ha scelto di prendere una posizione sulla sola materia delle espulsioni collettive di stranieri (e cittadini[144]) con l'art. 4 del Protocollo addizionale CEDU n. 4 del 1963. Nell'attuazione delle uniche espulsioni consentite, quelle non collettive di cittadini stranieri, il rispetto di garanzie procedurali è stato poi posto dal successivo art. 1 del Protocollo n. 7 del 1984, con riferimento a chi sia regolarmente presente sul territorio dello stato, con il divieto di attuare l'allontanamento prima che sia possibile al destinatario l'esercizio del *diritto*

---

[140] Si tratta di un'*opinio* della Corte EDU che si attesta a partire dalla decisione Soering c. Regno Unito del 7 luglio 1989, in tema di responsabilità della Parte per estradizione verso uno Stato ove il ricorrente rischia di subire la pena di morte e –in tal modo– il trattamento degradante del c.d. trauma da corridoio della morte: si evince l'importanza dell'affermazione della responsabilità della Parte per un trattamento che il soggetto possa subire fuori dal suo territorio a cagione della condotta delle autorità che consentano il trasferimento. Nella decisione del Ric. Chahal c. Regno Unito, 07 luglio 1996 si è affermata la non derogabilità del divieto di esposizione dell'individuo ai trattamenti proibiti dall'art. 3, nei termini in cui si tratta di disposizione della cui vigenza le Parti non possono chiedere o attuare la sospensione neppure in caso di guerra o minaccia alla vita della nazione.

[141] Così come anche nel paese di ultima destinazione dell'espulso e non in quello dove la Parte contraente lo avesse deportato, ha affermato la Corte EDU nella decisione Abdolkhani e Karimnia c. Turchia, ric. n. 30471/08.

[142] AA. VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 3 - Proibizione della tortura*, p. 66-71.

[143] Cfr. B. NASCIMBENE, *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2001, p. 891: «si può definire *ius receptum* nella giurisprudenza della Commissione e della Corte l'affermazione del diritto sovrano dello Stato di ammettere, respingere, espellere, estradare lo straniero, non essendovi norme nella Convenzione e nei Protocolli che prevedono una tutela, quantomeno diretta, dell'individuo nei confronti di tali provvedimenti».

[144] L'espulsione del cittadino o di gruppi di cittadini è vietata dall'art. 3 del Protocollo n. 4.

di esporre delle ragioni contro decisione, di vedere il proprio caso esaminato e di farsi rappresentare davanti all'autorità competente[145]. Non è possibile, quindi, immaginare un contrasto tra le norme di fonte internazionale e la legislazione statale, espressione della sovranità in materia di controllo della popolazione presente sul territorio e della persistenza di titoli di legittimazione in capo all'individuo; in mancanza di un permesso, una norma quale l'art. 1 del Protocollo n. 7 non può proibire l'allontanamento della persona ad opera della Parte[146]. La dottrina ha posto anche in evidenza come la *ratio* delle norme del Protocollo n. 4 sia coerente con le originarie disposizioni convenzionali, le quali si attivano a protezione dello straniero in quanto singolo soltanto nel caso emerga una violazione dei diritti garantiti dagli artt. 2, 3 ed 8 della CEDU[147]. È rilevante, dunque, domandarsi se il concetto di espulsione possa integrare quello di respingimento di persone che giungano alla frontiera prive di un titolo di regolare accesso al territorio dello stato, e se ciò possa violare un principio quale il divieto di *refoulement*, non consentendosi a chi giunga privo delle condizioni per essere ammesso al territorio di esporre alle autorità la propria vicenda ed i motivi di un'eventuale fuga dalla patria. L'espulsione certamente deve essere intesa in senso estensivo, come allontanamento diverso da quello che consegue all'estradizione, come desumibile dallo stesso *Explanatory Report* al Protocollo n. 7, a prescindere dal *nomen* della misura negli ordinamenti nazionali. È chiaro che questa, sia che abbia luogo attraverso un ordine impartito con provvedimento amministrativo ovvero sia eseguita attraverso un comportamento materiale, non possa vanificare le garanzie poste dalla Convenzione stessa, tra cui il diritto ad un ricorso effettivo, ma pur solo a vantaggio di chi vanti un titolo di soggiorno regolare – alla stregua della legislazione nazionale – e sia già presente sul territorio dello stato. Dunque, la regolarità del soggiorno va esclusa, come afferma del resto anche l'*Explanatory Report*, con riferimento alla situazione degli stranieri che non abbiano ancora superato i controlli per l'accertamento del possesso di un

---

[145] "*An alien lawfully resident in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall be allowed: to submit reasons against his expulsion, to have his case reviewed, and to be represented for these purposes before the competent authority […]*" art. 1, Protocollo n. 7, ratificato e reso esecutivo dall'Italia con l. 1990 n. 98

[146] AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., *Prot. n. 7*, p. 876 ss.

[147] B. NASCIMBENE, *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, op. cit., p. 902.

permesso. Del pari, la Corte, nel caso Bolat c. Russia, ha ritenuto regolare il soggiorno in un caso di sospensione giudiziaria della revoca di tale titolo[148]. Guardando al precedente Protocollo n. 4, nella cui elaborazione la parola "esilio" fu sostituita dall'attuale "espulsione", il termine è anche in questa sede da interpretare in senso estensivo[149]. Chiamata ad esprimersi proprio sul tema del respingimento, attuato attraverso una condotta materiale dello Stato, che intercetti i ricorrenti oltre frontiera, la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4, ritenendo integrata la fattispecie di espulsione collettiva di cittadini stranieri[150]. La pronuncia, il già citato caso Hirsi Jamaa e altri c. Italia, costituisce un importantissimo precedente ed una forte censura alla strategia di contenimento dei flussi migratori nell'area del Mediterraneo centrale, che il Governo italiano pose in essere nell'ambito della cooperazione con la Libia attraverso più strumenti di intesa siglati e parzialmente attuati nel primo decennio di questo secolo, ai quali la Grande Camera della Corte ha fatto esplicito riferimento nella motivazione della sentenza. Il peso della decisione, visti i rilievi relativi all'ingresso della persona nello stato, risiede anche nel riconoscimento all'unanimità della sottoposizione alla giurisdizione italiana dei ricorrenti, nonostante le operazioni si fossero svolte nelle acque internazionali, alla stregua dell'art. 1 CEDU[151]. La Corte può essere, infatti, adita da ogni persona che si trovi sottoposta alla giurisdizione delle Parti: pur essendo ribadita la sfera prevalentemente territoriale di questo concetto, è stato altresì affermato che essa possa essere integrata anche nei casi di esercizio di un *controllo effettivo* sulla persona o – in tal caso su un gruppo di individui – *de jure et de facto*[152]. Alcun

---

[148] AA. VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., *Prot. n. 7*, p. 876 ss.

[149] Sempre nel senso di escludere le sole misure o condotte che si traducano in estradizioni è l'*Explanatory Report* al Protocollo n. 4 al par. 21.

[150] S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 150 ss.

[151] S. TREVISANUT, *Ibidem.* Il riferimento alla decisione della decisione citata è al Par. 103: "In accordance with the principle of *pacta sunt servanda*, a State could not evade its obligations under the Convention by relying on commitments arising out of bilateral or multilateral agreements concerning the fight against clandestine immigration".
Ric. 27765/09 decisa il 23 febbraio 2012. Versione rettificata dalla Corte il 16 novembre 2016.

[152] Nella Ris. 1821(2011) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sull'intercettazione e salvataggio in mare di persone in cerca di asilo, rifugiati e migranti irregolari l'Assemblea (punto 9) "fa appello alle Parti, nella conduzione di operazioni in mare di sorveglianza delle frontiere, nel contesto della prevenzione del traffico o della tratta di persone o in connessione con la gestione dei confini, essendo ciò nell'esercizio della giurisdizione *de jure* o *de facto*, a che: (9.3) Esse garantiscano agli intercettati trattamenti umani e il sistematico rispetto dei diritti umani, incluso il *non refoulement*,

rilievo può assumere la natura delle attività concretamente poste in essere dalla autorità italiane, ai fini della sussistenza o meno della giurisdizione, atteso che in molti casi di intercettazioni in mare potrebbero coesistere le finalità della repressione dell'immigrazione irregolare e del soccorso, non potendo ciò influire in ordine sul rispetto degli obblighi giuridici in capo alle autorità[153].

Alla luce dei principi posti in essere da una pronuncia tanto dirompente, si segnala come, in uno scenario decisamente mutato, il *Memorandum of Understanding* del 2 febbraio 2017 tra la Repubblica ed il Governo di Riconciliazione nazionale libico abbia effettuato esplicito rinvio all'art. 19 del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione del 30 agosto 2008 (e successive intese), inerente la collaborazione nell'attività di contrasto all'immigrazione clandestina. Il 28 settembre 2017, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa Muižnieks ha indirizzato al Ministero dell'interno italiano una missiva che – evocando la citata decisione Hirsi – chiede di "chiarire […] quali garanzie l'Italia abbia posto in essere allo scopo di assicurare che le persone intercettate e salvate da navi italiane in acque territoriali libiche, non vengano conseguentemente a trovarsi in una situazione che le ponga a rischio di trattamento o punizione contrari all'art. 3 della Convenzione"[154]. L'ordinamento libico prevede la detenzione nei confronti degli stranieri che irregolarmente accedano al territorio, nonostante la Dichiarazione costituzionale provvisoria del 2011 affermi che "lo Stato debba garantire il diritto d'asilo conformemente alla legge". Non avendo l'attuale governo adottato un simile provvedimento di attuazione, né di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Ginevra del 1951, una distinzione tra richiedenti asilo e immigrati irregolari rimane ancora teorica e la "detenzione arbitraria in condizioni inumane" resta la norma anche nei confronti degli individui intercettati in mare da unità libiche[155].

---

a prescindere che le operazioni abbiano luogo nelle acque territoriali, quelle di un altro Stato – sulla base di accordi bilaterali – ovvero in alto mare".

[153] C. FAVILLI, *Secca condanna dell'Italia per i rimpatri di migranti in alto mare verso la Libia*, nota in *Questione Giustizia*, n. 3, 2012.

[154] Council of Europe – Commissioner for Human Rights: *Commissioner seeks clarifications over Italy's maritime operations in Libyan territorial waters.*
Disponibile presso https://www.coe.int/en/web/commissioner/country-monitoring/italy

[155] UNITED NATIONS SUPPORT MISSION IN LIBYA - Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: *"Detained And Dehumanised" Report On Human Rights Abuses Against Migrants In Libya* 13 Dicembre 2016. Disponibile presso:
http://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf

10. Il contesto di diritto internazionale e i tentativi di repressione dell'immigrazione irregolare: i concetti di giurisdizione rilevanti.

Per quanto attiene alla possibilità di risposta penale al fenomeno del traffico di persone, sul piano interno, sono in gioco diverse e concatenate questioni giuridiche che gli interpreti si sono trovati ad affrontare soprattutto a causa della perversa evoluzione dei sistemi di trasporto di migranti congegnati dalle organizzazioni criminali dedite al traffico, della cui articolazione si parlerà diffusamente nel trattare delle associazioni per delinquere finalizzate alla commissione del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ai sensi dell'art. 416 co. 6 c.p.[156] Si ritiene interessante riflettere sull'inconciliabilità tra la difesa del Governo italiano, nella descritta vicenda Hirsi, incentrata su argomentazioni volte a negare il sorgere della giurisdizione[157] di cui all'art. 1 CEDU, a fronte del pregresso e costante orientamento interno, inerente la giurisdizione fine al compimento di operazioni di polizia marittima e giudiziaria in quelle stesse acque, aliene alla sovranità nazionale, unitamente al tema della competenza a giudicare la rilevanza penale delle condotte finalizzate a procurare l'ingresso di persone nel territorio, venendo queste

---

La legge libica n. 19 del 2010 sul contrasto all'immigrazione irregolare costituisce il testo di riferimento.

[156] I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione: il contesto normativo internazionale e la recente prassi italiana*, in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016, pp. 3-6.

[157] Hirsi Jamaa e altri c. Italia, par. 65: "[…] Secondo il Governo, l'obbligo di salvare la vita umana in alto mare come prescritto dalla Convenzione di Montego Bay non comporta di per sé la creazione di un legame tra lo Stato e le persone interessate suscettibile di stabilire la giurisdizione di questo". Al par. 76 inoltre: "Il governo convenuto riconosce del resto che le motovedette della Guardia di Finanza e della Guardia Costiera sulle quali sono stati imbarcati i ricorrenti rientravano completamente nella giurisdizione dell'Italia". Nelle *Parties' submissions* il Governo "nega che le autorità italiane abbiano esercitato un controllo assoluto ed esclusivo sui ricorrenti (par. 64)" e "[…] conclude che il presente ricorso differisce dal caso Medvedyev e altri c. Francia, nel quale la Corte ha affermato che i ricorrenti si ricadessero sotto la giurisdizione francese avuto riguardo della natura piena ed esclusiva del controllo esercitato dalla Francia su una nave in alto mare e sul suo equipaggio" (par. 66 ult parte). È singolare notare come sia proprio dai poteri riconosciuti agli Stati anche in acque internazionali relativamente al contrasto al traffico internazionale di stupefacenti che il caso Medvedyev aveva ad oggetto, si ricavi analogicamente l'estensione delle attribuzioni degli Stati e l'applicabilità di misure coercitive in alto mare, in connessione con gli effetti in procinto di avvenire sul territorio nazionale. Ci si soffermerà ampiamente sul punto trattando dell'approccio della polizia e dell'autorità giudiziaria degli ultimi due decenni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione.

frequentemente affermate dai giudici di merito e legittimità del nostro ordinamento, come diffusamente si dirà più oltre.

Si ritiene quindi necessario esporre il quadro di diritto del mare rilevante, allo scopo di individuare gli strumenti nella disponibilità degli stati in ordine al controllo delle frontiere non terrestri. Ci si muove in un campo non privo di difficoltà, stanti le peculiarità dell'elemento naturale in cui si trovano tanto coloro che tentano di fare ingresso nel territorio attraverso un canale irregolare, in molti casi l'unico possibile[158], tanto gli organi dello stato costiero od altri attori, sui quali incombe l'obbligo giuridico di prestare soccorso e non porre in essere respingimenti – come la decisione Hirsi ha evidenziato – verso luoghi ove siano violati i più basilari ed autoevidenti diritti della persona umana. Come si diceva, diversi sono i piani, talvolta difficili da scernere per l'utilizzo della medesima terminologia in sede interna ed internazionale. Lo stesso concetto di giurisdizione assume qui un significato non univoco: nella nostra lingua e nel nostro sistema di diritto, "giurisdizione" identifica il potere dei giudici di un certo Stato a conoscere e decidere determinate questioni. Il codice di rito penale si apre non definendo la giurisdizione penale – *rectius* "in materia penale" – ma attribuendo il mandato di esercitarla ai giudici previsti dall'ordinamento. Il concetto più astratto e dal carattere c.d. statico della giurisdizione è individuabile nella potestà dello Stato di *ius dicere*, regolando situazioni sanzionate dalla normativa ed esprimendo quella funzione che è «necessario proseguimento della Legislativa» ed è tipica dei moderni sistemi. A ciò deve unirsi la giurisdizione nella sua accezione c.d. dinamica, "in movimento", che traduce in concreto la portata dei precetti normativi e che unisce l'attività dispiegata dagli organi forniti di giurisdizione ove questi siano legittimati dalla legge a porre in essere determinati atti e comportamenti[159]. Sul piano internazionale, per converso, il

[158] Nel glossario dell'International Organization for Migrations (IOM), l'espressione «immigrazione irregolare» può descrivere tutti i movimenti migratori che abbiano luogo al di fuori del contesto normativo degli Stati di partenza, transito e destinazione. Disponibile presso https://www.iom.int/key-migration-terms Tra i migranti irregolari possono chiaramente rientrare anche richiedenti asilo (ossia persone in cerca di asilo) e rifugiati.

[159] M. PISANI, *Giurisdizione penale* (voce), in *Enc. Dir*., XIX, Milano, 1970, p. 381 ss. L'autore osservava come il codice di rito penale allora vigente non seguisse la sistematica del codice del processo civile, dedicandosi ai soli conflitti di giurisdizione. La situazione non appare, però, dissimile stando all'attuale codice di procedura penale: l'art. 1 si limita a stabilire che la giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario, stante la riserva di cui all'art. 102 Cost. Per E. BELLIZZI, *Giurisdizione penale* (voce), in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, pp. 1 ss., è riduttivo limitare il concetto di g. alla sola attività diretta ad applicare il diritto oggettivo o irrogare

termine "*jurisdiction*", derivato dal diritto anglosassone, ricomprende una più ampia genie di capacità autoritative dello Stato, riferite a momenti differenti della sua tipica e necessaria attività. Può parlarsi, infatti, oltre che di *"legislative jurisdiction"* – potere di regolare condotte attraverso atti normativi – anche di *"enforcement jurisdiction"* – capacità di attuare coercitivamente una certa normativa – o, ancora, di *"adjudicative jurisdiction"* – potere delle corti nazionali consistente nell'applicare norme e imporre sanzioni. Il potere di *enforcement*, riferito al contesto del controllo delle frontiere marine, può consistere in azioni più o meno invasive, che variano dalla mera osservazione all'arresto di imbarcazioni seguito dal sequestro, o dall'applicazione di misure precautelari e cautelari nei confronti dell'equipaggio. La peculiarità dell'esercizio di poteri da parte degli Stati in mare, in particolare se dotati di litorale, è data dalla non necessaria compresenza universale di tutti i poteri elencati, differentemente dalla completezza di attribuzioni espressione della sovranità statale sulla terraferma e nelle acque territoriali[160]. Espressione del principio di territorialità è l'art. 6 c.p., norma generale concernente anche la giurisdizione penale. Essa stabilisce che lo Stato possa esercitare quest'ultima nei confronti di "chiunque" (ancorché cittadino straniero) commetta un reato in territorio italiano, fondando la potestà il dato che il reato sia stato commesso anche parzialmente nel territorio dello Stato. Il capoverso precisa che l'azione o l'omissione che costituiscono il reato che avvengano anche parzialmente in territorio italiano, ovvero il verificarsi dell'evento conseguente al reato stesso, determinano il sorgere della giurisdizione. "Lungi dall'esaurirsi in una mera ripetizione" il comma secondo enuncia i criteri fondamentali per la determinazione della commissione effettiva nel territorio dello Stato, allo scopo precipuo di risolvere i soli problemi inerenti ai possibili "rapporti internazionali" e non l'individuazione dello specifico *locus* a fini processuali, essendo questo accertamento possibile solo all'esito dell'acclarata giurisdizione

---

sanzioni secondo legge: una possibile ricostruzione è quella incentrata sulla descrizione del procedimento, dei rapporti tra i soggetti, o ancora più precisamente, quella basata sull'effetto giuridico prodotto dall'esercizio dell'attività giurisdizionale, creativa di diritto. A. F. PANZERA, *Giurisdizione penale (limiti)* voce in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, pp. 4 ss. bb, tanto l'attuale codice di rito quanto il suo antecedente difettano di norme sui limiti della giurisdizione penale nei confronti dello straniero ovvero del cittadino che abbia commesso il reato fuori dal territorio nazionale

[160] I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione: il contesto normativo internazionale e la recente prassi italiana*, in op. cit., pp. 4-5.

nazionale ex art. 6 c.p.[161] Il capoverso in discorso costituisce dunque una disposizione volta ad espandere la sfera punitiva italiana, consentendo – secondo le autorevoli interpretazioni che la dottrina ne ha fornito – di considerare inverate nella Repubblica fattispecie di reato non completamente iniziate e concluse nel territorio nazionale. A tal proposito, la contrapposizione tra azione (od omissione) ed evento, da parte del legislatore, è giudicata espressione della volontà di non alludere al completo realizzarsi del dovere criminoso, ma riferirsi ai comportamenti che facciano da tramite fra il volere e la sua espressione fenomenica, potendo intendersi, inoltre, per "evento" tanto la sua accezione giuridica che quella naturalistica[162]. Secondo l'interpretazione più rigorosa presente, risulterebbe sufficiente il verificarsi in Italia "anche [di] un solo frammento, qualunque esso sia" e ciò anche qualora gli atti posti in essere sul territorio non potrebbero raggiungere lo stadio di tentativo punibile, ove ad essi non seguisse poi lo sviluppo all'estero della condotta. È pur sempre necessario che, ai fini dell'art. 6 c.p., all' "azione od omissione" sia immanente un disvalore penale[163]. Ulteriore difficoltà risiede nella ricerca del *quantum* di cui debba constare la condotta, ovvero che l'azione si caratterizzi per un *quid pluris* rispetto alla mera decisione di compiere il reato intrapresa in Italia, occorrendo che almeno un atto esecutivo sia ivi posto in essere[164]. Vi è chi ritiene che sia, invece, necessario distinguere tra l'accezione giuridica o naturalistica di evento "conseguenza dell'azione od omissione". Tale differenziazione comporta che l'evento, soltanto nel suo significato di modificazione esteriore prodotta dalla condotta dell'agente, potrebbe attribuirsi un reali significato al capoverso dell'articolo in discorso. Diversamente, infatti, intendere l'evento nella sua accezione giuridica quale "contenuto della fattispecie", richiederebbe l'inverarsi dell'intera fattispecie sul territorio, salvo limitare l'ambito dell'evento giuridico ad "elemento parziale del reato"[165]. Ricorrere alle norme poste in esordio del codice penale è immancabile al fine di individuare i limiti della potestà punitiva, risultando infruttuoso il tentativo di impiego a tal fine delle norme sulla competenza interna per

---

[161] M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004, p. 122-123.
[162] M. SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, *Enc. Dir*., XXIV, 1974, par. 7.
[163] F. PAGLIARO, *Legge penale nello spazio* (voce) in *Enc. Dir*., XXIIIMilano, 1973.
[164] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte gen.*, V ed., Milano, 1966, p. 98.
[165] M. SINISCALCO, voce cit., par. 3.

territorio di cui agli artt. 8-10 c.p.p., per quanto attinenti al tema della determinazione del *locus commissi delicti*[166].

10.1 La Convenzione del diritto del mare delle Nazioni Unite e i poteri degli Stati con riferimento all'immigrazione irregolare ai sensi del T. U. italiano.

La principale fonte internazionale in materia di aree marine, costituente sede unitaria in tema di acque territoriali, zona contigua, alto mare nonché diritti, doveri e poteri degli stati nelle differenti zone marittimi è senza dubbio la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare siglata a Montego Bay nel 1982, entrata in vigore nel 1994 (UNCLOS), ratificata dall'Italia con l. 2 dicembre 1994, n. 689. Ad essa ha aderito quasi immediatamente anche la Comunità Europea. Conformandosi ad una prassi alquanto diffusa e prevista anche dalla legislazione italiana dal 1974[167], la UNCLOS ha fissato il limite del mare territoriale a 12 miglia nautiche dalla linea di base costiera[168] e ha consentito alle Parti di dichiarare una zona contigua[169] di 24 m.n., la quale – a differenza dell'automatica estensione al mare territoriale della sovranità – *può* essere formalmente proclamata con atto unilaterale dal Paese rivierasco; non può dirsi dunque che essa esista *ipso iure*[170]. Stando al testo, dichiarativo di un principio consuetudinario, la sovranità che lo Stato esplica sulla terraferma si estende al mare territoriale e dovrà essere esercitata in conformità alle norme della Convenzione e del diritto internazionale. Dal punto di vista del diritto penale, il criterio della soggezione alla sovranità dello Stato rende possibile l'inclusione la fascia delle 12 miglia nello spazio in cui è legittimo qualificare il comportamento secondo la legge penale italiana, essendo il territorio di cui all'art. 4

---

[166] A. F. PANZERA, *Giurisdizione penale (limiti della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, pp. 5 ss. Sarebbero inconciliabili con le norme del codice penale, ricorda l'Autore, quelle regole suppletive di cui all'art. 9 c.p.p. relative al "reato commesso all'estero" ed impensabile sarebbe il ricorso al criterio del luogo di iscrizione della *notitia criminis* nel registro da parte del Pubblico ministero di cui all'art. 10 c.p.p.

[167] L. 14 agosto 1974, n. 359 di modifica al Codice della Navigazione. Art. Unico, co. 2: "È soggetta altresì alla sovranità dello Stato la zona di mare dell'estensione di dodici miglia marine lungo le coste continentali ed insulari della Repubblica e lungo le linee rette congiungenti i punti estremi indicati nel comma precedente". Si tratta dell'attuale disposto dell'art. 2 del Codice della navigazione.

[168] Art. 3 UNCLOS Testo disponibile presso http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/UNCLOS-TOC

[169] Art. 33 UNCLOS.

[170] N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, op. cit., p. 121; M. SHAW, *International law – Eighth Edition*, Cambridge, 2017, p. 430.

c.p. pacificamente articolato in "sfere"[171]. Nella zona contigua al proprio mare territoriale, lo Stato può invece esercitare i poteri necessari a prevenire le violazioni della propria legislazione doganale, fiscale, sanitaria e in materia di immigrazione – che si verificherebbero all'interno del proprio mare territoriale o sul proprio suolo – nonché a reprimere (*to punish*) le condotte che violino la normativa relativa a dette materie che siano commesse sulla terraferma o nelle acque territoriali. Tali poteri si riconducono alla tradizionale pretesa degli stati di controllare la navigazione e le attività tangenti le proprie coste, specie ove queste si possano ripercuotere sul territorio, in contrapposizione al principio della libertà dell'alto mare[172]. Ai sensi dell'art. 19 par. 2, inoltre, la navigazione di imbarcazioni straniere nel mare territoriale non può considerarsi "*innocent*" e quindi esercizio del diritto universale di passaggio inoffensivo, ove pregiudichi la pace, la sicurezza e il buon ordine dello stato costiero, in particolare ponendo in essere – tra le molte attività elencate – l'imbarco e lo sbarco di merci, valuta e persone in contrasto con la legislazione statale nelle materie pocanzi elencate. A tal proposito si segnala come l'Italia non abbia proclamato la zona contigua sul piano internazionale ma, come è stato efficacemente osservato, parrebbe che il nostro ordinamento la "contempli *ratione materiae* nel senso che la preveda ai soli fini dell'immigrazione e non anche a quelli di polizia doganale, fiscale e sanitaria" come stabilito in passato[173]. L'art. 11 *sexies* della l. 30 luglio 2002, n. 189 ha infatti modificato l'art. 12 del d.lgs. 286/1998, rubricato "Disposizioni contro le immigrazioni clandestine", prevedendo i poteri di fermo ed ispezione nel mare territoriale o nella zona contigua (la cui estensione non è specificata) della nave sul cui coinvolgimento nel trasporto illecito di migranti l'unità in servizio di polizia nutra un fondato sospetto, nonché di sequestro con la conduzione in un porto nazionale della stessa, ove si "rinvengano elementi che

[171] E. MEZZETTI, *I limiti spaziali della legge penale* in M. RONCO - E. M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI, *La legge penale Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, p. 392-393.

[172] M. M. ANGELONI – A. SENESE, *Il diritto del mare nel contrasto ai traffici illeciti internazionali*, Bari, 2005, p. 31.

[173] L'Italia aveva fissato in 12 miglia il limite della zona di vigilanza doganale con la legge 25 settembre 1940, n. 1424, essendo il limite delle acque territoriali a 6 miglia dalla costa. L'estensione di tale zona era stata confermata dal Testo unico delle disposizioni in materia doganale (D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) ma la citata legge del 1974 aveva esteso il mare territoriale a 12 miglia, inglobando la zona di vigilanza.

confermino il coinvolgimento”[174]. Nello stesso ambito, un successivo decreto ministeriale, nel definire le attribuzioni delle diverse amministrazioni, faceva riferimento all’area «internazionalmente definita come ‘zona contigua’» entro i cui limiti «è stabilita una fascia di coordinamento» delle operazioni di polizia[175]. A riprova della non universalità delle previsioni interne, si prendano le varie proposte di legge presentate a seguito della riforma citata, nota come “Legge Bossi-Fini”, inerenti l’istituzione di una zona che costituisse il fondamento giuridico della vigilanza e dell’eventuale uso di poteri coercitivi nelle ulteriori materie, coincidenti con quelle individuate dalla UNCLOS[176]. Il citato elenco di materie di cui all’art. 19 par. 2 appare come un appiglio dalla portata non trascurabile, con innovazione rispetto alla precedente Convenzione del 1958 sul mare territoriale e la zona contigua, per quanto attiene all’individuazione di una categoria di preminente interesse per il penalista, quale quella dei beni giuridici oggetto di tutela, la cui messa in pericolo vale a fondare l’esercizio di nuovi e più stringenti poteri degli Stati rivieraschi[177]. Emblematico, in tal senso, è il caso (anno 2001) del mercantile norvegese *Tampa*, che, dopo aver soccorso un peschereccio indonesiano sovraccarico di passeggeri e in avaria, si diresse contro le indicazioni delle autorità, verso le acque territoriali della più vicina Australia, e non – certamente – verso il Paese scandinavo di cui batteva bandiera o l’eccessivamente distante Stato di partenza

---

[174] F. CAFFIO, *Glossario di diritto del mare*, supplemento alla *Rivista Marittima*, 2016, p. 196; sull’«eccessivo formalismo» della tesi dell’inopponibilità agli Stati terzi di una disposizione interna che attribuisca tali poteri alle forze di polizia marittima, non preceduta dalla notifica internazionale di istituzione di una zona contigua si vedano U. LEANZA – F. GRAZIANI, *Poteri di* enforcement *e di* jurisdiction *in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell’attività di contrasto*, in *La Comunità internazionale*, II, 2014, p. 167-168. La disposizione in oggetto si trova al comma 9 *bis* del T. U. I.: “La nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato”.

[175] D. Min. Interno del 14 luglio 2003. Disposizioni in materia di contrasto all'immigrazione clandestina. (G.U. Serie Generale n. 220 del 22-09-2003).

[176] Tra le varie: P.d.l. n. 268, dep. Lumia: *Istituzione di una zona contigua al mare territoriale*, 28 aprile 2006, XV leg., (assegnato alla Comm. Affari Esteri); si veda anche P.d.l. n. 4458, dep. Bonafede: *Modifiche al codice della navigazione concernenti l’esercizio dei poteri di polizia e delle funzioni di polizia giudiziaria per il contrasto di attività criminali compiute in mare*, 3 maggio 2017, XVII leg., (assegnato alla Comm. Giustizia), l’art. 4 propone l’inserimento dell’art. 2 *bis* del Codice della navigazione, rubricato “Zona contigua”, inerente le attività di polizia doganale, fiscale, sanitaria e di immigrazione entro le 24 miglia dalle linee di base.

[177] S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell’Unione europea*, op. cit., p. 47 ss.

dell'imbarcazione soccorsa. Il mercantile fu intercettato all'interno delle acque territoriali australiane, al precipuo scopo di non consentire lo sbarco e la richiesta d'asilo dei 433 passeggeri[178]. *Punctum dolens* della questione, oggetto di diversa interpretazione da parte della Norvegia e dell'Australia, è il significato del diritto di passaggio inoffensivo nel mare territoriale, il quale, oltre a dover essere rapido e continuo, non deve pregiudicare quei beni della Stato rivierasco, sia apparato che comunità. Come sintetizza il Ronzitti, l'unicità del principio risiede nel ridurre i poteri dello Stato costiero e, a un tempo, proteggere i diritti dei terzi naviganti interessati[179]. È significativo, come – sul piano internazionale, stando alla sola UNCLOS – il diniego dell'Australia, contrapposto alla pretesa della Norvegia, fosse legittimo[180]. Non si trattava, nel caso di specie, di un passaggio inoffensivo opponibile allo Stato costiero e ciò proprio per il dato che fossero trasportati potenziali immigrati, il cui approdo era giudicato suscettibile di pregiudicare uno dei beni la cui tutela legittima il Paese rivierasco, ai sensi dell'art. 21, lett. h), a regolare l'accesso alle acque territoriali in guisa da assicurare il rispetto della propria normativa in materia di immigrazione. Il dato che l'art. 18 par. 2 integri la descrizione di passaggio inoffensivo tenendo conto della necessità di fermare il moto della nave nel mare territoriale per forza maggiore ed emergenze a bordo o fornire assistenza a chi sia in pericolo – si potrebbe aggiungere – non legittimerebbe un transito allo scopo di sbarcare persone senza un titolo di ingresso o una permanenza nelle acque sottoposte a sovranità dopo che siano state apprestate cure mediche[181]. Tuttavia, la circostanza che tra le persone portate in salvo, ma non ancora in

---

[178] A seguito di accordi conclusi nei successivi giorni con la Nuova Zelanda, dove aveva sede una base militare australiana, e Nauru, i naufraghi furono trasportati verso questi territori, sbarcati. Il comandante della *Tampa*, dopo le prime cure mediche portate dai militari australiani, si era rifiutato di riprendere il largo, a causa del sovraffollamento della nave che pregiudicava la sicurezza di essa e degli occupanti. È discutibile che la soluzione del governo interessato non si ponga in contrasto con il divieto di *refoulement*, viste le circostanze.

[179] N. RONZITTI, *Il passaggio inoffensivo nel mare territoriale e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 1986, p. 33.

[180] S. TREVISANUT, *ibidem.*

[181] Una nave con un a bordo un numero di persone pari ad otto volte il consentito, che segnala la presenza di donne in gravidanza o infortunati è certamente in *distress* e lo Stato costiero è titolare primario dell'obbligo di soccorso. L'art. 4.1-1 della Convenzione per la salvaguardia della vita in mare dispone che le Parti, rispetto alle operazioni di ricerca e soccorso, nelle rispettive regioni marine di competenza, debbano esercitare tale responsabilità a che le operazioni si concludano con il minor pregiudizio possibile per il soccorritore in termini di diversione dalla propria rotta e in modo che i naufraghi siano sbarcati in un *place of safety*, tenendo conto delle circostanze peculiari e delle linee guida *dell'International Marittime Organization*. L'emendamento è dovuto alla Risoluzione dell'MSC dell'IMO n. 153 (78) del 2004

sicurezza, vi siano richiedenti asilo e che non sia data ad essi la possibilità di portare la propria condizione all'attenzione delle autorità del Paese nel cui territorio ci si trova[182] può costituire un illecito, vista la necessità di conformare le regolazioni di cui si è detto al diritto internazionale. Nel caso di specie, sull'Australia incombeva l'obbligo di offrire il c.d. asilo provvisorio[183] per poi trasferire – se ritenuto necessario – verso Paesi terzi sicuri, coloro che fossero stati riconosciuti bisognosi dell'asilo ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951[184]. Si aggiunge che la questione delle adeguate garanzie, fornite dai terzi Stati verso cui siano dirottate o riportate le persone tratte dal mare è di vitale importanza e costituisce una questione globale che ha fatto ingresso nell'attualità ed è destinata a permanervi per molti anni a venire[185].

La Convenzione sul diritto del mare ha inteso disciplinare o confermare ulteriori poteri, attribuiti alle Parti ed esercitabili anche al di fuori della zona contigua attraverso i vascelli che si trovino in servizio governativo. Si osserva come un principio basilare della codificazione sia costituito dalla nazionalità dele imbarcazioni: è necessario che ciascun battello sia riconducibile ad uno Stato e al suo ordinamento, sottostando ai suoi poteri di controllo, e che ciò sia fatto palese dall'esposizione della bandiera di appartenenza. Diversamente, ex art. 92, l'unità che navighi sotto più insegne nazionali, esponendole secondo convenienza, è assimilata ad una nave senza bandiera, impossibilitata ad opporre l'immunità dalla giurisdizione e reclamare la protezione dello Stato ai cui registri asserisca di appartenere. L'art. 110 fonda il potere di abbordaggio e di visita delle navi private di cui si sospetti l'impiego per la tratta degli schiavi. Non è previsto, in acque internazionali, un potere di cattura dell'imbarcazione analogo a quello avente ad oggetto le

---

[182] Come si è detto, il mare territoriale è equiparato alla terraferma del Paese costiero.

[183] Si tratta di un istituto sviluppato in seguito alla c.d. crisi indocinese degli anni '70. La conferenza intergovernativa di Ginevra del 1979 mirava a ricercare una soluzione alla questione dei *boat people* vietnamiti, in esodo massiccio dal Paese e a cui era frequente fosse negato lo sbarco sulle coste limitrofe o addirittura la stessa assistenza in mare a causa delle incombenze successive al mero salvataggio. Gli Stati interessati si impegnarono a concedere temporanea protezione internazionale alle persone sbarcate sul proprio territorio, in attesa del successivo reinsediamento in altri Paesi a cura dell'Alto Commissariato per i Rifugiati. Si mirava ad incentivare i salvataggi in mare, assicurando che la nave soccorritrice potesse sbarcare i naufraghi nel porto più vicino senza ricevere un diniego dalle autorità e subire ulteriori pregiudizi per la diversione dalla propria rotta. Il numero dei salvataggi, tuttavia, diminuì.

[184] S. TREVISANUT, op. cit., p. 77.

[185] Si pensi all'intesa tra i Membri UE e la Turchia del 18 marzo 2016 nonché al *Memorandum of Undestanding* tra l'Italia e la Libia del 2 febbraio 2017, solo per rimanere all'ambito mediterraneo.

imbarcazioni dedite alla pirateria, costituendo soltanto queste ultime un pericolo per la sicurezza della libera navigazione. Diversamente sarebbe soltanto possibile che la nave in servizio di polizia marittima segnali allo stato di nazionalità della nave oggetto del suo interesse i propri sospetti circa il coinvolgimento in un traffico di persone da parte della nave da essa intercettata in alto mare, ove questa batta una bandiera diversa da quella del vascello governativo[186]. Quelli appena citati sono fenomeni non del tutto anacronistici e non privi di interesse[187], anche se di difficile individuazione e riconduzione alle fattispecie penali interne, tanto da aver sollecitato l'adozione di ulteriori strumenti internazionali, come a breve si dirà. In base ai principi sulla nazionalità, inoltre, le navi da guerra o ad esse assimilate possono sempre procedere al fermo di una nave che non batta una ed una sola bandiera ed esercitare il diritto di visita, anche nel caso in cui la nave governativa nutra sospetti in ordine alla veridicità della bandiera mostrata rispetto al coinvolgimento della nave "interrogata" nei crimini cui la convenzione fa riferimento. Tali poteri costituiscono un'eccezione rispetto al principio della sottoposizione alla giurisdizione del solo stato di cui si batta la bandiera, quando la nave si trovi in alto mare. Proprio rispetto a tali poteri, nell'art. 12 TUI è stato inserito il co. 9 *quater*, per il quale i poteri di cui al co. 9 *bis* sopracitati e quelli volti ad accertare la reale nazionalità di una nave possono essere esercitati da navi italiane anche fuori dalle acque territoriali.

La Convenzione di Montego Bay ha, inoltre, disciplinato il diritto di inseguimento, attribuendo alle navi in servizio governativo il potere di inseguire navi straniere in caso di fondato sospetto in ordine al coinvolgimento in attività contrarie alla legislazione internazionale (art. 111 UNCLOS). È necessario che la nave inseguita si trovi, all'inizio dell'inseguimento, all'interno delle acque a speciale statuto, diverse dall'alto mare, previste dalla UNCLOS. Tra di esse – per quanto attiene alla nostra indagine – è inclusa la zona contigua, solo relativamente ai casi di infrazioni della legislazione nazionale che siano già avvenute, ad esempio, in tema di immigrazione clandestina. L'inseguimento, che deve essere sempre continuativo, è ammesso anche ove nelle acque poste sotto il controllo dello stato costiero vengano

[186] M. M. ANGELONI – A. SENESE, *Il diritto del mare nel contrasto ai traffici illeciti internazionali*, op. cit., p. 69.

[187] La missione anti-pirateria al largo della Somalia, denominata "Atalanta", di cui all'Azione comune 2008/851/PESC del Consiglio del 10 novembre 2008 e alla Decisione 2014/827/PESC, costituisce il primo esempio di azione militare marittima a guida europea.

avvistate imbarcazioni utilizzate dall'equipaggio di una nave d'appoggio per svolgere le attività illegali in discorso: si tratta della c.d. presenza costruttiva della nave madre, meccanismo per il quale non è necessario che la nave sospetta stia materialmente *incrociando* – ad esempio – nella zona contigua di uno stato, essendo sufficiente che vi si trovino le sue imbarcazioni ausiliarie impegnate in attività illecite[188].

10.2 La Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine transnazionale e i Protocolli di Palermo sulla tratta di persone e sul traffico di migranti.

Costituendo, come si è detto, un'eccezione l'attività di polizia marittima esercitata, tra gli altri, dagli Stati costieri, a fronte del principio generale che sottopone al controllo del Paese di bandiera la nave mercantile, quest'ultimo può autorizzare altri Stati ad esercitare i poteri che ad esso spetterebbero, in relazione alla propria flotta civile che si trovi in alto mare. È il diritto consuetudinario, come riconosciuto dalla Grande Camera della CEDU[189], a fondare tale delega, che normalmente si attua caso per caso a seguito di apposita richiesta da parte dello Stato che "arma" la nave in servizio di polizia, e può – infatti – avere un contenuto più o meno invasivo. Una simile previsione non è contenuta nella Convenzione di Montego Bay ma è stata incorporata nel Protocollo di Palermo per combattere il traffico illecito di migranti via terra, via mare e per via aerea supplementare alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale[190]. L'art. 110, par. 1, lett. b) UNLOS, infatti, consentiva agli Stati solo limitatamente ai casi di sospetto di impiego di una nave con bandiera diversa dalla propria nella tratta di schiavi di procedere all'ispezione, ma non anche di arrestare la nave e i trafficanti senza autorizzazione dello Stato coinvolto. Giuste considerazioni, che tengono conto del criterio ermeneutico delle disposizioni convenzionali teso alla loro concreta

---

[188] Art. 111 par. 4 UNCLOS. Così in F. CAFFIO, *Diritto di inseguimento* (voce) in *Glossario di diritto del mare*, op. cit., p. 47.

[189] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 29 marzo 2010 - Ricorso n. 3394/03- Medvedyev e altri c. Francia, in particolare i parr. 93-97.

[190] Firmato a Palermo il 12 dicembre 2000 e reso esecutivo dall'Italia con l. 16 marzo 2006, n. 146. La legge contiene la definizione di reato transnazionale ai fini dell'implementazione dello strumento nonché, all'art. 9, la previsione della causa di non punibilità nell'ambito di operazioni sotto copertura al fine di acquisire elementi di prova in ordine – tra gli altri – ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del T.U.I.

realizzazione, sono alla base dell'opportunità di rendere effettivo l'impegno nella lotta alla tratta di schiavi[191] via mare attraverso lo strumento del potere di visita e indagine in alto mare già previsto dall'art. 110 lett. b) UNCLOS rispetto a casi diversi da quelli di palese riduzione in schiavitù[192] dei trasportati. Gli autori di tali interpretazioni ravvisano le differenze tra le pratiche della riduzione in schiavitù e del traffico di persone, ma segnalano – al contempo – l'evoluzione delle moderne forme di schiavismo e il dato sostanziale del ricorso a manodopera "invisibile" per lo svolgimento di mansioni lavorative in condizioni di totale sfruttamento nei Paesi di destinazione e degli ancora più palesi e degradanti traffici di donne e minori iniziati al mercato della prostituzione[193], procurando strumentalmente l'ingresso delle vittime attraverso canali irregolari. Oltre a casi di vere e proprie alienazioni di esseri umani, per quanto non più riconosciute dagli ordinamenti giuridici, seguite dall'eventuale trasporto in moderne "navi negriere", deve porsi l'attenzione sui casi di "corroborati schemi" predisposti dalle organizzazioni criminali transazionali al fine di reperire le necessarie risorse umane, laddove il trasporto di esseri umani risulta solo il tramite necessario e non l'oggetto dell'attività in sé[194]. Si tornerà sulla questione nella opportuna sede, dando conto della giurisprudenza nazionale che, prima dell'introduzione delle tutele per le vittime di tratta predisposte con il Testo Unico in materia di Immigrazione[195] e poi con le novelle in campo penale, ha creato

---

[191] Art. 99 UNCLOS: "Proibizione del trasporto di schiavi. Ciascuno Stato dovrà prendere misure efficaci per impedire e punire il trasporto di schiavi su navi autorizzate a battere la propria bandiera ed inibire l'uso illegittimo della propria bandiera a tale scopo. […]"

[192] Si prenda il caso della M/V Etireno di bandiera nigeriana ma con armatore del Benin, che nel 2001 si spostava lungo le coste dell'Africa occidentale trasportando un imprecisato numero di bambini, acquistati direttamente presso le famiglie di provenienza e destinati ad essere venduti ai proprietari di piantagioni tra il Benin e il Gabon. La nave non fu intercettata in mare da alcuno Stato ma attraccò infine in Benin con i pochi minori rimasti a bordo si vedano gli articoli *Children of the Etireno* su *The Guardian*
presso https://www.theguardian.com/theguardian/2001/oct/04/features11.g22
Scaricati al largo sulle piroghe i bimbi della nave degli schiavi su *La Repubblica* presso http://www.repubblica.it/online/mondo/navebimbi/cotonou/cotonou.html

[193] Sull'inquietante ricorso alle pratiche di "magia nera" in Nigeria, abusando della credulità delle vittime allo scopo di legare indissolubilmente le adolescenti alle trafficanti responsabili del loro trasferimento verso il nostro Paese, si veda *Chi costringe alla prostituzione le ragazze nigeriane in Italia* tradotto e pubblicato su *Internazionale*
presso https://www.internazionale.it/notizie/adaobi-tricia-nwaubani/2016/11/21/prostituzione-italia-nigeria

[194] E. PAPASTAVRIDIS, *The interception of vessels on the high seas*, Oxford, 2013, p. 263 ss.

[195] Art. 18 del Testo Unico Immigrazione di cui al D.lgs. 25 luglio 1998, n.286, rubricato "Soggiorno per motivi di protezione sociale" ma che oggi è sede normativa di ulteriori strumenti di salvaguardia delle persone in attuazione del Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani.

una fitta rete normativa attorno a quelle situazioni che le Sezioni Unite già nel 1996 riconduceva alle condizioni "analoghe alla schiavitù" che la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù del 1956 intendeva sanzionare[196].

Tornando agli strumenti internazionali più recenti in materia, ci si accorge come il Protocollo sul Traffico di esseri umani fornisca una definizione di tale pratica idonea a ricomprendere molte situazioni che si era inteso tipizzare con il distinto e contestualmente adottato[197] Protocollo sul contrabbando di migranti, detto "di Palermo"[198]. La condotta del *trafficking in persons* include "il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'accoglienza […]" attraverso la minaccia, l'uso della forza, di mezzi ingannevoli e fraudolenti, l'abuso di potere e della condizione di vulnerabilità o attraverso compravendita finalizzato allo sfruttamento[199]. Lo *smuggling* ("contrabbando") è, invece, il procurare l'ingresso illegale di una persona in uno Stato di cui non abbia la cittadinanza o la residenza permanente allo scopo di trarre anche indirettamente un beneficio economico o materiale[200]. L'art. 5 è dedicato allo *status* dei migranti i quali *non dovrebbero* essere resi perseguibili per essere stati "oggetto della condotta" che le Parti si impegnano a rendere penalmente rilevante nei rispettivi ordinamenti[201]. Per ragioni di semplicità, ma anche di coerenza con la sistematica italiana, è preferibile da qui in avanti, utilizzare i termini "tratta" e

---

[196] Cass. pen. Sez. Un., 1996 n. 261. In proposito: "il significato della locuzione normativa: 'condizione analoga' può essere determinativamente recepito dai destinatari del precetto penale, come descrittivo della condizione d'un individua che -per via dell'attività esplicata da altri sulla sua persona - venga a trovarsi (pur conservando nominalmente lo status di soggetto dell'ordinamento giuridico) a ridotto nell'esclusiva signoria dell'agente, il quale materialmente ne usi, ne tragga frutto o profitto e ne disponga, similmente al modo in cui - secondo le conoscenze storiche, confluite nell'attuale patrimonio socio-culturale dei membri della collettività - il 'padrone', un tempo, esercitava la propria signoria sullo schiavo".

[197] Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata a seguito della risoluzione dell'Assemblea Generale tenutasi a Palermo 55/25 del 15 novembre del 2000 e completata da tre Protocolli, di cui si citano qui – con l'intitolazione originale per i motivi esposti nel testo – il *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children* e il *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*.

[198] I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione: il contesto normativo internazionale e la recente prassi italiana*, op. cit., p. 15 richiamando E. PAPASTAVRIDIS, op. cit. in nota 168.

[199] Art. 3. Protocollo sul *trafficking* di persone. È poi definito lo sfruttamento come quel novero di rapporti che variano dallo sfruttamento della prostituzione e altri sfruttamenti di tipo sessuale, al lavoro forzato, la schiavitù e pratiche simili alla schiavitù, servitù o espianto di organi.

[200] Art. 3. Protocollo sullo *smuggling* di migranti.

[201] Come si dirà nel II cap., anche guardando al panorama comparatistico a livello europeo, non è raro imbattersi in disposizioni di tenore opposto, tra cui la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* del T.U.I. Si analizzerà quella che potrebbe definirsi come una via pretoria alla decriminalizzazione dell'ingresso irregolare dato che – quasi immancabilmente – il migrante privo dei titoli necessari all'ingresso, non può che rivolgersi ad uno *smuggler* allo scopo di attraversare una frontiera.

"traffico" per indicare rispettivamente il "*trafficking*" e lo "*smuggling*" di cui ai Protocolli citati[202]. Per tracciare brevemente la differenza tra le due situazioni, è agevole – almeno in astratto – distinguere il migrante irregolare, oggetto del traffico, dalla vittima di tratta, difettando il consenso di quest'ultima in ordine alla traslazione, la dimensione dinamica della condotta in esame, che normalmente vede il soggetto passivo varcare irregolarmente un confine nazionale, senza che tale atto possa rilevare penalmente per l'ordinamento[203]. Il consenso caratterizzerebbe[204], invece, la condizione del migrante irregolare che si avvalga del servizio, anche non implicante il trasporto fisico, erogabile da parte del trafficante, autore delle condotte necessarie a procurare l'ingresso contro la normativa vigente. Ulteriormente, sempre attenendosi alle disposizioni internazionali, il trafficante porterebbe a compimento la sua azione quando il migrante varchi illegalmente la frontiera, laddove la tratta di persone implicherebbe il successivo sfruttamento nel luogo di destinazione finale, quest'ultimo costituendo un'eventuale aggravante del traffico[205].

Si coglie, dunque, la rilevanza degli strumenti di cooperazione, creativi di una sorta di mandato di polizia marittima internazionale, volti ad intercettare materialmente le rotte del traffico di persone. Il capitolo II del Protocollo contro lo *smuggling*, è specificatamente dedicato al traffico via mare, modalità di introduzione di persone nel territorio intrinsecamente caratterizzata dal movimento di migranti in un ambiente assai diverso, quanto a possibilità di esercitare poteri sovrani, dal

---

[202] Si tratta anche della scelta lessicale adottata per la traduzione (non ufficiale) del testo dei Protocolli annessi alla Convenzione di Palermo dalla legge di attuazione. L'art. 601 c.p., rubricato "Tratta di persone" traduce tutte le condotte di cui alla definizione di *trafficking*, compiute su di una o più persone che si trovino nelle condizioni di cui all'articolo 600 – "Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù". L'art. 12 del T.U.I. annovera invece le numerose condotte di cui all'art. 6 del Protocollo contro lo *smuggling*. Intenzione delle Parti è evidentemente non tralasciare alcuna condotta dei *favoreggiatori* dell'ingresso o della permanenza illegali. Della natura del delitto ex art. 12 T.U.I. si dirà ampiamente in seguito.

[203] E. SPATAFORA, *Il contrasto al traffico di migranti nel contesto giuridico internazionale e comunitario*, in G. PALMISANO (a cura di) *Il contrasto al traffico di migranti. Nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2003, p. 6-7. Se per l'art. 601 c.p. è necessaria l'introduzione nel territorio dello Stato, ciò non è posto come condizione dal Protocollo contro la tratta.

[204] Almeno nel momento iniziale in cui coloro che aspirano a varcare un confine entrano nella sfera di un'organizzazione dedita al traffico, sarebbe forse da aggiungere alla luce delle condizioni di quasi totale assoggettamento che anche la giurisprudenza nazionale ha riconosciuto, si prenda la sentenza della Corte d'Assise di Milano del 10 ottobre 2017 emessa nei confronti di un aguzzino ritenuto responsabile del sequestro a scopo di estorsione e della morte in conseguenza di esso di più persone in quanto componenti di un'organizzazione di cui alla l. 16 marzo 2006, n. 146 di Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale.

[205] S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare*, op. cit., p. 194.

territorio di uno Stato. Non tutte le imbarcazioni dedite al trasporto illegale sono – inoltre – soggette al potere di fermo in alto mare da parte delle navi da guerra di tutti gli Stati, in conseguenza del fatto che molte tratte possono essere svolte navigando sotto la bandiera di un Paese sovrano. A tale scopo il Protocollo ha adattato la norma consuetudinaria di cui si è detto in apertura di paragrafo allo scopo di realizzare un'effettiva cooperazione tra le Parti: si è agito semplificando la procedura di contatto tra lo Stato della nave militare e il Paese di bandiera della nave nei cui confronti si intendano svolgere gli accertamenti in acque internazionali. Le Parti sono tenute ad indicare apposite autorità competenti all'esame delle richieste e al rilascio delle eventuali deleghe al fermo e all'ispezione della nave sospetta, comunicando con modalità che siano idonee ad evitare fraintendimenti che delegittimerebbero le azioni dello Stato richiedente, come nell'ipotesi di contravvenzione alle norme dell'equo processo e regolanti la restrizione della libertà personale nell'ordinamento dell'interveniente o travalicando il contenuto della delega ricevuta[206]. Lo strumento consente di avviare investigazioni nell'ambito di quelle traversate progettate da organizzazioni in grado di reclutare il personale necessario a condurre imbarcazioni anche di dimensioni maggiori e che sfruttino quelle bandiere – c.d. di convenienza – che solo formalmente pongono la nave sotto la giurisdizione di uno Stato, in molti casi privo degli organi necessari a mantenere il legale sostanziale con il proprio ordinamento ai sensi dell'art. 91 UNCLOS, al quale si è già fatto cenno[207]. Sono, naturalmente, estesi anche i poteri di abbordaggio e perquisizione nei confronti di imbarcazioni prive di una bandiera o che si sospetti espongano segni di identificazione falsi, presenti i medesimi sospetti in ordine al coinvolgimento nel traffico di migranti[208]. Simili meccanismi completano quanto previsto dall'art. 15 della Convenzione contro il crimine transnazionale, in tema di

---

[206] I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare ed esercizio della giurisdizione: il contesto normativo internazionale e la recente prassi italiana*, op. cit., p. 14-15; È quanto accadde nel caso Medvedyev, poi affrontato dalla Grande Camera CEDU, in ordine ad un'operazione di polizia prevista dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope del 1998. Le disposizioni in analisi sono contenute negli artt. 7 e 8, parr. 4 e 6 del Protocollo di Palermo contro il traffico di migranti.

[207] La prassi, che si descriverà a seguire, annovera non pochi casi di ricorso alle c.d. navi a perdere, destinate ad essere confiscate al momento dell'approdo e condotte da un congruo equipaggio sino al raggiungimento di un punto ove sia possibile abbandonare il governo dell'imbarcazione senza incappare in controlli delle autorità del Paese di destinazione.

[208] M. M. ANGELONI – A. SENESE, *Il diritto del mare nel contrasto ai traffici illeciti internazionali*, op. cit., p. 77-78.

estensione della giurisdizione sulle tipologie di reati da essa inquadrati agli illeciti che le Parti riscontrino a bordo del proprio naviglio, oltre che all'interno del proprio territorio, ove ciò non risulti già previsto dagli ordinamenti nazionali[209]. Di grande portata pratica è la previsione dell'art. 8 del Protocollo sullo *smuggling* che consente l'intervento ad opera delle autorità delle Parti anche sulle imbarcazioni che non stiano materialmente trasportando persone ma che siano comunque sospettate di essere coinvolte nel traffico, includendo l'*engagement* di cui alla norma, anche il coinvolgimento indiretto, declinato esplicitamente nell'ipotesi di avvenuto trasbordo dei passeggeri su di imbarcazioni serventi, stante la necessità di eseguire gli opportuni controlli nei confronti della nave-madre e del suo equipaggio[210].

10.3 L'utilizzo degli strumenti internazionali e la prima giurisprudenza nazionale conseguente all'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria marittima.

Di grande interesse è lo studio delle operazioni di polizia giudiziaria in mare compiute dalle autorità italiane nonché dei primi procedimenti penali in materia ad esse conseguiti, guardando altresì alla giurisprudenza di legittimità e all'interpretazione degli istituti che hanno trovato largo impiego anche nell'ambito delle più recenti azioni di contrasto, stante l'evoluzione delle tattiche messe in campo dalle organizzazioni criminali descritta immediatamente a seguire. Un caso emblematico è costituito dall'intercettazione in acque internazionali del peschereccio turco identificato come il "Cemil Pamuk", nell'agosto del 2001. L'importanza dell'operazione è costituita certamente dall'esercizio del diritto di visita in alto mare da parte di un'unità di polizia italiana, al fine di svolgere gli ulteriori accertamenti finalizzati ad acclarare la nazionalità dell'imbarcazione priva di bandiera. L'abbordaggio costituiva il culmine di una lunga attività di monitoraggio occulto[211],

---

[209] Si tratta di disposizioni analoghe a quelle di cui all'art. 4 del Codice della navigazione, ai sensi del quale "Le navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio italiano".

[210] UNITED NATION OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Issue Paper - Smuggling Migrant by sea*, 2011. Si tratta del responso facente seguito alla richiesta degli Stati parte della Convenzione formulata nell'ambito della V conferenza delle Parti in materia di diritto di visita in alto mare ex art. 110 UNCLOS.

[211] Art. 5 del D. Min. Interno del 14 luglio 2003, inerente l'attività di sorveglianza svolta dalle amministrazioni individuate dal provvedimento, finalizzata al localizzazione, identificazione e tracciamento di natanti sospettati di utilizzo per il traffico di migranti. Il terzo comma disciplina l'attività di tracciamento, da condursi in forma preferibilmente occulta onde non vanificare l'intervento repressivo nei confronti delle organizzazioni.

conseguente all'avvistamento del "Pamuk" in acque internazionali, ove l'equipaggio provvedeva a trasbordare su un altro natante 353 migranti che si dirigevano verso le coste italiane, mentre la nave madre invertiva la rotta e se ne allontanava. Sfruttando gli istituti previsti dall'art. 110 UNCLOS, dunque, era possibile compiere l'ispezione che confermava al personale di polizia giudiziaria l'impiego dell'ex peschereccio per il trasporto di un ingente numero di persone, che simultaneamente erano soccorse al largo delle coste calabre, ma ancora in acque internazionali[212]. Gli undici componenti dell'equipaggio erano tratti in arresto e la nave condotta presso un porto nazionale, per essere sottoposta a sequestro[213]. È determinante, nella vicenda, l'esercizio del diritto di visita per eseguire l'inchiesta di bandiera, dal momento che – stante il tenore dell'art. 111, 4 UNCLOS – solo l'ingresso dell'imbarcazione trasportante i migranti nelle acque territoriali italiane, avrebbe realizzato la *condicio* della c.d. presenza costruttiva della nave madre, presupposto per l'intervento diretto su quest'ultima. L'adozione dei provvedimenti sul "Pamuk" è giustificata dall'impossibilità per il suo equipaggio di porsi sotto la protezione di uno Stato ed opporre una nazionalità diversa da quella delle autorità intervenienti. È da considerare, inoltre, l'interesse delle autorità a compiere accertamenti atti a confermare quanto l'attività di osservazione occulta aveva rendere più che evidente[214]. L'intervento di polizia è stato giudicato conforme al diritto internazionale, codificato dalla Convenzione di Montego Bay, nella decisione richiamata, che affronta in un rapido passaggio anche la questione inerente la giurisdizione nazionale: risolvendosi la dinamica fattuale nella predisposizione degli strumenti idonei a procurare l'accesso al territorio – per quanto, si noti, questo avvenga per il tramite del naviglio di salvataggio italiano intervenuto fuori dalle

---

[212] Tribunale di Crotone, sent. del 12 settembre 2001, n. 1118. L'equipaggio del guardacoste della Guardia di Finanza rinveniva anche il pannello recante il nome della nave e il compartimento di iscrizione, che ne mostrava l'immatricolazione IMO presso un porto turco.

[213] L'art. 12 co. 4 T.U.I. dispone l'arresto obbligatorio in flagranza, sin dalla modifica apportata dal D. Lgs. 13 aprile 1999, n. 113, dunque anche all'epoca dei fatti di reato.

[214] A. ANTONUCCI - P. CAIAZZA - M. FANTINATO, *L'evoluzione delle norme di diritto internazionale in tema di interventi di polizia in alto mare, con particolare riguardo alle operazioni aeronavali della Guardia di Finanza nel contrasto ai trafficanti di migranti nel Mediterraneo* in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI, (a cura di), op. cit., p. 111 ss. Dai verbali dell'operazione in discorso acquisiti al processo emerge il disegno complessivo dei soggetti attivi: tanto l'atto di trasbordare i migranti sulla seconda imbarcazione quanto l'inversione di rotta dei trafficanti, accertatisi che i trasportati si stessero dirigendo verso le coste italiane, così come il successivo tentativo di fuga erano ripresi o direttamente osservati.

acque territoriali – risulta integrato condizione per il sorgere della potestà punitiva domestica, individuata dall'evento di cui all'art. 6 c.p.[215] Era così dichiarata la penale responsabilità degli imputati per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, perseguendo essi un intento certamente diverso da quello delle persone che essi avevano indirizzato a bordo delle coste italiane a bordo di un altro natante.

Simili statuizioni sono rinvenibili nell'ambito di una più recente vicenda giudiziaria, originata dal "pedinamento" con mezzi aerei del dispositivo *Frontex* della missione "*Aeneas 2011"*. In un'area posta oltre il limite esterno delle acque territoriali, le autorità scorgevano tre individui imbarcarsi su di un mezzo di ridotte dimensioni, mentre un numero consistente di persone era ammassato sulla coperta del natante principale, il quale che recava un nominativo posticcio, evidente tentativo di camuffamento della reale provenienza. Le unità di polizia fermavano i presunti trafficanti e soccorrevano il natante principale – privo di governo – rinvenendo la documentazione che confermava i sospetti sulla reale riconducibilità dell'imbarcazione allo Stato di cui esso esponeva la bandiera. Anche in tal caso, affermava il Tribunale, l'abbordaggio effettuato dalla polizia giudiziaria aveva avuto ad oggetto una "nave sostanzialmente senza nazionalità", stante il disposto del già citato art. 92 UNCLOS[216] e il potere di effettuare ulteriori indagini a bordo ai sensi del Protocollo contro il traffico di migranti di Palermo[217]. Risultava invece necessaria l'autorizzazione dello Stato di bandiera (ora disciplinata dall'art. 8 par. 2 del Protocollo), per legittimare l'ispezione del mercantile "Monica", avvenuta nel marzo 2002 in acque internazionali, in avaria e con oltre 900 persone stipate a bordo. Lo

[215] La sentenza del Tribunale si riferisce all'art. 6 c.p. sia per il primo che per il secondo comma. Tuttavia, si ritiene possa qui porsi un conflitto tra la prima parte dell'articolo ed il suo capoverso che, come detto, ravvisa la giurisdizione per un certo fatto di reato "quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta [nel territorio] in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione". È – da un punto di vista logico – complesso affermare che il favoreggiamento commesso sia al tempo stesso idoneo a produrre i suoi effetti sul territorio italiano (procurare l'ingresso *contra legem* di cittadini non comunitari) e sia commesso in territorio italiano, come l'art. 6 co. 1 prevede (il salvataggio del secondo natante, con a bordo i soli migranti avviene, tra l'altro, a 20 miglia dal litorale). È – insomma – complesso affermare che un reato che si compendi nel favorire l'*ingresso* avvenga sia fuori che dentro il territorio. L'uso del verbo "favorire" riferito all'ingresso è dovuto al testo vigente al tempo e sino al 09 settembre 2002 sostituito dal più stringente verbo "procurare".

[216] L'imbarcazione era stata artatamente "ribattezzata" e il compartimento di iscrizione mutato in un porto croato. Anche la bandiera esposta era quella della vicina repubblica balcanica, nell'intento di dissimulare il reale scopo della traversata, camuffandola in una crociera turistica. Il natante si rivelava avere la stessa nazionalità dei trafficanti tratti in arresto.

[217] Tribunale di Lecce, sent. del 11 gennaio 2012, n. 20.

Stato di bandiera autorizzava specificamente l'abbordaggio allo scopo di indagare sull'eventuale coinvolgimento del proprio mercantile nel traffico di persone, nonostante il meccanismo di delega previsto dal Protocollo non fosse ancora operativo a livello internazionale[218]. Ulteriori casi meriterebbero di essere approfonditi e saranno citati nell'analizzare specificamente il delitto di cui all'art. 12 T.U.I. Per ragioni di esposizione si richiameranno alcune decisioni della Suprema Corte sugli istituti rilevanti in tema, attesa la costante argomentazione difensiva, anche in sede di ricorso avverso le ordinanze di convalida delle misure precautelari o di applicazione delle misure cautelari ovvero contro le decisioni di analogo tenore del giudice del riesame, consistente nell'invocare il difetto di giurisdizione con riguardo alle operazioni di polizia originate in alto mare. Salvo casi di patente irricevibilità della doglianza, a cagione della presenza sul suolo nazionale di soggetti attivi, coordinatori della decisiva fase di sbarco dei migranti sulle coste e dunque concorrenti della condotta dell'equipaggio delle navi madri che incrociavano in acque internazionali[219], gli ulteriori profili analizzati dalla Corte ineriscono la legittimità delle attività strumentali eseguite dalle forze di polizia, tra cui il diritto di inseguimento in alto mare. Una certa eco ha suscitato la decisione del 5 maggio 2010, n. 32960 che ha visto la Suprema Corte annullare senza rinvio la sentenza di condanna, confermata in Appello, pronunciata nei confronti di cittadini turchi colti entro il limite della zona contigua nell'atto di effettuare la ben nota attività di "spola" tra la costa italiana e la nave d'appoggio battente bandiera turca, situata in acque internazionali. La Corte distrettuale aveva affermato l'esistenza della giurisdizione penale, dovuta alla c.d. presenza costruttiva della nave madre che l'equipaggio realizzava trasportando i migranti con un'imbarcazione di servizio nell'area ampia 24 miglia in cui la legge domestica consente allo Stato costiero l'esercizio dei poteri funzionali ad assicurare il rispetto delle proprie leggi in materia di immigrazione. Le Corti di merito avevano ritenuto il diritto di inseguimento della nave madre esercitato in modo conforme all'art. 111 par. 4 UNCLOS, in quanto iniziato all'interno della zona contigua italiana. L'esistenza di una simile regione viene qui posta in dubbio, mancando – come si è detto – una formale proclamazione della stessa sul piano

[218] La vicenda è documentata nell'op. cit. alla nota 190, p. 126 ss. Si noti come la Convenzione contro il crimini transnazionale delle Nazioni Unite sia entrata in vigore nel settembre 2003.
[219] Cass. pen., I Sez. 2013 n. 9816.

internazionale, né potendo supplire a tale difetto la previsione domestica del potere di fermo, ispezione e sequestro di navi sospette nella zona contigua ex art. 12 co. 9 *bis* T.U.I. La mancata indicazione da parte del legislatore dell'estensione di una simile zona, afferma la Cassazione, non può che rinviare alla dimensione massima prescritta dalla Convenzione di Montego Bay, che mai era stata, però, ratificata dallo Stato di bandiera della nave oggetto dell'inseguimento. A mente gli artt. 6 e 7 c.p. e il principio, recepito dal nostro ordinamento a seguito della ratifica della UNCLOS, consistente nella sottoposizione al solo Stato di bandiera delle navi straniere, la Cassazione conclude per l'illegittimità dell'inseguimento e delle misure conseguentemente adottate dalla polizia giudiziaria sulla nave madre appartenente ad uno Stato che non ha deciso di aderire alla Convezione di Montego Bay e di riconoscere i poteri delle Parti di essa nelle rispettive zone contigue. Soltanto un inseguimento iniziato all'interno del mare territoriale italiano, dunque nel territorio nazionale, avrebbe legittimato un continuativo inseguimento da parte delle forze nazionali, non potendo realizzarsi una presenza costruttiva della nave madre per il tramite della sua imbarcazione di servizio, rinvenuta in una zona che per gli imputati era equiparabile all'alto mare. Come osservato anche in precedenza e riaffermato dalla Suprema Corte, sussisterebbe la giurisdizione italiana qualora almeno un frammento della condotta tipica si fosse svolto sul nostro territorio[220]. Di più, nella vicenda processuale in discorso mai emergeva che il traffico di persone fosse stato organizzato o diretto da soggetti in territorio italiano, impedendo anche per tale via di giungere all'esaurimento della condizione di cui all'art. 6 c.p.[221] Autorevoli critiche sono state mosse alla decisione, utilizzata come esempio di mancato riconoscimento, ai fini dell'affermazione della giurisdizione, di un dato – secondo parte della dottrina – ormai acquisito al diritto internazionale consuetudinario e dunque vincolante gli Stati a prescindere dalla ratifica dell'ultima Convenzione sul diritto del mare,

[220] La Corte richiama un precedente avviso in tema di territorialità del fatto, in connessione con il diritto di inseguimento per cui: "In virtù del principio della presenza costruttiva, è legittimo l'inseguimento e la cattura in alto mare di una nave straniera che abbia violato le leggi dello stato rivierasco, purché l'inseguimento della stessa inizi non appena una delle imbarcazioni minori, operanti in équipe con essa e addette al trasbordo della merce verso terra, entri nelle acque territoriali e si inizi nei suoi confronti l'inseguimento" Cass. pen., sez. III, 27 giugno 1992.

[221] Sul punto è evocato un arresto che può ormai dirsi consolidato, visti i numerosi richiami da parte della Suprema Corte in tema di delitto di favoreggiamento riguardo alla sussistenza della giurisdizione, cristallizzato da Cass. pen., sez. I, 2003 n. 5583. La decisione è richiamata nel paragrafo seguente.

consistente nell'estensione della zona contigua per 24 miglia[222]. Non può certamente escludersi che il fondamento della giurisdizione penale dello Stato possa trarsi da specifiche norme di diritto internazionale vigenti in materia[223].

11. L'evoluzione delle modalità del traffico di persone nello scenario del Mediterraneo centrale e le attuali questioni inerenti la giurisdizione penale italiana.

Come evidenziato dai rapporti inerenti l'attività di ricerca e soccorso di imbarcazioni in difficoltà degli ultimi cinque anni[224], *de facto* ricadenti sotto la responsabilità italiana per quanto attiene al coordinamento delle operazioni di salvataggio, si assiste ad un progressivo allontanamento dalle coste nazionali del luogo di rinvenimento dei natanti utilizzati per il traffico di persone diretto verso l'Europa; ciò è dovuto soprattutto ad un progressivo peggioramento della navigabilità dei battelli utilizzati, spesso materialmente incapaci di raggiungere autonomamente l'area di vigilanza afferente alla zona contigua italiana o di fare ingresso nel mare territoriale . Se la prassi precedente aveva conosciuto l'utilizzo di c.d. navi madre dalle quali erano sbarcate al ridosso delle coste le persone "trafficate", si è successivamente assistiti all'impiego di imbarcazioni di dimensioni sempre minori, assemblate in modo approssimativo al precipuo scopo di massimizzare i profitti criminosi, consentendo il solo distacco dalle coste del Paese di partenza e la navigazione "a vista", nell'attesa di una risposta da parte delle autorità al *mayday* lanciato dai passeggeri per il tramite di dispositivi satellitari venduti ai migranti oggetto dello *smuggling*. Anche l'impiego di questi strumenti di comunicazione si verifica oggi in un numero di casi minoritario, facendo le reti di trafficanti affidamento sull'avvistamento da parte del naviglio appartenente ai vari

---

[222] N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, op. cit., p. 122. Affermano che sia "unanimemente riconosciuta in dottrina ed ampiamente dimostrato dalla prassi degli Stati che l'istituto della zona contigua […] ha natura consuetudinaria e che, sotto questo profilo, l'art. 33 UNCLOS altro non sia che una disposizione riproduttiva del diritto internazionale generale" U. LEANZA – F. GRAZIANI, in *Poteri di* enforcement *e di* jurisdiction *in materia di traffico di migranti via mare*, op. cit., p. 170.

[223] L. SALVADEGO, *Controllo marittimo dell'immigrazione clandestina e giurisdizione penale del giudice italiano* in *Rivista di diritto internazionale*, 4, 2010, pp. 1154-1159

[224] Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto: *Rapporto sull'attività Search and Rescue nel Mediterraneo centrale, anno 2016*. Disponibile presso il sito web del Corpo.

assetti attualmente dispiegati dalle missioni europee sia militari (in particolare EUNAVFOR Med[225]) che di sorveglianza dei flussi migratori (nuova agenzia Frontex[226]), come pure – con una presenza ora ridotta a causa del mutato scenario – da parte di mercantili equipaggiati da organizzazioni non governative, cui fa seguito l'intervento da parte . Si tratta, come si dirà analizzando alcuni procedimenti penali in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, non di un benevolo affidamento motivato da una presunta diminuzione dei rischi per i migranti, quanto piuttosto di una strategia criminosa tesa al risparmio dei mezzi predisposti per le traversate e che contempla soltanto entro una logica di mero lucro e convenienza il dato fattuale che le persone trasportate siano o meno salvate e condotte al sicuro[227]. In merito alla *vexata questio* sorta intorno alla presunta forza di attrazione esercitata dalle missioni di soccorso sui gestori dei traffici di persone, si vuol qui segnalare come la teoria del c.d. "*pull factor*" sia di diversi anni antecedente rispetto alla cooperazione tra centri di coordinamento istituzionali e organizzazioni non governative vista nell'anno 2016, ma risalga al periodo di operatività della missione esclusivamente italiana *Mare* Nostrum, al quale non ha mai fatto seguito il lancio di una missione europea dalle medesime finalità umanitarie. Come la stessa agenzia

[225] Decisione (PESC) 2015/778 del Consiglio del 18 maggio 2015 relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale. Il mandato della missione si articola in tre fasi: "sostenere l'individuazione e il monitoraggio delle reti di migrazione attraverso la raccolta d'informazioni e il pattugliamento in alto mare […]", successivamente "procedere a fermi, ispezioni, sequestri e dirottamenti in alto mare di imbarcazioni sospettate di essere usate per il traffico e la tratta di esseri umani […]" per poi svolgere tali attività sulla base delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite o del consenso dello Stato costiero interessato anche nelle acque territoriali e di tale Stato. La terza fase, che parrebbe inattuata, consiste nel distruggere le imbarcazioni usate dalle reti di trafficanti all'interno del territorio dello "Stato costiero" sempre su mandato ONU o con il consenso. Il riferimento, anche viste le risoluzioni in materia di embargo di armi dirette in Libia, non può che essere a tale Paese nordafricano, nonostante esso non venga mai citato esplicitamente nella Decisione ma sia ben noto che le partenze di migranti avvengano quasi esclusivamente dal suo litorale.

[226] L'attuale Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, istituita dal Reg. UE 2016/1624 agisce sia disponendo di propri mezzi sia finanziando l'attività di vigilanza dei corpi di guardia delle frontiere esterne dell'Unione. Nel caso italiano si tratta della Guardia di Finanza e del Corpo delle Capitanerie di Porto.

[227] In particolare, nel cap. II si analizzeranno alcune dinamiche organizzative che la giurisprudenza ha riscontrato in merito all'articolazione delle reti dedite al traffico internazionale di persone, spesso dotate di membri basati sia nei luoghi di partenza, ove i migranti sono detenuti, sottoposti a torture a scopo di estorsione e poi imbarcati anche sotto la minaccia delle armi, sia nei Paesi europei di destinazione. Il pagamento dei tratti del viaggio raramente avviene in una sola *tranche* ed è quindi – in molti casi – necessario che il trasportato resti in vita e possa porsi nuovamente in contatto con la propria famiglia, testimoniando l'affidabilità del sodalizio criminoso e l'avvenuto trasporto in sicurezza, a che il nucleo paghi il costo della traversata all'organizzazione, talvolta accordandosi per ulteriori itinerari in uscita dal nostro paese.

Frontex riconosce ben altre e più profonde sono le cause alla base del fenomeno migratorio, riconducibili ai sempre più diversificati c.d. *"push factors"* che costringono all'espatrio milioni di persone, che solo in minima parte giungono nella loro vita sul suolo europeo[228]. È *ictu oculi* intuibile che le attuali dinamiche del traffico di esseri umani mirino a lanciare in acqua un numero sempre maggiore di piccole e precarie imbarcazioni, ciascuna delle quali, ove avvistata e "riportata" al centro di coordinamento delle operazioni, dà vita ad un c.d. evento SAR, a seguito del quale la normativa internazionale pone sui comandanti di tutte le navi presenti nell'area l'obbligo giuridico di intervenire per prestare soccorso, ove questo sia possibile senza compromettere la propria sicurezza[229]. La successiva conduzione dei naufraghi verso un luogo sicuro, *de facto* presso porti italiani[230], su disposizione

[228] Rinviando al capitolo conclusivo per le considerazioni sull'approccio repressivo al tema della migrazione e i suoi riflessi in ambito penalistico, si fa riferimento in questa sede al clamore suscitato dal rapporto di Frontex di *"Risk analysis for 2017"* ove, nel par. 6.1, si afferma che tanto le missioni di controllo delle frontiere quanto quelle prettamente umanitarie "civili" influenzino le scelte strategiche dei trafficanti e che "tutti gli attori coinvolti nelle missioni SAR nell'area aiutino non intenzionalmente i criminali a raggiungere i loro obiettivi con un costo minimo, aumentando le loro *chances* di successo". L'affermazione appare però incoerente rispetto a quanto immediatamente prima detto rispetto all'aumento del numero dei migranti morti in mare che, secondo l'IOM raggiunge il suo apice nel 2016. Ciononostante, scrive l'Agenzia, il passaparola invoglierebbe altri migranti a compiere lo stesso viaggio, facendo affidamento sul soccorso prestato in mare. Le argomentazioni sono molto simili a quelle dell'allora direttore esecutivo Arias-Fernandez che, nella presentazione dell'attività dell'Agenzia nel settembre 2014, indirizzava simili critiche all'operazione *Mare Nostrum*, avviata dal Governo italiano a seguito del drammatico naufragio del 3 ottobre 2013. La proposta di una missione di soccorso a guida Frontex estesa in tutto il Mediterraneo, lanciata dal Commissario per gli affari interni Malmström a meno di una settimana dalla morte di oltre 360 persone nelle acque territoriali di Lampedusa non ha mai trovato supporto politico. Il 4 dicembre 2013 la Comunicazione della Commissione n. 869 dava conto dell'istituzione di una "*Task force* mediterranea" che si prefiggeva lo scopo di rafforzare la cooperazione tra i Membri e rendere più efficace l'azione di contrasto al favoreggiamento ad opera delle agenzie europee. Si ritornerà sul ruolo delle istituzioni europee nell'ultima parte del lavoro. Per la ricostruzione dei passaggi esposti si veda lo scritto di I. TANI, *Le forme di contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare attraverso il Mediterraneo*, in A. ANTONUCCI, I. PAPANICOLOPULU, T. SCOVAZZI (a cura di), op. cit., p. 176-188.

[229] Art. 98 UNCLOS. Il primo paragrafo impone alle Parti di esigere che i comandanti di tutte le navi che battano la loro bandiera si adoperino per prestare soccorso a coloro che si trovino in una situazione di "*distress*". Un dibattito fortunatamente rimasto fuori della riflessione giuridica ha messo in discussione la riconducibilità a tale condizione dei migranti imbarcati nel Mediterraneo centrale, nonostante la precarietà dei natanti utilizzati – talvolta sabotati dagli stessi organizzatori – sia riportata da ogni tipo di fonte. II secondo paragrafo auspica l'istituzione da parte degli stati costieri di adeguati dispositivi di ricerca e soccorso e di meccanismi o accordi di cooperazione regionale con i Paesi vicini.

[230] Di tale circostanza, dovuta alla Risoluzione MSC dell'IMO 167(78) del 2004, contenente le Linee Guida dell'Organizzazione sul trattamento delle persone salvate in mare, si dirà all'interno del III cap. dell'elaborato, in merito alle risposte nazionali al fenomeno migratorio irregolare. Si evidenzia il punto 6.17: "È da prendere in considerazione la necessità di evitare lo sbarco in territori ove la vita e le libertà di coloro che asseriscano di nutrire un fondato timore di persecuzione sarebbero minacciate, nel caso siano tratti dal mare richiedenti asilo e rifugiati". La Libia, spesso la costa più vicina al luogo dei salvataggi, non ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951, come ricordava già RONZITTI in

d'autorità dello stesso coordinamento unico, viene a costituire da un lato l'atto conclusivo delle operazioni di soccorso, come imposto dalle convenzioni in nota[231], e dall'altro l'evento giuridicamente rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, *procurando* "illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato" di cittadini stranieri o privi di titolo di residenza permanente. A prescindere dal lancio telematico di una richiesta di soccorso da parte dei trasportatori o dei trasportati, è oramai principio acquisito che lo sfruttamento della situazione di pericolo rappresentato dalla navigazione di un numero di occupanti incompatibile con la stabilità del natante, dall'ingovernabilità dello stesso e dall'impossibilità di raggiungere un porto sicuro senza ulteriore pregiudizio per l'incolumità dei passeggeri, si inserisca nella successione di quegli "atti diretti a

---

Il Trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione, Servizio Affari Internazionali, Ufficio Studi del Senato, n. 108 del 2009. Il Trattato del 2008 richiamava l'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ma –si pensi al ricorso Hirsi– ciò non è parso sufficiente a fornire adeguate garanzie.

[231] La Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, adottata ad Amburgo nel 1979 (c.d. Convenzione SAR) è stata attuata dall'Italia con il D.P.R. 28 settembre 1994, n. 662, che ha individuato il Comando generale della Guardia Costiera come centro di coordinamento nazionale delle operazioni di ricerca e soccorso (I.M.R.C.C.). Secondo il punto 3.1.9 dell'Annesso alla Convenzione, la Parte nella cui regione SAR in cui è resa l'assistenza deve coordinare le operazioni di talché i superstiti vengano sbarcati in un *place of safety*. Tale concetto è stato definito in modo articolato, come si è accennato nella precedente nota. Rileva anche la Convenzione per la salvaguardia della vita in mare (SOLAS) come emendata, si veda la nota n. 155. Anche il Reg. UE n. 656/2014, all'art. 2, definisce il luogo sicuro guardando alle garanzie dei diritti fondamentali e al principio di non refoulement, oltre che avuto riguardo delle necessità umane di base. Prima a causa della limitata distanza tra le acque territoriali italiane (isole Pelagie) e i punti di avvistamento di barche con a bordo migranti e poi per il venir meno dell'interdizione delle autorità libiche nelle relative acque, l'Italia si è trovata ad essere il gestore unico della quasi totalità delle richieste d'aiuto nel Mediterraneo centro-meridionale. Malta, come indicato dall'Annesso alla Convenzione SAR (1979), come emendato dalle Ris. MSC 70(69) e Ris. MSC 155(78) (cap. II), ha dichiarato la propria zona di competenza per il soccorso, ma per un'estensione incompatibile con le proprie forze. In base al par. 3.1.6.1 ciascuna Parte può autorizzare le proprie forze a chiedere il supporto di un'altra Parte. L'Italia contestò la dichiarazione maltese, visti i numerosi casi di mancato intervento dello stato insulare, il quale ha sostenuto la competenza italiana in quanto Paese di destinazione delle imbarcazioni. Nonostante tali problematiche, non è ancora stato stipulato un accordo di cooperazione e delimitazione delle zone di competenza tra i due Paesi. Si v. F. CAFFIO, *Ricerca e soccorso* (voce) in *Glossario di diritto del mare*, op. cit. Nell'agosto 2017, anche il governo di Riconciliazione libico ha annunciato di aver comunicato al Segretario IMO l'istituzione di una zona SAR, estesa fino a 70 miglia dalla propria costa, entro la quale le cronache riportano che le operazioni avvengano ancora sotto coordinamento italiano, attesa la non completa autosufficienza del servizio libico (*Exclusive: Italy plans big handover of sea rescues to Libya coastguard* pubblicato sul sito *Reuters.com* il 15 dicembre 2017). In plurime documentate occasioni l'intervento libico in tali acque, anche su istruzioni del I.M.R.C.C. di Roma, ha provocato incidenti ed attriti, anche fatali: si vedano *Sea-Watch: «Ecco il video integrale dell'incidente del 6 novembre 2017»* e *Libia. Per tre volte in tre ore Ong inviata a soccorrere migranti. Ma arriva lo stop* presso www.avvenire.it/attualita/pagine /soccorsi-bloccati
Il 14 dicembre 2017 gli organi di stampa hanno dato notizia di una controdichiarazione libica all'IMO, volta ad annullare la precedente istituzione della zona SAR.
A tal proposito: https://www.avvenire.it/attualita/pagine/tripoli-fa-arretrare-la-marina

procurare illegalmente l'ingresso" di cui all'art. 12 T.U.I. In questo senso si è espressa la Direzione Nazionale Antimafia[232] nelle proposte operative in materia di associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, con particolare riferimento ai "problemi di giurisdizione penale nazionale" datate 9 gennaio 2014[233]. La Procura nazionale, oltre ad esporre la cornice normativa di fonte interna, nazionale, internazionale e comunitaria, enuclea il patrimonio conoscitivo acquisito dalle forze di polizia giudiziaria, nonché dalla magistratura giudicante e dalle Direzioni distrettuali maggiormente a contatto con la realtà transnazionale delle organizzazioni, quest'ultima oggetto di esplicito riconoscimento da parte del legislatore a seguito dell'esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale e l'annesso Protocollo sul traffico di migranti. Il diritto interno, come da consolidata giurisprudenza della Suprema Corte in tema di traffico internazionale di stupefacenti, fonda la giurisdizione reputando necessario e sufficiente "per l'applicabilità del principio di territorialità, di cui all'art. 6 c. p., […] che in Italia sia avvenuta una parte dell'azione anche piccola, purché preordinata – secondo una valutazione "ex post" – al raggiungimento dell'obiettivo delittuoso"[234]. Ulteriore criterio è costituito dalla previsione dell'art. 7 c.p., che – come sopra

[232] L'art. 1, comma 5, della l. 15 luglio 2009, n. 94 ha inserito nel novero dei reati scopo di cui all'art. 416 c.p., al comma 6, il delitto di cui all'art. 12, comma 3-*bis* del T.U.I., che a sua volta richiama la fattispecie di cui all'art. 12 co. 3 prevedendo un aumento di pena in presenza di due o più circostante aggravanti di cui al medesimo terzo comma. Si noti che l'aggravante di cui alla lett. d) già prevede che il fatto sia "commesso da tre o più persone in concorso tra loro […]". L'art. 51 c.p.p., che già dal 2003 attribuiva alla competenza del procuratore distrettuale i procedimenti per delitti di cui all'art. 416 co. 6, ora ulteriormente si riferisce agli "articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3 e 3-ter, del testo unico […]. La previsione volta a ricomprendere gli ultimi due commi è dovuta al c.d. Decreto "Minniti-Orlando", convertito con modificazioni in l. 13 aprile 2017, n. 46.

[233] Il documento è stato pubblicato sul sito *Diritto penale contemporaneo* il 3 febbraio 2014 unitamente al contributo di F. SPIEZIA, Sost. Procuratore Nazionale Antimafia ed è volto ad offrire possibili soluzioni ai "problemi di giurisdizione penale e di intervento cautelare". È ulteriormente precisato che "esso riguarda le attività da svolgersi in presenza della notizia di reato di cui all'art. 416 comma sesto c.p. laddove l'associazione sia diretta a commettere i delitti di cui all'art. 12 comma 3 bis del D. Lgs. n. 286/1998"
Disponibile presso https://www.penalecontemporaneo.it/d/2806-traffico-di-migranti-via-mare-le-linee-guida-della-direzione-nazionale-antimafia-per-la-soluzione-d

[234] Il principio è tratto da Cass. pen., Sez. IV, n. 7204 del 1997. Nel seguito del documento è ricordata altresì Cass. Pen., Sez. VI, n. 29702 del 2003, parimenti in tema di traffico di stupefacenti transnazionale, per la quale "ai fini dell'affermazione della giurisdizione italiana, è sufficiente che nel territorio dello Stato si sia verificato l'evento o sia stata compiuta, in tutto o in parte, l'azione, con la conseguenza che, in ipotesi di concorso di persone, perché possa ritenersi estesa la potestà punitiva dello Stato a tutti i compartecipi e a tutta l'attività criminosa, ovunque realizzata, è sufficiente che in Italia sia stata posta in essere una qualsiasi attività di partecipazione ad opera di uno qualsiasi dei concorrenti, a nulla rilevando che tale attività parziale non rivesta in sé carattere di illiceità, dovendo essa essere intesa come frammento di un unico "iter" delittuoso da considerarsi come inscindibile".

accennato – al n. 5) stabilisce la perseguibilità ai sensi della legge penale italiana del cittadino o dello straniero che commetta in territorio estero taluno dei reati per cui speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscano l'applicabilità della normativa nazionale[235]. Ciò ad uniformare la ricomprensione delle condotte poste in essere non in territorio estero[236] ma *nullius*, quale "il mare internazionale", ove l'equipaggio di una nave-madre ponga in essere le condotte tipizzate dall'art. 12 T.U.I. Il riferimento alle "convenzioni internazionali" ex art. 7 c.p. è in seguito integrato dal richiamo alla normativa interna di recepimento della Convenzione contro il crimine transnazionale e al Protocollo relativo al traffico di migranti. Come esposto, gli strumenti hanno introdotto obblighi di criminalizzazione anche per la consapevole partecipazione alle organizzazioni dedite al traffico per il tramite della l.

---

[235] Il disposto del n. 5 in parola sarebbe "totalmente superfluo sul terreno dell'individuazione delle norme penali italiane applicabili" per M ROMANO, in *Commentario*, cit., p. 131. Ciò sia per le "speciali disposizioni di legge" sia per le "convenzioni internazionali" menzionate. Per le prime, l'Autore osserva che esse stesse sanciscono la loro applicabilità quando il fatto sia commesso all'estero; quanto alle convenzioni, (è citata quella supplementare per l'abolizione della schiavitù del 1956, che non difetteranno di meccanismi di adattamento al diritto interno con i provvedimenti di esecuzione, con l'inserimento – se del caso – di fattispecie penali. Si tratta delle "norme ad apposita determinazione della propria sfera di applicazione" anche per TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973, p. 129. Pur difettando di contenuto innovativo rispetto a tali norme, in n. 5 è affermazione del principio di universalità, che vale ad escludere la necessità di qualsiasi condizione di procedibilità nonostante la commissione all'estero. L'intero discorso è da leggere alla luce del principio di stretta legalità, come ricorda anche E. MEZZETTI, all'interno di *La legge penale Fonti, tempo, spazio, persone*, op. cit., p. 401-402, concorde in ordine al radicamento del p. di universalità del n. 5. Non potranno discendere effetti di penalizzazione direttamente dalla convenzione o dalla direttiva europea dettagliata.

[236] Sul punto si veda C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, op. cit., p. 354, ove si evoca il principio della territorialità di cui al citato art. 4 cod. nav. inerente le navi battenti bandiera italiana e il disposto dell'art. 1240 che – si ricorda – stabilisce la competenza territoriale del giudice che ha sede nel luogo di primo approdo dell'imbarcazione a seguito della commissione del reato, limitatamente agli illeciti penali previsti dal codice stesso. In tal senso l'Autore ricorda la sentenza Renevey del 30 giugno 1992 della Corte d'Appello di Palermo che equiparava a reato commesso all'estero quello avente per *locus commissi* una nave straniera in acque internazionali. Il procedimento si rivelò avere per oggetto non un reato di cui al Codice della navigazione ma in tema di stupefacenti, non certo riconducibile al novero dei *crimina juris gentium* per i quali "in base ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili (in virtù dell'adeguamento automatico a tali norme sancito dall'art. 10 Cost.), è consentito interferire nei confronti di navi straniere in navigazione in alto mare". La pirateria, unanimemente ricondotta in tale novero, giustificherebbe un simile intervento, ma non certo varrebbe a fondare la giurisdizione per un illecito rivelatosi avere una diversa natura quale, ad esempio, il traffico di stupefacenti. La pronuncia, precedente la ratifica italiana della UNCLOS, affermava il principio dell'immunità dalla giurisdizione delle navi straniere che la Convenzione ha poi ribadito unitamente a quello della necessaria autorizzazione da parte dello Stato di immatricolazione. Il traffico di migranti, a differenza della tratta di schiavi non rientrante nel novero di quei *crimina*, è stato oggetto di un'apposita regolamentazione di fonte convenzionale che prevede i meccanismi sopra esposti in tema di attività di indagine anche in alto mare. L'espressione "mare internazionale" utilizzata nel documento della P.N.A. è più corretta, ad opinione di CONFORTI, rispetto alla classica "alto mare" e può oggi inquadrare il regime delle aree "sottratte al controllo totale o parziale di un singolo stato". Così in *Diritto internazionale*, op. cit., pp. 282-283.

n. 146 del 2006, in ossequio all'art. 5 della Convenzione[237]. In tal senso è utile ricordare come la dimensione transnazionale del crimine sia in questa sede qualificata anche dall'intera commissione del reato in uno Stato accompagnata dalla produzione di effetti sostanziali in un altro territorio[238]. Completa, infatti, il quadro l'art. 15 della Convenzione, per il quale ciascuna Parte "adotta le misure necessarie per determinare la sua giurisdizione relativamente ai reati di cui all'art. 5 […]" commessi sul proprio territorio o su imbarcazioni che abbiano la sua bandiera, e ha facoltà di dichiararla quando il reato sia commesso in danno di un proprio cittadino, abbia come soggetto attivo un proprio cittadino o – afferendo l'illecito alla categoria dei modi di partecipazione a sodalizi criminosi di cui all'art. 5 par. 1 – sia compiuto in un luogo del tutto alieno al territorio nazionale, ma preordinato al compimento di un "grave reato" su di esso. Il magistrato estensore non manca di dare voce ai dubbi posti in luce dalle corti territoriali, chiamate ad esercitare la giurisdizione nazionale ed, ancor prima, valutare la legittimità delle misure poste in essere dalle forze di polizia, pur nel rispetto dei meccanismi offerti dalla normativa internazionale in parola. Non sussiste alcun dubbio in merito alla corretta interpretazione ed esecuzione del diritto di visita in alto mare ormai invalse, aventi per oggetto una nave priva di bandiera, in modo logicamente connesso all'attività di osservazione delle sue attività, tra cui il palese trasbordo di persone su di un altro natante messo in rotta per l'Italia ove effettivamente avvenga lo sbarco di persone. Se un abbordaggio è effettuato utilizzando lo strumento del diritto di visita della nave senza nazionalità, in un'azione il cui scopo sotteso è cercare materiale conferma di un già evidente coinvolgimento, non può non essere oggetto di vaglio dell'ufficio procedente la

[237] L' art. 5 Convenzione ONU di Palermo impone alle Parti di punire come reati: a) in modo distinto dalla sanzione del tentativo o della consumazione di un'attività criminosa, le condotte consistenti nell'accordarsi con taluno per commettere un "reato grave" e nel partecipare attivamente alle attività del gruppo criminale organizzato e alle altre attività dello stesso, avendo l'agente la consapevolezza del loro contributo al raggiungimento dei fini del sodalizio; b) l'attività consistente nell'organizzare, dirigere, facilitare, incoraggiare, favorire e consigliare la perpetrazione di un reato grave che coinvolge un gruppo organizzato.

[238] Art. 3 lett. d) Legge 16 marzo 2006, n. 146. Tale caratteristica rende non necessaria la disposizione d'apertura dell'articolo per la quale un reato acquisisce il carattere della transnazionalità ove sia per esso prevista una pena detentiva non inferiore nel massimo a quattro anni unitamente al coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato. Quest'ultimo è definito dalla Convenzione ONU di Palermo come una formazione strutturata che si protragga nel tempo di tre o più persone, agenti di concerto allo scopo di commettere reati gravi (puniti con la reclusione di almeno quattro anni nel massimo) o reati comunque previsti dalla Convenzione, il cui operato sia fine all'ottenimento di un vantaggio materiale o finanziario anche indiretto.

legittimità dei poteri coercitivi impiegati anche alla stregua dell'ordinamento interno. La giurisprudenza rileva, però, come ambiguo possa apparire il testo del Protocollo sul traffico, nel consentire che le autorità delle Parti prendano le "opportune misure" conformemente alla normativa nazionale, una volta a bordo della nave fermata dopo che il loro "sospetto sia confermato da prove"[239]. È richiamata, in tale decisione e dal documento della Procura Nazionale, la dottrina di origine statunitense della *self defence*, per la quale lo Stato sarebbe legittimato, pur in assenza di strumenti di diritto internazionale o accordi con lo Stato di bandiera, all'esercizio dei poteri funzionali a reprimere traffici illeciti internazionali, a maggior ragione nei confronti delle imbarcazioni prive di bandiera[240]. Ci si domanda quali analogie possano cogliersi tra una simile impostazione e la teoria dell'universalità in ragione della difesa di quei "beni giuridici di specialissima importanza", ove vengano attaccati interessi vitali dello Stato, lesi dalle categorie di reati riconducibili al novero di cui all'art. 7 c.p.[241]. Ragionevolmente potrebbe essere necessario scernere in ragione dell'effettiva direzione delle condotte e la concreta lesione di tale genie di interessi, diversamente da quanto avvenga per la persecuzione di odiosi crimini per i quali non si avrebbe un'applicazione del principio di difesa ma, nuovamente, di universalità, a cagione della particolare gravità di delitti lesivi di interessi che travalicano quelli dei singoli Stati[242]. Vi è, inoltre, chi segnale che la disposizione, ancorché contenente un richiamo superfluo, risulti ispirata dal rispetto delle convenzioni internazionali, potendo queste, a loro volta, trovare quale fondamento tanto il principio di difesa quanto quello di personalità o altri motivi di opportunità[243].

L'estensore delle "linee guida" mostra di condividere l'esito positivo di tale vaglio compiuto in sede di convalida delle misure personali, nell'ambito, si avvisa, di un procedimento per il quale difficilmente poteva ragionevolmente dichiararsi il

---

[239] Ord. di convalida del fermo e applicazione della custodia in carcere del Tribunale di Catania, Ufficio del GIP, nel proc. pen. n. 8749/2013.

[240] In tal senso sono state codificati i poteri in alto mare che già le Corti U.S.A. avevano dichiarato legittime, specificamente nel *Marijuana on the High Seas Act* (1980) e nel *Maritime Drug Enforcemente Act* (1986), che sottopone, senza necessità di particolari adempimenti, le navi sospette di essere utilizzate nel narcotraffico alla giurisdizione. Gli Stati Uniti non sono parte della Convenzione di Montego Bay.

[241] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte gen.*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 125.

[242] *Idem*, l'Autore porta come esempi di condotte punite in adempimento di obblighi internazionali, come la tratta di donne e minori commessa da un cittadino italiano, la riduzione in schiavitù ma ove commessa in danno di un cittadino italiano.

[243] F. PAGLIARO. *Legge penale nello spazio*, voce cit.

difetto di giurisdizione stante il compimento di un determinante momento della condotta sul territorio. Nondimeno, si dà conto delle pronunce – in sede di riesame – che hanno acclarato la non estensibilità della potestà punitiva in ordine alla condotta di cui all'art. 12 T.U.I. e alla morte di persone in conseguenza di tale reato, a causa dell'interruzione del compimento del delitto di favoreggiamento dovuto all'intervento in soccorso di un mercantile in alto mare; ciò neppure per il tramite dell'art. 7 n. 5 c.p.[244] Decisamente oltre si è spinto lo stesso Tribunale siciliano nelle ulteriori decisioni citate, confermando le ordinanze applicative delle cautele, argomentate sulla base di "una tendenza all'espansione dei poteri coercitivi dello Stato terzo, ed il contemperamento tra le 'esigenze particolari' della sovranità e l'interesse "generale" al contrasto ai crimini lesivi di valori globali"[245].

La Procura nazionale annovera tra le fonti interne anche il meccanismo di estensione della giurisdizione di cui all'art. 10 c.p., che consente la punibilità dello straniero che si trovi sul territorio nazionale, secondo la legge italiana, fuori dai casi di cui agli artt. 7 – 8, ove sia presentata querela della persona offesa o su richiesta del Ministro della Giustizia per i reati che integrino i requisiti sanzionatori.[246] La norma è descritta nel testo come un "criterio subordinato" all'assenza delle condizioni di cui all'art. 6 c.p., ma non può che rilevarsi qui che sia la prassi giudiziaria, con costante conforto in sede di legittimità, a relegare il meccanismo ex 10 c.p. ad un ruolo decisamente residuale in materia di procedimenti penali per condotte atte a favorire l'immigrazione poste in essere completamente al di fuori dal territorio nazionale, anche nell'ipotesi contemplata dal magistrato estensore, consistente nell'attivazione di una richiesta di soccorso marittimo proveniente da uno "scafista" e originata da un natante in acque internazionali. Le linee guida affrontano un tema sul quale si

---

[244] Tra queste, Ord. del Tribunale di Catania, Sez. per il Riesame n. 1551/13, in annullamento dell'ord. di applicazione delle misure cautelari del GIP: "deve ritenersi il difetto di giurisdizione italiana, non essendo, secondo quanto stabilito dall'art. 6 c.p., avvenuto nel territorio italiano neanche un solo frammento della condotta intesa in senso naturalistico e, quindi, un qualsiasi atto dell'*iter criminis*".

[245] Ord. del Tribunale di Catania, Sez. per il Riesame, sull'ord. del GIP presso il Tribunale di Catania emessa in data 16.9.2013, di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere. Il virgolettato che riprende a sua volta l'ordinanza è tratto dalle Linee Guida, p. 24.

[246] A. F. Panzera, *Giurisdizione penale (limiti della)*, in *Dig. disc. pen.*, voce cit. L'Autore, ribadendo quanto affermato rispetto al disposto dell'art. 8 c.p., qualifica la richiesta, l'istanza o la querela non come criteri che stabiliscano la giurisdizione quanto come "condizioni di promovibilità dell'azione penale". La pena prevista per il delitto non dovrà essere inferiore, nel minimo, a tre anni. Critico, invece, rispetto ad una differenziazione in tali tipologie di criteri è T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973, p. 129.

tornerà, connesso alla natura del delitto di cui all'art. 12 T.U.I. che, specie nell'attuale configurazione, tende ad anticipare il momento della tutela del bene giuridico protetto. È infatti richiamata la sentenza (*supra* citata) n. 5583 del 2003 della Corte di Cassazione, nella quale, confermandosi una sentenza che aveva dichiarato il difetto di giurisdizione dello Stato, si statuisce che "la rilevanza dell'evento, agli effetti della legge penale e quindi anche dell'art. 6 del codice, presuppone che la consumazione del reato dipenda da quel dato accadimento, naturalisticamente inteso". Diversamente, "quando è incriminata – per la sua attitudine ad esporre a pericolo l'interesse protetto – una condotta rivolta a realizzare un determinato risultato, l'illecito è con ciò perfetto, sicché l'eventuale conseguimento dello scopo diviene indifferente". Il caso di specie aveva sì visto la realizzazione dell'evento consistente nell'introduzione di stranieri sul territorio nazionale, ma in un modo mediato per l'agire autonomo e slegato dalla condotta del soggetto attivo[247], di tal che "non può considerarsi realizzato nel territorio dello Stato un comportamento come tale incriminato, anche se nel detto territorio se ne verifichino le conseguenze" senza che almeno un frammento della condotta non sia commesso in Italia[248]. È agevole notare come ciò precluderebbe la configurabilità del favoreggiamento ogniqualvolta si interponga l'azione di un attore differente dal soggetto attivo, in veste di c.d. autore mediato. L'argomentazione della Corte è in realtà affatto priva di duttilità e di risvolti idonei a ricomprendere le più moderne modalità di gestione del disumano traffico in discorso. In tal senso la Procura ha avallato le linee operative già in uso presso l'Ufficio distrettuale di Catania,

---

[247] Il comandante di una nave di bandiera greca aveva "preso in consegna" i passeggeri occulti che il presunto autore del favoreggiamento aveva nascosto tra la merce di un autocarro a fronte del pagamento di una somma in denaro, allo scopo di consentirgli l'ingresso in Italia nel previsto porto nazionale di sbarco. La scoperta delle persone trasportate era certamente avvenuta fuori dal territorio nazionale e non vi era dubbio che ivi si fosse consumata anche la condotta del nascondere i migranti. L'introduzione nel territorio era quindi frutto di una scelta eterogenea allo stratagemma ordito dal soggetto attivo e doverosa per apprestare le necessarie cure.
In *Cassazione penale*, 1, 2005, p. 185.

[248] La situazione muta radicalmente, in tema di giurisdizione, ove sia dimostrata – afferma in contrapposizione a tale *dictum* la Procura – il dato della almeno parziale commissione in territorio nazionale delle condotte che effettivamente configurano il reato e in cui esso consiste a prescindere dall'evento. Quest'ultimo è sin da Cass. pen., sez. I, 4586 del 2000 giudicato non necessario per ritenere integrata la fattispecie e in forma consumata. Il caso di specie vedeva l'organizzazione di una traversata via mare dall'Albania da parte di soggetti basati in Italia. Ciò configurava il reato a prescindere dall'effettivo ingresso degli stranieri dovuto alle condizioni meteomarine avverse e al rimorchio della nave che li trasportava da parte di imbarcazioni militari italiane. In *Cassazione penale*, 7-8, 2001, p. 2187.

asserendo che tanto l'attivazione strumentale delle autorità preposte alla salvaguardia della vita umana in mare, attraverso il lancio telefonico di un "*mayday*" per mano dell'equipaggio delle navi-madre, tanto la deliberata posizione dei trasportati in una situazione di pericolo, costituiscano condotte idonee ad integrare gli "atti diretti a procurare l'ingresso illegale". In tal senso, i comportamenti rientranti in una "strategia", per usare il termine impiegato dalla Cassazione come pocanzi citata, non possono ritenersi estranei all'esercizio dell'azione penale in Italia, fermandosi in acque internazionali, "sviluppandosi anche sul territorio dello Stato sino al conseguimento dell'obiettivo perseguito". Sono conseguentemente esemplificate le evenienze più ricorrenti nell'attuale fenomenologia del traffico di persone. Prescindendo qui dal ripercorrere le più patenti ipotesi di coinvolgimento dell'equipaggio di una nave-madre enucleate, che ripropongono ed ampliano parzialmente la dimensione delle pratiche operative già, allo stato, impiegate da parte della polizia giudiziaria[249], si segnala come il caso in cui sia avvistato la sola imbarcazione minore, debba essere data comunicazione alla Procura ordinaria "competente per territorio", ove la rotta del natante ne consenta l'individuazione o, in caso contrario, all'Ufficio che abbia sede sul tratto di costa più prossimo[250]. Come si anticipava, anche il lancio di una richiesta di soccorso dalla nave-madre legittimerà l'abbordaggio per i dovuti controlli, sfruttando il dato che essa sia senza bandiera (o equiparabile) per procedere al sequestro in esecuzione del provvedimento della "competente autorità giudiziaria" quando quest'ultima ritenga che le specifiche condizioni del natante minore – ossia la sua inadeguatezza e idoneità a porre a rischio l'incolumità dei trasportati – rendano concreta l'ipotesi di una strategia volta a costringere le autorità a prestare soccorso, provocando così il risultato dell'ingresso

[249] *Sub* lett. h) del documento sono elencate le possibili combinazioni di interazione tra nave-madre e imbarcazioni destinate allo sbarco, con riferimento agli strumenti di "inchiesta" di polizia marittima e all'attività di c.d. ombreggiamento e documentazione fotografica nei confronti dell'eventuale imbarcazione maggiore, avverso il cui equipaggio la Procura distrettuale procederà per l'ipotesi di cui al 416 co. 6 c.p. una volta che il natante destinato allo sbarco giunga in acque territoriali, come pure laddove elementi investigativi anche preesistenti, consentano di collegare l'azione degli scafisti a quella di complici presenti in Italia e – sussistendo la giurisdizione – risulterà legittimo l'esercizio dei poteri coercitivi. È altresì affermato che sia "ragionevole ritenersi la sussistenza" della medesima ipotesi di reato, nell'eventualità "di avvistamento in acque internazionali di un natante di cui si sospetti il ruolo di c.d. nave-madre, che abbia o meno al traino un natante più piccolo […] quando la rotta seguita lasci presumere uno sbarco in territorio italiano".

[250] Si intuisce che ciò sia dovuto alla competenza per materia rispetto all'ipotesi di "semplice" favoreggiamento e non all'associazione di cui al 416 co. 6 c.p.

nel territorio dello Stato.[251] Allo stesso modo dovrebbe procedersi anche in assenza di una richiesta di soccorso, qualora le condizioni dell'imbarcazione minore siano di per sé tali da provocare l'attivazione del dispositivo SAR[252]. Nell'eventualità in cui alcuna delle vie esposte fosse percorribile e – dunque – la condotta non fosse in alcun modo ancorabile alla giurisdizione nazionale, supplirebbe la possibilità fornita dall'art. 10 c.p. e dalla richiesta del Ministro della Giustizia affinché egli chieda di procedere nei confronti dello straniero per un reato commesso all'estero, purché questi si trovi volontariamente sul territorio nazionale[253].

La giurisprudenza immediatamente susseguente, anche in sede di legittimità, sembra aver recepito le proposte in tema di risoluzione dei problemi legati alla giurisdizione appena esposte, mostrando di aver preso avvio da tale impostazione ermeneutica delle norme nazionali ed internazionali nell'affermare la sussistenza della potestà punitiva italiana, nonostante l'innegabile circostanza che ogni condotta posta in essere dai presunti membri del sodalizio criminoso si sia arrestata in acque internazionali[254]. La Suprema Corte, nella sent. n. 14510 del 2014 della I Sezione è stata chiamata a pronunciarsi proprio a seguito di un ricorso proposto dalla Procura distrettuale del capoluogo etneo, avverso l'annullamento in sede di riesame, dell'ordinanza applicativa delle misure cautelari nei confronti di un presunto appartenente ad un'associazione transnazionale dedita al traffico di migranti, riconosciuto quale materiale conduttore di un'imbarcazione tratta in salvo in acque internazionali. L'importanza della decisione si coglie proprio considerando le particolari modalità della condotta fattiva posta in essere dai soggetti attivi, per la circostanza che questa ultima si è completamente consumata ben oltre il confine marittimo nazionale[255]. Come sopra accennato, l'argomentazione elaborata dalla

---

[251] Lett. H-8) del documento.

[252] Lett. H-10) del documento. Si procederà in base alla normativa internazionale sopra esposta ove la nave-madre batta una bandiera.

[253] Lett. H-12) del documento, che espressamente associa tale possibilità alla stessa ipotesi in cui gli "scafisti" attivino i soccorsi allo scopo di procurare l'ingresso delle persone nel territorio.

[254] A. GILIBERTO, *Diritto del mare, giurisdizione penale e «autorìa mediata»: una recente pronuncia della Corte di cassazione in tema di traffico di migranti conferma le soluzioni proposte dalla Direzione Nazionale Antimafia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3-4, 2014, p. 134-153.

[255] Si legge nella sentenza in esame, commentata anche nell'articolo di periodico di cui alle precedenti note, che nel caso di specie il soggetto attivo H. H., tunisino, era riconosciuto dai migranti trasportati come colui che si era posto al timone dell'imbarcazione lanciata dalla nave-madre in alto mare. Dopo un primo tratto di navigazione, gli occupanti avevano ricevuto viveri e indicazioni da un'altra imbarcazione tunisina, forse non del tutto estranea all'organizzazione criminale, per poi essere soccorsi da un mercantile di bandiera liberiana dopo l'allarme da parte del peschereccio

Suprema Corte nella sentenza n. 5583 del 2003 qui più volte richiamata, per la quale la negazione – nel caso di specie – della sussistenza della giurisdizione ex art. 6 c.p., derivava dalla constatazione che non sempre, per il perfezionamento di una fattispecie, risulta necessario il verificarsi dell'evento naturalistico, qui costituito dall'ingresso delle persone trasportate nel territorio dello Stato, comunque verificatosi ma "indifferente". Sulla base della medesima ricostruzione della fattispecie di favoreggiamento, la Cassazione giunge al risultato opposto a quello della sentenza evocata, avuto riguardo delle differenze in ordine allo stratagemma adottato dai trafficanti nelle due vicende. Se nel primo caso risultava irrilevante, essendo la condotta realizzata *in toto* ma in luogo non sottoposto alla nostra giurisdizione, che il risultato sperato dal soggetto attivo si fosse avverato per l'intromissione di un altro soggetto, nella vicenda di cui alla sentenza n. 14510, i migranti sono posti su imbarcazioni prive di bandiera in acque internazionali, in condizioni di navigazione tali da provocare o poter invocare l'intervento dei soccorritori al previsto scopo di essere condotti da questi ultimi nel luogo sicuro in base alle vigenti convenzioni in tema di salvataggio. La condotta non può dunque dirsi conclusa (in "terra di nessuno") "in vista del risultato che sarà conseguito senza soluzione di continuità" con il prevedibile intervento delle unità accorse in aiuto, onde concludere la traversata "sotto lo scudo dei soccorritori", la cui opera è scriminata dall'agire in stato di necessità ex art. 54 c.p.[256] Sulla base del principio

---

incrociato, e sbarcare in un porto siciliano. Essendosi la condotta di conduzione del natante e di cooperazione con l'equipaggio della nave madre tutta svoltasi in acque internazionali o territoriali maltesi, il Tribunale di Catania in sede di riesame (ord. n. 1683/2013) aveva annullato l'ordinanza del GIP che applicava la custodia cautelare in carcere il 19 settembre 2013 "per i reati di cui agli artt. 416 c.p. e 12 D. Lgs. 286/98". Per il Tribunale della libertà non vi erano sufficienti indizi ad avvalorare la tesi del coinvolgimento e stabile inserimento di H. nell'organizzazione operante in Libia. Non poteva sussistere giurisdizione per il delitto di cui al Testo Unico e nessun frammento della descritta condotta poteva ritenersi avvenuto nel Paese ex art. 6 c.p.

[256] Ci si sente di poter affermare, alla luce dell'approfondimento compiuto, forse in adempimento di un dovere ex art. 51 c.p., avuto anche riguardo al presidio penale di cui all'art. Art. 1113 cod. nav. "Omissione di soccorso", tenuto conto dell'art. 70 "Impiego di navi per il soccorso", che consente all'autorità di disporre delle imbarcazioni mercantili se necessario per portare aiuto, dell'art. 1158 "Omissione di assistenza a navi o persone in pericolo" e del reato di cui all'art. 113. c.p. mil. di pace "Omissione di soccorso o di protezione in caso di pericolo". Come sopra ampiamente esposto, è ormai prassi consolidata, ben oltre al di là delle acque ricadenti strettamente nella zona di ricerca e soccorso italiana, che successivamente al lancio dell'allarme, ritrasmesso al centro di coordinamento marittimo sito in Roma, le unità presenti in una certa zona di mare non possano sottrarsi al dovere di portare soccorso, che già incombe sui comandanti di tutte le navi, mercantili e governative. Per G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, p. 311, l'art. 54 co. 1 c.p. contempla anche l'ipotesi del soccorso di necessità, ove l'azione necessitata è commessa da un terzo e non dallo stesso soggetto in pericolo: "vi sono però casi di soccorso di necessità che rientrano non

causa causae est causa causati, la situazione che si prospetterebbe innanzi ai soccorritori, ricollegabile alla menzionata scriminante, non potrebbe che essere imputata ai trafficanti, ideatori e realizzatori dell'esposizione dei trasportati al rischio di perire in mare. Senza lasciare adito a dubbi, la Corte pronuncia il principio di diritto che maggiormente estende[257] la potestà punitiva del nostro Stato in quest'ambito, ben al di là di ogni zona contigua o di c.d. capacità di proiezione delle unità navali di polizia: deve essere riconosciuta la giurisdizione in ordine al delitto di cui all'art. 12 T.U.I., ove migranti siano "abbandonati in mare in acque extraterritoriali" su natanti inadeguati allo scopo di attivare il soccorso e far sì che "i trasportati siano accompagnati nel tratto di acque territoriali" essendo la condizione di stato di necessità direttamente riconducibile all'operato dei trafficanti, provocatori del grave pericolo per l'incolumità, legata, "senza soluzione di continuità, al primo segmento della condotta commessa in acque extraterritoriali". Di più, quanto alla sussistenza della giurisdizione in ordine al reato di associazione a delinquere, si afferma che sia possibile agire in considerazione del carattere transnazionale del gruppo criminale, e per il tramite dell'art. 7 c.p., n. 5, in forza dell'art. 15, par. 2, lett. c) della Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite. Rinviando al seguente capitolo per le necessarie considerazioni inerenti la qualificazione giuridica del ruolo dei soccorritori, riportabile – a giudizio della Suprema Corte – ascrivibile alla figura del

---

nell'art. 54 bensì nella più incisiva scriminante dell'adempimento di un dovere: si pensi ad es. all'obbligo da adempiere nelle situazioni previste dall'art. 593". In non poche occasioni la Suprema Corte, pur evocando la decisione in commento, ha utilizzato il tramite dell'art. 48 c.p. per l'individuazione del soggetto responsabile dell'ingresso materialmente provocato dai soccorritori (Cass. pen, sez. I, 2016 n. 11070) o ha ritenuto di richiamare accanto al 54 anche l'art. 111 (Cass. pen, sez. I, 2017 n. 36837). In senso contrario alla ricostruzione accennata, Cass. pen, sez. I, 2014 n. 53007, per la quale "il progetto dell'indagato e dei suoi complici era quello di utilizzare l'intervento certo delle autorità italiane per fini umanitari (poco importa se per evitare le conseguenze di omissioni penalmente rilevanti, ovvero per contrastare lo stato di necessità, ovvero ancora - ma è la tesi più inconsistente giacché giuridicamente illogica - per ubbidire ad un ordine legalmente dato)." La citata decisione, vertendo il ricorso sull'interpretazione dell'art. 6 c.p., afferma la sussistenza della giurisdizione, in quanto ciò che rileva "è dove la immigrazione si è compiutamente realizzata, giacché essa (immigrazione) ed essa soltanto integra quell'evento ovvero la conseguenza dell'azione delittuosa ai quali fa riferimento l'art. 6 c.p., co. 2 per individuare o meno il *locus commissi delicti* nel territorio nazionale". Questa era, invero, la "conseguenza perseguita […] poco importa se direttamente ovvero con l'auspicato intervento umanitario della Marina militare italiana".

[257] Ben chiara la *ratio decidendi* si potrebbe notare come la Corte affermi un principio particolarmente "espansivo" anche perché idoneo a ricomprendere anche le condotte di chi abbia provocato l'intervento dei soccorsi e abbia "*abbandonato*" i migranti in mare. Nel caso di specie, si discute della possibilità di procedere penalmente avverso un presunto partecipante al sodalizio che era presente sull'imbarcazione oggetto del soccorso, indiziato di aver contribuito alla realizzazione della strategia. Nel testo è infatti poi evocato il criterio di cui all'art. 7 n. 5 c.p.

c.d. autore mediato ai sensi dell'art. 54 co. 3, è innegabile che la figura impiegata per rappresentare tale apporto alla realizzazione del reato abbia una natura controversa, godendo di opposto favore presso la dottrina e la giurisprudenza, e possa essere ulteriormente scindibile nelle due figure del c.d. strumento incolpevole e dello "strumento agente lecitamente"[258]. A fare da collante tra le condotte fattive ed extraterritoriali e quelle compiute dai soccorritori, che fanno ingresso con i trasportati entro i confini nazionali, parrebbe essere – appunto – l'azione necessitata di questi ultimi, con l'utilizzo della scriminante in parola quale criterio di imputazione della responsabilità, forse riconducibile ad c.d. soccorso di necessità[259]. Come è stato fatto notare, se un esito di segno diverso della decisione porterebbe a ritagliare spazi di impunità ai trafficanti di esseri umani – manifesta la Suprema Corte nel configurare il loro agire come improntato da un'ininterrotta signoria sul fatto – il ricorso alla figura dell'autore mediato potrebbe non essere né la via più congrua né costituire un mezzo imprescindibile. Infatti, requisito posto dall'art. 54 co. 3 c.p. è quello dell'"altrui minaccia" determinante lo stato di necessità, pacificamente intesa quale prospettazione di un male ingiusto futuro, come una situazione intrinsecamente pericolosa ma non ancora presente, reversibile e nel dominio dell'autore della minaccia stessa. Si riscontrerebbe invece, nel caso di

[258] A. GILIBERTO, *Diritto del mare, giurisdizione penale e «autorìa mediata»*, op. cit., p. 146 ss.

[259] G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., p. 305 ss., in cui si dà conto dell'equiparazione legislativa della condotta di chi agisca tentando di porre in preservando un proprio bene e quella che cerchi di difendere il bene di un terzo, agendo in stato di necessità, entrambe incasellabili nella disposizione del co. 1°. Se la precedente dottrina aveva considerato l'istituto come una causa di esclusione della colpevolezza, si deve tener conto dell'evoluzione interpretativa che ha tentato di rispondere ai dubbi sorti in merito ai casi di c.d. soccorso di necessità, in cui un terzo intervenga alla scopo di salvare un soggetto in pericolo e a lui estraneo: sarebbe in questi casi poco salda la posizione di chi sostenga che la costrizione del terzo sia dovuta all'inesigibilità psicologica di una condotta diversa. Sarebbe quindi opportuno ricorrere alla teoria del bilanciamento degli interessi, sintetizzabile nel venir meno dell'interesse dello Stato alla tutela contestuale del bene giuridico posto in salvo dal soccorritore e quello da lui offeso contravvenendo alla norma penale. Diversamente, per G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 311, non potrebbe superarsi la concezione della scriminante basata sulla presenza di un effettivo turbamento psicologico in capo chi contravvenga alla norma. Conferma ne sarebbe proprio il terzo comma della disposizione, che qui ci occupa. Anche nel caso di azione costretta dalla minaccia, infatti, lo stato di necessità possiederebbe la stessa natura dell'ipotesi del 1° co., essendo soltanto diversa "la fonte del pericolo". In tema di soccorso di necessità, dunque, il terzo potrebbe essere scusato solo nella misura in cui un pericolo che egli si rappresenti produca in lui il c.d. turbamento motivazionale, "il che potrà accadere […] anche quando si tratti di altre persone vicine all'agente", ma – pare – pur sempre a lui connesse affettivamente. "Non è contestabile che abbia natura di scusante l'ipotesi di 'stato di necessità determinato da altrui minaccia' prevista nel co. 3".

specie, l'attualità del pericolo[260], di cui tutti i soggetti, partecipi o meno del favoreggiamento sono vittime, unita alla eterogeneità tra i soggetti oggetto della "minaccia" e coloro che, soccorrendo, contravvengano alla legge penale in tema di immigrazione. Si può agevolmente constatare come la creazione dello stato di pericolo per i migranti, per quanto parte di cinica strategia tesa a massimizzare i profitti e ridurre il rischio di persecuzione da parte delle autorità, sia sostanzialmente difforme dallo stato di "coazione morale" che fa del minacciato uno soggetto privo di autodeterminazione ed eventuale offensore di beni giuridici tutelati, perdendo, il soggetto attivo che si intende chiamare a rispondere ex co. 3 – inoltre – la sua posizione di controllo sulla scena, sin dal momento del lancio della richiesta di soccorso[261] originante la conoscenza della situazione di pericolo e l'obbligo di apprestare tutti i possibili mezzi per intervenire in ottemperanza a doveri inderogabili. Non parrebbe, dunque, l'istituto in discorso il meccanismo più inattaccabile ed idoneo a riconnettere le spregevoli condotte commesse in acque aliene all'esercizio della giurisdizione penale con il risultato ottenuto sperato ed ottenuto sul territorio ove la potestà punitiva ha la sua sede naturale, sfruttando la clausola di imputazione della responsabilità in capo al creatore di una coazione morale che la norma tipizza come pregnante e di per sé del tutto assorbente la sfera in cui si determina l'agire del minacciato, sul quale già incombono i doveri di salvaguardia della vita umana.

Pur tuttavia, copiosa giurisprudenza[262], certamente anche sulla spinta della necessità di fornire soluzioni valide alla prassi criminale, ha seguito l'approccio

---

[260] La nozione di pericolo rilevante ai fini del 54 co. 1 è sovente identificata nella situazione scriminante anche le condotte riconducibili alla legittima difesa. In G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale* cit., p. infatti, oggetto del pericolo rilevante ex art. 52 co.1 deve essere un'offesa ingiusta ad un diritto dell'agente o di un terzo. Il pericolo è certamente attuale in quanto imminente è la lesione ingiusta al bene giuridico, ma potrebbe essere anche di tipo perdurante, ove l'offesa sia iniziata ma non conclusa del tutto e dubbio, in tal caso, è se l'attualità debba determinarsi solo con riferimento all'insorgere della fonte del danno o anche all'improcrastinabilità dell'azione difensiva.

[261] A. GILIBERTO, *Diritto del mare, giurisdizione penale e «autorìa mediata»*, op. cit., p. 150.

[262] *Ex multis:* Cass. pen., sez. I, le sentt. 2014 n. 18354, 35474, n. 36053, n. 53007; 2015 n. 17625, n. 20503; 2016 n. 19999, n. n. 25613, 2017 n. 35086 ma anche il decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP presso il Trib. di Trapani in data 2 agosto 2017, R.G.N.R. 4060/2016, primo provvedimento nella discussa vicenda avente ad oggetto i presunti contatti tra gestori del traffico di persone ed elementi di una ONG impegnata nel soccorso in mare. Nella prima delle sentt. elencate, la Corte, ribadendo la tesi dell'impossibilità per il giudice di "frazionare" la condotta dei trafficanti, come ormai acclarato ai fini dell'applicazione dell'art. 6 c.p., ha altresì concluso per la perseguibilità in Italia delle condotte di partecipazione ad un'associazione criminale transnazionale sulla base dell'adesione alla Convenzione delle Nazioni Unite di Palermo e del suo art. 15 par. 2, lett. c), vista la

sopra esposto, seppure con oscillazioni in ordine alla sede normativa della particolare figura di "autore mediato" che rivestirebbe il soccorritore. È lecito osservare come la strategia si sia ulteriormente differenziata, incrementando notevolmente le miglia marine tra la meta e il punto verosimilmente raggiungibile dalle imbarcazioni predisposte[263], affidandone il breve governo a individui inesperti o dotati di minime competenze la cui opera è in non pochi casi estorta con la minaccia delle armi e senza che i presenti a bordo possano agevolmente porsi in contatto con eventuali soccorritori[264].

Concludendo questa disamina, che si è mossa dalla prassi delle operazione di polizia giudiziaria in alto mare all'analisi dell'orientamento giurisprudenziale in materia di giurisdizione e capacità di repressione in ordine alle attuali modalità del traffico di persone nel Mediterraneo, si ravvisa la necessità di ricordare come l'anzidetta pratica della creazione di uno stato di pericolo per l'incolumità di centinaia di persone sia stata censurata in egual modo dalle Corti territoriali, sulla base delle rigorose impostazioni adottate prima da una delle Procure distrettuali più esposte in relazione al fenomeno e poi dalla Procura nazionale antimafia, che la

---

ratifica ed esecuzione della stessa e dei suoi allegati. È altresì affermata la non extraterritorialità dell'imbarcazione priva di bandiera e la sua sottoposizione alla giurisdizione di tutti gli Stati in alto mare. Fa sorgere la giurisdizione italiana in ordine al delitto di cui al 12 T.U.I. l'ingresso nella zona contigua, che costituisce realizzazione dell'evento previsto dalla norma. Al tempo stesso è riaffermata l'interpretazione della fattispecie come a consumazione anticipata e condotta libera, da cui l'irrilevanza della realizzazione o meno dell'evento. Nota in *Cassazione penale*, n. 9, 2015, p. 3274 ss.

[263] Sul previsione e volizione dell'intervento dei soccorritori specificamente a cagione delle condizioni della traversata e dell'"abbandono" dei trasportati in mare, si vedano i principi già affermati in Cass. pen., sez. I, 2014 n. 3345, in relazione al tentativo di fuga del trafficante al comando di una grossa imbarcazione alla vista di due navi scambiate per vascelli militari. Si veda anche il già citato *Rapporto sull'attività Search and Rescue nel Mediterraneo centrale, anno 2016* del Comando Capitanerie di Porto, in part. pp. 11-14.

[264] Ci si riserva di affrontare il tema in sede di commento ed analisi degli artt. 12 T.U.I. e 416 co. 6 c.p., in ragione dell'importante questione posta dal fenomeno dei c.d. scafisti occasionali, soggetti riconosciuti, non senza forzature degli strumenti del codice di rito penale, quali materiali conduttori delle imbarcazioni ma estranei alle associazioni a delinquere e sovente agenti sotto minaccia della vita propria o di prossimi congiunti affinché compiano le azioni necessarie al sorgere dei c.d. eventi SAR senza che i reali intranei ai sodalizi gerenti del traffico vengano ad esporsi al pericolo di incontro con le autorità europee. Si cita qui la sent. n. 4114 del 7 settembre 2016 del GIP presso il Tribunale di Palermo (procedimento svolto a seguito di richiesta al Ministro della Giustizia ex art. 10 co. 2 c.p.) ove il Giudice ha pronunciato sentenza di assoluzione visto l'art. 530 co. 3 c.p.p. alla luce delle evidenze probatorie emerse a proposito della sottoposizione ad uno stato di costrizione degli imputati, additati come il timoniere e l'uomo alla bussola (si tratta, come si vedrà, delle due figure più ricorrenti nella recentissima prassi giurisprudenziale) su di un'imbarcazione sovraccaricata di migranti ad opera degli esponenti di un'organizzazione criminale libica, che ricorrevano alla minaccia delle armi nelle operazioni di imbarco sulla costa nordafricana e ribadivano tali prospettazioni nell'affidare la conduzione del gommone agli imputati, affinché essi continuassero a dirigersi verso il mare aperto.

giurisprudenza ha fatto immediatamente proprie. In tal senso, si può affermare che si assista alla contestualità tra le operazioni di salvataggio e quelle di polizia giudiziaria, come accaduto nel caso "*Deep sea"* del 22 aprile 2015[265]. La Guardia di Finanza aveva intercettato due imbarcazioni entro le 30 miglia dalla costa libica di partenza, e – sulla base delle risultanze della documentazione filmata durante il soccorso – arrestato i presunti trafficanti allo sbarco nel porto di Catania. In sede di convalida, il Tribunale ravvisò la giurisdizione nazionale, applicando la nota tesi di cui alla già citata sent. n. 3345 del 2014 della Suprema Corte, costituendo la condotta dell'abbandono in una grave situazione di difficoltà il primo segmento di un'azione da leggere nel suo complesso al fine di connettere il frammento iniziale "senza soluzione di continuità" con l'ingresso dei migranti nelle acque territoriali nazionali[266].

[265] A. ANTONUCCI - P. CAIAZZA - M. FANTINATO, *L'evoluzione delle norme di diritto internazionale in tema di interventi di polizia in alto mare, con particolare riguardo alle operazioni aeronavali della Guardia di Finanza nel contrasto ai trafficanti di migranti nel Mediterraneo* in op. cit., p. 145-147.

[266] In tal senso si v. la già citata Cass. pen., sez. I, 2014, n. 3345.

CAPITOLO II

L'ATTUALE DISCIPLINA PENALE IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE: LE FATTISPECIE INERENTI L'INGRESSO E LA PERMANENZA ILLEGALI E LA TRATTA DI ESSERI UMANI.

1. Il bene giuridico tutelato nei reati in tema di immigrazione clandestina.

Oggetto del presente lavoro e spunto indispensabile ai fini dell'analisi delle fattispecie penali che qui ci occupano è il tentativo di rapportare un ambito fondamentale in tema di teoria generale del diritto penale alla materia degli illeciti in materia di immigrazione clandestina. Trattandosi, come si vedrà, di un novero di condotte giuridicamente rilevanti che l'attuale politica legislativa riconduce quasi esclusivamente nell'alveo del diritto punitivo, è necessario verificare la sussistenza e la particolare declinazione di quegli elementi immancabili in ogni previsione che afferisca a tale ramo dell'ordinamento. L'immenso approfondimento degli autori della teoria generale del reato, che ha la sua genesi in un'epoca di molto antecedente lo stesso codice penale e la Carta costituzionale, si concentra in particolar modo nella ricerca di una nozione di oggetto giuridico dell'illecito penale. Arturo Rocco, che vi dedica un volume, richiama tra le numerose elaborazioni della dottrina tedesca ed italiana, la teoria del Carrara, per il quale «*oggetto* del delitto non può essere che *un diritto;* al quale la legge abbia espressamente accordata la sua tutela col divieto e con la sanzione. […] Un'azione è delitto non perché offende l'uomo o la cosa; ma perché viola la legge[267]». Quanto al differente concetto di soggetto passivo, nella sua accezione di offeso o danneggiato dal reato, destinatario dell'interesse protetto dalla norma giuridica penale – per il Rocco suscettibile di ricomprendere anche la collettività organizzata direttamente o indirettamente offesa – con riferimento ad un significato "improprio" dell'espressione, premettendo che ogni reato comporterebbe non la sola lesione un interesse privato (individuale o collettivo) ma anche – seppur

[267] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. I, Lucca, 1863, p. 42.

indirettamente – anche quella di un interesse pubblico e sociale della società giuridicamente organizzata, allora «soggetto passivo del reato può dirsi essere anche al tempo stesso e sempre la società»[268]. Oggetto giuridico, invece, sarebbe il bene, eventualmente un diritto soggettivo, protetto da una norma e presidiato da una sanzione penale che l'azione delittuosa viola. Dall'equivalenza tra oggetto giuridico e norma giuridica che quell'interesse tutela, deriverebbe che "oggetto" sia anche "obbligo o dovere giuridico che da quella norma discende", ma anche "pretesa giuridica" che corrisponde a tale obbligo. Onnipresente l'offesa, almeno mediata, all'interesse della società organizzata in Stato, sarebbe oggetto giuridico anche l'interesse pubblico e sociale, ancorché solo indirettamente offeso dal reato. Questa risalente impostazione viene fortemente criticata per il suo eccessivo tecnicismo nel processo di "formalizzazione" della teoria del bene giuridico, che ricostruisce quest'ultimo in una triplice prospettiva, implicante la distinzione tra oggetto "giuridico formale" – diritto dello Stato all'obbedienza – e ancora, "giuridico sostanziale generico" – interesse dello Stato alla propria sicurezza e conservazione – e "giuridico sostanziale specifico" – bene specificamente protetto dalla norma incriminatrice. È quest'ultima la sola accezione pertinente, che consenta altresì di superare il c.d. indirizzo tecnico-giuridico che alcuno spazio lascerebbe alla teoria del bene come critica e limite al potere punitivo, essendo qui il bene esclusivamente l'oggetto di tutela di una norma già emanata[269]. Lo stesso Carnelutti, parzialmente contro l'impostazione del Rocco, asseriva che la partizione dell'oggetto sostanziale del reato avesse il torto di trovare questo concetto in «ciò che invece è il motivo della protezione» immaginando tra l'oggetto di tutela ottenuta con la pena e quella che utilizzi altre sanzioni una differenza in realtà assente, essendovi pur sempre un implicito interesse dello Stato a che l'obbligo giuridico – anche quello civilistico – non sia violato: essendovi «atti illeciti, i quali turbano *più*, altri *meno*, l'ordine sociale» è razionale che solo per i primi l'ordinamento si serva di quella più energica risposta che è la pena[270]. Un'osservazione non di poco conto, se si prova a rapportarla a settori altri rispetto a quello che il grande civilista ha in mente,

---

[268] ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Opere giuridiche, Vol. I*, Roma, 1932, pp. 9-12.
[269] G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, pp. 8-9.
[270] F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, pp. 51-53.

avvertendo che egli non pone il *discrimen* nel solo aspetto "qualitativo", dunque della "maggior offesa" arrecata dall'illecito configurato nel diritto penale, ma neanche nel solo momento "quantitativo". Contro l'argomentazione inserita dal Carnelutti nella diatriba e il suo fondamento, posto nella ricerca del bene di cui il reato avrebbe dovuto essere l'offesa, si è obiettato che essa avrebbe portato a svalutare «quelle ragioni della norma che non potevano essere identificate con la tutela di un diritto soggettivo (o di un interesse) determinato con metro giusnaturalista». Priva di dimostrazione sarebbe stata l'affermazione, usata quale premessa, che l'oggetto di tutela fosse soltanto la specifica situazione di diritto, pur essendo vero che l'interesse particolare immediatamente tutelato dalla singola norma non sia "la conservazione dell'ordinamento". Erronea sarebbe, invece, la negazione che con la tutela dei beni particolari delle singole norme, queste – unitariamente considerate – tendano alla tutela dell'interesse generale e, di riflesso, dell'ordinamento[271]. Mentre alla scissione dell'oggetto sostanziale del reato è stato obiettato che tale operazione confonderebbe l'interesse protetto tramite il comando sanzionato con la ragione per cui si pongono il comando e la sanzione, all'esistenza di un "oggetto formale" del reato si oppone radicalmente l'inesistenza di un diritto soggettivo dello Stato all'obbedienza, immanente e assoluto dalla trasgressione delle specifiche norme, una sorta di "diritto fantasma" evocato da una concezione paternalistica dell'ordinamento[272]. Com'è noto, già per il Birnbaum, che affrontava il tema ad un secolo di distanza dall'entrata in vigore del presente codice, la categoria in questione avrebbe dovuto limitare il legislatore nelle scelte di incriminazione, dovendo quest'ultimo non creare, ma rinvenire nel contesto storico-sociale di riferimento delle entità pre-normative. Il bene, nell'accezione liberale, corrisponderebbe ad interessi che il vivere collettivo avverta come bisognosi di protezione, oltre a dover presentare il requisito della offendibilità, l'attitudine ad essere oggetto di attacco per il tramite di una particolare condotta. Sono ormai palesi i rischi a cui può condurre, la tesi propugnante la totale svalutazione della funzione critica del bene giuridico, possibile anticamera alla perdita di qualsiasi limite per il legislatore in termini di individuazione delle condotte rilevanti e all'introduzione di una teorica basata sulla violazione dell'obbligo di obbedienza allo Stato in quanto

[271] A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, p. 21.
[272] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Vol. I, Torino, 2014, p. 192.

tale[273]. Altro pericoloso corollario della totale negazione della funzione del diritto penale strumentale alla protezione del diritto soggettivo e della necessaria caratteristica della sua frammentarietà è – inoltre – la legittimazione della tesi della teoria soggettivistica del tipo d'autore e della colpa per il modo di essere dell'autore, pregresso della violazione ai doveri di fedeltà a particolari soggetti riconosciuti quali portatori dello spirito della nazione o di un superiore interesse pubblico[274]. La dottrina italiana giunse a riscoprire il ruolo selettivo del bene giuridico in un contesto del tutto mutato, che vedeva la Carta costituzionale al vertice della gerarchia delle fonti, e introduceva nell'ordinamento un giudice delle leggi, preposto a decidere le controversie sorte nell'ambito giudizi celebrati dinanzi alle autorità giurisdizionali. Evidenti erano le criticità in merito ad una nutrita genie di fattispecie poste a presidio di beni giuridici quali l'ordine pubblico e il buon costume, talvolta patenti armi di contrasto del dissenso politico e della c.d. moralità deviante, tipiche di un contesto totalitario. Si attende, tuttavia, l'inizio degli anni settanta per una riflessione di ampio respiro, che ritrova nel testo costituzionale il discusso vincolo al legislatore ordinario in campo penale. La dottrina afferente alla tesi del Bricola, ha scorto nei principi della natura rieducativa della pena (art. 27 co. 3), dell'inviolabilità della libertà personale unitamente alla correlata eccezionalità delle ipotesi della sua compressione ad opera dello Stato (art. 13), l'idoneità a fungere da guide nel perimetrare l'area della tutela penale, con riferimento ai soli beni che, se non di pari grado rispetto alla libertà, siano «almeno dotati di rilievo costituzionale». Tale rango delle astratte entità, eventualmente tutelate e dunque oggetti giuridici delle offese penali, si riscontrerebbe tanto rispetto ai concetti espressamente enucleati dal costituente, quanto con riferimento a quei beni necessariamente presupposti dalla Carta ancorché contemplati solo implicitamente. Solo queste categorie potrebbero essere oggetto di legittima tutela penale, diversamente essendo le fattispecie incriminatrici passibili di rimessione al sindacato della Corte Costituzionale[275]. Pur tuttavia, sebbene conciliabile con le teorie tendenti a circoscrivere il mandato del diritto penale e lo spazio presidiato, nonché fautrici della sua necessaria sussidiarietà di tale settore in

[273] C. F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2017, pp. 53-55.

[274] S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale Parte generale*, Milano, 2016, pp. 133-134.

[275] M. RONCO, *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, II ed., Bologna, 2011, pp. 96-98.

rapporto all'intero ordinamento, la teoria del bene giuridico è anche destinataria di critiche in ragione della mancata focalizzazione sulle ragioni che dovrebbero caratterizzare il reato sul piano sostanziale, non rendendo verosimile il dichiarato intento di confinare ad effettiva *extrema ratio* il ricorso alla minaccia della pena[276]. Pur restando, dunque, quello "dei beni giuridici" il modello cui dovrebbe ispirarsi il diritto penale di un ordinamento contemporaneo democratico e liberale, il concetto di bene sarebbe di per sé sufficiente ad assolvere il gravoso compito di bussola legislativa, consentendo tuttavia di mantenere un sistema essenzialmente preventivo ma autolimitante e che riserva a sé prettamente fatti esterni, provabili e socialmente dannosi, non l'esito di un mero arbitrio seppur democraticamente legittimato, lesivi di interessi riferibili tanto direttamente al singolo, quanto protagonisti di un "ritorno" a questi come parte della comunità e che possono definirsi "universali". Il dato che i beni debbano preesistere alla posizione della loro tutela normativa, non chiuderebbe, per alcuni, la via del c.d. compito propulsivo o promozionale di valori. In tal senso un ulteriore pericolo sarebbe insito negli esisti "pan-penalizzanti" e di utilizzo della sanzione penale quale strumento non di tutela, ma di governo. Ad un diritto penale "pioniere o staffetta" sarebbe da opporre un sistema che recepisca beni già presenti o sottolinei, minacciando la pena, il particolare disvalore della lesione agli stessi, in tal senso – dunque – promuovendone il valore[277]. Per una parte della dottrina, la concezione per la quale non sarebbe quindi "da sopravvalutare" la reale funzione critica dell'uso del bene giuridico, anche tenendo conto della necessità conseguentemente avvertita di scorgere lo "spessore dei beni giuridici", e della diffidenza rispetto al tentativo di rinvenire tale carattere – peculiare dei beni propriamente intesi – nell'ipotizzato "aggancio alla Costituzione, cui si è sopra accennato, e nella necessità di incriminare, condannare e rieducare chi leda tali entità minacciando la stessa pacifica convivenza dei cittadini. Potrebbe qui presentarsi il paradosso rappresentato dalla mancanza di informatività del riferimento alla Carta, per la quasi costante attuabilità della riconnessione del bene considerato, seppur implicitamente, al tenore del disposto costituzionale. Posto che anche in altri campi del diritto (civile ed amministrativo) è dato rinvenire istituiti posti a tutela di beni giuridici, non sarebbe – per tutto ciò – nella teoria del reato che pone tali astrazioni al

[276] *Ibidem*.
[277] M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale, Artt. 1-84*, Milano, 2004, pp. 11-12.

centro della riflessione il criterio utile ad individuare il *"quid"* esterno alla norma che differenzi tra tali interessi quelli necessitanti di un presidio penale, legittimandolo[278]. Tale assunto escluderebbe un vaglio del giudice delle leggi sulla sola significatività del bene tutelato, essendo richiesto un controllo sull'intera fattispecie in base al criterio di ragionevolezza, oltre che alle norme ricognitive di diritti fondamentali di libertà. Peculiarità dell'illecito penale potrebbe essere la particolare modalità della lesione, dunque distinta dalla messa in pericolo integrante i presupposti sanzionatori previsti in altri settori dell'ordinamento[279].

Potendo, inoltre, scorgersi tanto beni c.d. finali quanto c.d. strumentali, può dirsi che l'ordinamento difenda anche entità – talvolta all'apparenza artificiose – destinate a divenire a loro volta garanzie di beni finali ulteriori, con fattispecie volte a sanzionare la messa in pericolo di c.d. funzioni, istituite per sorvegliare lo svolgimento di attività di particolare natura, suscettibili di ripercuotersi su interessi generali o collettivi e quindi necessariamente oggetto di controllo o filtro da parte di enti specificamente preposti. Mentre una certa opinione, mossa dallo scopo di inquadrare come realmente sussidiaria la missione del diritto penale, propenderebbe per l'inopportunità della previsione di sanzioni penali a tutela di funzioni, altro avviso riconoscerebbe in esse beni strumentali, parimenti meritevoli di tale difesa[280].

È singolare notare come la quasi totalità della produzione manualistica, procedendo oltre in questo percorso di ricerca della razionale individuazione dell'area dei fatti meritevoli di tutela penale, faccia riferimento all'ambito del diritto penale dell'immigrazione; tanto l'indagine che ponga cerchi un lume nel principio di offensività tanto quella che guardi al criterio dell'efficacia della tutela quale parametro di valutazione *ex post* della scelta del legislatore, richiama all'attenzione l'intervento di riforma avutosi con le leggi 24 luglio 2008, n. 125 e 15 luglio 2009, n. 94, quest'ultima passo conclusivo di una corposa modificazione in ambito penale, anche nota come dei "pacchetti sicurezza". La riforma, approvata da una nutrita maggioranza e simbolo dell'azione di Governo nel contrasto a fenomeni eterogenei ritenuti accomunabili sotto l'"etichetta della sicurezza pubblica", ha emendato il testo

[278] M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 302 - 304.
[279] *Ibidem*, pp. 305-306.
[280] C. F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI - P. PISA, *op. cit.*, pp. 63-65.

di disposizioni anche afferenti alla parte generale del codice ed è ricordata altresì per l'introduzione di fattispecie che hanno notevolmente contribuito a connotare in senso penalistico quel sottosistema rappresentato dalle leggi in materia di immigrazione, ponendo tale realtà umana simbolicamente e non all'indice, comunque da annoverare tra le cause dell'"emergenza"[281]. La novella – accompagnata da una preoccupata missiva all'esecutivo a firma del Presidente della Repubblica, con il cui nome è nota la legge che basa il Testo Unico in materia di immigrazione – riferì espressamente la circostanza aggravante comune di cui all'art. 61 n. 11-*bis*, interposta dalla legge di conversione n. 125 del 2008, ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, intensificando la risposta punitiva il dato che il colpevole abbia commesso il fatto "trova[ndosi] illegalmente sul territorio nazionale" ed introdusse la contravvenzione di "Ingresso e soggiorno illegale nel territorio" all'art. 10 *bis* del D. lgs. n. 286 del 1998[282]. Come si dirà più oltre, alla nascita del reato, al quale applicare in realtà la pena dell'espulsione già possibile in via amministrativa, non era estraneo l'intento di porre lo straniero irregolare davanti a numerose, invisibili, frontiere interne, stante l'obbligo per i pubblici ufficiali di denunciarne (è il caso di dirlo) lo *status* ove questi si fosse loro rivolto, ad esempio per riportare la

[281] G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Introd. a S. CORBETTA, G. GATTA, A. DELLA BELLA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, pp. XXI – XXVIII.

[282] Nella lettera del 15 luglio 2009 il Presidente della Repubblica G. Napolitano poneva all'attenzione dei destinatari le proprie "perplessità e preoccupazioni" attinenti tanto all'opportunità dell'utilizzo di forzature, "distorsioni", della dinamica legislativa quanto all'eterogeneità del contenuto di provvedimenti evidentemente "frutto di un clima di concitazione" nonché riguardanti il merito di previsioni sulle quali si auspicava un'accorta riflessione, tra cui l'introduzione della contravvenzione di immigrazione clandestina, aprendo la strada ad "effetti difficilmente prevedibili". Il Capo dello Stato faceva espresso riferimento all'assenza della previsione di cui all'art. 10 *bis* dell'esimente della permanenza dello straniero irregolare che sia determinata da "giustificato motivo", essendo il trattenimento rilevante anche alla stregua della preesistente fattispecie attinente all'esecuzione dell'espulsione. Il Presidente richiamava la sentenza della Corte Costituzionale n. 5 del 2004, che pur non avendo dichiarato l'illegittimità dell'art. 14 co. 5-*ter* del T.U.I., incriminante la mancata ottemperanza dell'ordine di lasciare il territorio entro il brevissimo termine previsto, statuiva che un simile clausola fosse, in quell'occasione, «in linea di massima a fungere da "valvola di sicurezza" del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorché — anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione — l'osservanza del precetto appaia concretamente "inesigibile" in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori». Altresì, la clausola era stata posta in risalto dalla sent. 22 del 2007, a fronte delle numerose rimessioni incentrate sull'eccessivo inasprimento del trattamento punitivo, per la sua importanza "nell'economia applicativa della fattispecie criminosa" e – aggiunge il Capo dello Stato – "per la tenuta costituzionale di disposizioni del genere […]".

commissione di un delitto nei propri confronti[283]. La Corte costituzionale, con sent. n. 249 del 2010, ha dichiarato l'illegittimità della citata disposizione del codice penale, riaccendendo il dibattito sul ruolo dei criteri che dovrebbero guidare l'agire del legislatore in materia penale, evocando – in particolare – i principi di materialità e di necessaria offensività del reato, oggetto di vaglio del giudice delle leggi anche nella successiva sent. n. 250, concernente la conformità della contravvenzione di cui all'art. 10 *bis*. Come si diceva, le scelte legislative di generale inasprimento in tale ambito e gli esiti dello scrutinio della Corte costituzionale, hanno suscitato l'attenzione della dottrina, che ha certamente colto l'importanza dell'attribuzione di un maggior rilievo penale dell'eventuale condotta illecita alla circostanza della presenza clandestina, quanto alla nuova criminalizzazione del solo fatto dell'ingresso in chiave di offensività. Senza tornare sui nostri passi, è giocoforza segnalare come tale principio costituisca altra plausibile soluzione al fondamentale quesito circa l'individuazione di una guida alla politica dell'incriminazione; questione la cui stessa posizione costituisce un argine alle scelte del legislatore e che qui si sostanzia nella selezione delle sole condotte portatrici di una lesione, coincidente con il "danno sociale", di matrice illuminista[284], o con la più attuale messa in pericolo delle condizioni di esistenza e sviluppo di una società. Nell'impossibilità di determinare il bene giuridico leso nel caso di specie e riscontrare la sua concreta offesa, come sarebbe se le norme penali si interessassero del "modo d'essere" di un soggetto o delle sue intenzioni astratte, detto principio non potrebbe dirsi rispettato dalle fattispecie incriminatrici che non presidiassero le tradizionali situazioni di valore individuali e collettive, unitamente a quei nuovi oggetti di tutela emersi in ragione dell'evoluzione sociale, elevando in tal senso il rango delle c.d. funzioni[285]. Tale principio rappresenterebbe – al contempo – guida per il legislatore, nella sua accezione "astratta" e criterio ermeneutico per il giudice comune, nella sua dimensione "concreta", ad evitare che questi riconduca alle fattispecie oggetto di giudizio condotte prive di attitudine a ledere il bene. Proprio nella citata sent. n. 249 del 2010 la Corte costituzionale ha affermato la necessaria ricomprensione di norme

[283] G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. ult. cit.*
[284] G. D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, vol. II, Milano, 1823, p. 136.
[285] G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, VI ed., Milano, 2017, p. 10, nel quale il bene è definito quale «situazione di fatto o giuridica, carica di valore, modificabile e quindi offendibile per effetto di un comportamento dell'uomo».

penali diverse da quelle incriminatrici sotto il principio in discorso, censurando l'introduzione della c.d. aggravante di clandestinità, non valendo essa «a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto» ma essendo essa funzionale «a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore». Non è dunque conforme a Costituzione, alla luce dell'art. 25 co. 2, la disposizione di un trattamento sanzionatorio più grave in ragione di uno "stigma" derivante dall'ingresso o dal trattenimento della persona in mancanza delle condizioni previste dalla legge. A seguito della riforma del 2009, l'ingresso, argomenta la Corte, sanzionato anche sul piano penale non può ripercuotersi su tutti i comportamenti successivi del soggetto, anche mancando ogni legame con la trasgressione originaria, differenziando *in peius* il trattamento del reo rispetto a quello previsto per la generalità dei consociati[286], sulla base di una condizione derivante da fatti – ancorché penalmente rilevanti – del tutto estranei al fatto di reato, ledendo anche – è stato sostenuto – il principio di responsabilità penale colpevole[287].

Certamente è possibile, a partire da siffatta statuizione, dedurre l'estraneità del bene giuridico leso dal reo, che si trovi in condizione di irregolare presenza sul territorio, con quel bene oggetto di specifica tutela ad opera, tra le altre figure criminose previste nell'ambito della disciplina extra-codicistica che ci occupa, della contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* del T.U.I. Rinviando all'ultimo capitolo del presente lavoro le necessarie considerazioni sulla scelta, peraltro contestuale, della Corte costituzionale, in ordine all'espunzione dall'ordinamento della sola circostanza aggravante e non anche della discussa figura contravvenzionale la cui commissione avrebbe integrato il presupposto di cui all'art. 61 n. 11-*bis*, è certamente utile ricercare proprio nelle motivazioni della mancata caducazione dell'art. 10 *bis* il bene giuridico tutelato fondamentale nei reati presenti nell'attuale contesto normativo in discorso. Nella sent. n. 250 la Corte afferma che esso sia «agevolmente identificabile nell'*interesse* dello Stato al *controllo* e alla *gestione* dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo[288]». Il giudice delle leggi corrobora senza riserve la scelta del legislatore, asserendo che l'assunzione ad oggetto di tutela penale non

[286] Corte Cost. 8 luglio 2010, n. 249.
[287] F. CARINGELLA - F. DELLA VALLE - M. DE PALMA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, VI ed., Roma, 2016, p. 625.
[288] Corsivi aggiunti.

possa considerarsi “irrazionale ed arbitraria” riconducendo, inoltre, quest’ultimo alla classe dei beni giuridici “di categoria” tale da accomunare «buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998». Come intuibile, il concetto in discorso è stato prospettato quale bene giuridico strumentale, classificazione attinente svariate discipline oggetto di tutela da parte del c.d. diritto penale complementare, nell’ambito delle quali il legislatore attui una strategia di “tutela avanzata”, comminando la sanzione soprattutto contravvenzionale per meglio garantire la conservazione dei c.d. beni pubblici finali, aventi “sicuro rilievo costituzionale”. Una scelta ormai comune a numerosi ambiti, disciplinati da altrettanti Testi Unici, che hanno conosciuto il ricorso alla tutela penale con l’introduzione di fattispecie, talvolta trovanti collocazione anche in sede codicistica[289]. Non è possibile negare che l’avviso della Corte in ordine alla consistenza del bene giuridico oggetto di tutela sia un’argomentazione originata dall’*occasio* della fattispecie di ingresso e soggiorno in discorso. Precedenti arresti, apertamente richiamati, si riferiscono all’articolato del Testo Unico Immigrazione in tema di espulsione amministrativa dello straniero e della correlata compressione della libertà personale, nonché alla figure di reato introdotta dalla l. 30 luglio 2002, n. 189 nel caso di mancata ottemperanza dell’ordine del Questore di lasciare il territorio. Con riguardo alla prima ipotesi, la Consulta respingeva l’opinione fondata sulla non afferenza della normativa al disposto dell’art. 13 Cost., basata sulla considerazione che il legislatore “[avesse] avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l’identificazione con istituti familiari al diritto penale, nel disciplinare il trattenimento e l’accompagnamento coattivo alla frontiera dell’espellendo; né si sarebbe registrata un’attenuazione delle garanzie sacralizzate dal citato articolo ove le “altre restrizioni della libertà personale” si fossero esplicate su soggetti di cittadinanza non comunitaria, giustificando tale *vulnus* alla guarentigia costituzionale in vista della protezione di altri e possibilmente confliggenti valori costituzionalmente rilevanti[290]. Non potrebbero i molteplici “interessi pubblici incidenti sulla materia dell’immigrazione”, per quanto grave possa risultare la

[289] Si pensi al c.d. Testo unico ambientale di cui al D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 “Norme in materia ambientale” e alla fattispecie di cui all’art. 257, in rapporto all’art. 452-*terdecies* c.p., come anche alla normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

[290] Corte Cost.,10 aprile 2001, n. 105.

percezione delle questioni inerenti la sicurezza e l'ordine pubblico connesse a "flussi migratori incontrollati" porre in discussione l'universalità della libertà personale e i corollari che risiedono nelle riserve di legge e di giurisdizione. Altresì, con riferimento alla figura di reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, la Corte afferma la strumentalità di una simile incriminazione rispetto al fine di rendere effettivo il meccanismo amministrativo collegato alle espulsioni ad opera dell'autorità di polizia[291], nonché mirando alla rimozione "delle situazioni di illiceità o di pericolo correlate alla presenza dello straniero" riaffermando pianamente la sussistenza di un più generale potere di indiscussa competenza legislativa di regolare l'intera materia del governo dei flussi[292]. La Corte non introduce ma ripresenta e condensa nella sent. n. 250 del 2010 le argomentazioni già consolidatesi negli anni che pongono il potere statuale di disciplina del fenomeno quale diretto corollario della sovranità dello Stato. Del resto, procedendo a ritroso, è lecito osservare come il giudice delle leggi non abbia mai smentito la legittimità di previsioni aventi quali specifici destinatari i cittadini stranieri e volte ad assicurare, dietro minaccia della sanzione penale, l'osservanza dei provvedimenti amministrativi che sostanzino il comando dello Stato di abbandono del territorio nazionale, in considerazione della differenziazione esistente tra il cittadino – che "[viene a] rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato" – e lo straniero, il quale «non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni»[293]. Siffatte statuizioni sono state riferite all'applicazione dell'assai risalente disciplina del Testo unico delle legge in materia di pubblica sicurezza, che certamente si pone all'origine della creazione del sistema amministrativo dei respingimenti alla frontiera e delle espulsioni dei cittadini stranieri, già presidiato da fattispecie contravvenzionali anche nel caso di "inesatto

[291] Al tempo della rimessione della questione di legittimità alla Corte Costituzionale, l'ordine di cui all'art. 14 co. 5-*bis* doveva essere ottemperato nel limitato termine di cinque giorni, attualmente fissato in sette, e prevedeva la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno, introdotta dalla legge 30 luglio 2002, n. 189. Attualmente è comminata la sola multa, non esente da un certo simbolismo, visti gli elevati importi individuati. La fattispecie contempla l'esimente del giustificato motivo dell'inottemperanza a cui si è sopra fatto riferimento e che è stata richiamata dalla stessa Consulta e da autorevoli interpreti nel commento delle fattispecie penali successivamente inserite nel Testo unico. La sent. 8 luglio 2004, n. 223 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 5-*quinquies*, inserito dalla c.d. legge Bossi-Fini, nella parte in cui stabiliva per il reato di cui al comma 5-*ter* la misura dell'arresto obbligatorio.

[292] Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 5; 2 febbraio 2007, n. 22.

[293] Corte Cost. 23 luglio 1974, n. 244.

adempimento" dell'ordine di abbandono del territorio[294]. Né il mutare del contesto normativo, con riguardo alla disciplina di poco anticipante l'impianto attuale, aveva posto in dubbio la peculiarità della posizione dello straniero di fronte alla legge, ribadendo che "inerisce al controllo di costituzionalità sotto il profilo della disparità[295] di trattamento considerare le posizioni messe a confronto, non già in astratto, bensì in relazione alla concreta fattispecie oggetto della disciplina normativa contestata", ovvero l'espulsione del soggetto che non abbia un diritto di residenza nel territorio dello Stato[296]. L'estrinsecarsi, dunque, di una regolamentazione fondata su uno *ius excludendi* non fine a se stesso ma inerente e passante per la ponderazione di plurimi interessi pubblici "quali la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione". Il contorno costituzionale al disegno della legge ordinaria è individuato dalla Corte nel solo divieto di sconfinamento della manifesta irragionevolezza[297]. È forse nella sent. n. 353 del 1997, avente ad oggetto proprio lo scrutinio alla stregua della sostenuta irragionevole impossibilità di discriminare le più delicate "vicende umane" e differenziarne il trattamento ai fini dell'espulsione[298] che la Consulta ha fornito la più esplicita asserzione dell'ineludibilità, per il legislatore, e dell'impossibilità di abdicare al compito di "presidiare le frontiere", impedendosi l'elusione delle regole

[294] Gli artt. 150 e 152 del R.D. 18 giugno 1931, n.773 attribuivano al prefetto il potere di espellere gli stranieri "condannati per delitto", nonché "denunciati per contravvenzione alle disposizioni" del capo I del titolo V, inerente il soggiorno degli stranieri, oltre che nell'ipotesi nuovamente disciplinata in epoca repubblicana di espulsione a seguito di decreto del Ministro degli interni. Ai sensi dell'art. 152 i prefetti delle province di confine ricorrevano allo strumento del foglio di via obbligatorio contenente un itinerario cui attenersi nell'uscita dal territorio nazionale, con la previsione della pena dell'arresto ove se ne fossero discostati. Quest'ultima previsione, a fronte del disposto dell'art. 16 Cost., aveva formato oggetto della rimessione di cui alla sent. n. 244 del 1974. La normativa in questione è stata abrogata solo ad opera del D.L. 30 dicembre 1989, n. 416 come conv. dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39, immediatamente prima dell'approvazione della legge di delega alla base dell'attuale Testo Unico Immigrazione.

[295] Ancor prima della decisione appena citata, analogamente, Corte Cost. 26 giugno 1969, n. 104.

[296] Corte Cost., 24 febbraio 1994, n. 62.

[297] Ivi.

[298] Con riferimento all'art. 7, co. 2, D.l. 30 dicembre 1989, n. 416. Quella dell'articolo oggetto di rimessione era, di fatto, la prima disciplina sistematica in materia di espulsione dello straniero e per la prima volta introduceva diritti del cittadino non italiano in tale frangente, tra cui l'obbligo di motivazione del provvedimento, di indicazione dei mezzi di impugnazione esperibili avverso i provvedimenti negativi notificati, nonché l'efficacia sospensiva dell'impugnazione, ad eccezione dell'espulsione a firma del Ministro degli interni e la residualità dell'impiego di metodi coattivi di attuazione dell'ordine. Come si dirà, la riforma fu oggetto di critiche per la supposta inefficacia del sistema delle espulsioni.

poste a garanzia “di un ordinato flusso migratorio” e dunque a protezione della collettività nazionale.

Il contributo della Corte costituzionale nella definizione degli interessi che il legislatore ha in mente nella definizione della disciplina in materia di immigrazione è evidente e prelude probabilmente la stessa individuazione del bene giuridico tutelato nelle fattispecie penali poste a presidio dell’effettività dell’osservanza della normativa di settore – il cui impiego, come si è visto, è piuttosto risalente – come anche nei reati di più recente introduzione, volti ad impedire l’ingresso dello straniero privo di titoli come pure il radicamento sul suolo nazionale di chi si trovi, anche successivamente, in condizione irregolare, sanzionando il locatore di abitazioni e il datore di lavoro[299].

Come è stato autorevolmente argomentato, l’intero sistema normativo in materia di immigrazione si compendia nella messa a sistema di libertà, quali quelle di ingresso e soggiorno nel territorio, e di interessi pubblici, primariamente la tutela dell’ordine pubblico e il controllo delle frontiere. Un approccio statalista, che nella prima parte di questo lavoro si è provato ad ancorare alla nascita delle nazioni come attualmente concepite, condurrebbe ad attribuire rilievo costituzionale ai soli interessi, venendo costituire – invece – l’esercizio di tali libertà il momento di offesa presunta *ex lege* agli stessi, interferendo queste con le sfere indispensabili alla costruzione statale: il territorio ed il popolo, identificato in base al possesso della cittadinanza. Una ricostruzione che non sarebbe completa senza alcuno smorzamento dovuto all’adeguamento all’ordinamento internazionale e sovranazionale ed al rilievo costituzionale assegnato all’asilo, come pure alla riserva di legge in materia di determinazione della condizione giuridica dello straniero. Il sistema normativo in cui lo straniero è calato ha la sua origine nella sede naturale della creazione del diritto

[299] Si pensi al delitto previsto dal noto art. 12, al co. 5-*bis* T.U.I., che punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni la condotta di chi alloggi o ceda a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno, disponendo la confisca del fabbricato, nonché alla previsione dell’art. 22 co. 12 che punisce l’occupazione a titolo dipendente di lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato regolarmente chiesto il rinnovo, ovvero nel caso di revoca o annullamento del titolo. La pena della reclusione è della stessa misura della norma appena, cui si aggiunge con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato.

pubblico delle democrazie rappresentative, con una caratteristica di profonda difformità da ogni ambito di intervento della politica legislativa, riferendosi tali indirizzi a soggetti per definizione estranei al novero dei cittadini rappresentati. Se sul versante interno dello scrutinio di legittimità costituzionale in ordine all'accesso alle prestazioni essenziali ed ai diritti sociali, le statuizioni del giudice delle leggi si sono caratterizzate per il perseguimento della sostanziale eguaglianza e dignità, il discorso è rovesciato con riguardo al sindacato inerente le limitazioni legislative dell'esercizio delle libertà di ingresso e soggiorno[300]. Un corpo per il quale potrebbe adottarsi l'espressione "diritto della frontiera"; un sistema articolato e composto da norme attributive di poteri amministrativi ablativi di respingimento ed espulsione che ha conosciuto l'innesto di disposizione incriminatrici, inserite al precipuo e dichiarato scopo di rendere effettivo l'impianto in materia di presenza ed allontanamento del cittadino non comunitario dal territorio nazionale. A tal proposito, ma anche con riferimento al primo dei due ambiti oggetto di intervento da parte della Corte costituzionale, si è parlato di una riaffermazione contemporanea del concetto di territorio rispetto all'ordinamento internazionale ed i vincoli alla discrezionalità della maggioranza politica interna che esso comporti; in tal senso si assiste alla "riscoperta dei confini", ove le dimensioni del fenomeno migratorio siano percepite come inaccettabili in un dato momento storico, ma ribadendosi altresì la rilevanza giuridica del concetto di territorio quale luogo del riconoscimento dei diritti che lo Stato esplicante la sua sovranità compia nei confronti degli individui presenti, ancorché in modo non coincidente con il trattamento spettante ai cittadini[301]. A completare il quadro si aggiunga il rilievo che l'ampia discrezionalità in capo al legislatore, riconosciuta dalle citate statuizioni della Corte costituzionale in tema di limitazione delle libertà inerenti l'accesso al territorio – a mente le sole eccezioni imposte in tema di asilo – investe in modo peculiare la scelta del ricorso alla sanzione penale, nell'ambito di quel processo legislativo comune a molte esperienze definito di "*crimmigration*". Senza reiterare le considerazioni svolte sulla mancanza di irrazionalità e strumentalità nell'assunzione ad oggetto di tutela penale

[300] M. SAVINO, *La Corte costituzionale e l'immigrazione. Quale paradigma?* in AA. VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Convegno scientifico 19 – 20 Maggio 2016, Milano, 2017, pp. 166 – 169.

[301] S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016, p. 88.

dell'interesse all'ordinata gestione dei flussi, né l'incontestato nesso di strumentalità tra questo e la protezione di ulteriori "beni giuridici finali", non può tacersi il più stretto legame tra la scelta dell'uso dell'*instrumentum* della pena e la compressione dell'interesse individuale, non certo irrilevante come sul piano amministrativo. Lo scrutinio di costituzionalità ha così assunto un ruolo di bilanciamento usualmente ancorato al criterio della non manifesta irragionevolezza – come nelle sentt. n. 34 del 1995 e n. 78 del 2007[302] – non senza esempi di ricorso al canone della piena ragionevolezza – come avvenuto riguardo alla c.d. aggravante di clandestinità[303]. Alla stregua del quadro normativo vigente, improntato dal Testo Unico, può certamente affermarsi che, dinanzi all'ordinamento giuridico nel suo complesso, lo straniero "resti un ospite" e che la sua situazione si presume temporanea, agevolandosi – o rendendo obbligato – il suo ritorno in patria. Un sistema, questo, sorto prima ancora che dalle spinte di una supposta "emergenza migratoria", dall'esigenza di adempiere agli impegni assunti sul piano internazionale con l'allora Convenzione di Schengen, e di realizzare un sistema di frontiere esterne comuni abbattendo quelle interne[304].

---

[302] La decisione vertendo sulla conformità dell'art. 7 *bis* del D.L. 30 dicembre 1989, n. 416, introdotto dal D.L. 1993, n. 187, che puniva con la reclusione da sei mesi a tre anni lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione "che non si *adopera* per ottenere dalla competente autorità diplomatica" il documento di viaggio necessario al fine di ottemperare all'ordine di abbandono del territorio. La fattispecie omissiva è censurata sul profilo dell'indeterminatezza delle azioni esigibili al fine di non incorrere nell'applicazione della pena, tuttavia non sfugge alla Corte la finalità perseguita dal legislatore in termini di effettività del procedimento espulsivo, oltre che della facilitazione della sua attuazione, lo straniero rendendo (od omettendo di rendere) con la sua condotta più agevole l'individuazione dello Stato verso cui operare il rimpatrio. L'evocata sent. n. 78 del 2007 ha caducato gli artt. 47, 48 e 50 della legge sull'ordinamento penitenziario 26 luglio 1975, n. 354 escludenti l'accesso alle misure alternative alla detenzione per i cittadini non comunitari. Pur potendo il legislatore tenere in conto il dato della cittadinanza non comunitaria della persona detenuta in sede di differenziazione della disciplina di accesso ed esecuzione delle misure, nonché nella creazione di nuovi appositi istituti alternativi, ben diversa è la radicale esclusione dall'accesso alle misure di un'intera categoria di soggetti, selezionata sulla base di una qualità priva di univoco significato rispetto ai valori rilevanti in tema di attuazione dell'art. 27 Cost., al punto che "la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa".

[303] Al contempo, infatti, la citata sent. n. 249 del 2010 ha affermato che la necessità di determinare il rango costituzionale dell'interesse posto in comparazione con la limitazione di un diritto fondamentale ed inviolabile (quale quello alla libertà personale), e verificare che tale circoscrizione risulti ineluttabile, richieda un esito positivo del vaglio positivo di ragionevolezza, "non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza".

[304] P. BONETTI, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in B. NASCIMBENE (a cura di) *Diritto degli Stranieri*, Padova, 2004, p. 15.

2. *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato.*

Compiuto un approfondimento sulle ragioni della predisposizione della tutela penale al corretto svolgimento della funzione pubblica di gestione dei flussi e determinazione delle "politiche migratorie", per usare la rubrica dell'art. 3 Testo Unico in materia di Immigrazione, si può procedere all'analisi delle figure di reato maggiormente rappresentative di tale approccio legislativo e delle diverse declinazioni che il tentativo della salvaguardia di tale interesse ha conosciuto. La contravvenzione di cui all'art. 10bis del T.U.I è stata introdotta a partire dal d.d.l. n. 733 presentato dal Governo, che prevedeva, prima facie, l'inserimento di un delitto punito con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni ove il cittadino straniero, facesse ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni di cui al Testo Unico (D.Lgs n. 286 del 1998), da collocarsi nel corpus normativo nel quadro del c.d. pacchetto sicurezza. Nell'originale disegno era disposta la misura precautelare dell'arresto obbligatorio dell'autore, in ordine all'apertura di un procedimento penale da decidersi con le forme del rito direttissimo. Il giudice procedente, nel pronunciare sentenza di condanna, avrebbe ordinato l'espulsione del cittadino straniero a titolo di sanzione sostitutiva. La proposta governativa si inseriva in un momento storico di tendenziale chiusura dei canali di ingresso, passante attraverso l'abolizione dell'istituto della prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro dello straniero[305], la riduzione delle quote dei flussi in entrata e la diminuzione delle categorie di soggetti di cui sia possibile chiedere il ricongiungimento familiare, unitamente ad un generale inasprimento del sistema amministrativo regolante la condizione dello straniero già presente e la possibilità di permanenza sul territorio, nonché la creazione di un sotto – sistema di fattispecie

[305] La figura dello *sponsor* era stata introdotta nell'ordinamento con l'art. 23 del T.U.I. Il cittadino italiano o lo straniero regolarmente soggiornante, presentando richiesta nominativa alla Questura individuata in base alla provincia di residenza dell'istante, potevano farsi garanti del regolare ingresso del beneficiario allo scopo di consentirgli l'inserimento nel mercato del lavoro, subordinatamente all'attestazione della disponibilità di una soluzione abitativa, della capacità di copertura dei costi per il sostentamento e l'assistenza sanitaria per tutta la durata del permesso di soggiorno. La l. n. 189 del 2002 ha sostituito l'art. 23, introducendo la figura dei "titoli di prelazione", ossia attestazioni di partecipazione a programmi formativi svoltisi nel Paese di origine del potenziale lavoratore straniero, tali da rendere possibile la deroga all'ordinario meccanismo di instaurazione di rapporto di lavoro con cittadino straniero residente all'estero del contestualmente riformato art. 22, subordinata all'attestazione dell'indisponibilità di un lavoratore presente sul territorio nazionale da adibire alla medesima mansione.

penali concepito allo scopo di rendere operativa la macchina delle espulsioni per il tramite dell'obbligatorietà dell'azione penale e delle misure di restrizione della libertà personale che ne costituiscono consueto preludio[306]. Su tale strumentario torneremo nelle pagine seguenti, rinviando per il momento le considerazioni sull'efficacia di tali scelte di politica legislativa.

Come risulta evidente dalla lettura dell'attuale disposto, la fattispecie contempla tanto la condotta dell'ingresso in assenza dei titoli e delle condizioni stabilite dalla legge (v. infra) quanto del trattenimento irregolare sul suolo nazionale. Come è stato sostenuto, la figura (o le figure, secondo un altro avviso) di reato introdotta nel 2009 possiede un carattere definito "apertamente sanzionatorio", componente fondamentale di un intervento volto a creare un continuum tra gli status di irregolarità ed il perfezionarsi delle ipotesi tipizzate, connettendosi il contenuto del disvalore delle stesse in linea retta con le situazioni di violazione delle norme amministrative volte a limitare l'esercizio di quelle "mere libertà" di cui si è detto nel precedente paragrafo[307]. Non si dimentichi, a completamento del quadro in cui è calata la figura in analisi, che l'introduzione della stessa è stata esplicitamente motivata nelle maggiori sedi istituzionali dal perseguimento del fine ultimo di superamento del supposto impasse provocato dalla c.d. direttiva rimpatri (2008/115/CE), recante la previsione della partenza volontaria del cittadino di Paese terzo al centro di una procedura di espulsione dal territorio quale strumento generale per l'allontanamento, fatta salva per gli Stati la possibilità di ridurre o di non concedere il termine per l'adempimento volontario del comando. A scongiurare il pericolo che il meccanismo dell'emananda direttiva, a parere del Governo, paralizzasse del tutto il sistema dei rimpatri, era stata – quindi – considerata e proposta l'introduzione di una figura di reato al precipuo scopo di comminare l'espulsione in luogo di altra pena, come consentito dall'art. 2 della citata direttiva, che pone fuori dai confini applicativi dello strumento i cittadini di Paesi terzi destinatari di rimpatrio "come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione

---

[306] S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza*, Padova, 2009, pp. 95 – 96.

[307] A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in S. CORBETTA, G. GATTA, A. DELLA BELLA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica"*, op. cit., p. 235.

penale”[308]. La supposta incompatibilità dell’incriminazione ex se dello status di irregolarità rispetto alla direttiva rimpatri, divenuta vincolante per i legislatori nazionali ben prima dell’entrata in vigore della l. n. 94 del 2009, costituirà oggetto del promovimento del giudizio di costituzionalità affrontato nella citata sent. n. 250 del 2010, assumendo il giudice rimettente che la fattispecie in analisi fosse stata concepita al precipuo intento di “rovesciare il rapporto tra regola ed eccezione”, e divenire ordinaria modalità di espulsione dello straniero, senza lasciare – dunque – alcuno spazio alla direttiva, implicante l’impiego del rimpatrio con assegnazione di un termine per l’esecuzione volontaria quale regola generale, derogabile al ricorrere dei presupposti contemplati dalla fonte comunitaria, tra cui le ipotesi di previsione legislativa dell’espulsione quale sanzione penale[309]. Nel corso dell’iter parlamentare[310], emerse la volontà governativa più che di far leva sull’efficacia deterrente della minaccia di una pena detentiva (che avrebbe avuto l’effetto opposto in termini di allontanamento degli irregolari) di prevedere una pena pecuniaria ed utilizzare uno scarno e celere processo penale quale locus per comminare l’espulsione direttamente ad opera del giudice procedente. Il reato, collocato non immediatamente dopo il delitto di favoreggiamento dell’immigrazione di cui all’art. 12, come nell’iniziale disegno, ma a seguire il disposto dell’art. 10 in tema di respingimento alla frontiera, è stato così trasformato in contravvenzione, disponendo la pena dell’ammenda da 5.000 a 10.000 euro e l’inapplicabilità dell’oblazione estintiva del reato ex art. 162 c.p.

---

[308] Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione. Audizione del Ministro dell'interno in merito alle misure avviate per migliorare l'efficacia della normativa in materia di immigrazione del 15 ottobre 2008. La direttiva rimpatri è stata pubblicata nella Gazzetta dell’Unione il 22 dicembre 2008, mentre la l. n. 94 del 2009 è entrata in vigore l’8 agosto 2009.

[309] Ordinanza del Giudice di Pace di Lecco (sez. distaccata di Missaglia) n. 292 del 1 ottobre 2009 in *Foro italiano*, 2010, II, 40.

[310] Nella stessa audizione del Ministro dell’interno sopra posta in nota si legge: «il Governo insiste, pur prevedendo una pena pecuniaria e non detentiva, perché la direttiva europea stabilisce che la regola per l'allontanamento dei cittadini extracomunitari sarà l'invito ad andarsene […] Noi quindi vogliamo disegnare il reato di immigrazione clandestina o di ingresso illegale puntando principalmente sulla sanzione accessoria del provvedimento giudiziale di espulsione emanato dal giudice, piuttosto che sulla sanzione principale che sarà una sanzione pecuniaria. In questo modo possiamo procedere all'espulsione immediata con un provvedimento del giudice, applicando la direttiva europea ma eliminando l'inconveniente che ne pregiudicherebbe l'efficacia, perché come ha dimostrato l'esperienza italiana l'invito ad andarsene significa che nessuno verrebbe più espulso».

2.1 Il soggetto attivo e la natura del reato.

L'autore del reato di cui, non può che essere il cittadino straniero, privo della nazionalità di un Paese membro dell'Unione europea, a mente l'art. 1 del Testo Unico Immigrazione, accomunante tale qualità giuridica a quella dell'individuo apolide. La disposizione va naturalmente letta alla luce dell'art. 20 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, riguardante la cittadinanza europea, qualità "aggiunta" allo *status civitatis* individuale nell'ambito degli Stati membri, che residualmente vale ad individuare i "cittadini di Paesi terzi" di cui al Codice delle frontiere Schengen che non possono giovarsi del diritto di libera circolazione e stabilimento. Fanno eccezione, tuttavia, i "beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto unionale" di cui all'art. 2 punto 5. Era inizialmente disposto dal capoverso dell'art. 10 *bis* che le disposizioni incriminatrici di cui al primo comma non potessero applicarsi nei confronti dello straniero destinatario di un provvedimento di respingimento ad opera della polizia di frontiera ai sensi del precedente art. 10, così fugando i dubbi degli interpreti in tema di compatibilità tra l'obbligo di denuncia nei confronti dello straniero irregolare ex art. 331 c.p.p. e la doverosità dell'impedimento amministrativo dell'accesso dello stesso al territorio, sfera alla quale non è estraneo lo stesso posto di frontiera[311]. Ulteriormente, un intervento del legislatore del 2011 ha visto estendersi l'area di non applicazione della fattispecie con riferimento ai controlli di frontiera effettuati sui soggetti identificati in uscita dal territorio nazionale[312]. Simile previsione è stata definita quale un elemento negativo del fatto tipico teso a circoscrivere i limiti applicativi della figura considerata[313] o, per altro avviso, più che un elemento definitorio in negativo della portata della norma penale, la previsione di cui al D.l. 89 del 2011 costituirebbe una causa sopravvenuta di non punibilità, che ha il suo fondamento nell'inesistenza di un qualsivoglia interesse punitivo dell'ordinamento[314]. Si tratterebbe, tuttavia, di una previsione che non può spiegare i suoi effetti nei confronti di coloro i quali siano risultati sprovvisti di documenti di identità in eventuali controlli in uscita, rendendo

---

[311] S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione*, op. cit., pp. 105 – 106.
[312] D.L. 23 giugno 2011, n. 89, conv. con modif., dalla l. 2 agosto 2011, n. 129.
[313] R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94* in *Guida al Diritto*, n. 34, 2009, pp. 29 – 32.
[314] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., pp. 98 – 99.

comunque astrattamente possibile configurare il reato nei confronti di chi non soddisfi tale requisito[315]. D'altronde, riprendendo la tesi che propende per la sopravvenuta causa di non punibilità, una simile mancanza di interesse punitivo dello Stato dovrebbe darsi in tutti i casi in cui lo straniero abbandoni volontariamente il territorio, non solo – dunque – nei soli casi in cui egli sia effettivamente identificato all'atto di uscire dal territorio. Ci si troverebbe in presenza, più verosimilmente, di una implicita conseguenza della scelta di incriminazione e delle sue reali finalità, sollevando l'autorità di polizia dall'obbligo di rapporto all'autorità giudiziaria e un alleggerimento dell'attività della stessa in ordine a fatti ormai privi di rilievo[316]. Non può tuttavia non svolgere simili riflessioni senza prendere coscienza della drammatica e ormai annosa situazione presente alla frontiere settentrionali dello Stato, naturalmente le uniche attraversabili tanto dai soggetti che fossero intenzionati ad ottemperare al comando della legge penale, ove consapevoli della condizione di illegalità rilevante sul piano penale, lasciando il territorio, quanto da coloro – certamente più numerosi – intenzionati a proseguire il loro "progetto migratorio" valicando i confini di un Paese che ha rappresentato solo la piattaforma da attraversare per raggiungere ulteriori Stati europei[317]. Si pensi, in particolare alla questione dei minori stranieri non accompagnati, e alla sistematica prassi di respingimento degli stessi operata da parte delle autorità di frontiera, come denunciato in inascoltati appelli dalle maggiori organizzazioni umanitarie[318]. Come sin da subito statuito dai giudici di merito, non è configurabile il reato ove la condotta considerata sia quello dello straniero che faccia ingresso in Italia scortato

---

[315] L. CORDÌ, *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di) *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2013, p. 58.

[316] A. CAPUTO, loc. ult. cit.

[317] Per citare il caso del confine italo-francese di Ventimiglia, in particolare a seguito del ripristino dei controlli di frontiera sulla base del Reg. 1051/2013, è assai significativo il dato della polizia francese delle Alpi Marittime, in base al quale nel solo anno 2017 circa 46mila persone sono state sottoposte a controllo e nel 97 % dei casi fatte oggetto di *Refus d'entrée* o comunque respinte verso l'Italia.
Si veda *Viaggio tra i ragazzi che dormono sotto un ponte a Ventimiglia* su https://www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2017/12/22/migranti-ragazzi-ventimiglia
Per un *reportage* sugli spostamenti irregolari sul suolo italiano dei migranti in uscita dal territorio si veda la video-inchiesta *Un tratto della tratta* (2016) disponibile presso:
https://www.premiorobertomorrione.it/film-inchiesta/un-tratto-della-tratta-2016/

[318] INTERSOS Onlus: *I minori stranieri non accompagnati lungo il confine settentrionale italiano* Rapporto 2017 a cura di. Disponibile su:
https://www.intersos.org/wp-content/uploads/2018/01/Rapporto-MSNA.pdf

dalle autorità di un Paese finitimo in esecuzione del provvedimento di respingimento da queste adottato[319].

Certamente le condotte considerate valgono ad integrare un reato proprio[320]. Come fu immediatamente rilevato dalla giurisprudenza di merito, nonostante la mancanza di esplicito richiamo, la fattispecie non poteva essere letta se non con riferimento all'art. 19 co. 2 T.U.I., escludente dal novero dei soggetti passibili di espulsione amministrativa dal territorio gli stranieri minori degli anni diciotto. In tal senso e con particolare riguardo al capoverso della norma in tema di divieti di espulsione e respingimento, i Giudici di pace hanno dimostrato propensione per la "incompatibilità" tra quest'ultima e la fattispecie incriminatrice, sul versante dell'irregolare trattenimento e per il difettare dell'elemento psicologico per quanto attiene all'ingresso illegale[321]. Tale genere di motivazioni, certamente tese a far prevalere interessi statuali rilevanti nella materia quelli qualificati sul piano internazionale come "superiori del fanciullo"[322], si connotano – tuttavia – per una certa laconicità delle motivazioni, rendendo necessarie delle precisazioni. Può ravvisarsi un *favor* del legislatore nei confronti del minore straniero, tale da consentire deroghe alla normativa del testo unico con riferimento alla doverosa garanzia di una protezione ove questi sia privo di un familiare in Italia o versi comunque in stato di abbandono (artt. 31, 32 e 33), considerate le prestazioni essenziali da erogare da parte delle pubbliche amministrazioni (si vedano gli artt. 35 e 38) da riconoscere allo scopo di garantirne il diritto al sereno sviluppo e alle disposizioni in materia di ingresso, con previsione della possibilità di concessione di autorizzazioni all'accesso del familiare (art. 31). Chi ritrae dal particolare sistema di tutele, tra l'altro di recente rafforzato con riguardo ai minori non accompagnati dalla

---

[319] Giudice di Pace di Domodossola 3 novembre 2009, in *Corriere del Merito* n. 1 2010, p. 61.

[320] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in G. AMATO (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012, p. 98; C. MORSELLI, *Trattato di diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Roma, 2017, p. 350; G.L. GATTA, *"Il reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto e procedura penale*, n. 11 del 2009, p 1326.

[321] Tribunale per i minorenni Bari, Decreto di archiviazione dell'11 dicembre 2009 in *Corriere del Merito*, n. 4 del 2010.

[322] Si pensi, in particolare, alla Convenzione sui diritti del fanciullo, adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176. L'art. 3 della Convenzione dispone che in "tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente".

l. n. 47 del 2017, l'esistenza di un diritto al soggiorno in capo agli individui infradiciottenni, propende per l'inapplicabilità nei confronti degli stessi dell'una o dell'altra delle condotte di cui all'art. 10 *bis*[323]. In base a tale avviso, da un lato, vista la sistematica tutela differenziata in capo al minore straniero e alla prevalenza dell'interesse alla sua crescita su quello dello Stato all'espulsione di cittadini non comunitari irregolari, non potrebbe concepirsi una situazione di clandestinità in capo a questa categoria di soggetti, incombendo – anzi – su una ampia serie di attori istituzionali l'obbligo di "rendere legale" la permanenza degli stessi: l'illecito trattenimento sarebbe dunque "un reato che il minore non può connettere"[324]; dall'altro, anche se con un nesso meno diretto, non potrebbe ritenersi punibile l'ingresso dello straniero minore, per l'incoerenza sostanziale che deriverebbe dall'affermazione di un missione di protezione nei confronti dello stesso, ove presente sul territorio: sarebbe dunque illogico che risultasse penalmente rilevante l'antefatto logico della presenza del minore sul suolo nazionale, consistente nell'ingresso irregolare, anche guardando all'ipotesi di sospensione del processo celebrato dinanzi al giudice di pace ove il cittadino straniero promuova domanda di protezione internazionale, che deve essere riconosciuta al minore in ragione del solo possesso di tale *status*[325]. Una decisione di "non luogo a procedere" dovrebbe dunque costituire il naturale esito di un procedimento ex art. 10 *bis*, salva la necessità di accertare l'effettiva minore età. A tutto ciò si aggiunga il quadro delineato dalla già ricordata recentissima l. n. 47 del 2017, che quasi solennemente, afferma che i minori stranieri non accompagnati sono titolari dei diritti in materia di protezione dei minori a parità di condizioni con i minori di cittadinanza italiana o europea. Al citato art. 19 risulta aggiunto il comma 1-*bis*, a tenore del quale, "in nessun caso può disporsi il

---

[323] A. DELLA BELLA, *Il minore straniero e il reato di immigrazione clandestina*, commento a Tribunale dei Minorenni Di Bari, decreto di archiviazione, 11 dicembre 2009, in *Corriere del Merito*, n. 4 del 2010, pp. 424 – 429; L. MIAZZI – G. PERIN, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4 del 2009, pp. 178 – 209.

[324] Già in base all'art. 28 lett. a) del D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, "nei casi in cui la legge disponga il divieto di espulsione, il questore rilascia il permesso di soggiorno per minore età […]". La disposizione risulta in parte superata dal recente art. 10 della l. n. 47 del 2017, rubricato "Permessi di soggiorno per minori stranieri per i quali sono vietati il respingimento o l'espulsione" in forza del quale "In caso di minore straniero non accompagnato, rintracciato nel territorio nazionale e segnalato alle autorità competenti, il permesso di soggiorno per minore età è rilasciato, su richiesta dello stesso minore, direttamente o attraverso l'esercente la responsabilità genitoriale, anche prima della nomina del tutore ai sensi dell'articolo 346 del codice civile, ed è valido fino al compimento della maggiore età".

[325] In part. L. MIAZZI – G. PERIN, *Legge n. 94/2009*, op. cit., pp. 191 – 192.

respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati". Allo stesso tempo, recando l'art. 19 ulteriori ipotesi di divieto di espulsione e di respingimento, potrà affermarsi sussista in capo allo straniero, al ricorrere contestuale degli estremi di siffatta casistica e della situazione di irregolarità del soggiorno, un'autorizzazione a risiedere nello Stato, senza che abbia luogo il conflitto tra la situazione del soggetto e l'ordinamento. Finché questi sia inespellibile, non dovrà considerarsi illegale la permanenza, purché continuino ad esistere le condizioni ostative al suo allontanamento[326]. Ulteriori specificazioni in merito alla mancanza, in capo al cittadino non comunitario o all'apolide, dei requisiti per il regolare ingresso e la prosecuzione del soggiorno in Italia sono svolte nei paragrafi seguenti.

Le due condotte considerate dalla norma presentano *ictu oculi* sostanziali differenze, essendo incriminata tanto un'azione compiuta necessariamente in modo puntale quanto la protrazione di una particolare situazione antigiuridica. Alle locuzioni utilizzate dalla norma corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea ed una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo[327]. Com'è stato detto, il reale fulcro della riforma del 2009 è da scorgersi nell'introduzione di tale ultima incriminazione di natura permanente[328]. Prevalente è la tesi per la quale le condotte tipizzate costituiscano modalità distinte e tra loro in rapporto di alternatività, realizzative di un unico reato[329]. Non porterebbe, tuttavia, alla possibilità di concorso la diversa configurazione delle due condotte come distinte figure di reato, essendo chiaro che esse siano parimenti in rapporto di esclusione reciproca: in presenza di ingresso *contra ius* la permanenza successiva non sarebbe punibile a titolo di autonomo reato, dal momento che un soggiorno illegale ha per presupposto un ingresso non riconducibile all'ipotesi incriminata dalla prima parte

---

[326] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Inespellibilità e regolarizzazione dello straniero presente sul territorio nazionale*, in MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di) *Immigrazione e cittadinanza*, Torino, 2008, p. 174.

[327] Corte Cost. 8 luglio 2010, n. 250.

[328] P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?* in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 1 Suppl., pp. 5 – 8.

[329] In tal senso in particolare G.L. GATTA, *"Il reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, op. cit., pp. 1323 ss.; L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA – F. VIGANÒ, *Il 'pacchetto sicurezza' 2009*, Torino, 2009, p. 38; L. CORDÌ, *Reato di ingresso e soggiorno illegale*, in op. cit., p. 55.

dell'art. 10 *bis*[330]. Discenderebbe da una lettura della norma informata all'uso della logica trarre la conclusione che la realizzazione delle due condotte tipizzate non possa far pensare alla compresenza di reati (negata anche dagli assertori della seconda tesi), essendo unico il disvalore intrinseco alla violazione della normativa in materia di immigrazione, anche nell'ipotesi in cui entrambe le situazioni considerate si avverino, ossia in tutti i casi di ingresso illegale che faccia data dal giorno di entrata in vigore della norma in discorso. Mentre per una parte della dottrina formulazioni normative di tal fatta dovrebbero sempre condurre a configurare il reato come unico, violandosi una sola norma incriminatrice, per un diverso parere il rapporto tra le diverse incriminazioni dovrebbe essere risolto caso per caso, in ragione del contenuto di disvalore delle singole disposizioni[331]. Necessariamente, d'altra parte, l'illecito ingresso, avrebbe come esito anche l'inverarsi della permanenza illecita, a prescindere dalla durata della stessa, rappresentando una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale ravvisare la rimproverabilità per di ciò che è immancabile conseguenza di una condotta di per sé punibile e dalla stessa norma considerata. Tutto ciò non impedisce di prendere in considerazione la questione dell'applicabilità del precetto penale anche a coloro che si trovassero sul territorio prima dell'entrata in vigore o solo ai cittadini stranieri la cui condizione irregolare avesse origine dopo l'inizio della vigenza dell'art. 10*bis*[332]. Dovrebbe qui ricordarsi come, prima dell'intervento di riforma del 2011 e della modifica del comma secondo dell'articolo in commento, fosse astrattamente possibile e doveroso procedere anche avverso lo straniero identificato e controllato in uscita dallo Stato, ponendo lo stesso soggetto di fronte alla "decisione" di dirigersi alla frontiera allo scopo di porre fine alla sua irregolarità su *questo* territorio, ottemperando alla norma ma palesando il suo *status* nei confronti dell'autorità ovvero protrarre la permanenza accettando il rischio di essere sottoposto a controllo dalle forze dell'ordine e richiesto di esibire il titolo di soggiorno, subendo così il giudizio e l'immancabile espulsione. È inevitabile parametrare tale circostanza con il principio di irretroattività in materia

---

[330] A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nello Stato,* in op. cit., p. 237. Nello stesso senso C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato* in *Diritto immigrazione e cittadinanza,* n. 4 del 2009, pp. 38 – 58.

[331] Si contrappongono tradizionalmente due diversi risoluzioni della questione dal punto di vista della teoria generale del reato, secondo quanto sostenuto rispettivamente da G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., pp. 530 ss. e D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2005, p. 528 ss.

[332] L. MASERA, loc. ult. cit.

penale, con riguardo ad una norma che, ove pure non punisca "un modo d'essere della persona", per usare le parole delle citate istanze di remissione respinte della Corte Costituzionale, certamente era adottata allo scopo di spiegare i suoi effetti anche nei confronti di coloro che avessero maturato uno *status*, in precedenza rilevante solo sul piano amministrativo, prima dell'entrata in vigore della norma penale avente di mira la stessa situazione. Quella dell'introduzione di un reato permanente, altrimenti non potendosi qualificare la *permanenza* sul territorio, è una questione non nuova al dibattito e alla giurisprudenza, tanto nei casi in cui il legislatore riformi *in peius* il trattamento sanzionatorio, quanto nell'ipotesi in cui incrimini *ex novo* una condotta già iniziata e per sua natura consistente nella protrazione di un certo fatto[333]. Dovendosi guardare al tempo in cui fu commesso il reato, da individuare – però – nel "momento in cui sia compiuto l'ultimo atto con cui volontariamente [si] mantiene la situazione antigiuridica", ove il legislatore decidesse *medio tempore* di punire più severamente un certo fatto, e gli autori "sordi all'imperativo" perpetuassero nel mantenimento della situazione, dovrebbe loro applicarsi la legge più severa[334]. Sarebbe stato certamente paradossale ed in antitesi con l'auspicio della maggioranza parlamentare ed altresì con i primissimi commenti, anche istituzionali, animati dalla preoccupazione circa gli esiti della "criminalizzazione" di tutti i soggetti irregolari presenti all'inizio della vigenza della norma e del suo impatto sulla macchina giudiziaria[335], considerare inoperante la norma nei confronti di chi avesse iniziato la condotta divenuta illecita anche sul piano penale prima dell'entrata in vigore della norma e proseguito la stessa successivamente. Una possibile soluzione sarebbe potuta consistere nella previsione di un lasso di tempo per l'uscita dal territorio nazionale, specie ove questa fosse l'unica concreta modalità di ottemperanza al comando penale, come del resto auspicato dallo stesso organo di autogoverno della Magistratura[336]. La scelta di non

---

[333] G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 260, in cui il protrarsi di una situazione antigiuridica creata dalla condotta è rilevante sul piano dell'esaurimento del reato, momento da individuare nella fine della situazione antigiuridica, mentre il reato si ritiene perfetto quando la condotta si realizzi. La legge del *tempus commissi delicti* è "sia quella vigente all'inizio sia quella entrata in vigore nel corso della fase consumativa".

[334] Ivi, pp. 142 – 143.

[335] S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione*, op. cit., pp. 95 – 96. Si vedano altresì le considerazioni espresse dal Consiglio Superiore della Magistratura, Odg. 319 Fasc. 64/PA/2008: *Parere sul disegno di legge n. 733 del 3 giugno 2008, recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"* (par. 5).

[336] *Parere sul disegno di legge n. 733* cit., par. 5.1 punto b2).

concedere un congruo termine per lo svolgimento degli adempimenti necessari alla partenza, unitamente alla mancata previsione del giustificato motivo, da più parti segnalata, non contribuisce alla possibilità di pervenire ad un'interpretazione della norma del tutto in linea con i principi di irretroattività e colpevolezza, non potendosi del tutto porre nel nulla la constatazione della liceità penale della condotta, riguardata dal punto di vista dell'autore al momento della sua origine[337]. Un simile regime potrebbe anche cozzare con il rispetto del principio di inesigibilità e configurare una lesione rispetto all'art. 27 co. 1 Cost., guardando non al alla singola situazione concreta ma ad un *vulnus* strutturale della fattispecie[338]. Deve inoltre rilevarsi, ha osservato la dottrina, che né dal tenore della fattispecie in commento né dal complesso della normativa di settore, possano trarsi indicazioni utili ad individuare il momento a decorrere dal quale si possa ravvisare come penalmente rilevante la condizione di chi versi in una situazione amministrativa contrastante con le disposizioni di cui al Testo Unico e della l. n. 68 del 2007, perfezionandosi – tuttavia – il reato nel momento stesso in cui la difformità della condizione si verifichi. Le scadenze temporali previste per la richiesta del titolo di soggiorno o lo spontaneo allontanamento dal territorio, concernenti la situazione tipica del reato, non possono costituire validi referenti al fine di individuare il termine entro cui porre in essere l'azione prescritta, né soccorrerebbe l'utilizzo dell'interpretazione sistematica, stanti la notevole eterogeneità e diversa natura dei termini stessi, così come inverosimile dovrebbe ritenersi una ricostruzione della fattispecie tale da rimettere al giudice procedente il compito di individuare volta per volta il momento di acquisizione di rilievo penale della condizione di soggiorno illegalmente protratto[339]. Infine, come rilevato dalla Corte Costituzionale, la fattispecie dovrebbe rappresentarsi come appartenente al novero dei reati di pericolo, i quali, come avviene in molti settori dell'ordinamento, avuto riguardo al bene giuridico oggetto di tutela, puniscono la violazione di disposizioni amministrative volte a regolamentare l'attività e i rapporti tra talune categorie di soggetti ed il sistema giuridico in modo che l'esercizio di talune libertà non rischi di pregiudicare superiori interessi della comunità nel suo

[337] L. MASERA, *"Terra bruciata"*, in op. cit., p. 41.
[338] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, op. cit., p. 109.
[339] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, op. cit., p. 108.

complesso[340]. In tal senso, non disconoscendo la scarsa attitudine lesiva della singola infrazione del sistema amministrativo sull'immigrazione, ma ponendola a confronto con un bene giuridico estremamente astratto e proprio per questo offendibile solo attraverso aggressioni molto più massicce di quelle potenziali per l'individuo, che la Consulta ha giudicato favorevolmente la collocazione della pena infine prescelta dal legislatore al gradino più basso delle possibili sanzioni di cui il sistema disponga, diversamente da atti connotati da un maggiore disvalore, si prenda – ad esempio – l'ormai ex delitto[341] di inottemperanza all'ordine di allontanamento[342].

2.2 Descrizione delle condotte tipiche: l'ingresso e l'irregolare trattenimento. La possibile interruzione in ordine alla condotta di ingresso.

A differenza del testo originariamente presentato al Parlamento, sin dalla sua introduzione con la n. 94 del 2009, l'art. 10 *bis* contempla l'ulteriore ipotesi consistente nell'irregolare trattenimento. Allo scopo di evitare duplicazioni, si rinvia al successivo sotto-paragrafo per quanto attiene all'analisi delle situazioni amministrative in cui lo straniero, precedentemente in posizione regolare, possa venire a trovarsi, distinte dalla più naturalisticamente evidente condotta costituita dall'ingresso. È tuttavia necessario specificare che il profilo dell'omissione rilevante

---

[340] AA. VV., *Art. 10-bis* in *Codice penale commentato* (diretto da DOLCINI – GATTA), p. 2641; Per la tesi della "autoreferenzialità del legislatore" nell'anticipare nell'area della tutela penale "condotte non sufficientemente lesive o addirittura inoffensive" rispetto a "beni inafferrabili" si v. C. MORSELLI, *Trattato di diritto e procedura penale dell'immigrazione*, op. cit., p. 356.

[341] L'art. 14 co. 5-*ter* disponeva, all'epoca dell'introduzione del reato di clandestinità e della realtiva pronuncia della Corte Costituzionale che: «Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-*bis*, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale […] ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato». Con la sentenza 28 aprile 2011 in causa C-61/11 PPU nota come "El Dridi", la Corte di giustizia dell'Unione ha statuito – su quesito pregiudiziale di interpretazione della Corte d'Appello di Trento – che "la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo". La sentenza costituisce la principale *occasio* dell'intervento normativo di riforma avutosi con il D.L. 23 giugno 2011, n. 89, convertito dalla L. 2 agosto 2011, n. 129. Attualmente l'art. 14 co. 5-*ter*

[342] *Ibidem.*

ai fini della configurazione del reato di soggiorno illegale consista nel mancato allontanamento della persona dal territorio, l'inadempimento del comando giuridico insito nella norma. Ciò acquista consistenza in modo diverso dalla fattispecie di inosservanza dell'ordine di allontanamento, caratterizzata dalla presenza di un termine di spontanea adesione dell'individuo al disposto normativo integrato dal provvedimento amministrativo adottato dall'autorità tenuto conto della obiettiva possibilità di ottemperarvi, non sussistendo un "giustificato motivo". Proprio la previsione di un termine per l'adempimento, a vantaggio di tutti coloro i quali vengano a trovarsi in una condizione di conflitto con la normativa vigente dopo un periodo di legale permanenza, costituirebbe componente imprescindibile della fattispecie omissiva propria, sia che astrattamente lo si configuri quale elemento essenziale dei reati afferenti a tale categoria, sia che lo ritenga una condizione obiettiva di punibilità[343]. Pur non essendo onnipresente la contestuale specificazione del termine in cui il soggetto debba adempiere, dovendo la sua durata ricavarsi da altre norme, è giocoforza poter desumere dal sistema nel suo complesso il momento entro il quale sia giuridicamente rilevante la concretizzazione dell'azione richiesta, vanificandosi – diversamente – l'incriminazione del mancato compimento di una condotta[344]. Non manca l'opinione di chi – valorizzando il dato testuale – interpreti l'utilizzo del verbo "trattenersi", oltre che in quanto dato attributivo degli estremi del reato permanente, anche come indicatore della necessaria presenza di una protrazione apprezzabile della condotta del trattenimento *contra ius*[345]. Certamente il carattere permanente di tale condotta rende maggiormente agevole accertare la sussistenza del reato ed amplia le possibilità di contestazione[346].

Volgendo lo sguardo, alle peculiarità della condotta di ingresso e all'attuale quadro normativo, si osserva che ai sensi dell'art. 5 del Regolamento (UE) 2016/399, istitutivo dell'attuale Codice delle frontiere Schengen, le frontiere esterne dell'Area possono essere attraversate solo in corrispondenza degli appositi valichi di frontiera durante le loro fasi di apertura operativa, fatte salve le ipotesi, ove contemplate dagli

[343] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 107 – 108.
[344] G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 478.
[345] E. LANZA, *Il reato di immigrazione clandestina*, op. cit., p. 23.
[346] L. CORDÌ, *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in op. cit., p. 57.

Stati membri, in cui persone o gruppi effettuino il passaggio in "impreviste situazioni di emergenza". Devono inoltre intendersi per "frontiere esterne" i limiti terrestri del territorio degli Stati membri, unitamente a quelli marittimi, tenuto conto di quanto riportato nel precedente capitolo, riguardo la sfera marina di sovranità statale delle acque territoriali. Avuto riguardo al *tempus* ed al luogo della consumazione del reato, tali concetti sono stati riferiti allo stesso momento e alla frazione di territorio nelle quali si verifichi materialmente e compiutamente l'ingresso[347]. Avuto riguardo alla fattispecie di illecito reingresso di cui all'art. 13 co. 13, incriminante chi – privo dell'autorizzazione ministeriale ed essendo stato destinatario di un provvedimento di espulsione – compia la stessa condotta punita dall'art. 10 *bis*, ancorché con una diversa connotazione in termini di contrarietà all'ordinamento, è stato statuito che tale azione illecita sia caratterizzata da natura permanente, individuandosi il bene protetto nell'interesse ad impedire la permanenza illegale e la continuità della condotta antigiuridica[348]. Diversamente, la Suprema Corte ha qualificato il reato di mero ingresso come istantaneo, ove poi "la ulteriore protrazione della permanenza dello straniero […] integra, senza verun intervallo cronologico, la ulteriore ipotesi contravvenzionale prevista dalla norma incriminatrice, non decorrendo il termine per la richiesta del permesso di soggiorno, previsto a favore di chi faccia legalmente ingresso nel territorio dello Stato"[349].

Suscita interesse la circostanza per cui la contravvenzione di ingresso irregolare, come spesso ricordato dai magistrati componenti delle Procure più esposte in ordine ai procedimenti avverso i favoreggiatori della condotta cui l'art. 10 *bis* assegna rilievo penale in sé, possa ostacolare la ricostruzione processuale dello sviluppo delle azioni delittuose punite dall'art. 12 del Testo Unico. Tra le autorevoli opinioni, spicca la voce del Procuratore nazionale antimafia[350], il cui Ufficio già aveva sollecitato l'abrogazione della fattispecie da parte del Governo, già delegato in tal senso dalle Camere[351], in particolar modo per la posizione processuale in cui si sarebbe posto chiunque fosse stato testimone di un fatto riconducibile alla fattispecie

---

[347] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 103.
[348] Cass. pen., sez. I, 2004 n. 17878.
[349] Cass. pen., sez. I, 2010 n. 37051.
[350] *Radioluiss - Sulla Mehari verde*: intervista al procuratore Franco Roberti, 27 maggio 2016 disponibile su: https://soundcloud.com/sulla-mehari-verde
[351] Con l. 28 aprile 2014, n. 67.

di favoreggiamento, al contempo egli stesso contravventore per l'illegale ingresso compiuto e non escutibile nella veste di testimone nel corso del dibattimento avverso i c.d. scafisti o gli organizzatori del traffico di migranti. Il giudizio in ordine alla contravvenzione che ci occupa, definita "inutile e controproducente", nasce in particolare dal rilievo dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rilasciate dalla persone trasportate, le quali materialmente hanno certo compiuto l'azione di entrare sul territorio nazionale, specie nell'ambito di un incidente probatorio, il cui uso è reso necessario dal rischio di irreperibilità successiva delle persone associate al singolo viaggio, oltreché per la difficoltà di ricordare le fattezze dei singoli individui visti ai comandi delle imbarcazioni in una moltitudine di persone presenti sullo stesso affollato natante[352]. La giurisprudenza di merito, si veda la decisione appena posta in nota, ha mostrato di nutrire perplessità e preoccupazioni in ordine alla questione, provando a tirare le necessarie conclusioni alla luce degli orientamenti esposti dalla Suprema Corte. Quest'ultima è giunta a due divergenti conclusioni: da un lato si pone il convincimento per il quale i migranti debbano essere ascoltati quali persone informate sui fatti[353] partendo dal presupposto che i trasportati non pongano in essere alcuna condotta antigiuridica, non portando a termine il proposito di entrare in acque ed in territorio italiano e dunque senza che possa loro imputarsi di aver commesso il reato di cui all'art. 10 *bis*, essendosi tale condotta interrotta al momento dell'intercettazione da parte del personale con funzioni di polizia impegnato in attività di salvataggio. Si verserebbe dunque, in un'ipotesi di non imputabilità dovuta all'assenza di un ingresso compiuto in modo non contrastante con la disciplina richiamata dalla norma in commento, specie ove – come nel caso di cui alla sent. 21 settembre 2011, n. 2701 della Cassazione – l'intercettamento del natante con a bordo i migranti fosse avvenuto a seguito di inseguimento dello stesso da parte dei militari italiani, fermando allo stadio del tentativo la contravvenzione. In modo convergente, nella sent. Cass. 18 aprile 2016, n. 1383, si legge come l'ipotesi contravvenzionale non consenta di configurare il tentativo d'ingresso illegale, specie in ragione del fatto che non potesse ipotizzarsi che il pericolo di vita cui era conseguita l'azione di

[352] A. GILIBERTO, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati*, nota a Giudice Udienza Preliminare presso Tribunale di Trapani, sent. 9 novembre 2016, Imp. Abdallah, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3 del 2017, pp. 325 – 332.

[353] Cass. pen., sez. I, 2016, n. 1383; sez. I, 2015, n. 2595; sez. I, 2011, n. 2701.

salvataggio che ne aveva comportato l'ingresso e la permanenza per motivi umanitari nel territorio dello Stato fosse stata evenienza dagli stessi prevista e artatamente creata[354]. Come il Giudice di Trapani ha posto in evidenza, non potrebbe non considerarsi che la modalità di ingresso nel territorio che concretamente era utilizzata dai migranti non fosse altro che l'unica via possibile per accedere al suolo nazionale stesso per coloro che ne prevedevano e volevano gli effetti finali. In tal senso il Giudice territoriale pone in dubbio l'argomentazione volta a non riconoscere la veste di imputati di reato connesso ex art. 12, lett. c), c.p.p. a quello di cui all'art. 12 T.U.I. ai migranti trasportati, non potendosi obliterare la vigente fattispecie di cui all'art. 10 *bis* in considerazione delle maggiori difficoltà e dei non trascurabili costi processuali ed economici dovuti all'audizione dei soggetti prescelti tra i numerosi occupanti delle imbarcazioni per rendere dichiarazioni che è di tutta evidenza si vuole siano accusatorie nei confronti del soggetto posto volontariamente o forzatamente al timone del natante. Inoltre, sempre in termini di elemento psicologico, il fatto di ingresso irregolare è imputabile a titolo di dolo o di colpa, sia che si tratti di ingresso irregolare *tout court* sia che si tratti di ingresso coatto. Pur non ponendosi come un caso di azione incosciente incasellabile in una specie di colpa «ma, al più, come azione "contro l'intenzione" (art. 43 c.p.), che altera l'originaria programmazione immaginata dal migrante (la quale, si ribadisce, non è rilevante ai fini della consumazione del reato)» non potrebbe tacersi del dato che il comportamento tenuto gli consenta comunque di realizzare il fatto tipico del reato di ingresso irregolare[355]. Può dubitarsi, con l'Annotatore della sentenza in commento, che sia opportuno richiamare gli arresti in tema di favoreggiamento, nei quali – tenuto conto della differente natura di delitto a consumazione anticipata ormai riconosciuta da una giurisprudenza monolitica in ordine all'art. 12 T.U.I.[356] – si palesava l'esigenza di ritenere del tutto compiuto e perseguibile il fatto tipico anche se svolto fuori dalla

[354] Escludendo la veste di soggetti imputati di reato collegato, avuto riguardo della situazione di chi sia abbandonato dagli scafisti in acque internazionali e non possa che fare ingresso sul territorio – salvo perire in mare – attraverso l'attività di salvataggio delle navi mercantili presenti nell'area su cui incombe l'obbligo di salvataggio, ma analogamente nel caso di operazioni di polizia marittima e di fermo del natante comandato dai veri e propri gestori del traffico si veda Cass. pen., sez. I, 2015 n. 39719 con nota di A. COCOMELLO, *La disciplina penale e processuale in materia di immigrazione*, in *Cassazione penale*, suppl. n. 5 del 2017, p. 132.

[355] A. GILIBERTO, op. cit., p. 331.

[356] Si ricorda, *ex multis*, la citata Cass. pen., sez. I, 2014 n. 18354, tra le sentenze capostipiti della tesi della infrazionabilità della condotta dei trafficanti di persone.

sfera di sovranità statale. La vicenda aiuta nell'evidenziare come nulla sia detto dal legislatore in merito alle modalità di preparazione e commissione dell'ingresso medesimo e dell'impossibilità, partendo dal disposto, di effettuare ricostruzioni in termini di decorso causale che ha portato che sia infine risultato nella prima delle condotte incriminate dall'art. 10 *bis.* Il cuore della norma resta l'evento naturalistico, senza alcuna distinzione tra una previa condotta ed il suo esito[357].

2.3 Le situazioni di irregolarità integranti la fattispecie

Sulla base della descrizione delle condotte tipizzate dal legislatore, ci si sofferma ora sul rapporto tra le disposizioni inerenti la *regolarità* della situazione del cittadino non comunitario, a partire della condotta maggiormente evidente, dal punto di vista naturalistico. In forza dell'art. 4 del D.Lgs n. 286 del 1998, l'ingresso nel territorio è consentito allo straniero in possesso di un valido passaporto, di un documento di viaggio equipollente – si pensi ai titoli rilasciati dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati o ai "lasciapassare" emessi dalle organizzazioni internazionali – e di un visto d'ingresso, apposto dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane aventi sede nel Paese di nazionalità o di stabile residenza dell'individuo. In base all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, espressamente richiamato dall'art. 10*bis*, per i soggiorni di durata non superiore a tre mesi per motivi diversi da quelli di prestazione di attività lavorativa in Italia, non è richiesto il possesso di un valido permesso di soggiorno, purché sia rispettato il vincolo temporale di estensione massima della permanenza e la persona sia in possesso di un valido documento d'identità e provvista di visto, salve le esclusioni sulla base di accordi internazionali. Diversamente, lo straniero dovrà presentarsi all'autorità entro otto giorni per richiedere un permesso per i soli fini di cui al visto. Lo straniero non proveniente dai Paesi dell'area *Schengen* è tenuto a dichiarare la propria presenza all'autorità di polizia di frontiera o territoriale più prossima, essendo diversamente suscettibile di essere destinatario di un provvedimento di espulsione ex art. 13 T.U.I.,

[357] A. GILIBERTO, loc. ult. cit.

emesso nell'equiparata ipotesi della permanenza prolungata oltre il termine stabilito dal visto d'ingresso. L'art. 4 T.U.I. contempla, però, ulteriori variegate condizioni[358] qualificanti l'accesso al territorio come regolare, tutte necessarie ai fini dell'esito positivo dell'ultima fase di un iter amministrativo plurifase, consistente nel controllo effettuato ai "valichi di frontiera" – dei quali è, infatti, obbligatorio l'attraversamento – in ragione del perseguimento della sorveglianza e del governo dei flussi in entrata[359].

Come si è detto, l'irregolarità amministrativa qui rilevante è anche quella della permanenza ulteriore rispetto al tempo che sia consentito guardando al titolo di soggiorno posseduto dallo straniero. Di non poco conto è il rinvio operato dall'art. 10 *bis* alle disposizioni dell'intero Testo unico assumendo il ruolo di criterio fondamentale per operare il giudizio sul disvalore penale della condotta[360]. Un ulteriore aspetto, in connessione con quanto sopra esposto in tema di nuova incriminazione di una situazione, quella della permanenza, già inveratasi prima della riforma del 2009, attiene all'ipotesi speculare, quale quella della perdita della qualità di cittadini non comunitari a seguito dell'adesione dello Stato di provenienza all'Unione europea. Ebbene, è stato rilevato che, in accordo con la giurisprudenza di legittimità, il venir meno della condizione di straniero – ed il sopravvenire di quella di cittadino europeo – non varrebbe ad escludere la punibilità dell'autore di un fatto commesso prima del mutamento di tali qualità, il principio della *lex mitior* investendo – in sostanza – i soli elementi costitutivi della fattispecie penale e non anche le eventuali modifiche della situazione di fatto, presupposto alla norma penale,

---

[358] I requisiti possono essere così riassunti: a) possesso di titolo di viaggio in corso di validità (in primo luogo il passaporto), b) possesso di visto di ingresso (salvi i casi di esenzione in forza di accordi internazionali) distinguibili in "visti Schengen uniformi" - generalmente validi in tutta l'Area – e visti di tipo D – validi solo per lo Stato apponente, c) disponibilità di mezzi di sostentamento durante la permanenza stabiliti con Direttiva del Ministero dell'interno o inerenti il rapporto di lavoro alle dipendenze di un individuo regolarmente residente, d) possesso di documentazione giustificativa delle finalità e condizioni di soggiorno, e) apposizione del timbro di ingresso sul documento di viaggio ad opera della polizia di frontiera, f) mancanza di pericolosità per la sicurezza e l'ordine pubblico ed assenza di condanne per un'ampia genie di reati di particolare allarme o comunque contemplanti il sistematico attraversamento di frontiere, g) assenza di pregresse espulsioni, salva l'autorizzazione ministeriale al rientro, h) assenza di segnalazioni finalizzate al respingimento alla frontiera, con particolare riferimento all'attuale Sistema d'informazione Schengen (SIS II) sviluppato sulla base del Reg. (CE) n. 1987/2006.

[359] S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione*, op. cit., pp. 100 – 104.

[360] AA. VV., *Art. 10-bis* in *Codice penale commentato* (diretto da DOLCINI – GATTA), p. 2642.

che non vadano propriamente ad integrarla[361]. Si verserebbe, dunque, in un'ipotesi di successione di norme extrapenali richiamate ma non integratrici del precetto né modificatrici della sanzione, tale da non intaccare il disvalore del fatto anteriormente commesso[362].

Non è certo discutibile che la norma manchi di effettuare un richiamo diretto al difetto dei titoli legittimanti l'ingresso (in particolare il regolare visto e i documenti di viaggio in corso di validità) e la permanenza (permesso ex art. 5 o permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ex artt. 9 e 9 *bis*) scegliendo di nominarli espressamente quali elementi che partecipino alla descrizione della fattispecie incriminatrice. In materia di espulsione amministrativa, l'omessa richiesta di permesso di soggiorno è equiparata e parimenti legittimante l'allontanamento rispetto all'ipotesi di revoca, annullamento, possesso di un titolo scaduta da oltre sessanta giorni senza che sia stato richiesto il rinnovo (art. 13 co. 2 lett. b). Le disposizioni inerenti il rinnovo e i provvedimenti amministrativi inerenti le vicende del permesso di soggiorno si sostanziano in previsioni estremamente specifiche e tecniche la cui mera elencazione poco qui aggiungerebbe in termini di contenuto. La base normativa è situata all'art. 5 del T.U., il cui testo ha subito innumerevoli riforme (circa venti), e che trova il suo complemento nel regolamento di attuazione, nonché nelle direttive e nei decreti ministeriali, ad esempio in tema di ammontare del contributo al cui versamento è richiesto ai fini del rinnovo o del rilascio dei permessi diversi da quelli per motivi di asilo, protezione sussidiaria o umanitaria e richiesta di protezione. La norma contiene, però, disposizioni rilevanti allo scopo di ravvisare la permanenza o la cessata condizione di lecita presenza sul territorio nazionale, come avviene in tutto il tempo dell'attesa del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno, anche ove non venga rispettato il termine di sessanta giorni stabilito in capo alla competente questura per la decisione conclusiva del procedimento amministrativa, durante il quale il lavoratore straniero può legittimamente

[361] C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte* generale, Milano, 2017, p. 119.

[362] Cass. pen., Sez. Un., 2007 n. 2451, con riferimento ad una fattispecie dalla *ratio* di tutela assai simile a quella del reato di permanenza illecita, ossia l'ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento dal territorio del questore punito ex art. 14 co. 5-*ter* T.U.I. Il principio è stato riaffermato anche da Cass. pen., sez. I, 2007 n. 47459 con riferimento alla fattispecie in tema di impiego di lavoratori irregolari ex art. 22, non ritenendo applicabile il principio di cui all'art. 2 c.p.

soggiornare. Si può far presente l'osservazione per la quale in taluni casi la condizione di illegalità de soggiorno prescinda da qualsivoglia determinazione della pubblica autorità, laddove in altri casi essa discenda dagli effetti di un provvedimento[363]. L'art. 13 co. 2 reca con sé entrambe le categorie di situazioni: da un lato l'ipotesi della mancata richiesta del permesso di soggiorno nel termine di legge, dall'altro nelle eventualità di revoca o annullamento del permesso stesso. In ogni caso, i termini previsti dalla normativa di settore tanto per la richiesta del titolo di soggiorno, quanto per adempiere all'implicito comando di allontanamento dal territorio, entrano nella tipicità del reato giacché non riguarderebbero l'omissione dell'azione prescritta, in ragione del fatto che prima del loro sopraggiungere il soggetto non si trovi in una situazione contrastante con le disposizioni in materia di immigrazione e dunque non antigiuridica. Sarà il decorso degli stessi a rendere operativo l'obbligo di agire conformemente a quanto stabilito dalla norma incriminatrice per non incorrere nelle conseguenze che alla stessa sono ricollegate[364]

Secondo l'indirizzo della Corte di Cassazione il reato è integrato anche dalla condotta dello straniero che si trattenga nel territorio dello Stato senza effettuare entro otto giorni la richiesta del permesso di soggiorno, nonostante la sua situazione personale situazione gli consenta astrattamente di ottenerlo[365]. Non troverebbe applicazione il reato di soggiorno irregolare ove l'ingresso avvenga in modo clandestino e in assenza dei presupposti di legge, dal momento che tale situazione non può legittimare la permanenza sul territorio neppure per il termine previsto per la richiesta del titolo di soggiorno[366].

Come accennato in precedenza, il reato in commento effettua un richiamo all'art. 10 in materia di respingimento alla frontiera dello straniero previsto dei necessari titoli, così delimitando l'insieme delle situazioni assumenti rilievo penale. Non altrettanto può dirsi, invece, rispetto alle ipotesi di respingimento differito con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore di cui al capoverso dell'art. 10,

---

[363] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 106.

[364] Ivi, p. 107.

[365] Cass. pen., sez. I, 6 ottobre 2010 in L. CORDÌ, *Reato di ingresso e soggiorno illegale*, in op. cit., p. 56.

[366] Cass. pen., sez. I, 1 dicembre 2010, in *Guida al diritto*, n. 8/2010 p. 110; Cass. pen., sez. I, 30 settembre 2010, n. 37051; Cass. pen., sez. I, 8 luglio 2010, in L. CORDÌ, loc. ult. cit.

ove lo straniero sia intercettato nell'atto di mettere piede in territorio nazionale o "subito dopo" l'ingresso, così come nel caso in cui sia stato temporaneamente ammesso solo per "necessità di pubblico soccorso". Essendosi qui realizzata l'aggressione al bene tutelato, ritorna in essere il vigore del precetto penale[367]. È necessario ricordare la recente introduzione dell'art. 10 *ter*, in forza del quale i cittadini stranieri rintracciati nell'atto di attraversare le frontiere – interne o esterne – o giunti sul territorio conseguentemente ad operazioni di salvataggio in mare, sono condotti presso appositi "punti di crisi" per le esigenze di assistenza, nonché per essere sottoposti alle operazioni di fotosegnalamento in ottemperanza alla regolamentazione europea e ricevere le necessarie informazioni circa le procedure per la richiesta di protezione internazionale.

L'attuale sistema si pone all'esito di un lungo percorso legislativo, sviluppatosi lungo una direttrice volta a tracciare, sin dall'introduzione del Testo Unico, "un netto discrimine" tra migranti regolari ed irregolari. Da tale impostazione si ritraggono le attuali inconciliabili differenze tra la condizione dei soggetti legalmente presenti e di coloro che, divenuti anche incolpevolmente "fuori-legge" nulla possano per mutare il loro *status.* L'assenza di meccanismi di regolarizzazione individuale e permanente basati sul decorso del tempo e sul riscontro della presenza di indici di positiva integrazione nel tessuto sociale, peraltro di non facile raggiungimento in totale assenza di un qualsiasi titolo di soggiorno vista l'impossibilità di accesso al mondo del lavoro e della ricerca di alloggi, unitamente alle difficoltà concernenti il mantenimento di una situazione regolare, hanno caratterizzato la disciplina nazionale per una severità che è comprensibilmente stata definita "unidirezionale"[368].

Non può omettersi una considerazione in merito all'importante strumento internazionale di cui si è trattato nel precedente capitolo e che, come si è detto, parrebbe porre un principio di non incriminazione nei confronti dei migranti illegalmente giunti nei territori degli Stati parte per il tramite delle attività transnazionali poste in essere dai sodalizi di cui al Protocollo sul traffico annesso alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata. L'eventuale contenuto precettivo della disposizione *de qua* (art. 5 del III Annesso), non è stato

[367] L. CORDÌ, *Reato di ingresso e soggiorno illegale* in op. cit., p. 57;
[368] A. CAPUTO, *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina* in *Criminalia*, 2009, pp. 388 – 389.

ricostruito in modo univoco dagli interpreti[369]. Se da un lato la norma convenzionale non comporterebbe un automatismo sanzionatorio nei confronti dei "migranti divenuti oggetto delle attività" cui le parti contraenti hanno stabilito di riconoscere rilievo penale, l'accordo di Palermo dovrebbe leggersi come uno strumento la cui *ratio* primaria sia apprestare tutela ai migranti, affermando o ribadendo la necessità di assicurare misure di protezione ed assistenza ma anche – secondo questo avviso – vincolando gli Stati attraverso la posizione di un principio di non punibilità sul piano penale dei migranti[370]. Sarebbe lecito ravvisare, conseguentemente, un profilo di contrasto tra la norma nazionale, introdotta a soli tre anni di distanza dalla ratifica della Convenzione e dei suoi protocolli, e l'accordo sul crimine organizzato, nel nostro ordinamento assumente le forme della violazione dell'art. 117 Cost[371]. Una diversa opinione, al contempo, coglierebbe nell'art. 5 del Protocollo medesimo solo un indirizzo tendenziale sfavorevole all'aggiunta di fattispecie incriminanti la situazione di chi si trovi in condizione irregolare a cagione dell'essere stato oggetto delle condotte di *smuggling* di cui all'art. 6 dell'Annesso[372], norma che – tuttavia – in chiusura delle dell'elenco delle materie da sottoporre a *criminalization*, enuncia espressamente la potestà degli Stati di adottare misure nei confronti di persone le cui condotte costituiscano un'infrazione della propria normativa interna[373]. Tale salvezza delle disposizioni nazionali, eventualmente più severe, porrebbe su piani diversi gli obblighi di criminalizzazione rispetto alle disposizioni in materia di immigrazione clandestina che abbiano quale destinatario il singolo colpendo l'ingresso o il trattenimento dello stesso sul territorio *contra ius*, del resto aventi numerosi esempi nelle legislazioni dei Paesi europei: si pensi alle *Infracciones graves* di cui all'art. 53

---

[369] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 100.

[370] F. FREZZA, N. PACE, F. SPIEZIA, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, 2002, p. 200.

[371] Ord. di rimessione alla Corte Costituzionale: "la norma di cui all'art. 10 *bis*, comportando l'incriminazione di persone che si trovano in una determinata condizione in relazione alla quale si è assunto l'impegno di assisterle e proteggerle, versi in una condizione di contraddizione nei confronti delle disposizioni [della Convenzione di Palermo] appena enunciate". Giudice di Pace di Agrigento, 15 dicembre 2009 in *Foro italiano*, 2010, parte II, col. 39

[372] Art. 6 par. 4: *Nothing in this Protocol shall prevent a State Party from taking measures against a person whose conduct constitutes an offence under its domestic law*.

[373] V. DELICATO, *Il protocollo sul traffico dei migranti* in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 402.

della *Ley Orgánica* 4/2000[374] e all'*Entrée irrégulière* di cui all'art. L 621-2 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*[375]. Come è stato affermato, prevenire e punire il "contrabbando" di migranti ed assicurare strumenti e pratiche condivisi di repressione del fenomeno costituirebbe lo scopo primario del Protocollo. Non vi rientrerebbe, invece, la protezione delle persone trasportate, se non come modalità di contrasto al traffico stesso. La previsione dell'art. 5 dovrebbe quindi leggersi sotto la luce di questa finalità ed in modo strumentale all'aggressione della criminalità transnazionale, nonostante i "volontariamente" i migranti si rivolgano ai sodalizi dediti al trasporto illegale[376].

Vexata quaestio è quella concernente la compatibilità tra il reato di immigrazione clandestina, sul versante dell'illecito trattenimento, ed il regime dei rimpatri introdotto in ambito comunitario dalla citata Direttiva 2008/115/CE. L'argomento, come ricordato in apertura, deve essere affrontato partendo dall'assunto che intenzione del legislatore fosse dichiaratamente quello di vanificare la portata della fonte europea derivata, alla ricerca di una reale efficacia del sistema delle espulsioni che l'art. 7 della Direttiva ("Partenza volontaria") si paventava compromettesse irrimediabilmente. Uno scenario giuridico che ha reso, si pensa di poter affermare, particolarmente stridente l'assenza di un congruo termine per l'abbandono, essendo la fattispecie – come si è visto – istantaneamente integrabile al cessare della legalità della condizione. La Corte Costituzionale, nella sent. n. 250 del 2010 ha risolto anche tale profilo di possibile contrasto tra il reato in discorso e l'art. 117 co. 1 – interposta la Direttiva rimpatri – in senso negativo. La questione, a seguito di promovimento operato dal Giudice di Pace procedente[377], è solo una tra le

[374] Sono equiparate sul piano sanzionatorio le condotte qualificate come "gravi infrazioni" alla normativa in materia di condizione dello straniero e soggiacciono alla medesima pensa pecuniaria di importo massimo pari a 10.000 euro tanto la condotta di chi si trovi privo di titoli di soggiorno validi da almeno tre mesi e senza averne richiesto il rinnovo entro il termine quanto quella dello straniero che lavori in territorio spagnolo privo di autorizzazione, in mancanza di quella di "residenza".

[375] La norma francese stabilisce le "pene correzionali" dell'*emprisonnement* di un anno e una *amende* pari a 3750 euro, ovvero il minimo possibile per la categoria, per il *delit* consistente nell'ingresso nel territorio metropolitano in assenza dei requisiti di cui al Codice frontiere Schengen del 2006

[376] G. PALMISANO, *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti* in PALMISANO (a cura di) *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, p. 60.

[377] Ordinanza del Giudice di Pace di Lecco (sez. distaccata di Missaglia) n. 292 del 1 ottobre 2009 in *Foro italiano*, 2010, II, 40.

torme di ordinanze di rimessione cui il Giudice delle leggi ha quasi costantemente opposto dichiarazioni di inammissibilità per inadeguata argomentazione della rilevanza rispetto ai casi *a quibus*[378]. La scelta di ammissione della questione di cui alla sentenza dell'8 luglio 2010 è ricaduta su di una questione proposta antecedentemente al termine di scadenza dell'adeguamento alla Direttiva da parte del legislatore nazionale (24 dicembre 2010), spostando l'attenzione sul potenziale contrasto in ordine alla normativa regolante l'esecuzione amministrativa dell'espulsione (art. 13 co. 4 T.U.I.) ed avente come ordinaria modalità di attuazione quella coattiva. È chiaro, tuttavia, come in merito all'art. 2 par. 2 lett. b) della Direttiva 115 fossero due le interpretazioni possibili: la prima, quella finora avallata dalla Consulta, considerando non difforme dalla fonte comunitaria incriminare l'ingresso o la permanenza di per sé e, in ordine a tali condotte (non ad altre aventi rilievo penale, già suscettibili di essere punite a mezzo dell'espulsione di cui all'art. 16 T.U.I.), comminare la pena dell'espulsione, ovvero l'accezione ristretta di detta norma, che rendesse possibile al legislatore escludere l'applicazione delle garanzie recate dalla Direttiva solo ove un diverso reato già concretizzato avesse come risposta punitiva l'allontanamento dal territorio. Si tratterebbe di una conferma dell'integrale scelta di subordinazione della tutela penale alla particolare funzione amministrativa di gestione del fenomeno dell'immigrazione illegale, abdicando alla concreta applicazione del principio di *extrema ratio*[379]. Nel capitolo seguente saranno analizzati gli ulteriori profili di contrasto tra il principio posto alla base della Direttiva rimpatri e le previsioni di pene detentive che hanno costituito la risposta punitiva alle condotte di inadempimento agli ordini di espulsione dal territorio, che – a seguire la sentenza della Corte di Giustizia El Dridi – hanno portato alla conversione delle limitazioni della libertà personale conseguenti alla condanna in sede penale in sanzioni di tipo pecuniario, anche a cagione dell'ostacolo che

[378] (Ordinanze nn. 3, 6, 13, 32, 64, 65 del 2011) Ha parlato di continui attacchi da parte dei Giudici di pace, cui la Consulta ha conseguente opposto un "fuoco di sbarramento" sul profilo della rilevanza nella specifica vicenda processuale, G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* in AA. VV. *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 2013, pp. 7 – 8.

[379] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., pp. 101 – 102.

conseguirebbe in termini di privazione della norma comunitaria del suo *effetto utile*[380].

2.4 Elemento soggettivo.

La scelta legislativa di trasformazione della fattispecie in esame in contravvenzione, contrariamente a quanto contenuto nell'originario disegno, ha implicazioni nella selezione delle condotte, azioni od omissioni, che risulteranno astrattamente punibili, giusto il disposto dell'art. 42 co. 4 c.p. Tratto comune delle due fattispecie in discorso è chiaramente la declinazione dell'elemento psicologico, dal momento che entrambe le contravvenzioni possono essere integrate anche nell'eventualità in cui i fatti siano commessi con colpa. Ciò "con il rischio, amplificato per chi è alloglotta, della ricaduta in ambito penale di errori di valutazione circa la portata della norma incriminatrice"[381]. In tema di reati concernenti gli ordini di espulsione e di ingiustificato trattenimento, la giurisprudenza ha riconosciuto la rilevanza all'ipotesi dell'incomprensione del contenuto dei provvedimenti di cui sia fatto oggetto lo straniero, ove nessuna delle lingue c.d. veicolari indicate dalla legge per la stesura dell'esemplare da consegnare al destinatario sia da questi parlata o possa essere letta allo scopo di rendere edotto del contenuto dell'atto il soggetto. Pur restando legittimi gli atti non tradotti in modo realmente recepibile, questi potranno soddisfare i requisiti della fattispecie sul piano oggettivo, in quanto validi titoli di espulsione, ma potrebbe essere necessario verificare che conseguenze sorgano sul piano dell'elemento psicologico dell'inottemperanza all'ordine di abbandono del territorio[382]. Non molto dissimile sarebbe il caso di sintetica comunicazione in una delle lingue individuate dalla legge del contenuto del provvedimento di espulsione senza che possano ritrovarsi riferimenti alle sanzioni penali minacciate in caso di inosservanza della decisione

---

[380] Si vedano L. MASERA, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia UE ritiene contraria alla Direttiva rimpatri la previsione di una pena detentiva per i casi di ingresso irregolare nel territorio di uno stato membro attraverso una frontiera interna*, 2016 e, dello stesso Autore, A*rt. 10 bis e Direttiva rimpatri dopo la sentenza Sagor della Corte di Giustizia*, 2013 su *Penalecontemporaneo.it*

[381] E. LANZA, *Il reato di immigrazione clandestina* in *Rassegna penitenziaria criminologica*, n. 2 del 2010, p. 25.

[382] M. PANZAVOLTA, *Diritto e processo nel nuovo reato di ingiustificato trattenimento del clandestino* nota a Tribunale Roma, 20 febbraio 2003 in *Giur. merito*, pag. 2235, fasc. 11 del 2003

dell'autorità[383]. Il fatto potrà essere imputato e ritenersi realizzato ove commesso in dolo, rappresentandosi e volendo, il soggetto attivo, entrare nel territorio italiano e ivi trattenersi violandone la disciplina in materia di ingresso e permanenza del cittadino non comunitario. Sarà integrato il reato altresì nel caso la persona versi in colpa, e – per negligenza – commetta azioni che si traducano nel penetrare nel territorio o si trattenga sullo stesso dimentico degli adempimenti formali e procedurali imposti dalla normativa di settore[384]. In simili ipotesi, è ravvisabile il rischio che colpa e condotta di inosservanza delle disposizioni rilevanti in tema di *status* dello straniero si fondano in uno, operando un'istituzionalizzata inversione dell'onere probatorio in capo all'imputato che tenti di dimostrare l'esistenza di condotte poste in essere allo scopo di impedire il perfezionarsi della condizione di irregolarità[385].

Il generico riferimento operato dal legislatore alle norme extrapenali di cui si è detto nel precedente sotto-paragrafo costituisce esempio di impiego della tecnica di normazione nota come "a doppia fonte", rendendo necessario ricercare in un diverso genere di disposizioni l'assetto rilevante ai fini della completa lettura del precetto e della relativa applicazione[386]. Sembrerebbe potersi ricondurre l'art. 10 *bis* al novero delle norme penali "parzialmente in bianco", secondo la definizione datane dalla dottrina tenuto conto delle tecniche di rinvio utilizzate nel caso di specie[387]. Se le scelte del legislatore inerenti l'assenza della clausola del "giustificato motivo" e della mancanza di un termine per l'uscita dal territorio degli stranieri già irregolarmente presenti hanno ricevuto critiche in tutte le sedi di commento, non può dirsi che la

---

[383] Cass. pen., sez. I, 2006 n. 10038 in cui esemplificativamente: "Nel caso del cittadino extracomunitario colpito da ordine di allontanamento del questore, la legge esclude ogni presunzione di conoscenza delle conseguenze penali della violazione, sostituendo il dovere di informarsi (gravante di regola sul destinatario della norma) con l'obbligo dell'amministrazione di fornire specifica informazione sul punto. Nella specie, dunque, il presupposto o la condizione della responsabilità penale - secondo l'insegnamento della Corte costituzionale - è la effettiva (corretta) informazione sulle conseguenze della violazione" o Cass. pen., sez. I, 2006 n. 28656.

[384] L. CORDÌ, *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in op. cit., p. 61; G.L. GATTA, *Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, op. cit., p. 1326.

[385] L. CORDÌ, loc. ult. cit. Si veda Cass. pen., sez. I, 01/12/2010, n. 57 per la quale lo straniero che sia stato trovato nel territorio dello Stato sprovvisto di qualsivoglia documento identificativo e del permesso di soggiorno, per non incorrere nell'affermazione di responsabilità per il reato di ingresso illegale ha l'onere di dimostrare l'esistenza di un titolo di ingresso o soggiorno, legittimante la sua condizione nello Stato.

[386] C. MORSELLI, *Trattato* cit., pp. 351 – 352.

[387] AA. VV., *Art. 10-bis* in *Codice penale commentato*, cit., p. 2642. Per una definizione si veda G. L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008, p. 76; G. DE VERO, *Corso di diritto penale, Volume 1*, Torino, 2012, p. 236.

presente tecnica di normazione costituisca un avvicinamento al principio di precisione e al modello del precetto penale "chiuso", quale "garanzia per la libertà e la sicurezza" del destinatario e ad "evitare che il giudice assuma un ruolo creativo[388]. Ciò avrebbe potuto, tra l'altro, rappresentare un ostacolo rispetto al raggiungimento dell'obiettivo sperato in termini di "repressione della clandestinità", nella misura in cui potesse ravvisarsi uno spazio di rimessione all'apprezzamento del giudice di pace. Se *iura novit curia* è altrettanto vero, come ricorda un'ormai apodittica giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 364 del 1988, che "il soggetto [in quanto "destinatario della legge penale", dunque a prescindere dallo *status* di cittadino] deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato".

È necessario segnalare, vista l'intricata disciplina a cui si è fatto cenno a proposito della conservazione del titolo legittimante la prosecuzione del soggiorno sul territorio, a quali esiti possa condurre, in termini di rilevanza penale dell'azione, la considerazione per la quale la perdita dei requisiti per la permanenza sia legata a fatti e ad avvenimenti della vita che possano non rientrare del tutto nella sfera di controllo del potenziale soggetto attivo della contravvenzione di soggiorno *contra ius*. Si pensi, ad esempio, alla perdita del lavoro ai fini del rinnovo del permesso o alla questione della necessità di dichiarare all'autorità un indirizzo di residenza, non sempre possibile per i molti stranieri, ancorché riconosciuti beneficiari di protezione internazionale, che non abbiano accesso al mercato abitativo o vivano in condizioni di precarietà tali da non consentire di produrre un effettivo indirizzo, salva la discrezionale concessione di c.d. residenze fittizie sulla base di delibere comunali[389]. Emergerebbe, dunque, tenuto conto delle oggettive condizioni in cui versi il soggetto attivo e della situazione di sistematica chiusura delle vie d'uscita dal territorio cui si è fatto cenno, un profilo di problematicità[390] della disposizione in termini di

---

[388] G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 67.

[389] Noto è il "caso romano", vista la presenza di un ingentissimo numero di persone senza fissa dimora, tra le quali numerosi rifugiati. Si veda in proposito Delib. n. 31 del 2017 Sistema di iscrizione anagrafica delle persone senza dimora presenti abitualmente sul territorio di Roma Capitale. Revoca della deliberazione Giunta Comunale n. 84/2002 e della deliberazione Giunta Capitolina n. 280/2015. Ma si vedano anche le *Linee guida sul diritto alla residenza dei richiedenti e beneficiari di protezione internazionale* a cura dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati in Italia disponibili presso: www.unhcr.it

[390] C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, p. 46.

compatibilità con il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, rilevante proprio nell'ambito di norme riconducibili alla categoria delle fattispecie omissive proprie[391]. Non può essere un caso che nel medesimo intervento di riforma volto ad escludere dall'operatività della fattispecie gli stranieri identificati nell'atto di lasciare il territorio, sia stato inserito l'art. 14 *ter* introduttivo dei programmi di rimpatrio volontario assistito[392], ad ovviare a quella situazione di "scacco matto" in cui il soggetto in condizione irregolare era posto immediatamente a seguito dell'introduzione della fattispecie penale in commento. La Corte Costituzionale ha affrontato la questione dell'esigibilità della condotta, ritenendo comunque operante il "basilare principio" appena ricordato, "valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie" in rapporto alle quali, l'impossibilità, sia essa materiale o giuridica, di compimento dell'azione richiesta e presidiata dal precetto esclude la configurabilità del reato, "prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione". Guardando all'assenza dell'esimente del "giustificato motivo" ma in considerazione del frequente ricorrere di quelle stesse circostanze che alla stregua di altre norme penali – già poste nella stessa sede – ben possono esse divenire rilevanti, anche ai fini dell'esclusione della configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* (a titolo d'esempio la Corte ricorda la indisponibilità per cause indipendenti dalla volontà, dei documenti necessari per legalmente il territorio)[393].

2.5 Il trattamento sanzionatorio e le finalità perseguite dal legislatore.

La sanzione sostitutiva specificamente predisposta dal Testo Unico costituisce il trattamento di maggior rilievo nell'analisi del reato. Regolata dall'art. 16, essa è presente sin dall'origine dell'attuale provvedimento in materia di condizione giuridica dello straniero[394]. L'espulsione qui considerata coesiste nel sotto-sistema

---

[391] A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, vol. II, pag. 866

[392] Nel caso in cui lo straniero irregolarmente presente nel territorio sia ammesso ai programmi di rimpatrio volontario è sospesa l'esecuzione dei provvedimenti di respingimento nonché degli ordini di abbandono del territorio nel termine di sette giorni, ove non sia possibile trattenere lo straniero negli appositi centri di identificazione ed espulsione (situazione che sistematicamente si verifica per indisponibilità delle strutture idonee al trattenimento).

[393] Corte Cost. 8 luglio 2010, n. 250.

[394] S. D. MESSINA – G. SPINNATO, *Manuale breve di diritto penale*, Milano, 2015, pp. 294 – 295.

con l'ulteriore strumento della "misura alternativa alla detenzione" prevista dallo stesso art. 16 al comma quinto, dalla quale si distingue – in primo luogo – per l'essere in questa sede prevista in relazione ad una pena pecuniaria, l'unica prevista dal disposto dell'art. 10 *bis* come licenziato infine dalle Camere. Per il particolare rapporto con la pena principale (ammenda da 5.000 a 10.000 euro) in termini di gravità, evidentemente maggiore rispetto al trattamento da sostituire, l'espulsione si connota per la perdita di ogni legame contenutistico con il novero della sanzioni sostitutive e per l'essere la reale sanzione prevista per il reato in discorso[395]. La fattispecie penale è solo "lo strumento con cui marcare lo stigma dell'illiceità cui farà seguito l'allontanamento dello straniero condannato per il reato *de quo*[396]. La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 250, ha riconosciuto la sovrapposizione "tendenzialmente completa" della disciplina penale rispetto a quella amministrativa, senza che tuttavia – per ciò solo – possa censurarsi la scelta legislativa nei termini in cui essa disegni un mero duplicato di un procedimento non giudiziale. Non sarebbe agevole, continua la Corte, porre in discussione le potenzialità dissuasive della sola pena pecuniaria, nei casi ove questa tornasse effettivamente al centro del trattamento nelle ipotesi di non eseguibilità immediata dell'espulsione: viste le condizione di insolvibilità in cui quasi immancabilmente si trovi il condannato, sarebbe assai complesso immaginare un'esecuzione della pena *sub conversione* dell'ammenda ineseguibile in lavoro di utilità sociale od obbligo di permanenza presso un domicilio, non infrequentemente indisponibile. Ogni valutazione, avverte la Corte, deve però essere lasciata all'apprezzamento discrezionale del legislatore, pur essendo palese la presenza della più severa previsione di cui all'art. 14 co. 5-*ter* per l'ipotesi in cui lo straniero, la cui espulsione non sia stata immediatamente eseguita, non ottemperi all'ordine di abbandono del territorio impartito dal questore. In luce di tali ricercate compensazioni tra "costi e benefici", in un terreno da lasciare alla politica criminale e nel quale la Corte ha ritenuto di non potersi addentrare, ritorna al centro la reale finalità dell'introduzione del reato e della sua funzione ancillare all'espulsione in un procedimento penale improntato ad un'accelerazione estrema e che non contempla la possibilità di monetizzare la contravvenzione[397]. Com'era stato

[395] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 111.
[396] L. CORDÌ, *Reato di ingresso e soggiorno irregolare*, in op. cit., p. 64.
[397] L. CORDÌ, *Reato di ingresso e soggiorno illegale*, in op. cit., p. 67.

notato, l'impossibilità di decidere per l'oblazione della contravvenzione ex art. 162 c.p., inserita dello stesso testo dell'art. 10 *bis* può ritenersi derogatoria rispetto ad un principio di proporzione sanzionatoria sistematica che tenga conto della previsione del successivo art. 162 *bis*, che consente invece tale modalità di estinzione del reato a fronte di contravvenzioni che, in via alternativa, possono conoscere l'applicazione tanto dell'arresto quanto dell'ammenda, rendendo desumibile un maggior disvalore delle stesse[398]. D'altro canto, come è stato argomentato, la scelta legislativa costituirebbe naturale conseguenza della natura permanente del reato di trattenimento illecito: non sarebbe sensata la scelta di rendere "oblabile" quando il venir meno della condizione di antigiuridicità intrinseca al trattenimento *contra ius* sia possibile soltanto attraverso l'allontanamento dal territorio nazionale mediante l'espulsione o la "regolarizzazione" della condizione amministrativa e non attraverso l'imposizione di un esborso patrimoniale[399]. Nel caso di specie, ove non fosse stato precluso dal legislatore, l'oblazione ex art. 162 c.p. si sarebbe sostanziata nel pagamento di una somma pari ad un terzo della massima ammenda di 10.000 euro, oltre spese. La scelta qui operata è stata apertamente criticata dalla dottrina per l'esposizione a seri dubbi di legittimità costituzionale in termini di eguaglianza-ragionevolezza, creando una disparità di trattamento rispetto alla vasta schiera delle contravvenzioni punite con la sola ammenda, senza che ciò trovi giustificazione nella gravità che lo stesso legislatore abbia inteso attribuire al reato, anche avuto riguardo all'art. 162 *bis*[400]. Sulla base di quanto accennato in precedenza in ordine agli arresti della Corte di Giustizia in materia di reclusione e possibilità di ostacolo alla realizzazione dell'effetto utile della Direttiva rimpatri, questo particolare settore risulterebbe caratterizzato da un vincolo per i legislatori, essendo comunque prevalente il raggiungimento della finalità delle espulsioni; tuttavia, gli Stati membri sarebbero comunque legittimati a prevedere come reato anche la sola condizione di illegalità dello straniero sul territorio, prevedendo sanzioni allo scopo di scoraggiare l'infrazione della propria normativa, purché la disciplina sanzionatoria non comprometta l'applicazione delle procedure comuni di cui alla Direttiva, come

---

[398] A. DELLA BELLA, *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *Corriere Del Merito* n. 7 del 2009, pp. 709 ss.

[399] M. CICALA, *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina* in *Criminalia*, 2009, p. 402.

[400] G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 446.

affermato già dai giudici di Lussemburgo nelle sentenze El Dridi e Achughbabian, come avverrebbe se fosse prevista una sanzione detentiva da eseguire prima o durante l'inizio del rimpatrio stesso[401]. Come affermato nella sentenza Sagor (causa C-430/11), stante anche l'ostacolo che rappresenterebbe convertire l'uso del potere del Giudice di pace (ex artt. 53 e 55 d.lgs. n. 274 del 2000) di convertire la pena pecuniaria dell'art. 10 *bis* con la permanenza domiciliare, in assenza di una disposizione interna tale da far prevalere l'interesse statale all'esecuzione dell'espulsione sulla pretesa di esigere la sottoposizione alla pena sostitutiva, la conversione della pena pecuniaria si porrebbe in contrasto con la direttiva rimpatri, vanificandone l'effetto. Tuttavia, si avrebbe parimenti un tradimento del contenuto della procedura comunitaria ove l'applicazione della sanzione penale e sua contestuale sostituzione ex artt. 16 co. 1 T.U.I. e 62 *bis* d.lgs. 274/2000 non avvengano nel rispetto delle condizioni armonizzate di espulsione, quali l'assenza di cause di impercorribilità immediate dell'allontanamento e la sussistenza di un rischio di fuga concreto da verificare caso per caso[402]. Si consideri che la permanenza domiciliare non potrebbe avere un durata inferiore a 6 giorni e superiore a 45, mentre il lavoro di pubblica utilità, che deve essere richiesto dal condannato, deve essere compreso tra i dieci giorni e i sei mesi, ai sensi degli artt. 53 e 54 d.lgs n. 274/2000.

È necessaria una specificazione: il citato art. 55 d.lgs n. 274 del 2000 ha la funzione di aprire alla competenza in materia penale del Giudice di pace, sancendo inoltre la convertibilità della pena pecuniaria è stabilito che, nell'ipotesi del mancato pagamento delle somme, nel lavoro sostitutivo o nella permanenza domiciliare. Come è facile notare, sarebbe non poco controproducente che lo straniero fosse sistematicamente trattenuto sul suolo nazionale allo scopo di svolgere compiti alternativi al versamento coatto di somme riparatorie, tra l'altro in un regime di libertà, essendo palese scopo incontrovertibile del legislatore allontanare il prima possibile dal suolo nazionale il condannato ex art. 10 *bis*. Parimenti irrealistico sarebbe pretendere che la permanenza domiciliare possa rappresentare l'esito ordinario per i soggetti condannati in quanto irregolari sul suolo nazionale[403].

---

[401] F. VIGANÒ, *La corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e Direttiva rimpatri*, 2012, nota a Corte di giustizia UE, I sezione, sent. 6 dicembre 2012, Sagor (causa C-430/11).
[402] Causa C-430/11, Corte di Giustizia UE, I sezione, sent. 6 dicembre 2012, par. 41.
[403] E. LANZA, *Il reato di immigrazione clandestina*, op. cit., p. 25.

Tornando all'espulsione e per quanto rilevante ai nostri fini, il giudice, "nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10 *bis*, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14 co. 1 […] può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione". Lo straniero, stante il rinvio operato dall'art. 16 a quanto disposto dall'art. 13 co. 14, non potrà fare rientro nel territorio (privo di apposita autorizzazione ministeriale) per un periodo che il giudice stabilirà tra il minimo di tre ed il massimo di cinque anni, trasgredendo il quale sarebbe punito con la reclusione da uno a quattro anni ed una nuova espulsione con accompagnamento alla frontiera. Come è stato osservato, è evidente il *favor* del legislatore rispetto all'attuazione dell'espulsione, con la previsione, nel caso di denuncia ai sensi dell'art. 10 bis, di deroghe rispetto alla necessità di nulla osta dell'autorità giudiziaria procedente di cui all'art. 13 co. 3, normalmente richiesto rispetto all'attuazione del provvedimento amministrativo, come pure è previsto un apposito caso di emanazione di sentenza di non luogo a procedere ove l'allontanamento dello straniero sia effettivamente già avvenuto[404]. Quest'ultimo esito processuale del giudizio ex art. 10 *bis*, prevista dal co. 5 della disposizione, ha un ambito di applicazione piuttosto esteso, prescindendo dal nulla osta dell'autorità procedente e comprendendo anche le ipotesi in cui lo straniero sia stato espulso in attuazione della già presente sanzione sostitutiva di cui all'art. 16 co. 1, diversamente da quanto previsto dall'omologo art. 13 co. 3-*quater*: sarà adottata dal giudice non appena acquisita la notizia di avvenuta espulsione o di respingimento amministrativo differito. La particolare pregnanza è ricavabile anche dalle estese latitudini possibili alla sentenza *de qua*, potendo essere emanata a prescindere dalla fase processuale, denotando – più che un interesse deflattivo propriamente detto, come la sentenza di cui al 13 co. 3-*quater* in cui è chiaro "il diminuito interesse dello Stato alla punizione di soggetti ormai estromessi"[405]. L'ulteriore peculiarità, tenuto conto dello *status* dell'imputato, è la causa di sospensione del processo, suscettibile di sfociare in un'altra ipotesi di sentenza di non luogo a procedere, prevista dall'art. 10 *bis* co. 6 nell'ipotesi di presentazione di una domanda di protezione internazionale ai sensi del d.lgs. n. 251 del 2007; a tal proposito si rileva come la normativa rilevante in materia sia attualmente contenuta nel d.lgs. n. 25 del 2008, per quanto attiene alle modalità di

[404] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 112.
[405] Corte Cost. ord. n. 142 del 2006.

presentazione della domanda e – per ciò che maggiormente rileva – e al diritto di rimanere nel territorio dello Stato durante l'esame della domanda, e nel d.lgs. n. 142 del 2008, ai sensi del quale è rilasciato allo straniero "richiedente" un permesso di soggiorno valido per sei mesi, rinnovabile nelle more della decisione e negli altri casi di cui al d.lgs. n. 25 citato. In caso di accoglimento della domanda è pronunciata la citata tipologia di sentenza. Altra causa di obbligatoria sospensione è stata ravvisata dalla Corte di Cassazione nell'eventualità dell'avvio, a vantaggio della persona attinta dal procedimento penale, di un procedura amministrativa di emersione del lavoro irregolare, nell'ambito delle c.d. sanatorie, tra cui quella avviata con il d.l. 78/2009 e relativa conversione in legge, non solo con riferimento al solo reato di cui all'art. 10 *bis*[406].

Nella dimensione di quel particolare "microcosmo punitivo" caratterizzato dalla rinuncia alla detenzione e dal normale ricorso alla pena pecuniaria e a sanzioni "alternative", come si dirà a breve, la Relazione governativa al d.lgs. n. 274/2000, in merito all'attribuzione della competenza penale del giudice di pace, porta il segno della ricerca di un diritto penale più "leggero", ove la "conciliazione" risulti strumento di risoluzione dei conflitti, circoscrivendone la composizione nell'ambito della magistratura ordinaria. Risulta perciò stridente la disciplina introdotta dalla l. n. 94 del 2009, evidentemente animata da finalità di contrasto "senza quartiere" rispetto al fenomeno dell'immigrazione irregolare, probabilmente anche in considerazione dell'immenso impatto sui tribunali ordinari a seguito della riforma operata con la c.d. legge Bossi-Fini[407], unitamente all'esclusione dell'oblazione, della sospensione condizionale della pena (data l'attribuzione della competenza al giudice di pace, alla luce dell'art. 60 d.lgs. 274/2000) e di un'espulsione che – in ragione della formula normativa contenuta nell'art. 62-*bis*[408]. Il suo disposto, con l'uso del verbo "applicare" al modo indicativo – sembra escludere ogni apprezzamento in termini di

[406] Cass. pen., sez. I, 2012 n. 10921; 2010 n. 39257

[407] Specificamente i reati di cui all'art. 13 co. 13, co. 13-*bis* in materia di reingresso nel territorio senza autorizzazione ovvero in caso di espulsione disposta dal giudice e 14 co. 5-*ter*, co. 5-*quater*, in tema di violazione dell'ordine di lasciare il territorio e permanenza dello straniero già espulso ex co. 5-*ter*.

[408] A. CAPUTO, *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina* in *Criminalia*, 2009, pp. 401 – 402.

opportunità, in un modo del tutto assorbente e residualizzante la pena pecuniaria principale, salve le ipotesi dell'insussistenza delle condizioni per l'allontanamento[409].

Si fanno presenti gli orientamenti raggiunti dalla Suprema Corte in tema di espulsione, qualificata come diritto dell'imputato sul quale è precluso l'intervento del pubblico ministero neanche per interessi connessi al profilo investigativo[410]. Il giudice di pace, nel pronunciare condanna per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, non può disporre l'espulsione dello straniero come sanzione sostitutiva, se non ne determina la durata[411].

Riprendendo, per concludere, quanto si è detto con riferimento al carattere marcatamente sanzionatorio del presente reato, *ratio* profonda della disciplina non può che essere il rafforzamento dell'allontanamento dello straniero, modellando di conseguenza la sanzione penale con notevoli connotati di eventualità, rispetto all'espulsione amministrativa, in quanto irrogabile solo in assenza delle condizioni operative ed organizzative per procedere all'applicazione della stessa a titolo di sanzione sostitutiva ai sensi dell'art. 16 T.U.I., e caratteristiche di subordinazione al provvedimento dell'autorità, anche di respingimento differito, la cui osservanza è stata rafforzata inasprendo le sanzioni penali già previste[412]. Ci si trova di fronte alla sanzione più penetrante per la libertà personale applicabile da parte del giudice di pace, a motivo della quale è stata inserita un'apposita disposizione per ampliare le attribuzioni del magistrato – l'art. 62 *bis* d.lgs. 274/2000 – per rendere possibile l'applicazione di una misura in netta dissonanza con le sanzioni presenti nel suo arsenale[413].

2.6 Il giudizio per la contravvenzione affidato al Giudice di pace.

Guardando alle ragioni che hanno portato il legislatore ad assegnare alla competenza del giudice di pace i procedimenti per la fattispecie di cui all'art. 10 *bis* non sfuggono difformità tra la funzione di giustizia conciliativa propria dell'ufficio di tale magistrato onorario e le finalità certamente antitetiche qui perseguite, mentre

[409] E. LANZA, *Il reato di immigrazione clandestina* in *Rassegna penitenziaria criminologica*, n. 2 del 2010, p. 26.
[410] Cass. pen., sez. I, 2009 n. 10752.
[411] *Ex multis* Cass. pen., sez. I, 2012 n. 4317; 2011 n. 29854; 2010 n. 16296
[412] A. CAPUTO, *Reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 115.
[413] L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, op. cit., p. 46.

assume rilievo la peculiare sommarietà del procedimento, senza possibilità di sospensione condizionale della pena o richiesta di applicazione della stessa e con notevoli ostacoli alla presentazione dell'appello. Dal punto di vista testuale, l'art. 4 co. 2 d.lgs 274/2000 ha visto l'aggiunta della lett. s-*bis*, sede dell'attribuzione al giudice della competenza rispetto ai procedimenti in materia di ingresso e soggiorno illegali. Allo stesso scopo sarebbero quindi poste le profonde modifiche apportate all'apparato sanzionatorio rispetto alle innovazioni connesse all'introduzione, sempre nel corpo del rito a "presentazione immediata dell'imputato a giudizio in casi particolari" dinanzi al giudice di pace all'art. 20 *bis*, in netto contrasto con l'impostazione di fondo del procedimento in precedenza delineato presso il giudice ordinario[414]. È chiaro che a motivo dell'introduzione di tale procedura resti il reato di clandestinità, finalizzato com'è tale meccanismo al rapido disbrigo di processi in materia di ingresso e soggiorno irregolari, per quanto tecnicamente applicabile a tutti i reati procedibili d'ufficio di competenza di tale giudice ex art. 4 d.lgs. 274/2000, ovvero le contravvenzioni in ipotesi di flagranza ed evidenza della prova del fatto[415]. Ad ogni modo, ex art. 20 *bis* la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l'autorizzazione alla presentazione immediata a giudizio. Ove tale magistrato non decida per l'archiviazione ed all'esito di un vaglio circa la non manifesta infondatezza della richiesta della polizia, con la possibilità di autorizzare la presentazione immediata nei successivi quindici giorni, mentre all'imputato verrà notificato l'avviso che in caso di assenza sarà giudicato in contumacia[416]. Ulteriormente accelerata è la previsione dell'altro modulo procedimentale contestualmente introdotto all'art. 20 *ter*, nel quale la polizia può chiedere la citazione contestuale dell'imputato, al ricorrere di gravi e comprovate ragioni di urgenza o quando l'imputato si trovi in uno stato di limitazione della libertà.

Nelle ipotesi in cui la condizione di irregolarità dell'imputato discenda da un provvedimento esplicito dell'amministrazione, ruolo del giudice sarà l'effettuare un sindacato di legittimità del provvedimento stesso, eventualmente disapplicandolo, come nelle ipotesi dei reati contro l'ottemperanza ai provvedimenti di espulsione[417].

---

[414] A. CAPUTO, *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina* in *Criminalia*, 2009, p. 392.
[415] E. RANDAZZO – L. RANDAZZO, *Il procedimento dinanzi al giudice di pace*, Milano, 2013, p. 47.
[416] E. RANDAZZO – L. RANDAZZO, loc. ult. cit.
[417] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 106.

Certamente tutto il procedimento subisce un forte condizionamento dovuto alle pressioni implicite dell'autorità di polizia, la quale mantiene sempre – come si è visto – le reali redini della sorte dell'individuo, guardando l'intera vicenda dal punto di vista della reale finalità repressiva perseguita dal legislatore[418].

3. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Ritenuta quale la più significativa fattispecie dal punto di vista penalistico e la maggior novità del sistema di tutela penale apprestato contro l'immigrazione irregolare, il delitto previsto dall'art. 12 del d.lgs. 286/98 ha fatto registrare un ampliamento dell'orizzonte punitivo a fronte della preesistente fattispecie, introdotta all'esito della conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, ad opera della l. 28 febbraio 1990, n. 39. Di talché nella c.d. "Legge Martelli" veniva previsto al comma ottavo dell'art. 3 (rubricato "Documenti richiesti per l'ingresso dei cittadini extracomunitari nel territorio dello Stato. Respingimento alla frontiera") un delitto punito con la reclusione fino a due anni o con la multa, salvo che il fatto costituisse più grave reato, integrato dalla condotta di chi compisse "attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato" in violazione delle disposizioni del d.l. 416/1989. Ciò qualora il fatto non fosse commesso a fine di lucro o da tre concorrenti o più, salvo incorrere nella più severa previsione della reclusione da due a sei anni. La clausola di rinvio con cui si apriva l'antesignana fattispecie di favoreggiamento si riferiva alla più grave ipotesi di cui all'art. 12 co. 1 della l. 30 dicembre n. 943 del 1986, rappresentata dall'intermediazione di "movimenti illeciti o comunque clandestini di lavoratori migranti" provenienti dal territorio nazionale del mediatore, soggetto attivo, diretti verso di esso o per questo passanti, soggiacendo alla stessa pena chi impiegasse "lavorati immigrati extracomunitari in condizioni illegali al fine di favorirne lo sfruttamento"[419]. Era invece previsto quale contravvenzione l'impiego di lavoratori

[418] E. RANDAZZO – L. RANDAZZO, *Il procedimento dinanzi al giudice di pace*, op. cit., p. 52.

[419] Ai sensi dell'art. 6 della Convenzione del 1975: «Disposizioni debbono essere prese conformemente alla legislazione nazionale per una identificazione efficace dell'occupazione illegale di lavoratori migranti, nonché per la definizione e l'applicazione di sanzioni amministrative, civili e penali, che possono giungere sino alla detenzione, riguardo all'occupazione illegale di lavoratori

privi di autorizzazione al lavoro, istituto attualmente superato ed all'epoca disciplinato dalla stessa legge n. 943 del 1986, costituente attuazione della Convenzione dell'OIL n. 143 del 1975 e degli obblighi di criminalizzazione delle condotte di sfruttamento dei lavoratori immigrati da essa posti. La legge n. 40 del 1998 ha poi abrogato l'intero testo normativo da ultimo citato in occasione del varo dell'attuale Testo Unico. Si trattava del primo specifico intervento del legislatore atto all'inserimento di una fattispecie che minacciasse il ricorso allo strumento penale avverso chi facilitasse l'ingresso in territorio italiano di soggetti stranieri, la condotta dei quali restava irrilevante – salva l'irregolarità amministrativa – a meno che il facilitato non potesse essere ritenuto responsabile della condotta di inosservanza dell'obbligo di presentarsi entro il termine di tre giorni all'autorità per dare contezza della propria presenza, incriminato dall'art. 142 del T.U.L.P.S., abrogato proprio ad opera del d.l. 416/1989.

A fronte di un ingresso della persona irregolare la cui rilevanza penale risultava solo in via eventuale ed indiretta[420], tale sino al 2009, nel 1998 – senza più il riferimento all'occupazione da svolgere in suolo italiano cui il trasferimento era preordinato – la fattispecie già avente ad oggetto i movimenti di lavoratori clandestini veniva riproposta con la rubrica "Disposizioni contro le immigrazioni clandestine"[421], inasprendo la risposta sanzionatoria e inserendo talune aggravanti ad effetto speciale, segnatamente ove il fatto riguardi l'ingresso illegale di almeno cinque persone, ove sia realizzato avvalendosi di servizi di trasporto internazionale o di documenti contraffatti, riproponendo l'ipotesi della commissione del reato in presenza del concorso di tre o più persone. Il riferimento della fattispecie precedente allo sfruttamento lavorativo e all'ingresso di lavoratori irregolari viene sostituito

---

migranti, all'organizzazione di migrazioni a fini occupazionali definiti come implicanti gli abusi di cui all'articolo 2 della presente convenzione, ed all'assistenza consapevolmente concessa, con o senza fini di lucro, a tali migrazioni».

[420] A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 46.

[421] Nel testo in Gazzetta Ufficiale del 1998, l'art. 12 prevedeva la reclusione fino a tre anni unitamente alla multa per l'ipotesi di base; la pena è della reclusione da quattro a dodici anni e della multa ove il fatto fosse commesso fine di lucro o da tre o più persone in concorso tra loro, ovvero riguardasse l'ingresso di cinque o più persone, e nei casi in cui siano utilizzati di servizi di trasporto internazionale o documenti contraffatti; se il fatto è commesso allo scopo di procurare l'ingresso di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione, ovvero riguarda l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite la pena è della reclusione da cinque a quindici anni e della multa. L'ipotesi di cui al quinto comma è punita fino a quattro anni.

dall'intensificarsi del rigore (con pene sino a quindici anni) avverso chi favorisca l'ingresso di persone in modo preordinato alla destinazione delle stesse alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione, ovvero all'impiego di minori in attività illecite in condizioni di sfruttamento[422].

Una trattazione che si limitasse al pedissequo scorrimento dell'ormai vastissimo articolato dell'art. 12 mancherebbe certamente di approccio sistematico e di consapevolezza scientifica. Tale norma, come si è appena visto, è sempre stata la sede di una pluralità di fattispecie di reato, annoverando condotte tra loro distinguibili, innanzitutto, per attività tese a favorire l'ingresso nel nostro o in altri Paesi e condotte invece afferenti alla permanenza del cittadino non comunitario privo di titoli sul suolo nazionale. È necessario quindi tener conto della disomogeneità tra le figure previste nel quadro di un articolo che – si pensa di poter affermare – in accordo con la sua rubrica è stato prescelto dal legislatore una sorta di "testo unico" in materia di traffico di persone, ponendo in sequenza le ipotesi principali di trasporto illegale di persone cui l'accesso al territorio è precluso, circostanze aggravanti speciali basate su parametri di riprovevolezza dell'azione, idoneità a porre in pericolo in modo particolarmente qualificato i beni giuridici oggetto di tutela, fattispecie autonome più rigorosamente punite in ragione della minorata autodeterminazione e volontarietà dell'ingresso da parte dei soggetti ai quali l'accesso è procurato in modo preordinato al compimento di gravi reati sul suolo nazionale, ulteriori ipotesi di reato inerenti il favoreggiamento della permanenza sul territorio dello straniero irregolare, obblighi ed eventuali sanzioni non penali cui è sottoposto il vettore che trasporti cittadini non europei privi dei necessari titoli d'ingresso, norme in materia di confisca, nonché un'ampia serie di disposizioni aventi carattere operativo e destinate a dirigere l'attività di prevenzione, controllo e repressione da parte delle forze di polizia, sia in mare che a terra.

L'art. 12 risponde storicamente alle esigenze di predisporre una tutela penale rispetto al fenomeno dell'immigrazione clandestina, nel particolare contesto dell'intensificarsi e del diversificarsi dei flussi provenienti in particolare dal mare

[422] V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, Milano, 2005, p. 68.

Adriatico nell'ultimo scorcio degli anni '90. Tali necessità hanno lasciato una notevole impronta nella stesura dei provvedimenti, più o meno organici, che hanno portato all'attuale Testo unico, per l'ormai indissolubile legame instauratosi tra il tentativo di gestione dei flussi in ingresso e le preoccupazioni in materia di mantenimento dell'ordine pubblico, fino a tale momento trascurate a fronte della illecita funzionalizzazione dell'immigrazione irregolare e della sua messa a sistema con le esigenze di manodopera in taluni settori produttivi ma successivamente deflagrate per la stretta connessione con i traffici di persone orditi nel quadro del successivo svolgimento di ulteriori attività criminose[423]. La norma ha subito numerose aggiunte nel corso del tempo, frequentemente volte all'introduzione di nuove aggravanti o nell'innalzamento delle pene comminabili, con il rigore più alto nelle ipotesi di favoreggiamento prodromico al reclutamento di manovalanza per il "mercato" della prostituzione o all'impiego di minori in attività illecite.

3.1 La condotta di favoreggiamento principale di cui ai commi primo e terzo e la sua evoluzione.

L'attuale formulazione dell'art. 12 co. 1 individua le condotte di chiunque, straniero o cittadino comunitario che sia, in violazione delle disposizioni del testo unico, promuova, diriga, organizzi, finanzi o effettui il trasporto di stranieri nel territorio italiano *ovvero* compia altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso, anche ove questo abbia ad oggetto un altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, salvo che il fatto costituisca più grave reato. Le ripetute modificazioni non hanno tralasciato la stessa ipotesi di base dal 1998 ad oggi: con la l. n. 189 del 2002, alla tradizionale espressione da cui deriva l'ancora attuale *vulgata* "favoreggiamento" (compiere attività dirette a favorire) è succeduta la diversa previsione incriminante gli "atti diretti a procurare" l'ingresso. Tale mutamento non è passato inosservato presso la Suprema Corte, che ha inteso tale restrizione lessicale, in primo luogo in senso soggettivo[424]. La riforma è stata, infatti, positivamente accolta dai giudici come espressione della volontà legislativa di

[423] R. ALFONSO, *Il coordinamento nazionale delle indagini per il traffico di esseri umani* in G. TINEBRA - S. CENTONZE (a cura di), Milano, 2004, p. 121.
[424] Cass. pen., sez. I, 2003 n. 40307.

colpire non i migranti irregolari, ma i "mercanti di clandestini" nonché come progresso legislativo per quanto attinente ai profili della tassatività e determinatezza, a fronte di una "vaga e indifferenziata" tipizzazione del "favorire", concetto non utilmente circoscrivibile né utile ad escludere le azioni sostanziatesi in un apporto di mera agevolazione ovvero in un modesto aiuto atipico, ove il "procurare" implicherebbe una condotta "efficiente a determinare in via diretta il risultato finale". In particolare sulla condotta di chi, essendo parimenti uno straniero e trovandosi a compiere egli stesso un ingresso illegale, compia atti diretti a favorire l'ingresso di altra persona priva dei necessari titoli o autorizzazioni, oltreché prevedendo sin dall'origine di indurla e sfruttarne la prostituzione, la Cassazione abbia riconosciuto un mutamento nella disciplina di cui l'art. 12 è espressione a seguito della riforma di cui alla l. 189/2002 nel senso di termini di inasprimento del regime dei flussi e delle sanzioni penali che presidiano il monopolio statuale del controllo degli stessi. In simili casi, dunque, non potrebbero i soggetti che si servano di passatori o scafisti ritenersi inevitabilmente e perciò solo "vittime" dell'azione di favoreggiamento altrui, ma essi stessi autori del delitto ove esso sia integrato dal compimento di attività, presenti nel caso di specie, atte a favorire l'ingresso di altri per gli scopi parassitari e lucrativi rispetto ai quali la norma prevede poi il massimo rigore punitivo. Non sarebbe, insomma, ammissibile un'interpretazione in chiave restrittiva dell'art. 12 tale da escludere le attività di rilievo penale proprio compiute da altri soggetti irregolari[425]. Avveduta dottrina già segnalava come si fosse affermata, anche alla luce dell'estensione della sfera di intervento di polizia giudiziaria in mare di cui si è detto nel precedente capitolo, la prassi di affidare proprio ai coloro i quali siano "oggetto" del favoreggiamento posto in essere dagli organizzatori del traffico, le ultime fasi dei viaggi verso il territorio nazionale, allo scopo di garantire l'impunità dei membri dei sodalizi e preservare i mezzi di più difficile sostituzione rispetto al perseguimento dello "scopo sociale" criminoso[426]. Tale osservazione deve fare oggi i conti con l'ancora più odiosa prassi della delega in modo esclusivo delle attività materiali di conduzione di sé e degli altri cittadini stranieri verso le acque internazionali, a fronte della quale in rari casi, all'esito dei procedimenti penali che

[425] P. LA SPINA, *Sul favoreggiamento dell'ingresso irregolare di stranieri in Italia*. Nota a Cass. pen., sez. III 28 novembre 2002 in *Il Foro italiano*, fasc. 4, pt. 2, 2003, pp. 187-188.
[426] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 43.

conseguono avverso tali soggetti, è riconosciuta la scriminante dello stato di necessità nei confronti di chi sia costretto a pilotare le imbarcazioni verso il mare aperto direttamente in partenza dalle coste di un altro continente[427]. In effetti, il problema era astrattamente preso in considerazione dagli interpreti, restando aperto proprio il tema, che nella pronuncia citata non era affrontato, della criminalizzazione in sé dell'ingresso, posta in essere da colui che sia al tempo stesso migrante: in pratica, al contempo favoreggiato e favoreggiatore. Sul punto si è rilevato come accedere alla tesi estensiva o restrittiva della norma in commento sottintendesse un'opzione anche in termini di criminalizzazione dell'ingresso in quanto tale, giungendo al paradosso di far rispondere di favoreggiamento tutti coloro che fossero agevolati ove fosse impossibile individuare un soggetto certamente agevolatore degli altri[428]. Il tema è complesso e coinvolge, come ricordato dalla Suprema Corte, tanto considerazioni in tema di soggetto attivo del reato, quanto in termini di bene giuridico oggetto di tutela.

Com'è stato notato, volgendo indietro lo sguardo alla omologa fattispecie di cui all'art. 3 co. 8 della legge Martelli, un reato di formulazione tale da incriminare chi compia ogni attività "dirette a favorire" l'ingresso degli stranieri del territorio, risultava possibile sanzionare penalmente qualsiasi condotta anche soltanto diretta all'agevolazione del compimento di un fatto – l'ingresso clandestino – ancora penalmente irrilevante in quanto configurato solo come illecito amministrativo. Tale indirizzo, consistente nell'assegnazione di disvalore penale alla sola condotta favoreggiatrice dell'immigrazione illegale, costituirà la guida del legislatore anche

[427] Si veda il resoconto della Seduta n. 41 di Mercoledì 22 marzo 2017 del Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione con audizione del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania, in relazione alla circolare emanata da tale Ufficio avente ad oggetto l'indirizzo alle strutture sottoposte di "non procedere ai fermi e alle misure cautelari e di ingolfare ulteriormente la macchina della giustizia" in relazione alle posizioni di coloro i quali risultino i meri strumenti inconsapevoli delle organizzazioni basate soprattutto in territorio libico. Si consideri, inoltre, come nella già citata decisione del G.U.P. presso il Tribunale di Trapani, sent. 9 novembre 2016, a fronte di tale prassi consolidata sia talvolta riconosciuto sussistente almeno il fondato dubbio che i soggetti materialmente al timone delle imbarcazioni abbiano agito per salvare sé od altri da un attuale pericolo in ragione delle evidenti condizioni di soggezione in cui versino i migranti nei confronti dei loro carcerieri nel periodo di attesa della partenza dai luoghi di concentramento gestiti dai trafficanti.

[428] F. BOTTALICO, *Art. 12 D. legisl. 25 luglio 1998 n. 286*, in F. C. PALAZZO - C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 2617.

col sopraggiungere dell'attuale Testo unico[429]. È stato altresì rilevato che la fattispecie risultante dalla riforma del 2002 si sarebbe posta rispetto alla precedente figura di reato di favoreggiamento, come un caso di successione tra leggi penali nel tempo e non come un'ipotesi di *abolitio criminis*[430]. Rispetto all'originaria prospettazione del reato, il riferimento agli "atti", anziché alle "attività" sarebbe interpretabile parimenti quale espressione di una scelta di maggiore tassatività, con una definizione – quella degli atti *diretti* a procurare – piuttosto affine con la nozione di reato tentato, dunque con possibile ampliamento delle fattispecie concrete punibili ove questo si caratterizzasse in termini di idoneità ed inequivocità rispetto allo scopo perseguito, in armonia con la natura anticipata del delitto, sulla quale sono necessarie precisazioni in ordine al ruolo svolto proprio dall'avvenuto raggiungimento dell'obiettivo. Sempre con riferimento alla terminologia adoperata dal legislatore, è stato detto che la descrizione, virando in "atti" avrebbe reso punibile il favoreggiamento compiuto non attraverso la disposizione di più qualificate "attività", ma divenendo sufficienti singole azioni[431]. In ogni caso, un'anticipazione inverosimile ed inapplicabile della soglia di punibilità sarebbe la conseguenza del mancato riferimento alla direzione non equivoca degli atti[432]. In una diversa fase storica, caratterizzata dal verificarsi di numerosi viaggi interamente gestiti dai trafficanti e non rintracciati in alcun modo dalla autorità se non in momenti successivi a quelli dell'approdo sarebbe stato necessario leggere sotto una diversa luce le condotte di coloro che, operando in Italia, *favorissero* l'ingresso clandestino, in ragione dello svolgimento di attività di fiancheggiamento e cooperazione rispetto a quelle strettamente collegabili con l'ingresso vero e proprio, volte ad assicurare il buon esito dell'operazione riguardata nel suo complesso. Per quanto si sia affermata la necessità di operare una selezione restrittiva, guardando sole condotte effettuate nell'immediatezza dell'ingresso, non sembra – tuttavia – che la giurisprudenza di legittimità abbia posto nell'irrilevanza queste ultime, talvolta ritenendo integrato il reato anche da parte di chi asconda i migranti alloggiandoli alle stesse finalità di cui

---

[429] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., pp. 40 – 41.

[430] M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini" Commento a l. 30 luglio 2002, n. 189* in *Diritto penale e processo*, fasc. 11, 2002, pp. 1343-1350.

[431] V. MUSACCHIO, op. cit., p. 209.

[432] E. LANZA, *Gli strumenti di contrasto* in G. TINEBRA - A. CENTONZE, *Il traffico internazionale di persone*, op. cit., p. 190.

sopra, riaffermando la natura di reato a forma libera del favoreggiamento[433]. Quest'ultima asserzione dovrebbe però, a parere della dottrina citata, fare i conti con l'inclusione nel testo del delitto di favoreggiamento della *permanenza* dello straniero, volto ad incriminare specificamente le condotte poste in essere a vantaggio di questi, purché nel rispetto dei presupposti di cui ai commi 5 e 5-*bis*[434]. L'attuale assetto del dispositivo dell'art. 12 è frutto di un'opera di specificazione delle condotte penalmente rilevanti. È di tutta evidenza come il compiere atti diretti a procurare l'ingresso non sia più, almeno apparentemente, esauriente della descrizione normativa delle condotte di cui ai commi primo e terzo, i quali – ora posti tra loro simmetricamente – si caratterizzano per un'ampia elencazione di modalità di commissione che spaziano dalla promozione, alla direzione e dall'organizzazione al coordinamento e dal finanziamento al concreto trasporto. La riformulazione dovuta alla l. 94 del 2009 ha riguardato, come si diceva, anche il terzo comma, in ragione della quale appare più agevole parlare di un'autonoma fattispecie di reato o, come si sta per dire di *due* autonome figure[435]. Negli attuali disposti dei commi primo e terzo, dunque, la formula della quale molto si è discusso e che aveva sostituito il tradizionale "favorire", risulta in una posizione di chiusura, a fronte della pluridirezionalità in cui si esprimono le condotte elencate dal legislatore del 2009[436]. La declinazione di queste ultime nel modo che si è detto non aveva mancato di suscitare critiche scaturenti tanto dalla supposta inutilità a fini pratici in ordine all'individuazione delle condotte perseguibili, stante la già onnicomprensiva formula degli "atti diretti a procurare l'ingresso", così come motivate dall'avvertimento del rischio di eccessiva estensione extraterritoriale e logico-interpretativa nell'applicazione di fattispecie, anche con riguardo ai già noti casi di utilizzo strumentale di alcuni dei migranti trasportati a ridosso delle coste ai fini del completamento del viaggio, vista l'esplicito riferimento alla condotta del "trasporto". Tuttavia, proprio in relazione a tale eventualità ci si avvede della preesistente possibilità di ricomprensione nella previgente (e ancora presente) descrizione del

---

[433] Cass. pen., sez. I, 2000 n. 7045 ma anche Cass. pen., Sez. III, 2004, n. 20673; 2007, n. 42980; Sez. I, 2011 n. 25244; 2012 n. 19355.

[434] Tribunale di Gorizia, 19 maggio 1999 in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/1999, p. 181.

[435] M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, p. 43.

[436] M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima* in op. cit., p. 110.

procurato ingresso[437]. Una modifica di respiro certamente più ampio e di maggior significato è quella inerente l'introduzione di una previsione, reato che la dottrina, individuando una nuova fattispecie di reato, ha icasticamente definito di "favoreggiamento dell'emigrazione illegale"[438]. Riforma apportata dalla legge 189/2002 *sub* commi primo e terzo, l'ipotesi riguarda le azioni volte a garantire allo straniero l'ingresso in un Paese diverso dall'Italia di cui lo stesso non abbia titolo di residenza permanente, cittadinanza, né – è stato ritenuto sufficiente ai fini del reato – un valido titolo legittimante anche il solo ingresso. Non assume, in tal senso, rilievo il fatto che il soggetto ausiliato si prefiguri una permanenza in tale territorio, breve o duratura che sia, dal momento che anche il mero transito finalizzato a raggiungere il Paese d'origine potrebbe assumere rilevanza. Si tratta di un'interpretazione basata tanto sulla lettera della norma quanto rispondente alla *ratio* della sua introduzione, espressiva della ricercata volontà di chiusura delle rotte passanti per il territorio nazionale e destinate a concludersi in altri Stati attraverso la minaccia della sanzione penale in Italia[439]. Come si è detto trattando del reato di cui all'art. 10 *bis*, si tratta di un'assai consistente flusso di persone, che nel corso degli anni ha provato a rendere invisibile il proprio passaggio sul territorio, sinché il ripristino dei controlli in ingresso da parte degli Stati confinanti e la maggior severità nelle operazioni di foto-segnalamento al momento dello sbarco imposta dall'Unione europea lo hanno consentito, stante il rischio costante di deportazione in capo a chi, dopo che le sue impronte digitali siano state registrate in Italia, abbia varcato il confine e venga sottoposto a controllo di polizia o tenti di proporre istanza di protezione internazionale in altro Paese[440]. La previsione, tuttora presente nei commi menzionati, non è andata esente da dubbi di legittimità costituzionale in termini di

---

[437] L. MASERA, *Terra bruciata attorno al clandestino*, in op. cit., pp. 67 – 68.

[438] A. CAPUTO, *Favoreggiamento all'emigrazione: questioni interpretative e dubbi di costituzionalità*, in *Questione giustizia* n. 6 del 2003, pp. 1243 – 1251.

[439] G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *La nuova disciplina dell'immigrazione. Commento per articolo al Testo Unico 25 luglio 1998, n. 286*, Milano, 2008, p. 99.

[440] Le decisioni del Consiglio dell'Unione, a tal proposito, hanno fatto registrare la prima storica attivazione della clausola di cui all'art. 78 par. 3 del Trattato sul funzionamento ed elaborato un'"Agenda europea" sulla migrazione il cui principale punto è consistito nella temporanea deroga al Reg. (UE) n. 604/2013, meglio noto come Regolamento Dublino III, in tema di criteri di competenza per l'esame delle richieste di protezione internazionale. Si vedano in particolare: AA. VV., *Il diritto di asilo tra accoglienza ed esclusione*, Roma, 2015, pp. 17 ss; CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS, *Dossier statistico immigrazione*, Roma, 2016, pp. 85 ss.; sia consentito rinviare anche a CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS, *Osservatorio romano sulle migrazioni*. *Undicesimo rapporto*, Roma, 2016, pp. 176 – 180.

tassatività/determinatezza, a cominciare dall'asimmetria tra le due interpolazioni operate al primo comma ed al terzo comma, nel quale la norma pareva riferire specificamente l'ingresso favoreggiato verso l'Italia e ma non anche a quello in uscita dall'Italia, alla violazione delle disposizioni di cui al testo unico. Al di là di tale difetto di coordinamento, poi corretto, permane ancor oggi il principale interrogativo legato al significato da attribuire a tale norma, per il rilievo che il D. lgs. 286/98 possa valere a qualificare come *contra ius* l'ingresso di un cittadino non comunitario in Italia, ma non certo in altro Stato[441]. A tali dubbi non ha fornito risposta la Corte Costituzionale[442], a seguito della rimessione in cui si rappresentava l'indeterminatezza di una fattispecie necessariamente da integrare con il riferimento ad un parametro normativo, l'illegalità, ma senza che questo risulti specificato o specificabile, diversamente da quanto è invece possibile guardando al presupposto di illiceità speciale consistente nel rinvio al testo unico per quanto attiene alla disciplina dei visti e delle autorizzazioni. Secondo un'opinione, il connotato dell'illegalità dovrebbe essere declinato in base alla legislazione del Paese interessato dall'ingresso e alla sua normativa in materia di accesso dei cittadini non comunitari (ove si tratti di un Paese dell'Unione), ad esempio, il Code de l'entrée o "Ceseda" nel caso di chi ponga in essere le condotte per favorire l'ingresso di uno straniero ai confini nord-occidentali[443]. La Consulta, chiamata nuovamente ad esprimersi sulla fattispecie, ha dichiarato la questione sollevata con riferimento all'art. 35 Cost., in tema di diritto all'emigrazione, infondata a cagione dell'esistenza di un quadro di accordi internazionali volti all'instaurazione di strumenti di contrasto al fenomeno illegale, statuendo l'indubitabilità del necessario riferimento alla normativa dello Stato oggetto dell'ingresso illegale, ritenendo rispettata dal precetto la duplice condizione ai fini del rispetto della riserva di legge in materia penale, consistente nell'individuazione legislativa in termini di immediata percepibilità del "nucleo di disvalore" della condotta incriminata e dell'adeguata identificazione delle norme straniere chiamate ad integrare il precetto[444]. È stato aggiunto come, perché possa

---

[441] A. CAPUTO, *Favoreggiamento all'emigrazione: questioni interpretative e dubbi di costituzionalità*, op. cit., pp. 1244 – 1245.

[442] Corte Cost., ord. 29 dicembre 2004, n. 445.

[443] L. BAIMA BOLLONE, *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in AA.VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Milano, 2003, p. 215.

[444] Corte Cost., 30 gennaio 2009, n. 21.

ritenersi rispettato il principio di offensività, sia necessario che le condotte considerate tocchino materialmente l'Italia, non potendosi ammettere l'opinione[445] che qualifichi ex art. 6 c.p. come punibile anche la condotta del favoreggiamento ordita in Italia ma avente ad oggetto uno spostamento tra due differenti Paesi[446]. Va detto, inoltre, che non esista una corrispondenza biunivoca tra irregolarità dell'ingresso ai sensi dell'art. 4 T.U. e delitto di favoreggiamento, potendo il primo essere illegale non soltanto alla stregua della normativa sull'ingresso e i requisiti da possedere per un regolare accesso al territorio, quanto anche nei casi di successiva permanenza illegale, la quale contribuisce a dare consistenza positiva alla categoria dell'immigrazione illegale[447]

Rispetto alle condotte previste dai commi primo e terzo è quasi unanimemente accolta la qualificazione dei reati scaturenti come a consumazione anticipata[448], rendendosi necessaria una valutazione degli atti posti in essere in termini di idoneità e di direzione, convergente rispetto al disegno criminoso, in modo confacente alla qualificazione invalsa presso la dottrina della "eccezionale" configurazione legislativa di talune categorie di illeciti per i quali sia sufficiente porre in essere i preparativi o gli atti iniziali ed idonei che normalmente costituirebbero solo un tentativo, meno severamente rimproverabile dall'ordinamento[449]. Dottrine e giurisprudenza concordano nella riconduzione della categoria dei reati di pericolo, in ragione della idoneità a mettere a repentaglio il bene oggetto di tutela per il solo fatto di predisporre quanto necessario ad eseguire la condotta di favoreggiamento

---

[445] M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini*, op. cit., 1347.

[446] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit. 65.

[447] Cass. pen., sez. I, 2004 n. 17973.

[448] *Ex multis* Cass. pen., sez. I, 2000 n. 4586; in dottrina, G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, op. cit., p. 97; Caputo, voce Immigrazione (dir. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 2003, p. 2 ss.; M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione. La disciplina legislativa e amministrativa tra programmazione dei flussi, tentativi d'integrazione e persistente emergenza*, in *Rassegna parlamentare*, 1999, p. 998 ss.; L. BAIMA BOLLONE, *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in op. cit., p. 214 ss.; P. BALZELLONI, *Immigrazione (reati in materia di)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Agg. II, 2004, p. 372; L. GIZZI, *Sulla natura giuridica del delitto di agevolazione dell'immigrazione clandestina*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 1012 ss.; M. GAMBARDELLA, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, in AA. VV., *La condizione giuridica dell'immigrato*, Suppl. a *Giurisprudenza di merito*, n. 7/8 del 2004, p. 91; M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), op. cit., p. 48.

[449] G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit, p. 481.

dell'ingresso, "senza che possano assumere rilevanza la durata di tale ingresso e la destinazione finale del suo trasferimento: tale filone di legittimità ritine il reato perfezionabile in casi quali il raggiungimento di un accordo diretto al reclutamento delle donne da far entrare illegalmente in Italia, la predisposizione di un alloggio di accoglienza diretto ad agevolare e favorire materialmente il futuro ingresso degli stranieri, ovvero con l'imbarco dello straniero su una nave o su altro mezzo di trasporto diretto in Italia, "e così via"[450]. Tutto ciò vero, possono porsi le questioni tipiche di tali classi di reati con ciò che ne segue in tema di individuazione degli elementi necessari e sufficienti a considerare configurato l'attentato al bene giuridico e dunque lo stesso reato. Le attività appena citate che la giurisprudenza ha preso in esame costituiscono esempi del vastissimo novero di azioni connotate dalla necessaria idoneità (o anche solo propedeutica e finalizzata od indirizzata) rispetto al perseguimento del fine, senza che ciò debba essere effettivamente conseguito[451]. Guardando all'elemento costitutivo, tipico dei delitti di attentato, rappresentato dalla "direzione degli atti", la principale interpretazione diffusa tra i commentatori ne fornisce una visione di tipo oggettivo, che guarda alle innegabili caratteristiche della condotta che palesemente ne mostrano l'orientamento causale: in materia di favoreggiamento ciò adempie ad una funzione selettiva delle condotte non univocamente finalizzate allo scopo ultimo preso di mira. Da tale analisi emerge la riconducibilità alla categoria dei reati di pericolo concreto, avuto riguardo alle caratteristiche in tema di idoneità della condotta, essendo la norma imperniata sul risultato vietato ed il mandato del giudice volto ad accertare la sussistenza nel caso di specie della concreta esposizione a pericolo del bene protetto[452].

Le circostanze di cui all'attuale fattispecie compongono un complesso quadro di ipotesi, perlopiù aggravanti, volte a colpire tanto fini del favoreggiamento segnato da intenti particolarmente degni di pena, anche guardando al quadro delle convenzioni internazionali e alla realtà del traffico di persone, tanto alle specifiche modalità commissive, ai mezzi adoperati, al concorso di almeno tre persone e al numero di persone trasportate. Esse possono risultare applicate cumulativamente proprio per il

[450] *Ex multis* Cass. pen., sez. III, 2005 n. 35629.
[451] Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2002, in *Cassazione penale*, 2003, p. 2049.
[452] A. CAPUTO, op. cit., p. 46 – 47.

peculiare disegno che ne è stato tracciato dal legislatore[453]. Esse risultano applicabili alla nuova fattispecie autonoma di cui al comma terzo, con edittali minimo e massimo compresi tra cinque e quindici anni, specializzata rispetto al comma primo, per la previsione di tale maggiore pena al ricorrere di almeno una delle circostanze di cui alle cinque lettere successivamente elencate. Al comma 3-*bis* è previsto un aumento di tale pena (già superiore rispetto all'ipotesi di favoreggiamento "semplice" di cui al primo comma punita da uno a cinque anni) ove i fatti siano commessi al ricorrere di almeno due delle circostanze di cui alle lettere del comma terzo. Si tratta delle medesime situazioni di cui al periodo precedente alla riforma del 2009, fatta eccezione per l'aggiunta della disponibilità di armi da parte del soggetto attivo[454]. Significativa è la previsione del comma 3-*ter*, in ragione del quale si applica un aumento di pena da un terzo alla metà ove le fattispecie dei commi primo o terzo siano commesse al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo, o abbiano ad oggetto il trasferimento di minori fine allo sfruttamento degli stessi. Nello stesso comma è presente l'ulteriore aggravante della commissione del fatto improntata dal dolo

[453] Nella sentenza del G.I.P. presso il Tribunale di Ragusa n. 1911 del 23 giugno 2016 (non edita), si assiste alla conclusione di un procedimento avverso tre persone di nazionalità senegalese e nigeriana, per il fatto di aver condotto in mare aperto due imbarcazioni con a bordo un totale di 207 persone, intercettate da un'unità militare italiana e condotte in un porto siciliano. Nella scarna motivazione di questa sentenza di applicazione della pena su richiesta dei difensori, si nota facilmente l'assenza di ogni riferimento specifico alle innumerevoli circostanze aggravanti applicate (ex art. 12 co. 3 lettere dalla a) alla e) e la contestazione simultanea della fattispecie di cui al primo e al terzo comma dell'articolo in discorso, oltre alla comminazione di multe che totalizzano importi assolutamente fuori dalla portata di ogni soggetto che sia costretto a ricorrere a tale sistema per tentare di giungere sul suolo europeo. È ormai fatto notorio che le organizzazioni operanti in Libia – nei confronti di una delle quali in questa sentenza si attesta l'esistenza un collegamento, vista l'applicazione di tutte le circostante richiamate a carico degli imputati – si avvalgano direttamente di alcuni dei soggetti trasportati per condurre le imbarcazioni sino ad un tratto di mare in cui possano essere intercettate, per quanto non sempre vi sia l'interesse dei reali gestori del traffico a che i migranti accalcati sulle imbarcazioni sopravvivano. Ciò dipende dalla nazionalità dei migranti, che in molti casi, specie se provenienti dall'Africa sub-sahariana, sono soggiogati anche per anni in territorio libico, fino all'ottenimento di una somma sufficiente a pagare il viaggio in mare. Diversamente, individui di altre nazionalità sono prevalentemente tenuti in ostaggio per lungo tempo all'interno di strutture nella disponibilità dei trafficanti, per il tempo necessario alla messa in contatto tra organizzatori e nuclei familiari dei soggetti detenuti affinché ogni debito venga saldato. I soggetti coinvolti in questo traffico, così come la recente sentenza della Corte d'Assise di Milano del 10 ottobre 2017, che ha condannato un componente di un'organizzazione operante in territorio libico, espongono chiaramente la feroce disposizione dei membri di tali sodalizi nei confronti dei migranti presenti in Libia e l'impossibilità di sottrarsi, una volta venuti in contatto con tali gruppi, ad ogni comando loro impartito, pena la morte o indicibili torture a scopo intimidatorio ed estorsivo. È dunque piuttosto arduo constatare collegamenti fattivi e comunione di intenti tra i soggetti favoreggiati e gli organizzatori del traffico, come se i primi fossero un tutt'uno con i secondi ed agissero in completa autodeterminazione, sia a terra che durante le traversate.

[454] L. MASERA, "*Terra bruciata" attorno al clandestino*, in op. cit., p. 68 – 69.

specifico di trarre un ingiusto profitto anche indiretto. Tale differente formulazione appare significativa per il rilievo che tale caratteristica ha per lungo tempo distinto e giustificato il trattamento diversificato tra primo e terzo comma, ove quest'ultimo risulta ora punito più severamente al solo ricorrere di una delle situazioni in esso elencate. Come è stato osservato, tale mutamento potrebbe non risultare una scelta frutto di un consapevole disegno del legislatore, né è indiscutibile la perdita del *discrimen* dato dal dolo specifico di cui al precedente testo del comma tre, il tutto, anche perciò, da iscriversi in un intervento che si è caratterizzato per il solo aumento di pena minima del comma tre e per una solo apparente riforma, per quanto formalmente tangente tutte le fattispecie[455]. Guardando al disposto da una più ampia prospettiva storica, si osserva una tendenza in aumento del rigore sanzionatorio, passante anche attraverso l'apposita disposizione di sottrazione al giudizio di comparazione delle circostanze ex art. 69 c.p., adottando una logica tipica delle criminalità contraddistinte dall'approccio emergenziale che il legislatore ha adottato, così come si pone nella stessa scia il comportamento collaborativo di cui al comma 5-*quinquies*[456]. In ogni caso, è attualmente esclusa in modo espresso la riferibilità di tutte le circostanze al favoreggiamento ex comma quinto. A testimonianza della natura circostanziale della fattispecie di cui al co. 3-*bis* si pone la formulazione prescelta, ovvero "la pena è aumentata", ciò assumendo rilevanza nell'eventualità di concorso tra le fattispecie tra loro alternative di cui comma tre[457]. Le circostanze di cui al comma 3-*ter* sono ad effetto speciale e denotano natura soggettiva, dato il riferimento al dolo specifico del soggetto attivo per ciascuna di esse ed in modo tra loro differenziato[458].

---

[455] L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino*, in op. cit., p. 69.
[456] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, p. 71 – 72.
[457] A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Diritto penale e processo*, 2009, fasc. 1S, pp. 19-23
[458]

4. Il migrante tra autore e oggetto di reato: confronto con la normativa in tema di tratta a partire dall'art. 12 co. 5 e 5-bis

Una disposizione che ha suscitato perplessità sotto la lente del principio di tassatività è quella introdotta nel 1998 e tuttora presente al quinto comma: ove non siano integrati i presupposti di più gravi reati o delle aggravanti speciali di cui all'art. 12 ed in presenza del dolo specifico di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero e dallo svolgimento delle attività da tale norma elencate, è punita la condotta di chi favorisca la *permanenza* dello straniero in violazione delle norme di cui allo stesso Testo Unico. Si tratta, invero, di un ambito di più ardua delimitazione a fronte delle minori norme in tema di ingresso dello straniero nel territorio. A sua volta, tuttavia, il novero delle situazioni qui rilevanti è delimitato dalla verifica della sussistenza del dolo specifico del ricavare un ingiusto profitto dallo *status* dello straniero[459]. Non può inoltre tacersi della condotta incriminata nel co. 5-*bis* aggiunto nella prima parte della riforma avutasi con il c.d. pacchetto sicurezza, avente ad oggetto la cessione di immobile allo straniero irregolare, estrinsecazione di quel deciso inasprimento dell'apparato sanzionatorio nei confronti dello straniero. La locazione o comunque la messa in disponibilità dello straniero di un fabbricato, con una notevole mutazione del disegno della fattispecie avutasi in capo a pochi mesi[460], non richiede più la sola onerosità dell'operazione ma anche l'elemento soggettivo declinato nella forma del fine di trarne ingiusto profitto. Ciò ad escludere la rilevanza della condotta dell'ospitare presso la propria dimora uno o più componenti del personale domestico in condizione irregolare ovvero accogliere – in modo *aliunde* oneroso – uno straniero anche nell'esplicazione di attività di assistenza agli immigrati in condizioni di bisogno, non mosse dal raggiungimento di un lucro economico. Mossa dall'intento di privare lo straniero di ogni possibilità di stabilimento e radicamento attraverso la minaccia di una sanzione detentiva nei confronti di chi "affitti" ad un irregolare un immobile, la modifica normativa pare aver privato la disposizione dell'attitudine a fare "terra bruciata", divenendo

---

[459] A. CALLAIOLI – M. CERASE, *Il Testo Unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi, il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione* in *La legislazione penale*, fasc. 1-2, pt. 3, 1999, p. 261.

[460] Il comma è stato aggiunto dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 e poi modificato, portandolo alla formulazione attuale, dalla l. 15 luglio 2009, n. 94.

penalmente rilevanti la sola cessione ad un prezzo esorbitante quello di mercato, tale da configurare un "ingiusto profitto", specificamente nei confronti degli irregolari e della loro maggior rischio di sottoposizione a ricatti impositivi di prestazioni eccessivamente onerose in ragione della intrinseca condizione di debolezza giuridica in cui versi lo straniero, ovvero attuando un diverso genere di vessazione, passante per la scelta di una forma contrattuale particolarmente iniqua per il cittadino allogeno. La condotta potrà realizzarsi nelle due modalità dell'alloggiare la persona, disponendo il soggetto attivo a qualsiasi titolo di un immobile di cui scambi l'utilizzo a fronte di una controprestazione ovvero nell'instaurazione di un negozio la cui causa sia la cessione del bene che possa verosimilmente fungere da abitazione per il soggetto in condizioni di irregolarità. Sarà ineluttabile, sul piano dell'elemento soggettivo, guardare alla conoscenza dello stato di illegalità amministrativa dello straniero da parte del soggetto attivo, quale elemento normativo della fattispecie da determinare alla stregua di tutto l'impianto di cui al Testo unico del 1998, con la vigenza del disposto di cui all'art. 47 co. 3 c.p. Escluderà la punibilità del cedente la falsa rappresentazione o ignoranza che questi possa avere circa la legalità della presenza sul territorio del cessionario, né potrà il reato essergli imputato a titolo di colpa, stante il chiaro disposto normativo. Il raggiungimento della finalità di ricavare un profitto che si conosce essere ingiusto dovrà informare la condotta del soggetto attivo, essendo irrilevante l'effettivo conseguimento di un siffatto vantaggio[461]. È stato sostenuto che i reati di cui ai commi 5 e 5 *bis* dell'art. 12 afferiscano a quel novero di fattispecie che si potrebbero definire come collaterali al delitto di favoreggiamento, in un legame di stretta continuità temporale rispetto ad esso, non potendosi chiamare a rispondere penalmente in ordine alla loro commissione chi sia già oggetto di procedimento a fronte del reato principale[462].

---

[461] L. MASERA, *Immigrazione* in O. MAZZA – F. VIGANÒ, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica: (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, pp. 21 – 26.

[462] M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima* in V. MILITELLO – A. SPENA (a cura di) *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, p. 105.

Per un diverso avviso[463], tuttavia, scopo evidente della previsione di cui al comma 5-*bis* sarebbe quello di disincentivare la permanenza di soggetti in posizione irregolare sul territorio, precludendo il soddisfacimento di un bisogno essenziale, unitamente al tentativo di contrasto al mercato nero delle locazioni a soggetti privi della possibilità di far valere il proprio diritto ad un luogo idoneo all'abitazione. Difficile è trarre un bilancio dell'effettiva riuscita di una simile operazione legislativa e sulla sua effettiva capacità di aver contrastato la permanenza e dunque l'immigrazione clandestina, non essendo del tutto aliena l'idea che la previsione della confisca del bene, ove sia riscontrata l'esistenza di un negozio tra proprietario e persona irregolare, ostacoli ulteriormente l'accesso al mercato immobiliare degli stranieri in posizione regolare, con il rischio di alimentare un circolo vizioso produttivo di "illegalità". Ciò viste anche le non improbabili situazioni in cui un soggetto straniero rischia di venirsi a trovare in posizione di irregolarità amministrativa, talvolta connesse proprio al mancato possesso di un alloggio regolare e la cui esistenza possa essere dichiara alle autorità nel corso degli adempimenti necessari al rinnovo dei titoli di soggiorno, ingenerando presso i residenti, che offrono abitazioni sul mercato, timori di perdita definitiva e sottoposizione ad un gravoso processo in sede penale[464].

Sulla base di quanto si è detto sembra potersi effettuare un raffronto tra le situazioni tipizzate nel medesimo articolo del testo unico, guardando, come si premetteva alla posizione del soggetto migrante nei riguardi della norma penale. In tale analisi, allo scopo di trattare adeguatamente il complesso tema dell'immigrazione irregolare, deve aversi riguardo alle due esigenze, talvolta contrapposte, di apprestare un adeguato controllo delle frontiere in ordine al mantenimento dell'equilibrio interno degli Stati di destinazione dei flussi migratori e – dall'altro lato – appartiene alla "coscienza della comunità internazionale" il bisogno di rinvenire soluzioni efficaci nel contrasto alla tratta di persone e di garantire la salvaguardia dei diritti fondamentali anche nei confronti dei cittadini stranieri che entrino in contatto con la sfera della giurisdizione nazionale. Nel primo

[463] E. INFANTE, *Le modifiche ai reati in tema di circolazione stradale e immigrazione*, in AA.VV., *Sistema penale e sicurezza pubblica. Commento alla legge 24 luglio 2008 n. 125*, Bari, 2008, p. 56.
[464] S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione*, op. cit., p. 2 – 11.

caso, la risposta normativa è la criminalizzazione delle condotte, interne ed esterne ai confini, in grado di interferire sulla programmazione periodica – ove presente – dei flussi di cittadini stranieri ammessi; nel secondo caso, il risultato è perseguito tramite l'assunzione dello straniero quale soggetto passivo del reato o comunque quale soggetto debole meritevole di protezione. Acquisita la particolare rilevanza che, nel contesto degli strumenti di diritto internazionale, sembra assumere la questione del commercio di esseri umani, ma anche la dimostrata impossibilità pratica di ricorrere a sistemi di contrasto al fenomeno che permangano in capo alla comunità internazionale intesa nel suo complesso, è necessario guardare ai presidi posti dal diritto penale interno dei singoli Paesi allo scopo di riscontrare l'esistenza di una volontà dei legislatori nazionali di eradicare o limitare il drammatico commercio. Nell'ambito italiano, la normativa in vigore si rinviene soprattutto come posta allo scopo di garanzia dell'ordine pubblico nella misura in cui sia assicurata *lato sensu* la regolarità delle presenze di soggetti non comunitari sul suolo nazionale laddove, specie prima dell'intervento di cui al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 che ha sostituito l'art. 601 c.p. (tratta di persone), si registrava un'inattività del legislatore, anche a causa della copertura del vuoto normativo ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 600 c.p. (riduzione in schiavitù)[465]. La l. 11 agosto 2003, n. 228 è intervenuta sul tema modificando il testo del primo degli articoli citati, ove poi il concetto di "tratta", utilizzato anche nella norma è stato ulteriormente specificato dal legislatore con la citata sostituzione del 2014, con esplicito riferimento alle condotte di reclutamento, introduzione nel territorio, trasferimento anche al di fuori di esso, trasporto, cessione dell'autorità sulla persona, alloggio delle persone che si trovino nelle condizioni di schiavitù di cui all'art. 600.

Non si deve poi dimenticare come la scelta di criminalizzazione della posizione o dell'ingresso irregolare è giunta, nell'ordinamento, in un momento molto successivo rispetto all'introduzione di una fattispecie penale in tema di favoreggiamento dell'ingresso o della presenza dello straniero privo dei necessari titoli. Come è facile osservare, quest'ultimo non diviene mai soggetto passivo necessario delle norme di questo settore, essendo qualificato rispettivamente come

[465] E. LANZA, *La tutela penale contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in op. cit., pp. 185 – 186.

oggetto materiale o come autore stesso[466]. Egli può essere autore delle fattispecie delittuose proprie di cui agli artt. 13 co. 13 e 13-*bis*, in caso di reingresso dell'espulso, o delle attuali contravvenzioni di cui all'art. 14 co. 5-*ter* e 5-*quater* così come essere oggetto materiale delle condotte di cui all'art 22 in tema di assunzione di stranieri privi del permesso di soggiorno, o ancora, di cui all'art. 12, potendo ipotizzarsi in tali casi che il migrante possa assumere la veste di soggetto passivo a cagione delle particolari condizioni di deprivazione alle quali è sottoposto nell'ambito del favoreggiamento dell'immigrazione posto in essere da altri, ma dovendo considerarsi la natura di circostanze aggravanti che queste ipotesi svolgono, a fronte di un delitto base di cui il migrante resta oggetto materiale[467]. Atteso questo, potrebbero ravvisarsi nelle disposizioni di cui ai commi 5 e 5-*bis* dell'articolo in commento, esempi di fattispecie in cui lo straniero divenga oggetto di tutela e dunque persona offesa, essendo necessario, per integrare tali figure criminose che le condotte siano poste in essere "al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero" o a titolo oneroso e "al fine di trarre ingiusto profitto", ove si considerasse che – come visto – solo contratti sproporzionati che accedano alle soglie dello sfruttamento siano tali da giungere a ritenere acquisito il requisito previsto a titolo di dolo specifico, non potendo derivarsi tale connotato da un tautologico appiattimento sulla condizione di illegalità dello straniero[468]. Lo stesso co. 5-*bis*, inizialmente concepito come norma per colpire chiunque, in particolare cittadino italiano, che desse alloggio a stranieri irregolari, ha assunto in corso d'opera la funzione di evitare la doppia incriminazione di coloro che, avendo contratti lavorativi con stranieri nelle condizioni dette, fornisse loro alloggio. Tale interpretazione sarebbe corroborata dagli stessi lavori preparatori della novella di cui al d.l. 23 maggio 2008, n.92, convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 125[469].

---

[466] M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione* in *Questione giustizia* n. 1, 2009, p. 105.

[467] M. DONINI, op. cit., p. 106.

[468] *Ex multis* Cass., sez. I, 25 ottobre 2000, n. 4700; Cass. pen., sez. I, 28 novembre 2003, n. 46070; Cass., sez. I, 28 novembre 2003, n. 46066, per la quale – in particolare – se da un punto di vista obiettivo, essa è idonea ad integrare la condotta tipica del reato, non è necessario che lo sia dal punto di vista soggettivo, essendo necessario accertare in concreto se dalla stipula del contratto si sia inteso trarre indebito vantaggio dalla condizione di illegalità che si trovi nella posizione di contrante debole, imponendo condizioni esorbitanti dall'equilibrio del sinallagma contrattuale.

[469] L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), op. cit., p. 23.

Spostando l'attenzione sulle norme dedicate alle norme in materia di "commercio di persone" sono di immediata percezione la sostanziale differenza e la scelta di fondo sottesa che portano al riconoscimento di situazioni del tutto differenti in capo a colui che resti comunque materiale oggetto della condotta, guardando allo statuto riconosciuto al migrante irregolarmente trasportato nell'ambito della tratta o del traffico di persone: da un lato la vittima di una serie di gravi delitti che trovano sede nel codice penale, soggetto da proteggere e non allontanare, fosse ciò anche ai soli fini processuali e funzionali all'aggressione delle organizzazioni gerenti questi commerci, addirittura con la previsione dell'apposito permesso di soggiorno ex art. 18 T.U.I. ed una tutela simile a quella dei testimoni di giustizia di gravi delitti di forte allarme sociale. Dall'altro lato, si pone colui che pur sempre clandestinamente ha fatto ingresso nel territorio e ne è stato facilitato da soggetti che non hanno interesse in ordine alla successiva vicenda del singolo, compiendosi la loro funzione ed essendo penale rilevante il ruolo da essi svolto per il solo fatto di aver predisposto mezzi idonei al raggiungimento dell'ingresso. Di riflesso colui che è "solo" trasportato dovrebbe essere fatto oggetto di respingimento o di espulsione, salvo poi il diritto di manifestare la volontà di richiedere la protezione internazionale una volta giunto sul territorio, ad esempio a seguito di salvataggi in mare, come ora espressamente procedimentalizzato dall'art. 10-*ter*, essendo questa l'unica modalità possibile di accesso al territorio. Anche sul piano sovranazionale, emerge un'eteronomia delle fonti: da un lato la Direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e sul contrasto del traffico di esseri umani e sulla protezione delle vittime e, dall'altro, la Direttiva 2002/90/CE sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e la Decisione quadro 2002/946/GAI. Sul piano codicistico, si incontrano gli artt. 601 (tratta di persone) e 602 c.p. (acquisto e alienazione di schiavi) da porre a confronto, nella normativa complementare, con l'art. 12 T.U.I[470]. Da una parte il migrante coinvolto nel *trafficking* è concepito come una vittima, mentre invece nei confronti del migrante che si sia avvalso della pratica dello *smuggling*, nonostante le modalità commissive del favoreggiamento particolarmente lesive della dignità e

[470] Si tratta solo di alcune delle fattispecie presenti, allo stato molto numerose ma che si differenziano dalla tratta di persone per la mancanza di un riferimento "di moto a luogo" in termini di introduzione delle vittime nel territorio dello Stato: 600 *bis* prostituzione minorile), 600 *octies* (impiego di minori nell'accattonaggio),

dell'incolumità quasi onnipresenti, si mostra "il volto severo della sovranità territoriale"[471]. In particolare, nel traffico dei migranti (*smuggling*) il soggetto attivo assume il ruolo di fornitore di un servizio, potendo disinteressandosi del tutto della sorte della persona trasportata, salvo sussista (si dirà in conclusione) un ulteriore interesse all'erogazione di tali servizi allo scopo di ottenere successive locupletazioni o riscuotere gli importi dovuti. Tra lo *smuggler* ed il migrante che necessita di tale servizio per i più disparati fini, che resta così sullo sfondo, si instaura un rapporto "commerciale", di norma illegale. Nell'ambito delle diverse forme di tratta degli esseri umani riconosciute dal legislatore in ossequio al quadro di tutela internazionale (pratiche di *trafficking*) non si pone alla base del rapporto tra soggetto attivo e passivo un rapporto basato su di una libera determinazione e pattuizione, come – il sistema sembra presumere – dovrebbe avvenire nell'ambito del mero favoreggiamento. Vi è però un legame necessariamente forte tra i due soggetti, ancorché non necessariamente frutto di una costrizione *ab initio*, essendo numerosi i casi di circuizione ed inganno alla base del soggiogamento. In tali casi il buon esito di tutta l'operazione ed il destino della merce umana hanno una rilevanza fondamentale, poiché l'ingresso da favorire, evidentemente contrario alle norme in materia di immigrazione è solo un tratto da far percorrere a chi sarà fonte di reddito una volta giunto presso la destinazione finale ed adibito alle attività più degradanti, dietro ricatto e sulla base del debito di viaggio da saldare[472]. Da ultimo, si consideri inoltre l'assottigliamento esistente tra le fattispecie di tratta di cui all'art. 601 c.p. e il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione aggravato nella circostanza di cui al comma 3-*ter*, in cui il dolo specifico degli atti volti ad agevolare l'ingresso è improntato dal triplice fine di "reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo" ovvero i fatti riguardano minori "da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento". Tale "circostanza cuscinetto", com'è stata definita, si basa sulla sovrapposizione tra le diverse modalità e finalità in cui il traffico di persone si sviluppa, in un rapporto tra le norme da leggere sulla base del principio di assorbimento ritenendo prevalente il

[471] V. MILITELLO – A. SPENA, *"La cruna dell'ago": il migrante fra mobilità e controllo*, introd. ad *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, op. cit., pp. 4 – 6.

[472] C. FERRARA, *Il traffico e la tratta di esseri umani* in V. MILITELLO – A. SPENA (a cura di) *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, p. 143 – 144.

delitto di tratta e facendo prevalere l'aspetto del migrante come vittima più che come oggetto materiale del reato dei delitti posti a tutela della gestione dei flussi migratori, aprendo ad un percorso di maggior garanzia e protezione della vittima del reato[473].

5. Il bene giuridico tutelato: unità o pluralità.

L'ambito normativo che ci occupa è stato definito come volto alla prevenzione di fatti rivolti contro ordine pubblico, per la particolare rilevanza rivestita nell'attuale contesto storico dalla questione migratoria[474]. L'evoluzione normativa in materia, ormai trentennale, prende impulso dalla fattispecie delittuosa di cui alla c.d. legge Martelli, caratterizzata da una particolare ampiezza repressiva di ogni fatto di agevolazione dell'immigrazione clandestina, nonostante la consistenza di solo illecito amministrativo all'ingresso e alla permanenza irregolare del soggetto agevolato. Ciò valeva a considerare punibili anche attività non concretamente lesive del bene giuridico tutelato, portando la giurisprudenza ad assumere una posizione critica e restrittiva, escludente delle condotte poste in essere in modo slegato e successivo dall'ingresso illegale[475]. Con la legge Turco-Napolitano prima ed in modo più decisamente autoritario con la l. 189/2002, emergono la preoccupazione del legislatore e l'avvertita necessità di esercitare un controllo maggiormente stringente, profilandosi quell'interesse alla "legalità dell'ingresso dello straniero" cui si è fatto cenno, in una connotazione che – avuto riguardo in particolare alla fisionomia della struttura delle varie ipotesi di favoreggiamento, costruite secondo lo schema della consumazione anticipata – attribuisce alla tutela dell'ordine pubblico una configurazione carica di una certa componente ideale, "tipica di un orientamento politico-criminale fortemente permeato da una logica repressiva[476]. Nel capovolgimento della visione solidaristica dell'originario Testo unico, la teoria della plurioffensività nei delitti in analisi, assume che il bene giuridico tutelato debba

---

[473] C. BERNASCONI, *La repressione penale della tratta*, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 87.

[474] MENEGHELLO – RIONDATO, *Artt. 2, 3, 4. Profili penalistici*, in B. Nascimbene (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero*, Padova, 1997, p. 235.

[475] M. DE GIORGIO, *I delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali*, in L. DEGL'INNOCENTI, op. cit., pp. 40 – 41.

[476] A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, op. cit., p. 132.

ricercarsi anche nella protezione dei migranti contro le ipotesi di sfruttamento che li coinvolgano, da chiunque poste in essere. Tale rilievo dovrebbe però limitarsi alle sole ipotesi, prima descritte, diverse dall'idealtipo di cui al primo comma dell'art. 12, rispetto al quale, stando alla norma, appare incompatibile la ricomprensione dei fenomeni di sfruttamento[477]. Il quadro attuale fa dell'ordine pubblico l'unico bene giuridico effettivamente comune a tutte le norme previste nell'articolo stesso, rendendo in tal senso doverosa un'interpretazione restrittiva quanto all'oggettività dei reati che si ponga in linea con l'ispirazione di fondo della normativa sugli stranieri, indiscutibilmente incentrata su una visione dei fenomeni migratori in primo luogo come questioni di ordine pubblico[478]. Avuto riguardo delle plurime direzioni in cui si dipana l'ipotesi del favoreggiamento, anche solo avuto riguardo ai delitti contro l'immigrazione e l'emigrazione clandestina, è possibile nota come 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» tipica della nozione teorica secondo una delle impostazioni di cui si è detto in apertura del presente capitolo[479]. Si rileva anche l'opinione secondo la quale, atteso che i reati relativi al «controllo delle frontiere, respingimento ed espulsione», citando l'intitolazione della sezione del Testo unico in esame, concernono riguardano ambiti di tutela tutti volti al tentativo di controllo statale dei flussi e che quindi sono posti a presidio di interessi dello Stato di sicurezza, controllo e ordine pubblici, essi appaiono (a prescindere dal trattamento sanzionatorio) "come fossero contravvenzioni, le quali – secondo il modello del codice Rocco – sono sempre reati concernenti una qualche *polizia* o una attività di controllo etc., e mai reati contro uno specifico bene giuridico leso"[480].

Da un'altra prospettiva si è osservato anche come, in considerazione del quadro internazionale, soprattutto come delineato dagli strumenti predisposti dalla Conferenza di Palermo del 2000, potrebbe dirsi che i reati in tema di

---

[477] M. DE GIORGIO, op. cit., p. 46 – 47.
[478] A. CAPUTO, op. cit., p. 135.
[479] M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO - A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti*, op. cit., p. 110.
[480] M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, op. cit., 113.

favoreggiamento possiedano una valenza di tutela internazionale, tale da rendere comunque doverosa la repressione di tali condotte negli ordinamenti interni[481]. È chiaro che alla riconduzione *ad unum* del bene giuridico tutelato, avuto riguardo la messa in pericolo degli interessi strumentali dello Stato e sempre ad esso riferibile a prescindere dalle specifiche modalità commissive che le diverse aggravanti di cui all'art. 12 registrano, si possa contrapporre una visione plurioffensiva dei delitti considerati, assumendo la lesione, in tal caso decisamente non potenziale (a differenza dell'anticipazione della repressione degli atti anche solo "diretti") ma attuale di beni ulteriori facenti capo al soggetto migrante. Proprio con riferimento alla fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione derivante dalla riforma del 2002, anteriormente alla nuova formulazione del 2009, è stata prospettata la tesi della plurioffensività, attraverso la riconducibilità del bene tutelato dalle fattispecie dei commi primo e terzo sia dell'interesse statale sia delle dignità delle persone dei migranti, laddove poi – con riferimento all'introduzione della rilevanza anche dell'aiuto alla *emigrazione* – era stata ipotizzata una declinazione del bene in termini di protezione della personalità internazionale dello Stato[482]. In tal senso, si è ritratta una visione internazionalistica dell'oggetto di tutela, a cagione della non indifferenza per lo Stato dei flussi migratori irregolari che interessino il proprio territorio soltanto in transito, perché aventi come destinazione finale un altro Paese: una estensione della territorialità della tutela cui si accompagnavano apparentemente obiettivi di protezione avverso le condotte di sfruttamento attraverso le quali il favoreggiamento si estrinsecava nella riforma del 2002[483]. Nella ulteriore visione duplice che prende di mira la situazione delle persone oggetto del favoreggiamento, emergerebbe la rilevanza della sicurezza e della dignità delle persone il cui ingresso è procurato, non potendo obiettarsi che tali soggetti prestino un concorso scriminante ex art. 50 c.p., attesa l'indisponibilità della dignità umana[484]. Contro quest'ultima tesi, è stata ricordata l'assenza di strumenti giuridici di protezione dello straniero oggetto dei reati di favoreggiamento o di sfruttamento in relazione ai delitti che tali condotte reprimono, oltre al dato fatto palese dal testo per

---

[481] V. MUSACCHIO, *Manuale di diritto dell'immigrazione*, Padova, 2003, p. 12.
[482] A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in op. cit., p. 90.
[483] A. MACCHIA, *La Bossi-Fini e la sfortuna di un obiter*, in *Diritto e Giustizia*, n. 6 del 2003, p. 33.
[484] M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini*, op. cit., 1347.

il quale solo in relazione a talune aggravanti potesse darsi una compatibilità tra tale interpretazione dell'oggettività giuridica della fattispecie, attesa altresì la dubbia concorrenza delle situazioni da esse prevedute alla determinazione del bene oggetto di tutela[485]. Il riferimento è chiaramente soprattutto alle fattispecie qualificanti l'ipotesi del comma terzo dalla fattispecie base, in ragione dell'avverarsi delle situazioni di almeno una tra le lettere dalla a) alla e), tra cui spiccano l'esposizione della persona a pericolo della vita o dell'incolumità (assai difficile da non riscontrare in tutte le contemporanee declinazioni del traffico) e delle sottoposizione ad un trattamento inumano o degradante. Rispetto a queste ultime, è asserito che la minaccia di una maggiore pena ove i fatti siano commessi con tali gravi modalità possa concorrere con la protezione dei beni noti interessi statuali. Resterebbe in ogni caso confermata la posizione centrale nel disegno normativo delle protezione dei beni nazionali sottesi alla gestione dei flussi in ingresso, ancorché non più assorbente dell'intera oggettività delle fattispecie [486]. In tale contesto, si inserisce la causa di giustificazione speciale di cui all'art. 12 co. 2, che va ad aggiungersi a quella di cui all'art. 54 c.p. "fermo restando" quanto da essa previsto, consente la non punibilità delle attività di assistenza e soccorso "prestate in Italia" a stranieri in condizioni di bisogno e "comunque presenti" sul territorio. Anche visto quanto appena detto, appare chiaro che il legislatore abbia giudicato prevalenti gli interessi della vita e dell'incolumità a fronte del principale bene che si sostanzia nella tutela dell'ordine pubblico[487].

6. L'associazione a delinquere finalizzata al traffico di persone: tipicità e stato dell'arte delle conoscenze investigative

La l. n. 94 del 2009 ha aggiunto al novero di odiosi reati per i quali il comma sesto dell'art. 416 c.p. è prevista la reclusione da cinque a quindici anni per i promotori costitutori ed organizzatori dei sodalizi e da quattro a nove anni per i partecipi l'ipotesi cui all'art. 12, comma 3-*bis*, del testo unico immigrazione,

[485] M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, op. cit., p. 105.
[486] A. CAPUTO, op. cit., p. 91.
[487] A. CAPUTO, op. cit., p. 93.

configurando così l'associazione a delinquere fine alla commissione del delitto di favoreggiamento nelle sue forme aggravate. Va rilevato come già con la l. 189/2002 fosse stata predisposta una circostanza aggravante all'interno della quale il legislatore connesso un aumento di pena all'ipotesi in cui le condotte dei commi primo e terzo fossero poste in essere da parte di tre o più persone tra loro in concorso o avvalendosi di servizi di trasporto internazionale o con l'ausilio di documenti contraffatti o illegalmente ottenuti, oltre al dato che, chiaramente, già potesse darsi l'imputazione per la partecipazione ad un'associazione il cui programma criminoso fosse la commissione dei delitti di cui all'art. 12 T.U.I. Nella sistematica dell'art. 416 c.p., la previsione di cui al sesto comma è qualificabile come circostanza aggravante e deve essere riferita, non senza perplessità, alle sole ipotesi in cui l'associazione sia volta alla realizzazione delle condotte di cui al comma 3-*bis* in tema di favoreggiamento aggravato dal ricorrere di due o più delle ipotesi di cui alle lettere previste dal comma 3, le quali – essendo spesso congiuntamente integrate – vengono prescelte dal legislatore per caratterizzare la particolare modalità di stabile concorso tra persone in ordine al progetto criminoso, ad esempio avvalendosi di servizi internazionali di trasporto ed avendo la disponibilità di armi[488]. Com'è stato notato, tuttavia, non è possibile prevedere lo stesso trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 416 co. 6 in relazione ad un'associazione tesa alla realizzazione di condotte tenute con modalità diverse da quelle assommate dal comma 3-*bis*, come ad esempio la partecipazione al sodalizio che sia volto a porre in essere le gravi condotte di cui al comma 3-*ter*. Più che nella risposta sanzionatoria in sé considerata dal punto di vista della pena, visto che all'interno dell'art. 416 c.p. potranno operare le circostanze attenuanti attraverso giudizio di bilanciamento che l'art. 12 co. 3-*quater* espressamente esclude, il valore aggiunto di tale novella dovrebbe individuarsi nel particolare regime processuale derivante dalla contestazione del reato associativo, nonché nel trattamento penitenziario per la ricomprensione nella sfera di operatività dell'art. 4-*bis* ord. penit.[489] Sarà necessario sussistano dunque, oltre all'*affectio societas sceleris* tra i soggetti partecipi, avente ad oggetto la volontà di essere

[488] L. MASERA, *"Terra bruciata attorno al clandestino"*, p. 54 e A. CORVI, *Nuove risposte al crimine* organizzato, pp. 341 – 343, in O. MAZZA - F. VIGANÒ, *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, op. cit.

[489] M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. MILITELLO - A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti*, op. cit., p. 116.

componenti del gruppo, con una risoluzione seriamente formata e durevole nel tempo, un programma criminoso non determinato sia dal punto di vista del numero degli episodi in esso compresi, eventualmente affiancati ad una serie di episodi concreti e prestabiliti, sia da quello dei fatti di reato, includendo anche una serie di fatti non compiutamente pianificati in ogni loro parte. La tipologia dei delitti dovrà, naturalmente, essere prestabilita ed è da identificare nel favoreggiamento aggravato di cui all'art. 3-*bis*. Relativamente all'organizzazione, potrebbero darsi due interpretazioni applicative, una delle quali di tipo debole o "rudimentale", priva di particolari dotazioni in termini di mezzi, strumenti, divisione dei ruoli, distinzione dei partecipanti in gerarchie interne, per la quale sia sufficiente un accordo stabile che abbia il contenuto appena ricordato così come per la dimostrazione della cui esistenza sarebbe sufficiente guardare alla commissione di più fatti realizzati in concorso tra coloro che si assumono membri del sodalizio, dimostrando l'esistenza di stabili contatti tra gli stessi. Non pochi vantaggi potrebbero discendere dalla scelta di tale parametro di contestazione del reato associativo dal punto di vista delle necessità probatorie, oltre al conseguente radicamento della giurisdizione italiana in riferimento a tutta la vicenda storica, e quindi a più fatti, riguardati nel loro complesso, valendo la dimostrazione dell'esistenza di fatti svoltisi in territorio nazionale a ritenere il sodalizio nella sua interezza operante anche in Italia. Ciò, in termini di politica criminale, non potrebbe essere privo di positive ricadute, arretrando ulteriormente la soglia del pericolo posto in essere per l'appartenenza ad un gruppo finalizzato di per sé a porre in essere fatti per la cui punibilità è necessario anche solo il compimento degli "atti diretti a procurare l'ingresso", nonostante l'attuale art. 12 preveda tra le condotte integranti l'ipotesi base e potenzialmente (anche se difficilmente) monosoggettiva anche quella della organizzazione del traffico di persone; attività che certamente un'associazione ex 416 co. 6, pur se non realizzando concretamente i fatti, dovrà porre in essere[490]. Si consideri, inoltre, come l'art. 3 lett. b) della l. n. 146 del 2006 qualifica un reato come transnazionale ove questo sia commesso in uno Stato ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato. La successiva lett. c) riguarda, invece, specificamente il gruppo transnazionale guardando alle sue

[490] A. CORVI, *Nuove risposte al crimine* organizzato, p. 341 – 343, in O. MAZZA - F. VIGANÒ, *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, op. cit., pp. 341 – 345.

caratteristiche, ovvero richiedendo che il sodalizio sia «impegnato in attività criminali in più di uno Stato» dovendosi interpretare tale "impegno" nei termini in cui possa dirsi che le attività del gruppo avvengano in Stati diversi, seppure con frazionamento delle condotte dei singoli delitti, e dunque intendendosi il requisito posto dalla legge come riferito all'operatività o raggio d'azione del gruppo criminale[491]. Diversa è invece l'ipotesi di circostanza aggravante della transnazionalità che ha sede nell'art. 4 della medesima legge di ratifica della Convenzione di Palermo del 2000. Essa agisce ad effetto speciale ed è dotata di "resistenza assoluta" nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., ed è applicata ai reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ("reati gravi") nella commissione dei quali abbia dato il suo *contributo* (non quindi il requisito dell'implicazione di cui all'art. 3 lett. c) un gruppo criminale organizzato. Come appare evidente, il favoreggiamento è un reato che, per le sue intrinseche caratteristiche ha, il più delle volte, carattere transnazionale nella definizione fornita dalla stessa Convenzione di Palermo e successivamente nella legge di ratifica del 2006[492].

Può essere utile, al fine di meglio comprendere la realtà nella quale sono calati gli strumenti giuridici che si è tentato qui di analizzare, riferirci alle risultanze investigative di un procedimento penale avverso alcuni cittadini, tutti di nazionalità non comunitaria, operanti in Italia e in altri Paesi, allo scopo di favorire l'ingresso di connazionali e soggetti di altre nazionalità provenienti dalla medesima area geografica del Corno d'Africa[493]. Il procedimento, originato dall'ulteriore azione penale esercitata nei confronti di un soggetto della medesima nazionalità e residente in Italia, che aveva visto la condanna dell'imputato per il reato associativo in discorso[494], in quanto partecipe ed organico di un sodalizio criminoso impegnato nel favoreggiamento dell'immigrazione, riguardava ulteriori componenti di un'organizzazione attiva in Italia, Israele, Libia ed altri Stati del continente africano, in relazione alla gestione e all'organizzazione del viaggio di migranti intenzionati a

[491] E. ROSI, *Reato transnazionale* in *Enc. Dir.* (Annali IX, 2016), pp. 793 – 795.
[492] A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008, pp. 208 ss.
[493] Tribunale di Roma, ordinanza di applicazione di misura di cautelare ex art. 292 c.p.p. Proc. N. 26236/2015.
[494] Tribunale di Roma, sentenza n. 824/2015 del 9 giugno 2015.

raggiungere il Nord-Europa a seguito dell'approdo in Italia. Dagli atti, a seguito di una lunga attività di indagine, in particolare attraverso l'uso di intercettazioni telefoniche e con l'ottenimento di resoconti di transazioni effettuate a distanza attraverso servizi di trasferimento di denaro, emerge l'intricata organizzazione del gruppo, costituito da soggetti con ruoli ben definiti e che su schemi collaudati gestiva il trasferimento di persone dall'Africa orientale sino in Libia, ove queste erano trattenute in strutture in possesso del sodalizio in attesa dell'imbarco su natanti di vario tipo ed erano poi intercettati dalle autorità in navigazione nel Mediterraneo e trasferiti in porti italiani. Ad ogni tratta del viaggio o riscatto pagato dai gestori del traffico per ottenere la liberazione dei soggetti "favoreggiati" (ad esempio la scarcerazione a seguito dell'arresto avvenuto in Libia) corrispondeva il versamento di una somma di denaro, nella maggior parte dei casi attraverso l'antico sistema fiduciario dell'*hawala*[495] facilitato dai moderni sistemi di comunicazione telematica istantanea e dai servizi di trasferimento di denaro a distanza. Il quadro che emerge è quello di un genere di organizzazioni estremamente efficiente ed autosufficiente, funzionante come una sorta di agenzia di servizi, favorendo anche l'ingresso illegale di cittadini non comunitari in uscita dall'Italia in direzione dei Paesi europei che *ab initio* costituiscono la destinazione d'arrivo desiderata dai migranti, creando un vero e proprio traffico di persone anche sul continente europeo. Si tratta di un servizio che necessita e si completa anche in fasi di intermediazione finanziaria, chiaramente senza le autorizzazioni prescritte dalla legge, tale da consentire anche a soggetti tendenzialmente viaggianti privi di denaro, di saldare il compenso presso i trafficanti senza che vi sia materiale passaggio di contanti ed in modo piuttosto sicuro per la bassa soglia degli importi oggetto del singolo trasferimento. La giurisprudenza ha da lungo tempo incasellato tali pratiche nelle fattispecie di raccolta abusiva del risparmio ed abusiva intermediazione del cambio monetario[496]. Il successo di simile modello deriva anche dalla sua autoreferenzialità nell'ambito della stessa comunità residente fuori dal Paese d'origine, come confermato dalle risultanze del procedimento citato, che ha avuto origine solo a seguito della supposta scomparsa in

[495] Si veda l'inchiesta *Following the Migrant Money Trail*, The Wall Street Journal, 30 dicembre 2015, disponibile presso: https://www.wsj.com/articles/following-the-migrant-money-trail-1451471405

[496] Cass. pen., sez. V, 2003 n. 41140, in tema di legittimità del sequestro delle somme presenti sui conti correnti messi a disposizione per i trasferimenti. In *Cassazione penale*, n. 1 del 2005, p. 149.

mare di un membro della famiglia del soggetto, rivoltosi alle autorità e poi determinatosi a fornire indicazioni utili ad individuare i referenti dell'organizzazione presenti in Italia. La capacità operativa di simili organizzazioni e l'articolazione delle stesse non può che far sorgere riflessioni sui limiti dell'attuale legislazione europea inerente le preclusioni alla libertà di circolazione e stabilimento dei soggetti non comunitari, risultando ben difficile ipotizzare che gli stessi, approdati sul territorio nazionale a seguito di estenuanti e dolorosi viaggi, non si arrischino a superare le ultime frontiere interne nel tentativo di raggiungere i propri parenti ed affini, avvalendosi del "servizio" reso dagli esponenti delle descritte organizzazioni.

CAPITOLO III

LO STRUMENTO PENALE NEL GOVERNO DELLA QUESTIONE MIGRATORIA. TRA IPERTROFIA E RICERCA DI EFFETTIVITÀ.

1. La prima regolamentazione organica e la sua evoluzione.

Come è stato accennato nel corso del precedente capitolo, la presenza di una disciplina organica in materia di stranieri e di condizione giuridica degli stessi costituisce un fatto relativamente recente nell'ambito dell'ordinamento nazionale. Un'"urgenza", quella di disciplinare la materia delle modalità di esercizio del diritto d'asilo, dell'ingresso, del soggiorno e della regolarizzazione di cittadini non comunitari presenti sul territorio nazionale, che la scelta di utilizzo dello strumento del decreto legge sembrò rendere palese, al tempo in cui si giunse alla c.d. Legge Martelli, dotando l'ordinamento di un corpo unitario che, per quanto inerente rispetto a questa analisi, procedeva a regolare sistematicamente i campi della presenza e dell'allontanamento dello straniero. La scelta di legiferare in materia, di per sé, rappresentava la conclusione di lunga fase di incertezza e di implicita rinuncia al governo del fenomeno che aveva dato luogo alla "politica della non politica" nei confronti di tale tema cruciale del nostro tempo[497]. Essendo stata in precedenza tratteggiata l'evoluzione storica del settore, è qui opportuno ricordare la svolta avutasi con il d.l. 30 dicembre 1989 n. 416 ("Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato") ed il superamento, con la conversione avvenuta con la legge 39 del 1990, della lunga stagione della "disciplina per circolari" che aveva caratterizzato il sistema e fatto registrare un'esorbitante supplenza dell'autorità di pubblica sicurezza, responsabile dell'attuazione dell'unica disciplina vigente, quale quella in materia di

[497] S. CASTELLAZZI, *Le implicazioni legislative del fenomeno sociale migratorio. L'evoluzione normativa in Italia* in G. CORDINI - V. GASPARINI CASARI (a cura di) *Il diritto dell'immigrazione Profili di Diritto Italiano, Comunitario e Internazionale*, vol. I, Modena, 2010, p. 135.

allontanamento dello straniero contenuta nel r.d. n.773 del 1931 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza)[498]. La stessa Corte Costituzionale, pur dichiarando l'infondatezza della questione di legittimità prospettata in relazione ad una contravvenzione di cui al citato testo unico[499], aveva auspicato una presa di posizione del legislatore attraverso un intervento di ampio respiro "che [tenesse] conto della esigenza di consacrare in compiute ed organiche norme le modalità e le garanzie di esercizio delle fondamentali libertà umane collegate con l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri in Italia"[500]. La normativa che vide la luce nel 1989 non costituiva la prima disciplina atta ad individuare presupposti e limiti alla possibilità degli stranieri di entrare e risiedere in Italia, atteso il considerevole afflusso di persone in movimento verso il territorio italiano, specie intorno alla metà degli anni ottanta. La questione non fu trattata dalla prospettiva delle problematiche di ordine pubblico che motivò tutta la vasta genie dei provvedimenti susseguitisi nei successivi decenni: principale preoccupazione del legislatore fu quella di porre barriere all'ingresso nel mercato occupazionale, con riferimento al lavoro sommerso e all'intermediazione illecita che offrivano ai datori la possibilità di impiegare un numero sempre maggiore di soggetti di cui non potesse essere dichiarata l'assunzione con i connessi oneri contributivi e salariali altrimenti dovuti. In tal senso, senza interferire con la legislazione in materia di pubblica sicurezza inerente la presenza dello straniero come tale, ma guardando ad esso in quanto soggetto inserito irregolarmente nei più vari settori produttivi, la l. 30 dicembre 1986, n. 943, introdusse la prima fattispecie penale in tema di favoreggiamento dell'ingresso di lavoratori irregolari[501]. Procedendo oltre, fu la Legge Martelli ad abrogare le norme del T.u.l.p.s. inerenti gli obblighi variamente posti in capo allo straniero o al cittadino che con esso

[498] T. SORRENTINO, *L'espulsione dello straniero*, in *Giustizia penale*, n. 1 del 1980, p. 216.

[499] Art. 142 co. 1 T.u.l.p.s. (abrogato): "Gli stranieri hanno l'obbligo di presentarsi, entro tre giorni dal loro ingresso nel territorio dello Stato, all'autorità di pubblica sicurezza del luogo ove si trovano, per dare contezza di sé e fare la dichiarazione di soggiorno". La questione era prospettata dal rimettente alla luce della supposta rimessione alla completa discrezionalità dell'autorità di pubblica sicurezza in tema di autorizzazione del cittadino straniero alla prosecuzione del soggiorno, essendo disposto – anche avuto riguardo al regolamento di attuazione del t.u.l.p.s. – che la medesima amministrazione rilasciasse ricevuta della dichiarazione di soggiorno ad eccezione dei soli casi in cui questa fosse tenuta ad eseguire l'espulsione dello straniero, ritrovandosi, tuttavia, proprio nel regolamento stesso la base normativa dell'autorizzazione e non nella disposizione oggetto di rimessione.

[500] Corte Cost. 20 gennaio 1977, n. 46.

[501] E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011, p. 178.

instaurasse una particolare relazione sul territorio, nello specifico consistenti nella presentazione davanti all'autorità a seguito dell'ingresso, la comunicazione del sorgere di un rapporto di lavoro, unitamente all'eliminazione dell'espulsione dello straniero denunciato per la sottrazione a tali incombenze, dell'allontanamento a seguito di condanna per delitto e mediante foglio di via obbligatorio per motivi di ordine pubblico. In particolare, significativo è il superamento dell'art. 142 T.u.l.p.s., riguardando tale disposizione un momento successivo rispetto all'ingresso della persona, posto a tutela dell'esplicazione dell'unico controllo di polizia potenzialmente dotato di effettività, a fronte dell'inefficacia della funzione svolta presso le frontiere unita alla materiale impossibilità di esplicare controlli adeguati che prevenissero gli ingressi non dichiarati. Si spiega, dunque, la potestà del prefetto di disporre l'espulsione dello straniero anche solo denunciato per aver omesso di dare contezza della sua presenza presso gli uffici territoriali di pubblica sicurezza[502]. Nell'originaria versione della normativa in parola, figuravano soltanto le fattispecie penali di favoreggiamento (art. 3 co. 8) e di violazione delle misure di sorveglianza speciale limitative della libertà di movimento imposte ai fini delle procedure di espulsione (art. 7 co. 12). Tali disposizioni, definibili sanzionatorie in senso lato, fungevano da complemento rispetto all'attività amministrativa di respingimento alla frontiera, assistita dagli illeciti amministrativi – ancor oggi aventi tale consistenza – a carico dei vettori svolgenti attività di trasporto transfrontaliero. Se la *ratio* dell'impianto in materia di ingresso di cui all'art. 3 si ritrovava nella prevenzione degli ingressi abusivi, passante per la previsione del delitto di favoreggiamento del comma ottavo, il meccanismo di reazione successiva dell'ordinamento si sostanziava nel disposto dell'art. 7, con la sanzione "di polizia" dell'espulsione volta al ripristino dello status ante quo come alterato dalla violazione delle disposizioni in materia di ingresso e soggiorno. Ciò, a fronte del previgente regime, dava luogo ad una depenalizzazione dell'infrazione della normativa sull'ingresso assegnano ad una sanzione priva di scopi retribuitivi di sorta l'interruzione della situazione antigiuridica. L'esclusività della misura espulsiva si riscontrava anche nella non riconducibilità dei casi di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, pur essendo integrata la tipicità, alla fattispecie di cui all'art. 650 c.p., stante la previsione del

[502] M. MENEGHELLO - S. RIONDATO, *Sub art. 4* in B. NASCIMBENE (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997, p. 229.

precipuo strumento dell'accompagnamento coatto alla frontiera appositamente disegnato per ovviare all'inadempimento del comando amministrativo e farne cessare la percepibile conseguenza dell'illegittimo trattenimento sul suolo nazionale[503]. In tal senso si orientò la giurisprudenza, concludendo per l'irrilevanza penale dell'inottemperanza attesi gli "specifici elementi specializzanti" di cui all'art. 7 co. 9 della Legge Martelli[504]. Sono da ricordare anche le fattispecie di cui all'art. 151 T.u.l.p.s., ove la sanzione penale era comminata in caso di reingresso con trasgressione dell'esplicito divieto comminato in sede di espulsione, nonché la contravvenzione a garanzia del corretta uscita dal territorio nazionale rispettando il percorso stabilito nel provvedimento amministrativo di cui all'art. 152. La depenalizzazione operata dalla Legge Martelli con riferimento alle condotte collegabili al solo ingresso illegale nella modalità di tutela che il risalente testo in materia di sicurezza pubblica prevedeva, limitando la sfera di intervento penale al solo caso di illecito reingresso dello straniero già espulso. È questa una scelta conferente al tenore della legge in commento ed in linea della previsione dell'esecuzione in forma coattiva dell'espulsione solo nei casi di inosservanza dell'ordine impartito[505]. In questo frangente, caratterizzato dal tentativo di elaborare istituti maggiormente calibrati sulle dimensioni del fenomeno, è dato rinvenire le origini di quell'"intreccio tra la dimensione penalistica e quella amministrativistica" che rappresenta, unitamente alla normativa in materia di attuazione delle espulsioni, anche negli attuali reati in materia a tutela dell'effettività dei provvedimenti di allontanamento, il baricentro dell'instabilità e l'origine delle continue riforme insistenti sulla legislazione dell'immigrazione[506]. Non può tacersi, infatti, del repentino intervento del legislatore sempre con le forme della decretazione d'urgenza, volto a colmare lacune interpretative e difficoltà applicative manifestatesi nei primi anni novanta, con evidente preferenza per le espulsioni e implicante anche l'inserimento di nuove fattispecie di reato[507]. Il c.d. Decreto Conso (d.l. 14 giugno 1993, n. 187), infatti, prevedeva l'aggiunta al testo della Legge Martelli dei reati

---

[503] Ivi, p. 227.

[504] Cass. pen., sez. I, 1998 n. 1229.

[505] A. CAPUTO, *I reati collegati all'espulsione* in G. AMATO (a cura di) A. CAPUTO - G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, Torino, 2012, pp. 134 – 135.

[506] A. CAPUTO, *Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto*, in *Questione giustizia*, n. 2 del 2006, p. 283.

[507] C. MORSELLI, *Trattato di diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Roma, 2017, p. 133.

consistenti, tra gli altri, nella distruzione del passaporto da parte dello straniero compiuta allo scopo di sottrarsi all'espulsione, nonché nella problematica ipotesi omissiva qui già esposta del "non adoperarsi" per l'ottenimento del titolo di viaggio, fattispecie poi espunta dalla Corte Costituzionale per difetto di tassatività[508]. Figuravano inoltre numerose interpolazioni al testo dell'art. 7 del d.l. 416, tutte strettamente connesse alle ipotesi di procedimenti penali avverso cittadini non comunitari e tese ad ampliare o facilitare l'espulsione nei casi in cui il soggetto fosse stato condannato o si trovasse in stato di custodia cautelare in relazione alla commissione di un'ampia serie di delitti. Faceva, inoltre, il suo ingresso la peculiare espulsione su richiesta dello straniero disposta dal giudice penale procedente o dal magistrato dell'esecuzione nei confronti dei condannati. A testimonianza del particolare legame che in quest'ambito normativo si andava affermando tra la disciplina della presenza dello straniero, i presupposti e le modalità del suo allontanamento e – dall'altro lato – le vicende giudiziarie in sede penale che lo vedessero protagonista, si addivenne all'appena ricordata espulsione su richiesta dell'imputato del Decreto Conso a seguito della previsione nel d.l. 13 aprile 1993 n. 107 del potere amministrativo del prefetto di espellere con accompagnamento gli stranieri detenuti o sottoposti a custodia cautelare per una serie di illeciti, sancendo un notevole ampliamento dei potenziali "espellendi", stante la frequente necessità di ricorso alla più penetrante misura pre-processuale a cagione dell'indisponibilità dell'indagato di idonei domicili e di luoghi di sicuro reperimento. Il decreto n. 107 fu oggetto di numerosi dubbi di compatibilità costituzionale dell'istituto, che venne meno quando la misura nata dall'iniziativa governativa non fu corroborata dalla volontà parlamentare, inaugurando anche in questo settore la prassi dei decreti non convertiti nei termini[509]. Certamente il cammino intrapreso con la Legge Martelli e ribadito dalle modifiche aggiuntive immediatamente seguito in termini di ampliamento delle ipotesi di ricorso all'espulsione, legate o meno a vicende giudiziarie in materia penale, faceva del provvedimento ablatorio il fulcro ed il culmine del governo della questione straniera, pur con la previsione di garanzie in

[508] Il D.l. 14 giugno 1993, n. 187, convertito con modif. con la l. 12 agosto 1993 n. 396 ha inserito tali fattispecie al nuovo art. 7 *bis* del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 come convertito dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39.

[509] E. LANZA, op. cit., p. 180.

sede giudiziale, di automatica sospensione in caso di presentazione della domanda da parte dell'interessato con previsione residuale dell'esecuzione coattiva dell'espulsione stessa. Nel bilancio ritratto già in quegli anni riguardo la concreta esecuzione ed eseguibilità dei provvedimenti di allontanamento, le colpe dell'inefficacia di un sistema *in fieri* ma già volto al contrasto della clandestinità furono rinvenute nell'eccessivo "garantismo" della legge Martelli e delle concrete misure di esecuzione dei provvedimenti di espulsione[510].

Con riferimento all'impianto introdotto da tale legge, si registrò anche l'opinione per la quale l'intento del legislatore non avesse alle spalle la percezione del crescente fenomeno dell'insistenza di cittadini stranieri sul territorio come di una questione primaria di sicurezza destinata a prendere il sopravvento in assenza di un compiuto intervento, dovendo il movente dell'auspicata innovazione intravedersi in un giudizio di ingestibilità della questione "procurato", frutto di una vasta campagna mediatica atta a costituire il fondamento sociale necessario ad affrontare, finalmente, un simile tema in modo sistematico. Ciò in modo primariamente connesso alla necessità di dotarsi di una normativa di settore in vista dell'adesione alla Convenzione di Schengen[511]. La conseguente evoluzione normativa in materia, perseguendo la massima effettività dei rimpatri sul piano nazionale, a partire dal citato Decreto Conso, sarà volta all'aumento delle ipotesi di espulsione, ad un irrigidimento delle procedure di espulsione e alla criminalizzazione di numerose situazioni di illegalità connesse ai provvedimenti di allontanamento, per poi giungere alla penalizzazione *ex se* della condizione di c.d. clandestinità[512].

Anche il successivo "Decreto Dini" (d.l. 18 novembre 1995, n. 489) segna una tappa della convulsa rielaborazione sulla spinta dell'*emergenza*, specie guardando alle vicende della sua reiterazione, avvenuta per ben cinque volte senza che si addivenisse alla volontà di conversione in legge o che nella legge medesima fossero stabilmente fissati criteri più idonei alla gestione degli ingressi e della permanenza sul territorio. Nello spazio dei limiti di validità del decreto-legge, venivano inclusi parametri volti a regolare aspetti che spaziavano dalle modalità dei ricongiungimenti

[510] E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, op. cit., pp. 179 – 180.
[511] *Ibidem.*
[512] A. CAPUTO, *La disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica dello straniero*, G. AMATO (a cura di) *Reati in materia di immigrazione e stupefacenti*, op. cit., p. 16.

familiari alle modalità delle espulsioni, non senza tentare di modificare il regime dei lavoratori stagionali e dei flussi in ingresso, con disposizioni concernenti anche la regolarizzazione delle posizioni dei presenti sul territorio. Si pensi che l'ultimo atto di tale fase fu l'approvazione di un disegno di legge (dicembre 1996) volto all'emersione delle posizioni di circa 250mila persone già promoventi apposita istanza sotto la vigenza dei "decreti Dini". Com'è stato commentato, questo provvedimento e i successivi atti che ne hanno mantenuto gli effetti sostanziali sino ad una riforma organica, ha registrato risultati che trascendevano i suoi obiettivi politici iniziali, riuscendo nell'intento di sancire il principio di chiusura delle frontiere e del massivo ricorso all'espulsione come soluzione emergenziale ma risolutoria della c.d. emergenza immigrazione, in un contesto di crescente diffidenza e di stigma sociale nei confronti degli stranieri[513]. Tale versante della regolazione del fenomeno conobbe una notevole parcellizzazione dei settori di intervento, disciplinando separatamente le questioni di accoglienza, lavoristiche e inerenti la sicurezza pubblica, perseguendo scopi che, seppur formalmente derivanti dalla programmazione dei flussi di lavoratori e dalla repressione dell'immigrazione illegale, erano frustrati dal ricorso a provvedimenti legislativi urgenti di regolarizzazione, aventi ad oggetto persone già entrate clandestinamente[514]. Un'ordinanza della Corte Costituzionale si inserì significativamente nel quadro, a seguito di numerose ordinanze di rimessione aventi ad oggetto, in particolare, l'applicazione della misura cautelare dell'espulsione a seguito della richiesta del pubblico ministero in procedimenti penali conseguenti all'arresto in flagranza di stranieri, ai sensi dell'art. 7 *ter* d.l. 30 dicembre 1989 n. 416, inserito dal citato d.l. 18 novembre 1995 n. 489 più volte reiterato[515]. La Corte sollevò innanzi a sé la questione di legittimità con riferimento all'art. 77 Cost. rispetto al d.l. 17 maggio 1996 n. 269 reiterante, tra le altre, la disposizione citata già contenuta in un decreto decaduto per decorso dei termini di conversione in legge. Nonostante tale ordinanza seguisse di pochi giorni una netta censura della Consulta sulla prassi della

[513] A. DAL LAGO, *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2004, pp. 27 – 28.

[514] S. CASTELLAZZI, *Le implicazioni legislative del fenomeno sociale migratorio. L'evoluzione normativa in Italia* in G. CORDINI - V. GASPARINI CASARI (a cura di) op. cit., pp. 118 – 120.

[515] Corte Cost., Ord. 30 ottobre 1996, n. 366 in *Foro italiano*, 1996, parte I, col. 3591, con nota

reiterazione[516], nel caso di specie gli atti furono restituiti ai giudici *a quibus* a causa del difetto di permanenza, nell'ordinamento, di una disposizione che riproducesse il contenuto essenziale del precetto decaduto, non essendo convertito e ormai scaduto anche il d.l. 269 del 1996. La ricostruzione incidentale di questa vicenda si ritiene significativa per operare una contestualizzazione della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 353 del 1997, nella quale fu enunciata la natura non abdicabile del "compito ineludibile di presidiare le proprie frontiere" e della non suscettibilità di deroga delle norme "stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio […] essendo poste a difesa della collettività nazionale".

2. Il Testo unico del 1998.

La congiuntura di politica normativa appena descritta, i suoi strumenti e le sue modalità testimoniano una scarsa efficacia delle risposte legislative attuate, come pure il costante inseguimento, a fronte di una realtà estremamente mutevole che si rivelava nella sua consistenza di fenomeno strutturale ed inevitabile, rispetto al quale il contrasto alla "clandestinità" non riusciva ad esplicarsi se non con la regolarizzazione delle persone comunque presenti, in un ciclo che solo una nuova compiuta disciplina organica avrebbe potuto aspirare ad interrompere, pur persistendo insormontabili problemi in termini di reale attuabilità delle politiche di massiccia espulsione dal territorio dovute agli elevati costi e all'assenza di basi legislative in termini di obblighi gravanti in capo ai vettori di trasporto[517]. Come è stato osservato, nella descritta si dipana un flusso della legislazione in tema di immigrazione irregolare in cui il fenomeno è oggetto di contrasto in sé, a prescindere dall'esistenza di strutture organizzate il cui oggetto sociale sia favoreggiare l'ingresso di soggetti privi dei necessari titoli attestanti il diritto di entrare e trattenersi in un dato territorio; si tratta dell'interesse di tutela che denotava le politiche maggiormente protezionistiche determinate in ambito comunitario che si affermavano sul finire degli anni novanta, in particolare a partire dal Piano d'azione

[516] Corte Cost., 24 ottobre 1996, n. 360.

[517] B. NASCIMBENE, *Il "diritto degli stranieri". Le norme nazionali nel quadro delle norme di diritto internazionale e comunitario* in NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2003, pp. 10 – 11.

del Consiglio e della Commissione sull'attuazione delle disposizioni del Trattato di Amsterdam inerenti la costituzione di uno spazio *interno* di libertà, sicurezza e giustizia. A completare il quadro e moltiplicare gli obblighi di intervento si ponevano gli impegni assunti con la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen vista l'adesione del 1990 ed entrata in vigore nel 1997, ove, all'art. 27, veniva imposta agli Stati l'introduzione di appropriate sanzioni nei confronti anche nei confronti di chi tentasse di aiutare uno straniero ad entrare e soggiornare illegalmente nel territorio di un'altra parte contraente con fine di lucro[518].

Segnò la fine del periodo della decretazione d'urgenza l'introduzione dell'attuale Testo unico in materia di immigrazione e condizione dello straniero. Con una diversa intenzione e spirito ispiratore rispetto al prossimo passato, ma sulla spinta acceleratrice di una notevole emozione e di un forte turbamento nell'opinione pubblica[519], in tempi assai brevi si giunse al testo della organica legge 6 marzo 1998, n. 40, attributiva di una delega al Governo per l'emanazione di un decreto legislativo, licenziato il 25 luglio 1998. Evidente è il tentativo di operare il difficile contemperamento tra le esigenze solidaristiche ed umanitarie di salvaguardia dei diritti inviolabili dell'individuo in quanto tale[520], nonché in quanto richiedente protezione, e le sempre più stringenti ragioni di ordine pubblico, costituenti la "diade" che caratterizza l'intera materia che ci occupa, di talché ogni azione afferente la tutela delle situazioni soggettive delle persone coinvolte dal fenomeno non riesce slegata dalle esigenze di sicurezza da tutelare – ormai ineludibilmente – anche con il ricorso allo strumento penale[521].

Il testo unico, nella sua originaria formulazione – come si è avuto modo di mettere in luce nel corso del precedente capitolo – contemplava la riproposizione di fattispecie preesistenti e l'inserimento e la convergenza in un unico *locus* di nuove

---

[518] E. LANZA, op. cit., p. 166.

[519] A proposito della turbolenta situazione politica, del repentino intervento del Governo attraverso una commissione preposta all'elaborazione del testo che agì nella massima riservatezza, nonché circa i compromessi in tema di attribuzione di diritti allo straniero regolarmente presente, ad esempio il venir meno della disposizione attributiva dell'elettorato nelle consultazioni locali, si veda nuovamente A. DEL LAGO, op. cit., pp. 27 – 28.

[520] All'art. 2 del T.U.I. è sancito il principio per il quale: «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

[521] In tal senso C. MORSELLI, *Trattato cit.*, pp. 134 – 136.

incriminazioni. L'art. 6 ha introdotto la contravvenzione di omessa esibizione del documento di identità o del titolo di soggiorno. L'art. 12, come si è visto, ha consolidato ed ampliato il delitto di favoreggiamento (abrogando la fattispecie di cui alla l. n. 943 del 1986) con una tutela ad ampio spettro dell'interesse dello Stato alla gestione ordinata dei flussi migratori, con la declinazione delle "attività dirette a favorire l'ingresso" nelle varie forme e modalità più efficacemente offensive di tale bene giuridico, nonché delle ipotesi connesse alla permanenza al fine di trarre profitto "dalla condizione di illegalità". È oggetto di rielaborazione anche la contravvenzione propria in tema di trasgressione del divieto di reingresso dell'espulso di cui all'art. 13 co. 13. È altresì punito il datore di lavoro che impieghi stranieri privi del valido titolo di soggiorno (artt. 22 e 24). L'impianto è volto alla garanzia di efficace attuazione del disegno legislativo, non esente da una certa innovazione e da spunti di aperta indicazione di canali di ingresso ed inserimento sociale regolari, seppur assumendo e perseguendo la premessa di fondo che ha nella controllabilità del fenomeno e della sua gestibilità attraverso le modalità dell'incontro globale della domanda e dell'offerta lavorativa i suoi capisaldi[522]. Cardine della riforma, considerata nel suo complesso, risulta infatti risiedere nella creazione di una politica basata su un numero limitato di ingressi legali, frutto di una pianificazione periodica ed all'esito di uno studio di realizzabilità che è comunque imposto al Governo e agli enti di raccordo tra questo e gli enti locali e territoriali, con l'imposizione di procedure formali strumentali al controllo della regolarità dell'accesso e della massima durata consentita, prevedendo altresì una nuova tipologia di titolo per la lunga permanenza dei soggetti regolarmente presenti per un lungo periodo (carta di soggiorno). Nel far ciò è prevista l'attuazione sistematica del contrasto dei flussi clandestini e delle attività criminali ad essi strumentali o che di essi necessitano per il reperimento di risorse umane, nonché un'apposita normativa in tema di trattenimento degli stranieri irregolari presso appositi centri di permanenza funzionalmente all'efficienza della macchina delle espulsioni[523]. Il disegno legislativo non è, nel suo complesso, esente dall'impronta caratteristica della materia,

---

[522] A. CENTONZE, *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: l'equilibrio precario tra la tutela dell'ordine pubblico e integrazione sociale dello straniero*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1 del 2006, p. 15.

[523] S. CASTELLAZZI, *Le implicazioni legislative del fenomeno sociale migratorio. L'evoluzione normativa in Italia* in op. cit., pp. 124 – 125.

consistente nella non celata attenzione verso le problematiche di ordine pubblico messe a sistema con la situazione degli stranieri sia al momento dell'ingresso che a seguito di esso, con la positivizzazione di una ampia schiera di poteri amministrativi prima rimessi dalla prassi e alla discrezione dell'autorità di pubblica sicurezza, all'origine della disciplina per circolari caratteristica della materia sino alla Legge Martelli. Al netto di tali considerazioni, è necessario qui chiarire il limite, da intendersi come area di intervento normativo, rinvenibile nell'ambito di innovazione della disciplina primariamente incentrata sulla presenza regolare dello straniero. La contrapposizione risulta netta tra la condizione degli "stranieri virtuosi" e *a contrario* quella dei soggetti irregolari, senza che sia compiutamente regolato il "momento patologico" connesso alla presenza di questi ultimi contro il volere dell'ordinamento. Non essendo previste, eccezion fatta per i provvedimenti straordinari di "sanatoria", modalità di regolarizzazione basate sulla condotta tenuta nel lungo periodo e su indici di inserimento sociale, reso comunque assai complesso dalla mancanza di validi titoli *ab origine*, appare stridente, anche in chiave di gestione della sicurezza, la mancanza di una compiuta disciplina in materia di presenze illegali dei soggetti costretti ad una condizione almeno lavorativa *aliunde* illegale. Attesa l'impermeabilità della categoria dei cittadini non comunitari legalmente presenti e la facilità di "caduta" nella condizione di illegalità, a prescindere dalla commissione di reati, era forse facilmente prevedibile che una diversa maggioranza parlamentare portasse ad un aumento della severità in tema di ingressi regolari e di un cospicuo incremento delle fattispecie penali previste nei confronti dei soggetti trovati in condizioni irregolari sul territorio ed inottemperanti agli ordini di allontanamento[524].

3. La legge 'Bossi-Fini'.

All'entrata in vigore del Testo unico in materia di immigrazione fece immediatamente eco una nutrita sequela di interventi legislativi. A partire dal decreto legislativo correttivo, emanato sulla base della medesima delega di cui alla legge n. 40/1998, seguì il d.l. 4 aprile 2002, n. 51 contenente "Disposizioni urgenti recanti

[524] E. LANZA, op. cit., p. 186.

misure di contrasto all'immigrazione clandestina e garanzie per soggetti colpiti da provvedimenti di accompagnamento alla frontiera"; a stretto giro dalla sua conversione in legge, fu approvata la legge 30 luglio 2002, n. 189 che già nell'intitolazione, "Modifica alla normativa in materia di immigrazione e asilo" (di seguito anche "Bossi-Fini") si annunciava come riforma di settore, volta a conferire al sistema in analisi un volto nuovo nel senso della maggiore severità, in particolare sul fronte della repressione dell'immigrazione irregolare. Significativa è anche la modifica della menzionata legge da parte del d.l. 9 settembre n. 195, che – convertito dalla legge n. 222 del medesimo anno – modificava il meccanismo di regolarizzazione dei lavoratori stranieri illegalmente presenti ed occupati anteriormente alla data di entrata in vigore della Legge Bossi-Fini nel senso della preclusione delle richieste di emersione di coloro che risultassero essere denunciati per uno dei reati di cui agli artt. 380 – 381 del codice di rito penale. È innegabile uno stretto collegamento tra un provvedimento destinato ad incidere sullo *status* personale e il perseguimento di uno scopo ultimo di sicurezza attraverso il collegamento con l'esistenza di una mera denuncia in relazione a reati reputati di particolare allarme. Tale automatismo venne meno a seguito della sentenza del n. 78 del 2005 della Corte Costituzionale la quale, pur non accogliendo la rappresentazione del contrasto dei giudici rimettenti – formulata in modo "non implausibile" in ordine al contrasto con i principi del diritto di difesa e della presunzione di non colpevolezza – fondò il suo giudizio di illegittimità sull'assunto del necessario rispetto del principio costituzionale di ragionevolezza. L'ineluttabile collegamento tra un atto di impulso dell'azione penale che implica la sola obbligatoria attivazione dei competenti organi nei casi di legge non poteva ricondursi alla sfera di innegabile discrezionalità legislativa nella consistente nell'indicazione dei requisiti per l'ottenimento di un provvedimento di regolarizzazione della posizione sul territorio nazionale. È da notare come, con riferimento al parametro della congruità delle scelte legislative, anche attinenti alla stretta connessione tra la materia penale e quella amministrativa concernente la legittima presenza dell'individuo sul suolo nazionale, possa qui vedersi enucleato il riconoscimento dell'ampia discrezionalità in capo al legislatore nella limitazione dell'accesso degli stranieri al territorio dello Stato, con

indicazione del *limes* all'azione della Corte stessa, risultando tali determinazioni sindacabili dal giudice delle leggi nei soli termini della manifesta irragionevolezza[525]. Ad eccezione della normativa del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza inerente il potere di disporre l'allontanamento dello straniero denunciato per le contravvenzioni poste a presidio degli obblighi di presentazione all'autorità, venuto meno ad opera della Legge Martelli, poteva altresì osservarsi come il sotto-sistema della legislazione in tema di stranieri fosse privo di precedenti che derivassero dalla sola denuncia e non da una condanna, una sanzione o la mancata concessione di un beneficio, per quanto vi fossero esempi che contemplassero un accertamento penale non definitivo come elemento ostativo all'ingresso ed alla permanenza[526].

La *ratio* del "superamento in senso repressivo" dell'impostazione del Testo unico ad opera della Legge Bossi-Fini, è sovente individuata nella mancata considerazione da parte del legislatore del decreto delegato in materia di condizione dello straniero del rischio di incremento della criminalità in conseguenza della presenza sul territorio di soggetti in condizione irregolare, nell'assunto – divenuto in quel frangente incontrovertibile – dell'esistenza di un nesso diretto e proporzionale tra l'aumento di flussi in ingresso incontrollati e il tasso della commissione di reati nei territori interessati dalla presenza dei soggetti che formano tale massa di persone, considerando altresì determinante ed indiscusso il legame tra favoreggiamento dell'ingresso illegale, preso di mira dalla riforma ed una condotta successiva del soggetto che si sia servito di tale illecito servizio come necessariamente orientata alla commissione di ulteriori reati, specificamente in settori di particolare allarme sociale[527]. La riforma, che consta di ben 37 articoli, si propone di perseguire scopi di tutela della collettività in un contesto socio-politico e poi normativo in cui il binomio immigrazione-insicurezza non risulterà più messo in discussione[528]. Prescindendo da considerazioni ulteriori in relazione a tali convincimenti, non può tacersi del critico

---

[525] Tale *modus operandi* si ritroverà declinato nelle successive pronunce di cui alle sentt. Corte Cost. n. 148 del 2008, ord. n. 361 del 2007, n. 224 e n. 206 del 2006, nonché nella già citata sent. n. 250 del 2010 inerente l'infondatezza della questione di legittimità dell'art. 10*bis* del T.U.I.

[526] M. MALENA, *Il diritto degli stranieri tra criterio di ragionevolezza e principio di eguaglianza. Nota alla sentenza n. 78/2005 della Corte Costituzionale*, giugno 2005, in *Forumcostituzionale.it*

[527] A. CENTONZE, *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: l'equilibrio precario tra la tutela dell'ordine pubblico e integrazione sociale dello straniero*, op. cit., p. 18.

[528] M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della «legge Bossi-Fini»*, *Diritto Penale e Processo*, n. 11 del 2002, pp. 1326 ss.

atteggiamento dei commentatori rispetto a tale riforma, dovendo formare oggetto di questa trattazione la particolare modalità di intervento prescelta, con specifico riferimento alla scelta dello strumento penale ed al proliferare di fattispecie. In tal senso, è stato efficacemente detto, la questione migratoria parrebbe affrontata con il ricorso ad un vasto armamentario sanzionatorio ed afflittivo di talché si assisterebbe ad un passaggio dalla politica legislativa del "doppio binario" a vantaggio della scelta per un "unico binario", consistente nella riduzione del fenomeno a questione di ordine pubblico, avvalendosi della creazione di un diritto penale e processuale speciale per gli immigrati, l'inasprimento delle pene già previste, la creazione di nuove fattispecie unitamente alla previsione delle misure pre-cautelari dell'arresto e del fermo di stranieri per tali reati propri in deroga ai normali principi di proporzione con il trattamento edittale e con il frequente ricorso al procedimento direttissimo[529]. Pur senza l'introduzione di un reato di clandestinità, le fattispecie introdotte dalla legge n. 189/2002 intendono colpire le possibili manifestazioni in concreto della presenza irregolare e la creazione di strumenti ad essa necessari, a cominciare dalla condotta dell'alterazione dei titoli attestanti la legalità del soggiorno e dalla falsificazione degli stessi, secondo la nuova previsione del comma 8-*bis* dell'art. 5 T.U.I. introduttiva di un delitto volto a sanzionare anche la falsità dei documenti preordinata all'ottenimento di un permesso, di una carta o di un contratto di soggiorno[530]. Si ottiene, alla luce del trattamento sanzionatorio, posto quest'ultimo a confronto con le falsità incriminate dal codice penale, una parificazione del falso di un privato in scritture private (ad esempio un contratto di lavoro fittizio) – in quanto funzionale al rilascio del titolo di soggiorno – rispetto alla più grave tra le ipotesi codicistiche di falso in atto pubblico commesso da un pubblico ufficiale[531]. L'opzione della non introduzione del reato di ingresso clandestino in questo frangente parrebbe da attribuirsi alla volontà di non legare ulteriormente al territorio il cittadino non comunitario a causa del coinvolgimento dello stesso in un procedimento penale, con preferenza per la rapida espulsione dello stesso anche a svantaggio dell'ingresso dello stesso nel processo in quanto vittima di reato e

[529] R. OLIVERI DEL CASTILLO, *L'ambito penale della legge 30 luglio 2002 n. 189: la costruzione della muraglia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3 del 2002, p. 81.

[530] Rispetto a tale versione della fattispecie, sarebbe sufficiente il dolo generico per M. CERASE, in loc. ult. cit.

[531] R. OLIVERI DEL CASTILLO, op. cit., p. 82.

potenziale beneficiario di un permesso di soggiorno di cui all'art. 18 T.U.I., titolo del quale è prevista specificamente una politica di "razionalizzazione"[532]. A tal proposito si pensi alla sostituzione del comma terzo dell'art. 13 in tema di espulsione amministrativa nel Testo unico immigrazione, a tenore del quale, anche lo straniero sottoposto a procedimento penale ancorché destinatario di una misura cautelare – ad eccezione della custodia in carcere – è espulso previo nulla osta dell'autorità giudiziaria, potendo questo essere negato "solo in presenza di 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", con l'ulteriore imposizione al giudice penale della comunicazione della cessazione di tali presupposti ai fini del compimento dell'allontanamento dal territorio. Deve qui considerarsi che tale disciplina prevede la concessione del nulla osta nei confronti dell'espellendo destinato in seguito a rivestire uno dei ruoli processuali tali da porre i presupposti per il rilascio obbligatorio di un'autorizzazione al rientro ex art. 17. Da un lato dunque il legislatore favorisce l'espulsione, ma dall'altra prevede come obbligatoria la concessione del titolo per il reingresso nei confronti di chi sia già stato espulso perché possa partecipare al processo penale, laddove poi non legittima il diniego del nulla osta il semplice rispetto delle garanzie processuali della difesa e del contraddittorio nella formazione della prova; nel 2005 è stata eliminata la disposizione che escludeva il potere di concedere all'autorità di polizia il necessario assenso all'espulsione per un vasto numero di reati, venendo meno gli ostacoli rappresentati dalla tipologia di illecito *de quo* e riaffermando il *favor* all'allontanamento dello straniero[533].

Rinviandosi all'analisi svolta nel precedente capitolo per quanto attiene alla rimodulazione e all'aggravio sanzionatorio del delitto di favoreggiamento di cui all'art. 12 T.U.I., assistito il momento preventivo delle pesanti pene minacciate da un potenziamento delle misure operative di polizia marittima finalizzate alla repressione del traffico di migranti nell'ambito della zona contigua e – come l'analisi giurisprudenziale ha mostrato – anche al di fuori di essa grazie il coinvolgimento

[532] *Ibidem*.
[533] A. CAPUTO, *Il modello processuale dello straniero «irregolare»*, in AA.VV. *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, p. 806.

congiunto di corpi militari e di sicurezza, impronta caratteristica della riforma del 2002 è da ricercare sicuramente nella nuova introduzione di fattispecie di reato tutte connesse alle vicende dell'espulsione amministrativa. Il sotto-sistema introdotto dal legislatore risulta volto alla creazione di un meccanismo comportante "un sorta di coazione legislativa a commettere reati marcatamente artificiali" ove, se da un lato le nuove fattispecie paiono poste in quanto surrogato della mancata tipizzazione di un reato di ingresso e di soggiorno clandestini, dall'altra parte esse stesse partecipano al perseguimento di una politica legislativa di inversione del rapporto di strumentalità tra processo e norma penale, in un quadro di asservimento del diritto e del rito al macro-obiettivo di allontanamento dal territorio del soggetto considerato nemico del vivere collettivo[534]. Spiccano in tal senso le integrazioni dell'art. 13 T.U.I. di cui ai nuovi commi 13-*bis* e 13-*ter*, il primo dei quali opera una specializzazione del preesistente reato di reingresso in assenza di autorizzazione ministeriale ove l'espulsione e l'infrazione del correlato divieto di rientro abbiano origine nel provvedimento di un giudice, punendo tale condotta con la reclusione (da uno a quattro anni) facendo così assurgere a delitto l'azione che il comma precedente punisce a titolo di contravvenzione. Il comma 13-*ter* consentiva l'arresto per entrambe le fattispecie ed imponeva, in ogni caso, il rito direttissimo. Le fattispecie appena descritte, che non racchiudono tutte le innovazioni della riforma, costituirebbero significativo termine di raffronto per la giurisprudenza ed i primi commentatori, a fronte dei nuovi reati inseriti nel corpo dell'art. 14 ("Esecuzione dell'espulsione") ai commi 5-*ter* e 5-*quater*, attesa anche che la necessità di distinguere attentamente la situazione di chi sia stato materialmente espulso e per il quale vi sia prova di un nuovo ingresso illegale e di chi sia stato "solo" destinatario di un provvedimento di espulsione[535]. In particolare, l'art. 14 al comma 5-*ter* introduceva il reato di inottemperanza all'ordine del questore di abbandono del territorio entro il termine di cinque giorni, emanato ove non fosse stato possibile eseguire l'espulsione con accompagnamento, punendo con l'arresto chi "senza giustificato motivo si trattiene nel territorio" per poi procedere nuovamente all'espulsione. Il comma seguente, poneva invece la reclusione per chi fosse trovato

[534] A. CAPUTO, *Il diritto penale degli stranieri - Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, in *Questione giustizia*, n.1 del 2003, pp. 125 – 126.
[535] R. OLIVERI DEL CASTILLO, op. cit., p. 86.

nel territorio a seguito di espulsione ai sensi del comma 5-*ter*. Completava il quadro il comma 5-*quinquies* che ribadiva la scelta del rito direttissimo ma stabiliva l'arresto obbligatorio in flagranza. La legge 189 rappresentava il movimento con il quale il "pendolo dell'esecuzione degli allontanamenti" degli irregolari tornava a proiettare la sua ombra sul diritto penale, punendo nuovamente le condotte di non spontaneo adempimento dei provvedimenti da parte del soggetto da espellere, come a suo tempo la legge Martelli aveva visto l'inserimento della contravvenzione penalizzante la mancata collaborazione (art. 7 *bis*), poi espunta dalla Corte Costituzionale[536]. Se dubbi circa un'estensione dei poteri del giudice[537] potenzialmente eccessiva ed illegittima poneva la clausola del "giustificato motivo" dell'inottemperanza, presente nelle fattispecie di cui all'art. 14, si è visto che considerazioni di segno opposto caratterizzeranno il commento del reato di clandestinità, cui era ed è aliena ogni valutazione in merito alla presenza di motivi escludenti l'antigiuridicità della presenza dello straniero: secondo le corti di merito tale formula indicherebbe una situazione molto più ampia dello stato di necessità codicistico "anche putativo", nonché delle cause di giustificazione e non punibilità, dovendosi verosimilmente includere una serie di circostanze soggettive e oggettive della persona, ricollegabili all'esercizio di diritti costituzionalmente protetti o al sussistere di impedimenti materiali al porre in essere le azioni strumentali rispetto al concreto adempimento dell'ordine del questore, tenendo conto del brevissimo termine di cinque giorni da esso contemplato. Non può dimenticarsi il passaggio apparentemente immancabile per la normativa di questo settore, consistente nell'approdo alla Corte Costituzionale della questione di avente ad oggetto la legittimità della previsione di due ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza al ricorrere della situazione tipizzata dai commi 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 14. In relazione alla misura precautelare disposta del comma 5-*quinquies*, plurime questioni di legittimità furono sollevate a partire da procedimenti penali per inosservanza dell'ordine impartito dal questore, vista la possibile disparità di trattamento a fronte del disposto dell'art. 13 co. 3-*ter*, a norma del quale è previsto il solo arresto facoltativo nei casi di cui ai due commi precedenti,

[536] A. CAPUTO, *Il diritto penale degli stranieri – Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, op. cit., p. 130.

[537] Tribunale di Roma, 20 febbraio 2003, (Giud. Savio), pubblicata in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1 del 2003, pp. 159 ss; Tribunale di Sanremo (sez. di Ventimiglia), 11 novembre 2002, pubblicata nella stessa Rivista, n. 4 del 2002, pp. 206 ss.

inerenti due ipotesi connotate da una gravità non inferiore[538]. Al tempo stesso non può non rapportarsi l'ipotesi contravvenzionale di cui al comma 5-*ter* con i gravi delitti in ordine ai quali è previsto l'obbligo di procedere all'arresto in flagranza ex art. 380 co. 2 c.p.p. data una considerazione di pericolosità sociale del soggetto che commetta taluno dei reati ivi ricompreso[539]. Il comma 5-*quinquies* fu dichiarato incostituzionale con la sentenza n. 223 del 2004, nella parte in cui stabilisce l'obbligatorietà dell'arresto. Ciò a cagione del carattere assoluto, "privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale" e di possibilità di sfociare in una misura cautelare, nonché mancante di copertura costituzionale. La Consulta frustra il tentativo di funzionalizzazione della misura all'efficace attuazione dell'espulsione dello straniero inottemperante dal territorio, tanto sul piano dell'improprietà alla stregua dei principi dell'ordinamento quanto avuto riguardo dell'assenza di utilità ai fini dell'effettività degli allontanamenti. Il legislatore, convertendo con la legge n. 271 del medesimo anno un nuovo decreto recante "disposizioni urgenti" in tema di immigrazione (14 settembre 2004, n. 241) non ha fatto tesoro delle indicazioni e della censura della Corte, scegliendo la via dell'inattaccabilità sul piano formale con la trasformazione delle contravvenzioni proprie agli stranieri in ipotesi di delitto (tra cui la stessa ipotesi del 5-*ter*), allo scopo di estendere la previsione dell'arresto obbligatorio, rendere possibile in astratto lo sfociare dell'arresto in misure custodiali ed ottenere così una *quadratura del cerchio* nell'ambito delle espulsioni, in un quadro di estremo rigore sanzionatorio in tutta l'area dei reati in tema di espulsioni di cui agli artt. 13 e 14[540]; il sistema penale-amministrativo così congegnato avrebbe dovuto così consentire che lo straniero destinatario di provvedimento di espulsione non materialmente attuato, "intimato" dal questore di lasciare il Paese entro cinque giorni, "sorpreso" sul territorio, tratto in arresto e – verificata l'esistenza di un ordine di polizia nei suoi confronti – perseguito per inottemperanza all'ordine con giudizio direttissimo fosse nuovamente destinatario di espulsione[541], mentre chi fosse stato trovato sul territorio a seguito di condanna ex art. 14 co. 5-*ter* avrebbe subito un

---

[538] Tribunale Bologna, sentenza 27 novembre 2002 (Giud. Zavatti) in A. CAPUTO, *Il diritto penale degli stranieri – Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, op. cit., p. 134.

[539] A. CAPUTO, op. ult. cit., p. 134.

[540] V. PAZIENZA, *Espulsione dello straniero e trattenimento ingiustificato nel territorio dello Stato*, in *Cassazione penale*, suppl. al fasc. 2 del 2005, pp. 13 – 16.

[541] A. CAPUTO, *Il modello processuale dello straniero «irregolare»*, in op. cit., p. 808.

processo per l'ipotesi di cui al successivo comma, in quella progressione criminosa tra le due fattispecie che la giurisprudenza ha ravvisato[542]. È evidente che nel caso in cui non sia stato possibile provvedere al trattenimento dello straniero negli appositi centri (ad esempio per indisponibilità di posti liberi presso dette strutture), né all'accompagnamento del soggetto alla frontiera per il rientro nel Paese di provenienza (ad esempio per la mancanza di un valido titolo di viaggio), a seguito di consegna dell'ordine di abbandono del territorio nel termine di cinque giorni (sette nell'attuale previsione) è piuttosto verosimile che il cittadino si trovi facilmente esposto ad un procedimento penale ai sensi del comma 5-*ter* e potenzialmente, in caso di mancata attuazione della nuova espulsione (in caso di condanna) ai sensi del 5-*quater*; si versa, insomma, in un circolo vizioso corredato da una teoria di provvedimenti amministrativi di allontanamento e di condanne penali dovute all'inottemperanza dei medesimi[543]. Si tenga conto, infine, della immensa mole di procedimenti penali venuti a gravare sui tribunali penali, in particolare per l'ipotesi di cui all'art. 14 co. 5-*ter* che anche al massimo del suo vigore applicativo (registrato nell'anno 2006) vedeva il rapporto tra le persone destinatarie di espulsione a seguito di condanna e soggetti condannati attestarsi a circa uno su due[544].

4. I 'pacchetti sicurezza' del 2008-2009 e la circostanza aggravante generale dell'art. 61 n. 11-bis a confronto con il c.d. reato di clandestinità.

[542] Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2003, in *Guida al diritto*, n. 10 del 2004, p. 100.

[543] Si veda l'arringa difensiva presso l'udienza del 30 marzo 2011 a cura di L. MASERA nella causa C-61/11 PPU, El Dridi, cui ha fatto seguito la nota sentenza con data 28 aprile 2011, che ha dichiarato che la direttiva 2008/115/CE debba essere interpretata nel senso che essa osti ad una normativa di uno Stato membro, come la fattispecie di cui al comma 5-*ter*, "che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo", avuto in mente il risultato ultimo perseguito dalla "direttiva rimpatri", scaduta senza recepimento da parte del legislatore, e dunque la necessità di non "compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile". Documenti disponibili su *Penalecontemporaneo.it*

[544] I dati, non editi, si riferiscono al monitoraggio della Legge "Bossi-Fini" a cura della Direzione statistica del Ministero della Giustizia e contemplano, si prenda l'anno 2006, un numero di persone iscritte presso i tribunali relativamente ai procedimenti per i reati di cui agli artt. 13 commi 13 e 13-*bis* e 14 commi 5-*ter* e 5-*quater* pari a circa 28mila unità. A fronte di un tasso di condanne pari al 75%, solo il 54% risulta "espulso a seguito di condanna". Le persone iscritte presso i tribunali per il reato del co. 5-*ter* totalizzano in quell'anno circa 23mila unità, mentre si assiste ad una caduta delle condanne nell'anno 2011, "probabilmente dovuta alla sentenza della Corte Europea del 28 aprile 2011" che aveva reso inapplicabile la pena della reclusione relativa ai procedimenti per il reato in parola, "costituenti la maggioranza dei procedimenti iscritti".

Le principali innovazioni apportate nella materia che ci occupa successivamente agli interventi correttivi da ultimo ricordati, risultano fare data ai primi giorni della XVI legislatura, apertasi nel segno tracciato dal D.l. 23 maggio 2008, n. 92, "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica". Il primo dei c.d. pacchetti sicurezza poteva difficilmente aprirsi con una materia diversa dalla reazione dell'ordinamento ai fatti di delitto commessi da cittadini stranieri, nella realizzazione di quel "circolo chiuso tra sicurezza ed espulsione" che la dottrina ha evocativamente rappresentato[545]. Un ruolo di primo piano è, ancora una volta, rappresentato dallo strumento dell'espulsione degli stranieri, nel caso di specie attraverso una modifica nella parte generale del codice penale avente ad oggetto la misura di sicurezza personale dell'espulsione dello straniero condannato, cui si aggiunge il peculiare allontanamento dal territorio del cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea. La durata della condanna alla pena della reclusione necessaria all'attuazione della misura è portata da un minimo di dieci anni ad un minimo di due, con la previsione dell'arresto obbligatorio, del rito direttissimo e di una pena fino a quattro anni (art. 235 c.p.), quasi a riaffermare il rigore, almeno testuale, espresso in sede di disciplina complementare con riferimento alle fattispecie di inottemperanza ai provvedimenti di espulsione. Anche in parte speciale, all'art. 312 c.p., inerente i condannati per delitti contro la personalità dello Stato ad una pena restrittiva della libertà personale. Come è stato osservato, quello teorizzato dal legislatore, sin dal codice Rocco che aveva posto questo istituto non casualmente tra le misure di sicurezza, sarebbe un *principio di non affidamento* da parte dell'ordinamento nei confronti dello straniero, riferendosi la sua ablazione non al fatto commesso nel caso di specie quanto una considerazione inerente la sua futura condotta all'interno dei confini nazionali, cui non sono aliene le medesime considerazioni del Guardasigilli del 1930 seppur diversamente declinate: se nell'originaria misura anche in relazione ai condannati non rientranti in gruppi di soggetti ritenuti a priori socialmente pericolosi ma che, per "l'indole e la gravità del fatto commesso" (cui seguisse una condanna non inferiore ad anni dieci o una qualsiasi restrizione dovuta alla commissione di delitti contro lo Stato nella sua astrattezza) fossero portatori di tale rischio per la civile convivenza,

[545] M. PELISSERO, *Le novità del "pacchetto sicurezza" – Prima parte*, in *Diritto penale e processo*, n. 11 del 2008, pp. 1346 ss.

nella versione novellata dell'art. 235 sembrano, invece, fare ingresso considerazioni e finalità ulteriori[546]. Nel contesto vigente all'epoca della riforma in parola, infatti, si rinvenivano già nel Testo unico sull'immigrazione, alla luce delle integrazioni[547] apportate dalle medesime maggioranze parlamentari, oltre che in ulteriori discipline extra-codicistiche, plurime forme di espulsione dello straniero, tanto per cause di irregolarità amministrativa connesse al venir meno dei presupposti del proseguimento della sua permanenza (art. 13 T.U.I.), tanto per cause di particolare pericolosità per la pubblica incolumità che prescindono da un accertamento in sede penale[548], tanto come misura di sicurezza (art. 15 T.U.I. ma anche ex art. 86 del testo unico in materia di stupefacenti) quanto come sanzione sostitutiva o misura alternativa alla detenzione. Quanto ai destinatari delle misure dell'espulsione e dell'allontanamento di cui agli artt. 235 e 312 c.p., deve rilevarsi che il primo provvedimento debba essere emanato con riferimento ai soggetti non comunitari, mentre l'allontanamento colpisca cittadini di un Paese membro dell'Unione ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. n. 30 del 2007. Ove precedentemente alla riforma si fosse considerata la misura dell'espulsione applicabile al solo cittadino non comunitario, anche alla luce dei principi in materia di libertà di circolazione e stabilimento vigenti nell'Unione (e dell'introduzione della figura dell'allontanamento di cui al D.lgs. n. 54 del 2002 in relazione ai cittadini europei), l'intervento del legislatore avrebbe avuto l'effetto di ampliare i destinatari dell'ablazione – qui misura di sicurezza – del soggetto di nazionalità non italiana in conseguenza della commissione di un fatto di reato, peraltro senza che all'una o all'altra tesi seguissero conseguenze differenti in termini di mutamento della legge penale nel tempo, visto l'art. 199 c.p. che pone il principio della retroattività delle misure di sicurezza[549]. Un allargamento o una necessaria specificazione, dunque, in considerazione del tenore dell'art. 4 c.p. quanto agli effetti della legge penale (che equipara gli apolidi sul territorio ai cittadini

---

[546] *Lavori preparatori. Vol. V. Relazione sul libro I del progetto*, Si vedano i paragrafi nn. 202 e 210 ed in particolare il n. 227.

[547] V. MUSACCHIO, *Diritto penale dell'immigrazione*, Milano, 2005, pp. 119 ss.

[548] Si prenda, tra le altre ipotesi di espulsione legate al possibile coinvolgimento in attività terroristiche, l'art. 3 del d.l. n. 144/2005, essendo sufficiente per l'esercizio di tale potere del Ministro dell'interno che sussistano "fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche". Sul punto e sulle altre ipotesi della normativa complementare si veda L. MASERA, *Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo*, Luglio 2016, su *Questionegiustizia.it*

[549] M. PELISSERO, loc. ult. cit.

italiani) e dell'art. 1 d.lgs. 286/1998, la cui nozione di straniero è però riferibile alle sole norme di cui al testo unico medesimo, e che potenzialmente non precludeva, dunque, l'applicazione dell'espulsione anche ai cittadini comunitari[550]. In ogni caso, afferisce ai principi generali della materia delle misure di sicurezza personali, il dato per il quale esse "possono essere ordinate solo previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa" ai sensi della l. 10 ottobre 1986, n. 663, in considerazione della quale la Corte Costituzionale aveva dichiarato illegittimo l'art. 86 del testo unico in materia di stupefacenti ponendo la norma oggetto del suo giudizio esplicitamente a confronto con le "altrettanto gravi ipotesi" legittimanti l'espulsione di cui agli artt. 235 e 312, in relazione alle quali veniva dichiarato pur sempre necessario operare il suddetto giudizio di pericolosità sociale, onde non incorrere in un'irragionevole disparità di trattamento[551]. Orbene, stante la vaghezza dei parametri codicistici di cui all'art. 133 in relazione a tale giudizio, stante anche la bassa soglia del *quantum* di pena di cui all'art. 235 c.p., potrebbe apparire non infondato il rischio che la valutazione cui sia chiamato il magistrato penale subisca l'influsso derivante da una sorta di "pericolosità presunta mascherata" dello straniero, specialmente se irregolare sul territorio, con il pericolo che tale *status* divenga preponderante su opposti convincimenti o sul dubbio in merito alla sussistenza del rischio di nuove condotte criminali[552]. La legge di conversione 24 luglio 2008, n. 125 del "decreto sicurezza" in parola ha aggiunto rispetto al testo governativo due fattispecie sostanziali che afferiscono alla materia dell'immigrazione.

Ad evitare una duplicazione, si rinvia a quanto detto a proposito dell'ipotesi delittuosa comune inserita all'art.12 co. 5-*bis*, in tema di alloggio a titolo oneroso di un soggetto irregolarmente presente sul territorio. Alla medesima duplice finalità di tutela e *ratio* di intervento di cui all'aggiunta anzidetta dovrebbe ricondursi anche la mutazione in delitto della fattispecie contravvenzionale di impiego di lavoratori

---

[550] L. CORDÌ, *La disciplina penale connessa all'espulsione amministrativa o giudiziale del cittadino extracomunitario o apolide ed il sistema di allontanamento del cittadino comunitario*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di) *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2008, p. 351.

[551] Corte Cost., 24 febbraio 1995, n. 58

[552] M. PELISSERO, loc. ult. cit.

irregolarmente presenti di cui all'art. 22 co. 12 T.U.I.[553] La modifica avrebbe comportato la punibilità anche a titolo di dolo generico laddove la mancanza di un fine locupletativo in ordine a tale ipotesi costituisce un importante *discrimen* rispetto alla più grave fattispecie di favoreggiamento della permanenza illegale sul territorio.[554]

Parimenti avente carattere di reato comune appare l'ulteriore aggiunta consistente nella fattispecie codicistica, posta all'art. 495-*ter* c.p. volta ad incriminare chi "al fine di impedire la propria o altrui identificazione" alteri parti anatomiche utili all'identificazione o al riconoscimento proprio o di un'altra persona. L'ipotesi si aggiunge alla "costellazione dei delitti di falsità personale" ed appare manifesto, oltre che confermato dai lavori parlamentari, scopo della norma avuto specificamente di mira dal legislatore era la rimozione di ostacoli all'attività di indagine eventualmente necessaria al fine di acclarare l'identità di una persona, specie ove uno stesso soggetto sia conosciuto con diversi *alias*, colpendo anche la prassi di più facile realizzazione consistente nell'abrasione delle impronte digitali[555]. Com'è stato rilevato, la formulazione della norma dal punto di vista soggettivo non assegnerebbe al dolo specifico un particolare ruolo selettivo delle condotte penalmente rilevanti: certamente poche sarebbero le finalità perseguibili nell'alterazione del proprio corpo nelle modalità idonee ad impedire l'identificazione, slegando la lesione del bene tutelato, la fede pubblica, da considerazione circa l'idoneità dell'alterazione[556]. Si noti come non sono aliene alla norma finalità ulteriori a quelli attinenti al solo campo dell'indagine penale, in particolare avuto riguardo alle procedure di fotosegnalamento che necessitino delle rilevazioni dattiloscopiche, per la creazione di una nuova identità presso le banche dati, ad esempio al momento di uno sbarco sulla costa. Come tutti i citati Autori hanno rilevato, è piuttosto singolare l'inserimento dell'articolo appena descritto, unitamente al precedente 495 c.p., nell'elenco delle ipotesi per le quali l'art. 381 co. 2 c.p.p. prevede la facoltà di procedere ad arresto in flagranza, stante la ricomprensione delle medesime ipotesi

---

[553] G. FRIGO, *Gli eccessi nella repressione penale sono controproducenti per la sicurezza*, in *Guida al diritto*, n. 33 del 2008, p. 11.
[554] G. AMATO, *Maggiorate le sanzioni ai datori di lavoro*, in *Guida al diritto*, n. 32, 2008, p. 92.
[555] *Ibidem.*
[556] E. ANTONINI, *Le novità del "pacchetto sicurezza" – Prima parte*, in *Diritto penale e processo*, n. 11 del 2008, pp. 1346 ss.

nel comma primo della norma di rito, che pone per la misura precautelare il requisito della previsione di una pena edittale pari superiore a tre anni nel massimo. Tale contesto ha alimentato il dubbio che l'intero intervento in materia di falsità in documenti e in dichiarazioni finalizzate all'identificazione della persona costituisca un ulteriore ricorso allo strumento penale per ovviare agli atavici problemi in tema di trattenimento degli stranieri presso i centri di permanenza per l'espulsione, o ribadire la politica legislativa della "tolleranza zero"[557]. Si tenga presente che con il successivo "pacchetto sicurezza", di cui alla legge di conversione n. 94 del 2009, all'art. 5 co 8-*bis* T.U.I. la fattispecie di alterazione o contraffazione di permesso di soggiorno o visto di ingresso o di documenti strumentali al loro rilascio ha conosciuto l'aggiunta dell'incriminazione del fatto di chi utilizzi tali documenti, punendo tuttora oltre il fatto del falsario, quello dello straniero che se ne avvalga, equiparandone il trattamento che si attesta tra uno e sei anni di reclusione.

Si ritiene di poter affermare, guardando al dibattito che ne è conseguito e al coinvolgimento di un imponente schiera di studiosi, che la modifica più dirompente del decreto sicurezza del 2008 e della successiva legge di conversione n. 125 del 2008 sia stata quella dell'inserimento nelle ipotesi elencate dall'art. 61 c.p. del numero 11-*bis*, a tenore del quale la pena è aggravata per l'avere il colpevole commesso il fatto «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale». Anche in tal caso, come per molte delle fattispecie ci sui si è trattato, è possibile ricostruire la ratio della norma a partire dalle intenzioni esplicitate dal legislatore, guardando al dibattito parlamentare e alle dichiarazioni dei responsabili dei dicasteri dell'esecutivo proponente. La circostanza aggravante comune ad effetto comune[558] ha subito un'operazione definita di interpretazione autentica nell'esordio della successiva legge "in materia di sicurezza pubblica" 15 luglio 2009, n. 94, il cui art. 1 ha stabilito che tale disposizione della parte generale del codice penale "si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi". Nel corso dell'iter parlamentare sfociato nella legge di conversione n. 125 del 2008, sin dall'esame presso la Commissione Affari costituzionali del Senato, sono stati posti all'attenzione delle forze proponenti i profili di possibile illegittimità della norma,

[557] R. BRICHETTI - L. PISTORELLI, *False dichiarazioni portano solo in carcere*, in *Guida al diritto*, n. 32 del 2008, p. 96.
[558] E. LANZA, op. cit., p. 192.

difesa in considerazione del "disvalore della clandestinità come *status* che oggettivamente integra un atteggiamento di ribellione nei confronti del potere sovrano dello Stato"[559]. Con la conversione da parte delle Camere, veniva modificato l'art. 656, comma 9 c.p.p., stabilendo che i condannati per delitti aggravati dalla circostante in parola non potesse essere disposta la sospensione dell'esecuzione della pena a norma dell'art. 656, co. 5 c.p.p., suscitando la preoccupazione del Consiglio superiore della Magistratura in ordine alla certa crescita della carcerazione da prevedersi elevata e "con scarsa coerenza sistematica", estesa a molte ipotesi per le quali rimaneva possibile il ricorso alle misure alternative alla detenzione[560]. Tali timori non potevano che apparire fondati alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali dell'aggravante registrate presso la Suprema Corte, alla stregua delle quali naufragava l'ipotesi di un'interpretazione riduzionistica della disposizione, tale per cui l'aumento di pena potesse applicarsi solo ai fatti di reato logicamente o teleologicamente connessi con lo *status* di irregolarità integrante la norma in commento[561]. A parere della Cassazione, il n. 11-*bis* non consentiva di operare alcuna distinzione né di ritrarre dal testo la *regula iuris* per la quale solo reati che fossero agevolati o compiuti per mantenere o iniziare una permanenza illecita sul territorio potessero essere interessati dall'aumento, dando risalto, a parere dei commentatori alla reale *ratio* ispiratrice della norma, consistente nella visione della clandestinità quale condizione di per sé espressiva di una disobbedienza alle regole dello Stato che prescinde da considerazioni in ordine alla natura della gravità del fatto di reato, salve alcune precisazioni che ci apprestiamo a compiere. È intanto da rilevare come sia i commenti improntati ad una critica manifesta, tanto quelli che non contestano la scelta di includere tra le circostanze «indici della personalità del soggetto»[562] il trovarsi sul territorio in condizione irregolare, condividano l'assunto per il quale a fondare l'aggravio di pena si ponga una "maggiore intensità della

---

[559] E. ANTONINI, *Le novità del "pacchetto sicurezza"*, loc. ult. cit. richiamando l'intervento del sen. Vizzini.

[560] *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura al Ministro della Giustizia*, Sesta commissione, seduta straordinaria, 1 luglio 2008.

[561] A. NATALINI, *Aumento della pena e divieto di sospensione l'effetto di una norma che discrimina gli stranieri*, Nota a Cass. pen., sez. III. 2009, n. 4406 in *Guida al Diritto*, n. 9 del 2010, pp. 81-83.

[562] A. MALINVERNI, *Circostanze del reato* in *Enc. Dir.* VII, 1960: dal momento che tali circostanze «non attengono ad elementi essenziali del reato e neppure a fatti riconducibili nell'àmbito di questo, ma riguardano direttamente la personalità dell'offensore […] non possono più dirsi 'del reato' ma devono essere raggruppate fra gli indici della personalità del soggetto».

ribellione all'ordinamento", palesata attraverso la commissione di un reato[563]. Tornano alla mente le parole dell'organo di autogoverno dei giudici in relazione all'introduzione nel sistema di una componente di rigidità attraverso la preclusione della sospensione della pena per i delitti aggravati da quella che appare come una presunzione di pericolosità connessa ad una semplice irregolarità amministrativa. È richiamato l'avviso della Corte Costituzionale di cui alla sentenza 22 gennaio 2007, n. 22, avente ad oggetto la questione di legittimità del reato di indebito trattenimento dello straniero espulso, rispetto al quale la Consulta ribadisce che esso "riguarda la semplice condotta di inosservanza dell'ordine di allontanamento dato dal questore, con una fattispecie che prescinde da una accertata o presunta pericolosità dei soggetti responsabili", all'interno di un quadro normativo in tema di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento nel territorio che si pone all'esito di una stratificazione di successivi interventi adottati anche per riparare alle "falle" create da interventi di censura della stessa Corte, che ha condotto a "sproporzioni e disarmonie", rendendo arduo un raffronto con i principi di uguaglianza nonché di proporzionalità della pena e perseguimento del fine rieducativo. La situazione, tuttavia, è qui differente e connotata da un autonomo disvalore, legittimante un aumento di pena, ove costituirebbe probabilmente un *commodus discessus* argomentare a partire dalla frequente – ma non imprescindibile – ricorrenza della condizione di irregolarità amministrativa necessaria per l'applicazione dell'aggravante in modo congiunto all'integrazione della tipicità del reato di inottemperanza all'ordine di abbandono del territorio, non essendo infatti richiesto che la condizione di illegalità del soggetto sia colorata anche dalla presenza di ordini amministrativi di allontanamento a suo nome[564]. Si tratta di una situazione effettivamente presa in considerazione nel corso della discussione del disegno di legge di conversione ed espressamente rigettata dalla maggioranza, a fronte della proposta di novellare l'art. 61 n. 6 c.p. affiancando all'ipotesi della commissione di un reato nel tempo in cui il reo si sottraeva ad un provvedimento restrittivo la circostanza consistente nella sostanziale inottemperanza di un provvedimento di

[563] G. AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida al Diritto* n. 32 del 2008, p. 88.

[564] R. RELLA, *Reati propri* in S. CENTONZE (a cura di) *Stranieri e diritto penale. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010, p. 86, citando Cass. pen., sez. III. 2009, n. 4406 già richiamata.

espulsione o di allontanamento dal territorio, *qualificando* la "ribellione" nei confronti dello Stato attraverso il riferimento alla disobbedienza ad uno specifico comando emanato dalle autorità; l'originaria formulazione è stata preferita perché "dotata di maggiore deterrenza e quindi più funzionale agli scopi perseguiti dalla normativa adottata dal Governo"[565]. Non possono omettersi delle considerazioni in tema di "convivenza", per il breve periodo della sua vigenza, cessata con la sentenza della Corte Costituzionale n. 249 del 2010, tra l'aggravante in parola e la fattispecie contravvenzionale di ingresso e trattenimento irregolare sul territorio, introdotta con la l. n. 94 del 2009 che ha precisato l'ambito soggettivo di applicazione dell'aggravante di clandestinità, facendolo coincidere con l'insieme degli attori del reato proprio di cui all'art. 10 *bis* T.U.I. Difficilmente confutabile è stata la conclusione per la quale la situazione che determinava la presenza dell'aggravante ex art. 61 n. 11-*bis* c.p. costituisse (almeno) l'elemento costitutivo del reato dell'art. 10 *bis*, di tal che fosse precluso ipotizzare che la circostanza di clandestinità potesse accedere al reato anzidetto, a pena di violazione del canone del *ne bis in idem* sostanziale[566]. Analogamente, ove il "fatto costituisca più grave reato" e dunque la *medesima* condotta di trattenimento illecito integri, al ricorrere degli altri presupposti, si ponga, la fattispecie di inosservanza ex art. 14 co. 5-*ter*, solo quest'ultimo più offensivo reato sarebbe stato configurabile, escludendo altresì l'applicazione dell'aggravante la cui circostanza integra un autonomo fatto penalmente rilevante[567]. Ciò non anche nel caso in cui, essendovi un più grave fatto di quello di cui all'art. 10 *bis*, esso si sostanziasse nell'aggressione ad diverso bene giuridico, integrando un reato cui doveva farsi accedere l'aggravante di clandestinità unitamente al reato di soggiorno irregolare; la prassi giudiziaria, sulla base dell'art. 84 c.p., aveva però conosciuto una diversa soluzione, consistente nel procedere per il solo reato – diverso da quelli in tema di soggiorno – aggravato per 61 n. 11-*bis* consistendo tale circostanza in un fatto costituente di per sé autonomo reato, del quale si esclude il concorso: potrebbe obiettarsi che quella disciplinata dall'art. 84 c.p. sia una disposizione dettata per i soli reati complessi integrati da specifiche

[565] E. ANTONINI, *Le novità del "pacchetto sicurezza"*, loc. ult. cit. richiamando la proposta del sen. D'Alia e la risposta del sottosegretario Caliendo.
[566] R. RELLA, *Reati propri* in S. CENTONZE (a cura di), op. cit., p. 87.
[567] *Ibidem*

circostanze che ne connotano il peculiare significato non in relazione alle aggravanti comuni[568] [569].

Le riforme del biennio 2008 – 2009 hanno impresso un segno profondo al sistema penale-amministrativo della legislazione dell'immigrazione denotandosi per l'esplicazione di modifiche in un campo d'azione particolarmente ampio che si è provato qui a sintetizzare. Se l'aggravante di clandestinità e il reato di cui all'art. 10 *bis* possono individuarsi come le due ipotesi di nuova previsione maggiormente evocative di tali interventi del legislatore, la descrizione dell'assetto non può prescindere dal riferimento alle due sentenze della Corte Costituzione del luglio 2010 che – contestualmente – hanno posto nel nulla la circostanza di cui all'art. 61 n. 11-*bis* e dichiarato l'infondatezza delle questioni inerenti il reato di ingresso e soggiorno irregolare. Il dibattito sorto intorno alla potenziale lesione dei principi costituzionali ha conosciuto molte posizioni di condanna da parte della dottrina in ordine alle riforme operate nel settore. È stato detto, con riferimento alle due norme in analisi complessivamente considerate, che con la l. n. 94 del 2009 il legislatore avrebbe riaffermato l'orientamento di politica criminale fondata sull'assunzione della categoria dell'immigrazione irregolare, apparentemente distinta sul piano ontologico da ogni altra categoria di soggetti stranieri e residenti, quale destinataria di una presunzione incontrovertibile di maggiore e peculiare pericolosità sociale[570].

Ulteriormente, con riferimento all'introduzione della contravvenzione di cui all'art. 10 *bis*, è stato sostenuto che la criminalizzazione del soggetto irregolare *ex se*, prescindendo altresì dalla commissione di reati, darebbe luogo alla creazione legislativa di un'ulteriore classe di soggetti, intrinsecamente "illegali" per l'ordinamento, penalizzando una condizione personale di *status* la denuncia della quale incomberebbe sulla maggior parte degli operatori pubblici istituzionalmente

---

[568] *Ibidem*

[569] In definitiva la Corte Cost. nella sent. 5 luglio 2010, n. 249, nel dichiarare inammissibile una delle questioni di legittimità poste alla sua attenzione (Trib. di Livorno ord. 4 febbraio 2009), difettando tale rimessione di adeguate argomentazioni in merito alla rilevanza, nel caso di giudizio penale avente ad oggetto la violazione della normativa in materia di soggiorno dello straniero a quale lesione potesse dar luogo l'applicazione dell'aggravante in parola, da ritenersi preclusa secondo quanto stabilito nella prima parte dell'art. 61 c.p.., per il quale «le circostanze comuni aggravano il reato solo «quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali».

[570] A. CAPUTO, *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia 2009*, p. 388.

preposti all'erogazione di servizi essenziali venuti a contatto con il soggetto irregolarmente presente, pur agendo quest'ultimo nell'esercizio di diritti o nell'adempimento di doveri[571]. In relazione alla circostanza della clandestinità, non sono sfuggite ai commentatori le prime posizioni espresse dai giudici di merito in relazione ai profili di incostituzionalità della normativa[572]; i punti di frizione della normativa con i principi della Carta venivano individuati, in primo luogo, nel portato in materia penale di cui all'art. 3 Cost., ponendo in dubbio la ragionevolezza del sacrificio dell'uguaglianza nell'applicazione della sanzione, pacificamente contemplato dall'ordinamento, qui sostanziantesi nel punire diversamente i medesimi fatti di reato guardando al solo *status* irregolare posseduto al *tempus commissi delicti*. Pur tenendo distinte le discriminazioni nel senso pregiuridico del termine, basate – ad esempio – su di un mero pregiudizio razziale, la valutazione legislativa compiuta a monte nel differenziare la forza del rimprovero penale tiene conto unicamente della pregressa infrazione della normativa in materia di immigrazione. La questione si sposta, dunque, sulla possibilità di ricondurre l'aggravante del n. 11-*bis* alle usuali modalità di valutazione normativa dell'aumento del disvalore del fatto tipizzato, in ragione delle circostanze oggettive (l'aver cagionato un danno di rilevante gravità) ovvero soggettive (l'aver agito per motivi abietti e futili) della condotta, che apportino un *quid pluris* in termini di lesione o messa in pericolo del bene giuridico. Se da tale punto di vista risulterebbe precluso scorgere un nesso funzionale tra l'irregolarità e la commissione del reato, la ricerca dovrebbe spostarsi sulla idoneità del giudizio di intrinseca, superiore capacità a delinquere del soggetto attivo, rappresentata proprio dall'integrazione della specifica situazione di fatto o di diritto enucleata dalla circostanza. Seppure si fosse basata tale anticipazione di giudizio sulla supposta maggior propensione od occasionalità della commissione di reato da parte dei soggetti irregolari, si verserebbe allora in un caso di irragionevole presunzione assoluta di pericolosità, per la quale ogni appartenente alla categoria (degli irregolari, non dei "delinquenti") dovrebbe rispondere in modo differenziato a cagione della pur frequente commissione di reati da parte di altri. Guardando al

[571] L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, n. 5 del 2009, pp. 14 – 15.

[572] L. MASERA, *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*. Nota a Tribunale di Latina, ord. 1 luglio 2008, in *Corriere del merito*, n. 11 del 2008, pp. 1175 ss.

disposto dell'art. 3 e ai divieti di discriminazione da esso posti, ci si avvede della contemplazione di plurime manifestazioni della diversità intercorrente tra i consociati e della correlata necessità di una più stringente giustificazione da parte del legislatore nel prevedere trattamenti differenziati, unitamente all'operare di un sindacato, da parte del giudice delle leggi, più intenso di quello riferibile a norme deroganti al "solo" divieto di discriminazione a causa di "condizioni personali o sociali". A tale *genus* potrebbe ricondursi lo *status* di irregolarità dello straniero, legittimando la sindacabilità ad opera della Consulta in modo non dissimile dalle numerose altre questioni riferite a norme aventi ad oggetto scelte di incriminazione basate su elementi soggettivi, in una tendenza – quella della Corte – che annovera soprattutto pronunce di infondatezza[573].

Non è mancata l'opinione[574], che merita di essere menzionata, di chi aveva salutato favorevolmente l'introduzione dell'aggravante in ragione dei potenziali esiti ai quali la stessa poteva condurre, qualora inserita in un più ampio disegno di razionalizzazione normativa, tenuto conto della complessiva situazione dell'apparato giudiziario-penale; in un contesto di notevole facilitazione dell'"incrocio di domanda e offerta di delitto" si sarebbe registrata, considerando retrospettivamente le stime della popolazione carceraria e alla composizione della stessa, un aumento della criminalità con autori stranieri ed una "chiara connessione tra immigrazione e delitto". Altrettanto palese era stata l'inefficacia e l'insufficienza degli strumenti amministrativi di espulsione, che aveva condotto il legislatore ad intraprendere la via del costante ricorso allo strumento penale e all'uso del carcere quale strumento dissuasivo della permanenza irregolare, aggravando anche le pene previste per i reati di scarso allarme sociale legati ma costituenti le uniche attività di possibile sostentamento dei soggetti in posizione irregolare. Con un consistente flusso instabile in ciclica entrata e uscita dagli istituti penitenziari, il carcere stava perdendo la propria funzione dissuasiva e rieducativa connaturata all'isolamento dalla collettività dei soggetti dediti al crimine, mentre la pena si mostrava inadeguata a fronteggiare

[573] G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4 del 2010, pp. 1634 ss.

[574] S. ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su giustizia e sicurezza*, in *Cassazione penale*, n. 5 del 2008, pp. 1727 ss.

un fenomeno di massa ed epocale ed emergeva, al contempo, la necessità di recuperare una distinzione tra "crimine e ordine pubblico" e tra "strumenti giudiziari e misure di polizia" e di conseguenza "lo stigma della condotta antisociale" attraverso un uso dello strumento penale in termini effettivi di *extrema ratio*. In tal senso e per altri motivi, occorreva colpire il nesso tra l'immigrazione ed il crimine, utilizzando la pena per operare selettivamente nei confronti di questo, preferendo alla creazione di nuove fattispecie pensate per incarcerare o per espellere (inverosimilmente) tutti gli irregolari presenti, la previsione di un inasprimento della sanzione per chi agisca contro altri beni giuridici già versando *in re illicita*[575].

Il Giudice delle leggi, nella decisione avente ad oggetto la circostanza aggravante introdotta nel 2008, sceglie di richiamare i suoi precedenti arresti, aventi ad oggetto casi in cui il legislatore mostrava di porre in connessione determinate qualifiche del soggetto attivo e il fatto penalmente rilevante, pur mostrando di essere consapevole del dato di versare, in tali ipotesi, in casi di repressione penale di un particolare *status* non altrettanto patente come nel caso di specie (in particolare le sentt. n. 354 del 2002 e 370 del 1996)[576]. Come è stato commentato in proposito, "l'abbandono del diritto penale del fatto a favore del diritto penale d'autore inficia la base costituzionale dell'aggravante": rimanendo tale scelta legislativa irriconducibile a qualsivoglia modalità di tutela del bene giuridico conosciuta dall'ordinamento, si tratti di quello offeso dal reato o del regime dei flussi migratori[577]. Per usare le parole della Corte, la circostanza aggravante «ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore» al punto che le qualità del singolo «rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un'tipo di autore'». La via tracciata dalla Consulta non può che condurre ad un'espunzione della circostanza dal sistema penale, in considerazione della correttezza dell'applicazione della stessa effettuata dalla giurisprudenza di legittimità, che aveva constatato l'impossibilità di fornire

[575] Ivi, p. 1729.
[576] Corte Cost., sent. 5 luglio 2010, n. 249.
[577] M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale* in *Questione giustizia* n. 4, 2010, p. 148.

della norma un'interpretazione restrittiva, che tenesse in conto la necessità di un collegamento tra la condizione di irregolare e lo specifico fatto incriminato (si tratta del già richiamato avviso originato dalla sent. Cass. pen., sez. III n. 4406 del 2009) vista la "portata generale e indifferenziata": così facendo la Suprema Corte, a parere del Giudice delle leggi, aveva finito per negare la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma stessa. La Consulta giunge dunque a dichiarare il contrasto tra l'aggravante in discorso e i principi di cui agli artt. 3 co. 1 e 25 co. 2 Cost. in considerazione dei rilievi svolti parametrando la situazione dello straniero imputato di reato con applicazione della circostanza di clandestinità e la diversa situazione di cui all'art. 61 n. 6 in tema di latitanza. Quella stessa via che era stata suggerita al legislatore per attenuare il contrasto della norma con i principi costituzionali vigenti in materia penale, ipotizzandone una formulazione che subordinasse l'applicazione della circostanza al dato per il quale il soggetto si stesse sottraendo ad un esplicito provvedimento di allontanamento al tempo del fatto di reato, viene utilizzata dalla Corte per differenziare a svantaggio dell'aggravante *de qua* il diverso *stato* della latitanza, determinato da una pronuncia giudiziale volta a restringere la libertà personale del soggetto autore di un successivo reato. Anche la stessa recidiva, con sede all'art. 99 c.p., subordina la maggiorazione della pena ad una sentenza definitiva di condanna per un delitto non colposo, escludendo l'operatività dell'istituto per i delitti contro l'intenzione e per gli illeciti contravvenzionali, tra i quali, ricorda la Corte, figura proprio la fattispecie di cui all'art. 10 *bis*, della quale è sottolineata la limitazione del trattamento alla sola pena pecuniaria.

La dottrina non ha mancato di prendere in considerazione il differente esito del giudizio di costituzionalità che la sent. n. 250 del 2010 ha consegnato, "salvando dalla scure" la contravvenzione di illecito ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato, a partire da una logica di tutela del bene giuridico avuto di mira dalla norma, nel caso si specie, su cui si siamo soffermati alla ricerca dell'oggetto di protezione nei reati in materia di immigrazione clandestina. Pur costituendo la presente una pronuncia di rigetto, non può tacersi dell'accertamento operato proprio con riferimento alla sussistenza di un oggetto giuridico di tutela, a conferma del ruolo

primario rivestito, nel sistema penale costituzionalmente orientato, dal rispetto del principio di offensività[578]. Differentemente dall'esito dalla precedente sentenza, il reato di cui all'art. 10 *bis* non potrebbe rappresentare una lesione del precetto imposto al legislatore da parte dell'art. 25 co. 2 Cost., attesa la non sovrapponibilità tra la particolare condizione "personale o sociale" del soggetto immigrato e la criminalizzazione delle due condotte previste da tale norma, costituendo queste ultime oggetto di incriminazione e non lo *status* del soggetto attivo nei confronti dell'ordinamento giuridico nazionale: la situazione di "clandestinità" non è un elemento del reale che esiste al di fuori della norma incriminatrice, arbitrariamente penalizzato dal legislatore ma è conseguenza giuridica delle due condotte tipizzate nell'esercizio della sua non sindacabile discrezionalità[579]. I commenti che sono scaturiti dalla duplice decisione della Corte non fanno mistero di un certo favore per un intervento del giudice delle leggi in una materia divenuta estremamente caotica per gli interpreti e la cui coerenza è da tempo in discussione: vertendosi in materia di condotte "nate per essere fisiologicamente disciplinate mediante strumenti amministrativi" assurgono al rango di reati e vengono a cumularsi in una sorta di "delirio punitivo che non produce né carcere né sicurezza né giustizia" posto in essere a fini strumentali e diversi da quelli tipici del diritto penale, assecondando esigenze diverse da quelle di tutela dichiarate[580]. Difficilmente compatibili tra loro, secondo questi commentatori, apparirebbero le due decisioni della Consulta, con il rischio di dar luogo ad una notevole ed ulteriore disarmonia sistematica. Ciò perché, se da un lato è affermata l'inconciliabilità costituzionale di un aggravio di pena in considerazione di una circostanza non illuminante il reato sotto una diversa e più decisa necessità di riprovazione, difficilmente sarebbe comprensibile come la stessa situazione antigiuridica possa giungere sino al punto di ritenere corretta la tipizzazione effettuata nel reato contravvenzionale di cui al testo unico, la salvezza della quale costituiva – probabilmente – il minore tra i due mali. Infine, è stato rilevato come le sentenze in parola si inseriscano in un solco già tracciato dalla Corte Costituzionale e ribadiscano l'"estrema prudenza" con cui la Consulta affronta la

---

[578] F. CARINGELLA - F. DELLA VALLE - M. DE PALMA, *Manuale di Diritto Penale*, VI Ed., Roma, 2016 p. 626

[579] Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250, par. 6.2.

[580] L. DEGL'INNOCENTI - S. TOVANI, *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità – Il commento*, in *Diritto penale e processo*, n. 10 del 2010, pp. 1177 ss.

questione del diritto penale dell'immigrazione non censurando completamente la linea legislativa caratteristica incostituzionalità della contravvenzione di cui al 10 *bis* avrebbe, inoltre, segnato una dura presa di posizione della Corte, contrapponendola alla maggioranza che aveva fatto di tale norma una vera e propria bandiera, in quanto strumento penale con il quale erigere un "muro", come si disse, al fenomeno dell'immigrazione irregolare. Dunque, a fronte di una manifesta lesione del principio di uguaglianza-ragionevolezza, la Corte sembra non poter che dichiarare l'illegittimità, come avvenuto a proposito delle disposizioni dello stesso settore che avevano previsto l'arresto obbligatorio per reati contravvenzionali (salvo poi vedere tali fattispecie mutate in delitto), o la risalente preclusione di accesso alle misure alternative e – da ultimo – la circostanza aggravante. Diversamente, ove la censura ricadrebbe sulla scelta discrezionale del legislatore, la Corte attua il tipico *self restraint* relativo alle scelte di incriminazione, avvalorando la scelta con uno sguardo comparatistico e salvando la norma, come già avvenuto per l'art. 14 co. 5-*ter*, di portata ed estensione della criminalizzazione ben più ampi[581].

5. Un diritto penale d'autore? Tra "legislazione del nemico" e simbolismo della normativa.

Alla luce del quadro sin qui tratteggiato e delle parole usate dalla stessa Corte Costituzionale nella censura dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis*, non appaiono estreme le considerazioni dell'autorevole dottrina che rinviene la base cognitiva di una simile previsione nell'implicito messaggio, recepito e ulteriormente vincolato alla collettività, che gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio, siano per siffatta condizione di per sé "nemici dell'ordine costituito", giustificando il maggior rigore punitivo rispetto al normale trattamento punitivo con cui il sistema rimprovera il fatto di reato commesso da semplici cittadini che delinquano, dando corpo ad un peculiare, italianizzato, "diritto penale del nemico" cui non sono alieni preconcetti

[581] L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, Nota a C. Cost. 8 luglio 2010, n. 250; 2010, n. 249 in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3 del 2010, pp. 1373 ss.

che prescindono dall'ambito del diritto penale modernamente inteso[582]. Altresì è stata messa in luce la peculiarità dell'intera materia che ci occupa in ordine al significato da attribuire, nell'epoca attuale, agli ormai tradizionali canoni in materia di diritto penale, assistendosi, specie con le riforme del biennio su cui ci si è soffermati, alla "trasformazione dei caratteri e i principi del diritto penale classico o illuminista", ponendo in crisi lo stesso principio, di esplicito rango costituzionale presso il nostro sistema, che pone al centro della tipizzazione non l'autore ma il fatto Si è assistito al passaggio dal diritto penale del fatto, al diritto penale d'autore. Pur essendo spesso presente l'implicita ispirazione ad un "tipo normativo d'autore", si nota come in questo ambito, il legislatore non riesca a mutare il "tipo d'autore" in un "tipo di fatto" che sia conforme ai principi costituzionali[583]. Se il diritto penale, inteso nell'attuale accezione e all'esito di una tradizione protratta da almeno due secoli, deve intendersi come il diritto delle garanzie, anticipatore delle stesse carte costituzionali contemporanee, il solo concepire un "diritto penale del nemico" dovrebbe attivare le spie dell'interprete e portarlo a concludere per l'estraneità dalla materia "dei delitti e delle pene" e per l'inconciliabilità di ogni teoria che porti il diritto penale fuori dalla funzione di controllo ordinaria che le è propria, facendone strumento di contrasto contro determinate categorie aliene ai consociati, individuabili, appunto, quali nemici[584]. Le considerazioni della dottrina in merito alla possibile riviviscenza di un simile arsenale, solo formalmente giuridico, nascono soprattutto con riferimento alla legislazione penale dell'emergenza del terrorismo internazionale, a partire dalle reazioni degli ordinamenti a quello spartiacque storico rappresentato dall'11 settembre 2001: la vicinanza con le leggi di cui ci siamo occupati, in materia di ingresso e condizione dello straniero non possono essere trascurate ma nemmeno devono essere esasperate. Il rischio di un contemporaneo "*Silent enim leges inter arma*", in relazione al contrasto di particolari fenomeni di criminalità organizzata e terrorismo parrebbe orami scongiurato, per la preminenza

---

[582] G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2008, *Addenda: d.l. 23 maggio 2008, n. 92 «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica», conv., con modificazioni, in l. 24 luglio 2008, n. 125*.

[583] A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione penale*, n. 2 del 2011, pp. 446 ss.

[584] F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, pp. 108 ss.

assunta, nei sistemi penali, dalla necessità di pieno rispetto dei diritti umani quale precondizione per l'esercizio della sovranità che si sostanzia nell'applicazione delle pena, recuperando il ruolo di diritto penale quale diritto delle garanzie[585]. Al tempo stesso, tuttavia, non potrebbe tacersi della tendenza alla deroga, se non alle guarentigie fondamentali, almeno alla deviazione dal modello del penale come diritto della risocializzazione, contrapponendovi il c.d. diritto dell'esclusione cui una parte consistente del diritto dell'immigrazione certamente afferisce: sul piano pratico, tutte le classiche sanzioni appaiono strumentali rispetto alla concreta attuazione dell'espulsione, vera finalità della reazione dell'ordinamento, nell'inattuabilità della quale – il legislatore ne è sempre stato a parte – il sistema sceglierebbe la via dell'esclusione, sconfessando i tentativi di equiparazione tra cittadini ed estranei, ed introducendo differenziazioni giustificate dallo *status* di irregolarità, talvolta anche nel diritto penale, ponendo in essere una sorta di "diritto dell'indebolimento"[586]. Le sentenze della Corte Costituzionale n. 78 del 2007 e n. 249 del 2010 rappresentano, in tal senso, la reazione a questa tendenza, pur essendo state mantenute in vita quelle fattispecie di reato evidentemente volte, in un'ottica servente, a rendere maggiormente raggiungibile l'esito ricercata da questo particolare settore del diritto penale, di tal che fattispecie come quella di cui all'art. 10 *bis*, pur presentando dubbi di costituzionalità sotto altri profili nonché esempi di "superfetazioni legislative prive di reali conseguenze applicative", non coglierebbero nel segno le teorie che da questa o altre fattispecie, come le contravvenzioni di inosservanza alle espulsioni trasformate in delitti, desumerebbero il mutamento di andatura del diritto penale e il suo ingresso nel diritto dell'autore[587]. Tali scelte di incriminazione sarebbero funzionalizzate più che al raggiungimento di un reale controllo dei flussi e degli allontanamenti, all'ottenimento di una effettiva esclusione, guardano come fossero prevalenti agli scopi di isolamento ed emarginazione rispetto al tessuto sociale che insiste sul territorio, producendo il risultato finale e forse realmente perseguito di creare confini invisibili intorno alla persona irregolare, ancorché presente al di qua

[585] R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?* in *Questione giustizia* n. 2 del 2011, p. 19.
[586] Ivi, p. 20.
[587] Ivi, pp. 23 – 29.

della frontiera[588]. Sul piano interno, inoltre, la scelta dello strumento penale svolge un'ulteriore e non trascurabile funzione sociale carica di valore simbolico: la percezione della previsione di precipue fattispecie di reato proprie agli stranieri irregolari comporta una percezione aumentata dell'intervento legislativo in protezione dei beni finali dell'ordinamento e della collettività cui la gestione dei flussi migratori e della presenza di persone di cittadinanza non europea è preordinata. Un approccio che non può prescindere dalla diffusione dell'apparente messa in campo dei più aggressivi strumenti di tutela di cui l'ordinamento è dotato, che però, anche guardando ad esempi vicini geograficamente, si sostanzia in un'esibizione di forza apparente senza che sia automaticamente dato conseguire i risultati propri delle pur penetranti misure di trattenimento ed espulsione amministrativa, alla cui efficacia sono sottese cause di natura ulteriore ed extragiuridica[589]. Non possono tacersi, a tale proposito, i rischi di delegittimazione corsi da tali declinazioni dell'impiego del diritto penale, in ordine al quale – avuto riguardo della complessità del fenomeno globale e dell'intrinseco momento di contrapposizione culturale tra l'estraneo ad una collettività e quest'ultima – è forte il pericolo di inadeguatezza dello strumento al governo dei flussi senza tradursi, almeno in parte, in uno scontro di civiltà sul piano interno con il soggetto estraneo[590]. Quanto più grande è la dimensione del macrofenomeno con cui il diritto penale viene a confrontarsi, tanto maggiore è il rischio che questo esca sconfitto, per l'insuperabile fondamento intrinseco nel fatto e nella responsabilità personale, perdendone – verso *tutti* i consociati – in termini di efficacia ed autolegittimazione[591].

---

[588] In tal senso anche M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione, relazione svolta al Seminario «Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e regimi dell'esclusione», Università degli studi di macerata, 13-14 maggio 2010*. Passaggi riportati dall'Autore del contributo precedentemente citato.

[589] M. LA ROSA, *"Clandestinità" e profili d'illegittimità costituzionale*, in G. VERDE - A. A. GENNA (a cura di), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, pp. 302 – 307.

[590] M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, in *Critica del diritto*, nn. 1 -2 del 2011, pp. 22 -23.

[591] *Ibidem.* Si veda inoltre, A. SESSA, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Diritto penale e processo*, n. 4 del 2017, pp. 522 ss.

CONCLUSIONI

Questa analisi si proponeva di ricercare la consistenza della potestà statuale alla posizione di confini ed argini, attraverso il proprio diritto penale, al fenomeno umano della migrazione. Ci si è avveduti, all'esito dell'approfondimento dell'attuale contesto nazionale ed internazionale, della preminenza dell'interesse statuale, da intendersi quale prevalenza della potestà dell'ordinamento giuridico al reprimere anche con l'utilizzo delle sanzioni più penetranti di cui esso disponga, l'esercizio di quelle che possono considerarsi ridotte a "mere libertà", quali sono il fare ingresso in uno Stato e il trattenersi all'interno dei suoi confini. Una conclusione non irrazionale e che tenga in conto la realtà fattuale è quella che vede come immancabile, per le entità statuali, l'azione di contrasto all'ingresso di soggetti che non abbiano un legame con l'ordinamento giuridico che trovi la sua fonte nella cittadinanza, nazionale o sovranazionale che sia. Il diritto alla migrazione, all'entrare e stabilirsi, non può dirsi, alla luce di questa analisi, assoluto e prevalente, ma – al contrario – residuale e ridotto alla sussistenza di particolari cause. Si versa, in sostanza, nei casi del diritto d'asilo o nelle altre forme di c.d. protezione internazionale apprestate dallo Stato all'interno dei propri confini, che valgono a rimuovere la sostanziale antigiuridicità che caratterizza lo straniero per il fatto medesimo di aver compiuto le condotte dell'attraversare e del permanere all'interno dei confini nazionali, al netto delle limitate modalità di accesso per motivi di ricongiungimento e delle esigue quote connesse alla severa disciplina sugli ingressi seguenti la conclusione di un contratto di lavoro. La ricerca del bene giuridico tutelato all'interno dei reati in tema di immigrazione è stato ritrovato, dunque, nella potestà, definita dalla Corte costituzionale quale inabdicabile, di regolare i flussi in ingresso nello Stato, al fine di garantire il loro ordinato svolgimento. Un bene che si è più volte riscontrato venir definito quale strumentale alla salvaguardia di ulteriori entità non necessariamente oggetto di tutela da parte dei precetti penali, di norma rivolti tanto a cittadini italiani che a stranieri. Si è constatata la proliferazione di una classe di reati propri degli individui di nazionalità non eurounitaria, introdotti allo scopo di rendere effettivo il sistema delle espulsioni, reprimendo l'inottemperanza dei comandi amministrativi di respingimento o di abbandono del territorio da parte dei soggetti privi dei titoli di soggiorno. Tale percorso, che ha registrato non poche forzature nell'utilizzo dello

strumento penale, nella qualificazione formale degli illeciti e nella determinazione degli edittali, con il dichiarato ed unico scopo di rendere più agevole l'utilizzo di restrizioni della libertà altre rispetto a quelle legate ai procedimenti amministrativi di espulsione, è poi culminata nella creazione della circostanza aggravante comune c.d. di clandestinità e della contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare. Seppur espunta dalla Corte Costituzionale la circostanza aggravante e a fronte della presenza di strumenti extrapenali che pongano in connessione la commissione di illeciti al rinnovo dei titoli di soggiorno, nessuna via appare percorribile per far emergere dalla condizione di irregolarità amministrativa neppure il cittadino straniero che abbia tenuto una condotta irreprensibile ed avviato un percorso di integrazione sociale. Le norme approfondite, che pure sono state oggetto di scrutinio da parte del Giudice delle leggi sotto il profilo della ragionevolezza quanto alla previsione di misure preprocessuali e di edittali non conformi ai paradigmi normativi, hanno poi conosciuto le censure della Corte di Giustizia per la difformità dai regolamenti in materia di rimpatrio, registrando in più Paesi membri esempi di "cassazione" dall'ordinamento delle fattispecie.

È certamente possibile rilevare analogie e differenze con ulteriori ambiti dell'ordinamento e con le relative scelte di criminalizzazione. A fronte del ricorso allo strumento penale in molti campi del diritto precedentemente presidiati dalla sola minaccia delle sanzioni amministrative o di contravvenzioni facilmente estinguibili, la cui espunzione dall'ordinamento sarebbe probabilmente percepita come un regresso del sistema in termini di capacità repressiva, nel settore che è stato approfondito si è in presenza di un'ipertrofia normativa, caratterizzata da fattispecie la cui effettività e tutt'altro che dimostrata, specie se poste a rafforzare pratiche di rimpatrio su larga scala la cui sostenibilità è fortemente discussione. A fronte dell'inefficacia di tali programmi, il legislatore tenta di correre ai ripari disponendo fattispecie penali la cui reale finalità è il perseguire il risultato pratico del distacco dell'individuo dal territorio, il cui raggiungimento dipende da fattori altri e ben più penetranti della minaccia dell'ennesima privazione della libertà, certamente contemplata.

Non solo ci si trova in un ambito nel quale ad essere repressa è la messa in pericolo di un bene che ci si azzarda a definire creato dalle stesse norme che lo presidiano, frutto di una scelta figlia di una particolare fase della storia dell'uomo e

delle sue società, che si ritiene abbia già evidentemente dimostrato il suo limite nell'arginare un fenomeno preesistente agli ordinamenti coevi e destinato a crescere esponenzialmente, imponendo agli stessi immense trasformazioni. È da porre – infatti – in debita considerazione anche l'irricevibilità del rimprovero e della sanzione penale da parte di chi sia già posto in una sostanziale invisibilità agli occhi dell'ordinamento e che torni ad essere palese per quest'ultimo solo attraverso la commissione del reato. Occorre allora prendere coscienza del valore soltanto simbolico di molte delle norme qui analizzate ed interrogarsi sull'opportunità incalzante di ragionare sulle strade da percorrere per giungere alla reale tutela dei valori sociali che si dicono oggi finalisticamente tutelati dalle norme contro l'immigrazione irregolare. È necessario ragionare sul superamento della dottrina della "terra bruciata" intorno allo straniero, prendendo atto dei forti limiti dell'attuale legislazione nella tutela e dei confini e delle persone.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE

AA. VV., *Asilo, clientela, ospitalità* in *Enc. Giur*., vol. I parte IV, Milano, 1958.

AA. VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

AA. VV., *Il diritto di asilo tra accoglienza ed esclusione,* Roma, 2015.

AA.VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione,* Milano, 2003

AA. VV., *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012,* Milano, 2013.

AA. VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Convegno scientifico 19 – 20 Maggio 2016, Milano, 2017.

AA.VV., *Sistema penale e sicurezza pubblica. Commento alla legge 24 luglio 2008 n. 125*, Bari, 2008.

ALEO S., *Istituzioni di diritto penale Parte generale*, Milano, 2016.

AMADEO S. – SPITALERI F., *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2016.

AMATO G. (a cura di), A. CAPUTO – G. FIDELBO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012.

ANGELONI M.M. – SENESE A., *Il diritto del mare nel contrasto ai traffici illeciti internazionali*, Bari, 2005.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte gen.*, Milano, 2003.

ANTONUCCI A., PAPANICOLOPULU I., SCOVAZZI T. (a cura di), *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, Torino, 2016.

ARENDT H., *The Origins of Totalitarianism,* Cleveland, 1958.

BALZELLONI P., *Immigrazione (reati in materia di),* in *Digesto delle discipline penalistiche*, Agg. II, Torino, 2004.

BAROLI G., *Asilo politico* (Voce) in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1987.

BELLAGAMBA G. – CARITI G., *La nuova disciplina dell'immigrazione. Commento per articolo al Testo Unico 25 luglio 1998, n. 286*, Milano, 2008.

BELLIZZI E., *Giurisdizione penale* (voce), in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992.

BENHABIB S., *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (*The Seeley Lectures*), Cambridge, 2004.

BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi: un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008.

BILOTTA B.M. – CAPPELLETTI F.A. (a cura di), *Il diritto di asilo*, Padova, 2006.

BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988.

CAFFIO F., *Diritto di inseguimento* (voce) in *Glossario di diritto del mare*, 2016.

CALAMIA A.M. - DI FILIPPO M. – GESTRI M. (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012.

CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1926.

CATELANI G. – STRIANI D., *L'estradizione*, Milano, 1983.

CAPUTO A. - FIDELBO G. (a cura di) *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, 2012.

CAPUTO A., *Immigrazione* (dir. pen.), voce in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 2003.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1863.

CARINGELLA F. - DELLA VALLE F. - DE PALMA M., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, VI ed., Roma, 2016.

CASSESE S., *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016.

CENTONZE S., *Sicurezza e immigrazione. La nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza*, Padova, 2009.

CENTONZE S. (a cura di), *Stranieri e diritto penale. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2010.

CENTRO STUDI IDOS, *Dossier statistico immigrazione*, Roma, 2016

CENTRO STUDI IDOS, *Osservatorio romano sulle migrazioni. Undicesimo rapporto*, Roma, 2016

CHIAROMONTE W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Torino, 2013.

CHIAVARIO M., *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, 2013.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2010.

CORBETTA S., GATTA G., DELLA BELLA A. (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009.

CORDINI G. - GASPARINI CASARI V. (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione Profili di Diritto Italiano, Comunitario e Internazionale*, vol. I, Modena, 2010.

D'ORAZIO G., *Lo straniero nella costituzione italiana (Asilo – Condizione giuridica – Estradizione)*, Padova, 1992.

DAL LAGO A., *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2004.

DANIELE M., *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2016.

DE GROOT H., *The Rights of war and peace, including the law of nature and of nations*, (trad.) Pontefract, 1813.

DE VERO G., *Corso di diritto penale, Volume 1*, Torino, 2012.

DEFILIPPI C. – BOSI D. – HARVEY R. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata ed annotata*, Napoli, 2006.

DEGL'INNOCENTI L. (a cura di) *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2013.

DEL TUFO V., *Estradizione e reato politico*, Napoli, 1985.

DERRIDA – DUFOURMANTELLE, *Sull'ospitalità, Le riflessioni di uno dei massimi filosofi contemporanei sulle società multietniche*, Milano, 2000.

ELIAMEP, *Gender, Climate Change and Human Security. Lessons from Bangladesh, Ghana and Senegal*, Maggio 2008.

ESPOSITO C., *Asilo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 3, Giuffrè, Milano, 1958.

FAVILLI C., *I limiti derivanti dal diritto internazionale all'espulsione dello straniero*, Viterbo, 1998.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009.

FOCARELLI C., *Diritto internazionale*, III Ed., Padova, 2015.

FORLATI S., (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013.

FREZZA F., PACE N., SPIEZIA F., *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, 2002,

GALLO M., *Diritto penale italiano*, Vol. I, Torino, 2014.

GATTA G.L., *Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, Milano, 2008.

GRIFÒ G., *Asilo (diritto di), Diritti antichi* in *Enc. Dir*., 3: Ari-Atti, XIV, Milano, 1958.

GROSSO C.F.- PELISSERO M. – PETRINI D. – PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*., Milano, 2017.

HEIN C., *Rifugiati: vent'anni di storia del diritto d'asilo in Italia*, Roma, 2010.

KANT I., *Per la pace perpetua*, (trad.) Milano, 1991.

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

LANZILLO M.L., *Il multiculturalismo*, Roma-Bari, 2005.

LATINI C., *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Milano, 2002.

MALINVERNI A., *Circostanze del reato* in *Enc. Dir.* VII, Milano, 1960.

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1952.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017.

MASTROMARINO F., *Il diritto d'asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, 2012.

MAZZA O. – VIGANÒ F., *Il 'pacchetto sicurezza' 2009*, Torino, 2009.

MAZZA O. – VIGANÒ F., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica: (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008.

MESSINA S.D. – SPINNATO G., *Manuale breve di diritto penale*, Milano, 2015.

MILITELLO V. – SPENA A., (a cura di) *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015.

MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di) *Immigrazione e cittadinanza*, Torino, 2008.

MORSELLI C., *Trattato di diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Roma, 2017.

MOSCONI, *La Convenzione europea per la repressione del terrorismo* in *Estradizione e reati politici. Il problema* della *Convenzione europea per la repressione del terrorismo*, Roma, 1981.

MUSACCHIO V., *Diritto penale dell'immigrazione*, Milano, 2005.

NAGEL T., *I paradossi dell'uguaglianza*, trad. di R. Rini, Milano,1993.

NASCIMBENE B., (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004.

NASCIMBENE B., (voce) *Commentario alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2001.

NASCIMBENE B., (a cura di) *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997.

ORCHARD P., *A Right to Flee: Refugees, States, and the Construction of International Cooperation*, Cambridge, 2014.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali: lezioni; parte generale*, Padova, 1990.

PAGLIARO F., *Legge penale nello spazio* (voce) in *Enc. Dir*., Milano, 1973.

PAGLIARO A., *Il reato*, Milano, 2007.

PALMISANO G. (a cura di) *Il contrasto al traffico di migranti. Nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2003.

PANZERA, *Giurisdizione penale (limiti della)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992.

PAOLI U. E., *Asilia (diritto greco)* e *Asilo (diritto greco e romano)*, in *Noviss. Dig. it*., Torino, 1957.

PALAZZO F. C. – PALIERO C. E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007

PALMISANO G. (a cura di) *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008.

PAPASTAVRIDIS E., *The interception of vessels on the high seas*, Oxford, 2013.

PERRY E. I., *From theology to history: French religious controversy and the revocation of the Edict of Nantes*, L'Aia, 1973.

PISANI M., *Giurisdizione penale* (voce), in *Enc. Dir*., XIX, Milano, 1970.

PUFENDORF S., *Il diritto della natura e delle genti o sia Sistema generale de' Principi li più importanti di Morale*, (trad.) Venezia, 1757.

PULITANÒ D., *Diritto Penale*, Torino, 2005

QUADRI R., *Estradizione (dir. intern.)* in *Enc. dir.* 16, Milano, 1967.

RANDAZZO E. – RANDAZZO L., *Il procedimento dinanzi al giudice di pace*, Milano, 2013.

RAFARACI T. (a cura di) *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011.

ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Opere giuridiche,* Vol. I, Roma, 1932.

ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004.

ROMAGNOSI G.D., *Genesi del diritto penale*, vol. II, Milano, 1823.

RONCO M., *Il reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, II ed., Bologna, 2011.

RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale.* V ed., Torino, 2016.

RONZITTI N., *L'estradizione nelle convenzioni per la repressione dei crimini internazionali* in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del convegno per salutare il prof. Battaglini*, Padova, 2003.

RONCO M. - AMBROSETTI E.M. – MEZZETTI E., *La legge penale Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016.

ROSI E. (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007.

SHAW M., *International law – Eighth Edition*, Cambridge, 2017.

SINISCALCO M., *Locus commissi delicti, Enc. Dir*., Milano, 1974.

TIBERI G., *Le nuove fonti del diritto della cooperazione giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Lisbona e il loro impatto sull'ordinamento interno*, Milano, 2011.

TREVES T., *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973.

TREVISANUT S., *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

TRIA L., *Stranieri extracomunitari e apolidi. La tutela dei diritti civili e politici*, Milano, 2013.

VERDE G. – GENNA. A. A. (a cura di), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Torino, 2012.

VIRGILIO, *Æn.* – trad. di C. ARICI in *Opere di P.V. Marrone*

VISMARA G., *Asilo (diritto intermedio)*, in *Enc. dir*., 3, Milano, 1960.

WILSON P. H., *The Thirty Years War: A Sourcebook*, Londra, 2010.

RIVISTE

ARDITA S., *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su giustizia e sicurezza*, in *Cassazione penale*, n. 5 del 2008.

ANTONINI E., *Le novità del "pacchetto sicurezza" – Prima parte*, in *Diritto penale e processo*, n. 11 del 2008.

AMATO G., *Maggiorate le sanzioni ai datori di lavoro*, in *Guida al diritto*, n. 32, 2008.

AMATO G., *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida al Diritto* n. 32, 2008.

BARTOLI R., *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?* in *Questione giustizia*, n. 2 del 2011.

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *False dichiarazioni portano solo in carcere*, in *Guida al diritto*, n. 32 del 2008.

BRICCHETTI R. – PISTORELLI L., *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità. Commento a l. 15 luglio 2009, n. 94* in *Guida al Diritto*, n. 34, 2009

CAFFIO F., *Glossario di diritto del mare*, supplemento alla *Rivista Marittima*, 2016, p. 196.

CALLAIOLI A. – CERASE M., *Il Testo Unico delle disposizioni sull'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero: una legge organica per la programmazione dei flussi, il contrasto alla criminalità e la lotta alla discriminazione* in *La legislazione penale*, fasc. 1-2, pt. 3, 1999.

CAPUTO A., *Favoreggiamento all'emigrazione: questioni interpretative e dubbi di costituzionalità*, in *Questione giustizia* n. 6 del 2003.

CAPUTO A., *Il diritto penale degli stranieri - Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, in *Questione giustizia*, n.1 del 2003.

CAPUTO A., *Il modello processuale dello straniero «irregolare»*, in AA.VV. *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma.

CAPUTO A., *Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto*, in *Questione giustizia*, n. 2 del 2006.

CAPUTO A., *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina* in *Criminalia*, 2009.

CENTONZE A., *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: l'equilibrio precario tra la tutela dell'ordine pubblico e integrazione sociale dello straniero*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1 del 2006.

CERASE M., *Il governo dell'immigrazione. La disciplina legislativa e amministrativa tra programmazione dei flussi, tentativi d'integrazione e persistente emergenza*, in *Rassegna parlamentare*, 1999.

CERASE M., *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini" Commento a l. 30 luglio 2002, n. 189* in *Diritto penale e processo*, fasc. 11, 2002.

CICALA M., *Opinioni a confronto. Il reato di immigrazione clandestina* in *Criminalia*, 2009.

COCOMELLO A., *La disciplina penale e processuale in materia di immigrazione*, in *Cassazione penale*, suppl. n. 5 del 2017.

CONETTI G., *Il V Colloquio internazionale sul diritto d'asilo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1967.

CONSOLI D. - SCHIAVONE G., *L'effettività negata del diritto all'asilo e del diritto al rifugio politico* in *Questione Giustizia*, n. 3, 2006.

CONSOLI D. - SCHIAVONE G., *L'effettività negata del diritto all'asilo e del diritto al rifugio politico*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2006.

DEGL'INNOCENTI L. – TOVANI S., *La Corte costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità – Il commento*, in *Diritto penale e processo*, n. 10 del 2010.

DELLA BELLA A., *Il minore straniero e il reato di immigrazione clandestina*, commento a Tribunale dei Minorenni Di Bari, decreto di archiviazione, 11 dicembre 2009, in *Corriere del Merito*, n. 4 del 2010.

DELLA BELLA A., *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, in *Corriere Del Merito* n. 7 del 2009.

DODARO G., *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4 del 2010

DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione* in *Questione giustizia* n. 1, 2009.

FAVILLI C., *Secca condanna dell'Italia per i rimpatri di migranti in alto mare verso la Libia*, nota in *Questione Giustizia*, n. 3, 2012.

FERRAJOLI L., *La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione giustizia*, n. 5 del 2009.

FRIGO G., *Gli eccessi nella repressione penale sono controproducenti per la sicurezza*, in *Guida al diritto*, n. 33 del 2008, p. 11.

GAMBARDELLA M., *I reati in materia di immigrazione dopo la legge Bossi-Fini*, in Aa. Vv., *La condizione giuridica dell'immigrato*, Suppl. a *Giurisprudenza di merito*, n. 7/8 del 2004.

GATTA G. L., *"Il reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Diritto e procedura penale*, n. 11 del 2009.

GILIBERTO A., *Diritto del mare, giurisdizione penale e «autorìa mediata»: una recente pronuncia della Corte di cassazione in tema di traffico di migranti conferma le soluzioni proposte dalla Direzione Nazionale Antimafia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3 - 4, 2014.

GILIBERTO A., *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati*, nota a G.U.P. Tribunale di Trapani, sent. 9 novembre 2016, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3 del 2017.

GIZZI L., *Sulla natura giuridica del delitto di agevolazione dell'immigrazione clandestina*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003.

GUAZZAROTTI A., *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *Rivista A.I.C.*, n. 3, 2011.

LA SPINA P., *Sul favoreggiamento dell'ingresso irregolare di stranieri in Italia*. Nota a Cass. pen., sez. III 28 novembre 2002 in *Il Foro italiano*, fasc. 4, pt. 2, 2003.

LANZA E., *Il reato di immigrazione clandestina* in *Rassegna penitenziaria criminologica*, n. 2 del 2010.

LEANZA U. – GRAZIANI F., *Poteri di* enforcement *e di* jurisdiction *in materia di traffico di migranti via mare: aspetti operativi nell'attività di contrasto*, in *La Comunità internazionale*, II, 2014.

MACCHIA A., *La Bossi-Fini e la sfortuna di un obiter*, in *Diritto e Giustizia*, n. 6, 2003.

MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cassazione penale*, n. 2 del 2011.

MASERA L., *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, Nota a C. Cost. 8 luglio 2010, n. 250; 2010, n. 249 in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3 del 2010.

MASERA L., *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*. Nota a Tribunale di Latina, ord. 1 luglio 2008, in *Corriere del merito*, n. 11 del 2008.

MASTROMARTINO F., *Percorsi dell'asilo cristiano. Origine, affermazione e crisi di un istituto giuridico controverso*, in *L'acropoli*, n. 6, 2010.

MIAZZI L. – PERIN G., *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2009.

NASCIMBENE B., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona* in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2011, p. 13 ss.

NASCIMBENE B., *The Implementation of the Right to Asylum in Italy*, in *ERA Forum*, n. 12, 2011.

NATALINI A., *Aumento della pena e divieto di sospensione l'effetto di una norma che discrimina gli stranieri*, Nota a Cass. pen., sez. III. 2009, n. 4406 in *Guida al Diritto*, n. 9 del 2010.

OLIVERI DEL CASTILLO R., *L'ambito penale della legge 30 luglio 2002 n. 189: la costruzione della muraglia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3 del 2002.

PANZAVOLTA M., *Diritto e processo nel nuovo reato di ingiustificato trattenimento del clandestino* nota a Tribunale Roma, 20 febbraio 2003 in *Giur. merito*, pag. 2235, n. 11 del 2003.

PAZIENZA V., *Espulsione dello straniero e trattenimento ingiustificato nel territorio dello Stato*, in *Cassazione penale*, suppl. al fasc. 2 del 2005.

PECCIOLI A., *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Diritto penale e processo*, fasc. 1S, 2009.

PELISSERO M., *Immigrazione e diritto penale*, in *Critica del diritto*, nn. 1 -2 del 2011.

PELISSERO M., *Le novità del "pacchetto sicurezza" – Prima parte*, in *Diritto penale e processo*, n. 11 del 2008.

PELISSERO M., *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale* in *Questione giustizia* n. 4, 2010.

PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?* in *Diritto penale e processo*, n. 1 Suppl., 2009.

RENOLDI C., *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato* in *Diritto immigrazione e cittadinanza,* n. 4 del 2009.

RONZITTI N., *Il passaggio inoffensivo nel mare territoriale e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare,* in *Rivista di diritto internazionale,* 1, 1986.

RONZITTI N., *Il Trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione,* Servizio Affari Internazionali, Ufficio Studi del Senato, n. 108 del 2009.

SALVADEGO L., *Controllo marittimo dell'immigrazione clandestina e giurisdizione penale del giudice italiano* in *Rivista di diritto internazionale,* 4, 2010.

SESSA A., *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema,* in *Diritto penale e processo,* n. 4 del 2017.

SORRENTINO T., *L'espulsione dello straniero,* in *Giustizia penale,* n. 1 del 1980.

SITOGRAFIA

- COUNCIL OF EUROPE – Commissioner for Human Rights: *Commissioner seeks clarifications over Italy's maritime operations in Libyan territorial* waters, presso: https://www.coe.int/en/web/commissioner/country-monitoring/italy.
- FAVILLI C., *La Corte di Giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'U.E. alla CEDU,* nota sul sito internet della rivista *Questione Giustizia*.
- INTERSOS, *I minori stranieri non accompagnati lungo il confine settentrionale italiano* presso: https://www.intersos.org/wp-content/uploads/2018/01/Rapporto-MSNA.pdf
- MALENA M., *Il diritto degli stranieri tra criterio di ragionevolezza e principio di eguaglianza. Nota alla sentenza n. 78/2005 della Corte Costituzionale,* giugno 2005, in *Forumcostituzionale.it*
- MASERA L., A*rt. 10 bis e Direttiva rimpatri dopo la sentenza Sagor della Corte di Giustizia,* 2013 su *Penalecontemporaneo.it.*
- MASERA L., *La Grande Sezione della Corte di Giustizia UE ritiene contraria alla Direttiva rimpatri la previsione di una pena detentiva per i casi di ingresso irregolare nel territorio di uno stato membro attraverso una frontiera interna,* 2016 presso: *Penalecontemporaneo.it.*

- MASERA L., *Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo*, Luglio 2016, su *Questionegiustizia.it*
- NASCIMBENE B., *Non-refoulement as a principle of international law and the role of the judiciary in its implementation* intervento nel Seminario per l'apertura dell'Anno giudiziario della C.E.D.U. del 27 gennaio 2017, disponibile presso http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20170127_Nascimbene_ENG.pdf.
- UNHCR, *Global Trends Forced Displacement in 2016*, 19 giugno 2017, presso http://www.unhcr.org/globaltrends2016.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Issue Paper - Smuggling Migrant by sea*, 2011, presso http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling
- UNITED NATIONS SUPPORT MISSION IN LIBYA - Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: *"Detained And Dehumanised" Report On Human Rights Abuses Against Migrants In Libya* 13 Dicembre 2016, presso: http://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf
- VIGANÒ F., *La corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e Direttiva rimpatri*, 2012, nota a Corte di giustizia UE, I sezione, sent. 6 dicembre 2012, Sagor (causa C-430/11).

GIURISPRUDENZA

– *Legittimità*

Cass. pen., Sez. Un, 5 marzo 1949, ricorso Berti

Cass. pen., 10 maggio 1950, Ricorso Cartonnet

Cass. pen., 5 aprile 1961, Ric. Zind

Cass. pen., Sez. I, 14 gennaio 1982

Cass. civ., Sez. Un., 1997 n. 4674

Cass. pen., Sez. IV, 1997 n. 7204

Cass. pen. Sez. Un., 1996 n. 261

Cass. pen., sez. I, 1998 n. 1229

Cass. civ. Sez. Un., 1999 n. 907

Cass. pen., Sez. I, 2000 n. 4586

Cass. pen., Sez. I, 2000 n. 4700

Cass. pen., Sez. I, 2000 n. 7045

Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2002

Cass. pen., Sez. VI, 2003 n. 29702

Cass. pen., sez. I, 2003 n. 35488

Cass. pen., sez. I, 2003 n. 40307

Cass. pen., sez. I, 2003 n. 41140

Cass. pen., sez. I, 2003, n. 46066

Cass. pen., sez. I, 2003, n. 47485

Cass. pen., sez. I, 2004 n. 17878

Cass. pen., sez. I, 2004 n. 17973

Cass. pen., Sez. III, 2004 n. 20673

Cass. pen., sez. III, 2005 n. 35629

Cass. pen., sez. I, 2006 n. 10038

Cass. pen., sez. I, 2006 n. 28656

Cass. pen., sez. Un., 2007 n. 2451

Cass. pen., sez. III, 2007 n. 42980

Cass. pen., sez. I, 2007 n. 47459

Cass. pen., sez. I, 2009 n. 4406

Cass. pen., sez. I, 2009 n. 10752

Cass. pen., sez. I, 2010 n. 57

Cass. pen., sez. I, 2010 n. 3705

Cass. pen., sez. I, 2010 n. 39257

Cass. pen., sez. I, 2010 n. 16296

Cass. pen., sez. I, 2010 n. 37051

Cass. pen., sez. I, 2011, n. 2701

Cass. pen., sez. I, 2011 n. 25244

Cass. pen., sez. I, 2011 n. 29854

Cass. pen., sez. I, 2012 n. 4317

Cass. pen., sez. I, 2012 n. 10921

Cass. pen., sez. I, 2012 n. 19355

Cass. pen., Sez. I, 2013 n. 9816

Cass. pen., sez. I, 2014 n. 18354

Cass. pen., sez. IV, 2014 n. 42777

Cass. pen., sez. I, 2014 n. 18354

Cass. pen., sez. I, 2014 n. 35474

Cass. pen., sez. I, 2014 n. 36053

Cass. pen., sez. I, 2014 n. 53007

Cass. pen., sez. I, 2015 n. 17625

Cass. pen., sez. I, 2015, n. 2595

Cass. pen., sez. I, 2015 n. 20503

Cass. pen., sez. I, 2015 n. 39719

Cass. pen., sez. I, 2016 n. 11070

Cass. pen., sez. I, 2016, n. 1383

Cass. pen., sez. I, 2016 n. 19999

Cass. pen., sez. I, 2016 n. 25613

Cass. pen., sez. I, 2017 n. 35086

Cass. pen., sez. I, 2017 n. 36837

– ***Corte di Giustizia dell'Unione europea***

Sentenza I sez., proc. C-61/11/PPU del 28 aprile 2011

Sentenza Grande sez., proc. C-329/11 del 6 dicembre 2011

Sentenza Grande sez., proc. C-411/10 del 21 dicembre 2011

Sentenza I sez., proc. C-430/11 del 6 dicembre 2012

– ***Corte Europea dei Diritti dell'Uomo***

Sentenza 7 luglio 1989 - Ricorso n. 14038/88 - Soering c. Regno Unito.

Sentenza 15 novembre 1996 - Ricorso n. 22414/93 - Chahal c. Regno Unito.

Sentenza 23 febbraio 2012 - Ricorso n. 27765/09 - Hirsi Jamaa e altri c. Italia.

Sentenza 28 febbraio 2008 - Ricorso n. 37201/06 - Saadi c. Italia.

– ***Corte Costituzionale***

Sentenza 23 luglio 1974, n. 244
Sentenza 26 giugno 1969, n. 104
Sentenza 20 gennaio 1977, n. 46
Sentenza 24 febbraio 1994, n. 62
Sentenza 27 giugno 1996, n. 223
Sentenza 24 ottobre 1996, n. 360
Ordinanza 30 ottobre 1996, n. 366
Sentenza 21 novembre 1997, n. 353
Sentenza 10 aprile 2001, n. 105
Sentenza 13 gennaio 2004, n. 5
Sentenza 15 luglio 2004, n. 223
Ordinanza 29 dicembre 2004, n. 445
Ordinanza 7 aprile 2006, n. 142
Sentenza 26 maggio 2006, n. 206
Sentenza 2 febbraio 2007, n. 22
Sentenza 16 marzo 2007, n. 78
Ordinanza 31 ottobre 2007, n. 361
Sentenza 16 maggio 2008, n. 148
Sentenza 30 gennaio 2009, n. 21
Sentenza 8 luglio 2010, n. 249
Sentenza 8 luglio 2010, n. 250

- ***Di merito***

Corte d'Appello di Bologna, 11 gennaio 1963 in *Foro it.*, 1963, II.
Ord. Corte d'Appello di Roma, 20 novembre 1998
Ord. di convalida del fermo e applicazione della custodia in carcere del Tribunale di Catania, Ufficio del GIP, nel proc. pen. n. 8749/2013.
Tribunale di Gorizia, 19 maggio 1999 in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/1999.
Tribunale di Roma 1 ottobre 1999 in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 1999.

Tribunale di Torino 2001 n. 4763, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2001.

Giudice di Pace di Domodossola 3 novembre 2009, in *Corriere del Merito* n. 1 2010.

Tribunale per i minorenni Bari, Decreto di archiviazione dell'11 dicembre 2009 in *Corriere del Merito*, n. 4 del 2010.

Giudice di Pace di Agrigento, 15 dicembre 2009 in Foro italiano, 2010, parte II, col. 39.

Ord. del Giudice di Pace di Lecco (sez. distaccata di Missaglia) n. 292 del 1 ottobre 2009 in *Foro italiano*, 2010, II, 40.

Tribunale di Roma, ordinanza di applicazione di misura di cautelare ex art. 292 c.p.p. Proc. N. 26236/2015.

Tribunale di Roma, sentenza n. 824/2015 del 9 giugno 2015, non edita

Tribunale di Roma, sentenza 20 febbraio 2003, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1 del 2003.

Tribunale di Sanremo (sez. di Ventimiglia), 11 novembre 2002, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4 del 2002.

Tribunale Bologna, sentenza 27 novembre 2002 in *Questione giustizia*, n.1 del 2003.

Corte d'Assise di Milano, sentenza n. 10/2017 del 10 ottobre 2017, non edita.

SERVIZI GIORNALISTICI

- AVVENIRE, N. Scavo: *Libia. Per tre volte in tre ore Ong inviata a soccorrere migranti. Ma arriva lo stop*, 1 dicembre 2017, presso: www.avvenire.it/attualita/pagine/soccorsi-bloccati
- AVVENIRE, N. Scavo: *Migranti. Dopo avere allontanato le Ong, la Libia abbandona i «soccorsi»*, 14 dicembre 2017, presso: www.avvenire.it/attualita/pagine/tripoli-fa-arretrare-la-marina
- INTERNAZIONALE, *Chi costringe alla prostituzione le ragazze nigeriane in Italia* tradotto e pubblicato, 21 novembre 2016, presso: www.internazionale.it/notizie/adaobi-tricia-nwaubani/2016/11/21/prostituzione-italia-nigeria
- INTERNAZIONALE, di A. Camilli: *Viaggio tra i ragazzi che dormono sotto un ponte a Ventimiglia*, 22 dicembre 2017, presso: www.internazionale.it/reportage/annalisa-camilli/2017/12/22/migranti-ragazzi-ventimiglia

- LA REPUBBLICA, S. Citati: *Scaricati al largo sulle piroghe i bimbi della nave degli schiavi*, 18 aprile 2001, presso: www.repubblica.it/online/mondo/navebimbi/cotonou/cotonou.html
- PREMIO ROBERTO MORRIONE, G. Presutti: *Un tratto della tratta*, 19 novembre 2016, presso: www.premiorobertomorrione.it/film-inchiesta/un-tratto-della-tratta-2016/
- RADIOLUISS - *Sulla Mehari verde*: intervista al Procuratore nazionale antimafia Franco Roberti, 27 maggio 2016, presso: www.soundcloud.com/sulla-mehari-verde
- REUTERS, S. Scherer - A. Lewis: *Exclusive: Italy plans big handover of sea rescues to Libya coastguard*, 15 dicembre 2017, presso: www.reuters.com/article/us-europe-migrants-libya-exclusive/exclusive-italy-plans-big-handover-of-sea-rescues-to-libya-coastguard-idUSKBN1E91SG
- THE GUARDIAN, *Children of the Etireno*, 4 ottobre 2001, presso: www.theguardian.com/theguardian/2001/oct/04/features11.g22
- THE WALL STREET JOURNAL, G. Legorano - J. Parkinson: *Following the Migrant Money Trail*, 30 dicembre 2015, presso: www.wsj.com/articles/following-the-migrant-money-trail-1451471405