



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
UNIVERSITÉ PAUL CÉZANNE AIX-MARSEILLE III
DOTTORATO INTERNAZIONALE IN POLITICHE PENALI EUROPEE
XXII CICLO

ANNALISA LUCIFORA

**Il contrasto dell'immigrazione irregolare
tra vincoli europei e politiche nazionali:
un'indagine comparata della disciplina italiana e francese**

TESI DI DOTTORATO

Relatore
Chiar.ma Prof.ssa Rosaria Sicurella

Anno Accademico 2010-2011

INDICE

Introduzione	1
--------------------	---

I Parte: L'Unione europea e l'immigrazione irregolare

Capitolo 1:

La politica dell'Unione europea in materia di immigrazione e il trattamento dei cittadini non comunitari	6
--	---

Sezione 1:

L'evoluzione della disciplina comunitaria in materia di immigrazione	7
--	---

§ 1. Dalle origini ad Amsterdam. L'immigrazione nel Trattato di Roma	8
--	---

A L'avvio della cooperazione intergovernativa e gli Accordi di Schengen	11
---	----

B Il Trattato di Maastricht e l'istituzionalizzazione del metodo intergovernativo	16
---	----

C Il Trattato di Amsterdam e la comunitarizzazione della politica di immigrazione	21
---	----

§ 2. Da Amsterdam a Lisbona. Verso una politica "comune" e "integrata" dell'UE in materia di immigrazione	27
---	----

A Le conseguenze dell'11 settembre 2001 sulla politica europea in materia di immigrazione	31
---	----

B Il programma dell'Aia	34
-------------------------------	----

C Il trattato di Lisbona	38
--------------------------------	----

Sezione 2:

Il trattamento dei migranti irregolari tra garanzia della sovranità statale e obblighi di protezione dei diritti umani	44
--	----

§ 1. La tutela dei diritti dei migranti irregolari nei sistemi di integrazione europea	46
--	----

A La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di allontanamento degli stranieri in posizione irregolare	47
--	----

B Il trattamento dei migranti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	54
---	----

§ 2. La condizione giuridica del minore straniero nell'ordinamento sovranazionale	61
A La tutela sovranazionale dei diritti del minore	61
B Il minore straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	66

Capitolo 2:

Gli strumenti di contrasto dell'immigrazione irregolare	70
---	----

Sezione 1:

La politica europea di prevenzione dell'immigrazione irregolare	71
§ 1. Il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne dell'Unione europea	72
A Verso un sistema europeo di gestione integrata delle frontiere esterne	73
B La creazione dell'Agenzia Frontex	79
C Il crescente ricorso alla tecnologia per la sorveglianza delle frontiere	83
§ 2. Lo sviluppo dell'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione	86
A Il partenariato con i paesi d'origine	89
B Gli accordi di riammissione	95

Sezione 2:

La politica europea di repressione dell'immigrazione irregolare	102
§ 1. Il traffico di esseri umani	103
A La tratta di esseri umani	107
B Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare	114
§ 2. L'azione di contrasto verso ogni forma di aiuto all'immigrazione irregolare	119
A Il lavoro illegale	121
B I matrimoni fittizi	124

II Parte: Orientamenti e norme nazionali in materia di immigrazione irregolare

Capitolo 1:

La politica francese di contrasto dell'immigrazione irregolare	127
--	-----

Sezione 1:

L'evoluzione della politica francese in materia di immigrazione irregolare	129
§ 1. Il rafforzamento dei controlli all'ingresso nel territorio francese	139
A Le novità introdotte dalla legge del 26 novembre 2003	139
B I nuovi <i>fichiers d'étrangers</i>	146
§ 2. Il miglioramento dell'efficacia delle procedure di allontanamento	150
A <i>L'obligation de quitter le territoire français</i>	152
B Le altre misure di allontanamento	156

Sezione 2:

La politica francese di repressione dell'immigrazione irregolare	160
§ 1. I reati commessi dagli stranieri	160
A Il delitto di <i>entrée ou séjour irréguliers</i>	161
B Il delitto di sottrazione all'esecuzione di una misura di allontanamento	165
C Il delitto di <i>mariage</i> e di <i>reconnaissance d'enfants de complaisance</i>	167
§ 2. I reati volti a favorire l'ingresso e il soggiorno irregolari in Francia	171
A La tratta di esseri umani	172
B Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare	177
C La responsabilità dei <i>transporteurs</i>	180
D Il lavoro illegale	183
Résumé	188

Capitolo 2:

La politica italiana di contrasto dell'immigrazione irregolare	192
--	-----

Sezione 1:

L'evoluzione della normativa italiana in materia di immigrazione irregolare	193
§ 1. Verso un inasprimento del trattamento riservato agli stranieri	195
A La costruzione di una politica organica dell'immigrazione	195
B Rottura e continuità nella legge Bossi-Fini del 2002	204

§ 2. Le novità introdotte dai pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009 in materia di immigrazione	208
1) <i>La rilevanza penale della condizione di irregolarità dello straniero</i>	209
A L'illegitimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità	210
B Il reato di ingresso e soggiorno irregolare	217
C La posizione del minore straniero tra ordine pubblico e superiore interesse del fanciullo	224
a) Il minore straniero e l'aggravante della clandestinità	226
b) Il minore straniero e il reato di ingresso e soggiorno irregolare	229
2) <i>Gli altri reati connessi alla condizione di irregolarità dello straniero</i>	235
A L'utilizzo di documenti di ingresso e soggiorno alterati o contraffatti	235
B Il reato di inottemperanza all'ordine di esibizione di documenti	237
C I reati di inottemperanza all'ordine di allontanamento del Questore	240
<i>Sezione 2:</i>	
I reati di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare	251
§ 1 Novità e limiti della legislazione italiana in materia di traffico di esseri umani	251
A Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare	252
B Il nuovo delitto di tratta di persone (art. 601 c.p.)	261
§ 2 La repressione delle altre condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare	268
A La cessione a titolo oneroso di un immobile allo straniero irregolare	269
B L'impiego di lavoratori stranieri irregolari	276
Conclusioni	283
Bibliografia	286

Introduzione

Le questioni che riguardano il vasto tema delle politiche migratorie presentano indubbi profili di attualità, specie in seguito ai massicci arrivi di migranti irregolari e, in misura limitata, di persone che necessitano di protezione internazionale, determinati dalle agitazioni politiche e i conflitti militari verificatisi nel Nord Africa, che confermano la necessità di una politica forte e comune dell'Unione europea nel campo della migrazione e dell'asilo, in una prospettiva di autentica solidarietà tra gli Stati membri. Esse rivestono nel contempo una spiccata centralità nella prospettiva giuridica europea, riguardando questioni di rilevante interesse per quegli Stati che da tempo partecipano alla costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone. Il carattere strutturale dell'immigrazione e la diffusione nella percezione dell'opinione pubblica, spesso influenzata dai media, di una pericolosa equazione tra immigrazione e criminalità ha reso, in effetti, ancora più problematica la risposta delle autorità pubbliche all'immigrazione irregolare, nel tentativo, quasi impossibile, di rispondere alle esigenze della sicurezza, rispettando il sistema di garanzie proprio di uno Stato di diritto. Il bilanciamento di queste due componenti rappresenta la vera sfida che l'Unione europea e gli Stati membri sono chiamati ad affrontare in modo coerente e determinato.

Alla luce di quanto precede, nell'affrontare il tema in esame, si metterà innanzitutto in evidenza l'evoluzione della politica europea in materia di immigrazione, soffermandosi in particolare sulle tappe che hanno consentito il superamento della cooperazione intergovernativa, realizzata con gli Accordi di Schengen del 1985, a favore di una vera e propria politica comune in materia di immigrazione, quale quella di cui all'art. 67 par. 2 TFUE, come modificato dal Trattato di Lisbona. Particolarmente rilevante, in tal senso, è l'art. 79 TFUE, in cui si afferma che l'Unione sviluppa una «politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta». L'espressa qualificazione di tale politica come *comune* e la possibilità di fare ricorso, al fine di contrastare l'immigrazione illegale e la tratta di esseri umani, a misure di cooperazione in materia penale *ex* artt. 82 e 83 TFUE mostrano gli evidenti progressi realizzati rispetto al precedente art. 63, parr. 3 e 4, del TCE.

L'art. 79 TFUE costituisce quindi il punto d'arrivo della naturale competenza dell'Unione europea a disciplinare una tematica strettamente legata alla libera circolazione delle persone e rappresenta anche il punto di equilibrio faticosamente raggiunto tra i due *volets* che tradizionalmente compongono la politica migratoria, vale a dire regolazione dei flussi migratori regolari e contrasto dell'immigrazione irregolare. Tale equilibrio è particolarmente importante in quanto l'evoluzione della politica migratoria europea è stata costantemente caratterizzata dall'alternanza di momenti di particolare attenzione verso le tematiche connesse alla gestione dell'immigrazione regolare (integrazione, ricongiungimento familiare, etc.) e momenti in cui il contrasto dell'immigrazione irregolare si è imposto come assoluta priorità nell'agenda politica europea. Emblematici, in tal senso, gli sviluppi successivi agli attentati terroristici dell'11 settembre 2001 che hanno contribuito a diffondere una visione securitaria dei fenomeni migratori, imponendo, a tutti i livelli, una lettura emergenziale di ogni questione concernente l'immigrazione, che ha rischiato in alcuni casi di compromettere l'effettiva tutela dei diritti dei migranti.

Ricostruiti i momenti essenziali nella costruzione di una politica comune in materia di immigrazione, si passerà ad analizzare gli strumenti adottati dall'Unione europea al fine di contrastare l'immigrazione irregolare, soffermandosi tanto sulle iniziative intraprese in materia di prevenzione, quanto sui risultati raggiunti sul piano della repressione, focalizzando l'attenzione sul necessario collegamento che deve sempre sussistere tra le esigenze di lotta all'immigrazione clandestina e il rispetto dei diritti fondamentali. Tale ultimo presupposto si rivela, infatti, qualificante dell'intero impianto giuridico della politica comune di immigrazione.

La prospettiva adottata in tale indagine non sarà di tipo meramente interpretativo, bensì si tratterà di un tentativo di ricostruzione volto a mettere a fuoco i principali problemi emersi e a fornire alcuni strumenti analitici utili a superarli, in modo da poter individuare quegli *standard* che, secondo l'inquadramento europeo, dovrebbero essere rispettati dagli Stati membri nella loro azione di contrasto verso l'immigrazione irregolare.

Attraverso l'esame dei principali atti adottati dall'Unione europea, si verificherà quindi il livello di armonizzazione raggiunto in materia, nonché l'incidenza che su di esso hanno le disposizioni che fanno rinvio al diritto nazionale; in particolare, si valuterà in che misura la flessibilità della tecnica legislativa utilizzata, esemplificata dal riconoscimento di deroghe in favore degli Stati membri o dal ricorso alla armonizzazione minima, incida sul grado di ravvicinamento delle legislazioni nazionali e, più in generale, sulla realizzazione di una politica comune in materia di immigrazione irregolare.

In questa prospettiva, la seconda parte del lavoro si concentrerà in particolare sulle politiche adottate in materia da due Stati membri dell'Unione - Italia e Francia - al fine di vagliare la compatibilità delle scelte adottate dai legislatori nazionali alle indicazioni provenienti dall'Unione europea. L'indagine sarà svolta in chiave comparatistica, analizzando attentamente le politiche adottate nei due Paesi al fine di contrastare l'immigrazione irregolare e tentando di interpretare le numerose similitudini, ma altresì le complesse differenze.

PARTE I. L'UNIONE EUROPEA E L'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

I recenti avvenimenti verificatisi nel Mediterraneo meridionale hanno confermato l'esigenza di una politica comune dell'Unione europea in materia di immigrazione, sottolineando la necessità di realizzare progressi sostanziali per quanto riguarda la legislazione, la cooperazione operativa e le relazioni con i paesi terzi, al fine di evitare che una cattiva gestione dei flussi migratori possa compromettere la coesione sociale e la fiducia dei cittadini in uno spazio di libera circolazione, privo di frontiere interne. Una politica migratoria complessiva per i cittadini di paesi terzi, basata su procedure di ammissione comuni, che tratti equamente tali cittadini, può infatti contribuire alla futura prosperità dell'Unione. Come sottolineato nella strategia Europa 2020, una delle sfide economiche più urgenti dell'Europa riguarda il declino demografico della popolazione in età lavorativa, accompagnato dalla prospettiva di notevoli carenze di competenze in taluni settori. Se vuole rimanere competitiva e mantenere il suo modello sociale in modo sostenibile, l'Europa deve quindi adottare misure volte a migliorare i tassi di occupazione dei cittadini residenti nell'Unione, ma al contempo deve prendere iniziative concrete per far fronte alle esigenze di manodopera previste tramite un'immigrazione mirata di cittadini di paesi terzi.

In quest'ottica, il Consiglio europeo dell'ottobre 2008 ha adottato un patto europeo sull'immigrazione e l'asilo al fine di stimolare lo sviluppo di una politica comune dell'Unione, in cui si individuano ben cinque priorità: organizzare l'immigrazione legale, combattere l'immigrazione clandestina, rafforzare le frontiere esterne, costruire un sistema di asilo e creare un partenariato globale per la migrazione e lo sviluppo. Tali impegni sono stati ribaditi e ulteriormente specificati nel programma di Stoccolma adottato dal Consiglio nel dicembre 2009; inoltre, l'entrata in vigore del trattato di Lisbona ha assicurato un quadro giuridico stabile, globale e più trasparente per lo sviluppo della politica di migrazione dell'Unione, grazie in particolare all'accresciuta partecipazione del Parlamento europeo al processo decisionale.

In un quadro in cui la questione migratoria acquista sempre più rilevanza nella costruzione giuridica europea, si concentrerà l'attenzione sull'immigrazione irregolare e sull'azione condotta a livello europeo per contrastare lo sviluppo di tale fenomeno. A tal proposito, risulta fondamentale individuare il discrimine tra due concetti - la "clandestinità" e l'"irregolarità" - cui si farà spesso riferimento nel corso del presente lavoro: mentre la prima inerisce al tentativo del migrante di entrare in un Paese diverso dal proprio, eludendo i

controlli di polizia alle frontiere o con l'ausilio di documenti falsi; la seconda riguarda invece il soggiorno, ovvero il mancato possesso da parte del soggetto dell'autorizzazione a risiedere sul territorio nazionale.

Premesso ciò, è da rilevare che il problema dell'immigrazione clandestina dei cittadini di paesi terzi ha costituito specificamente una parte centrale della politica comune dell'Unione in materia di migrazione, sin dal suo inizio, essendosi ben presto diffusa a livello europeo la consapevolezza che rispondere in modo efficace alla migrazione irregolare è una condizione essenziale affinché la politica di migrazione sia credibile. In particolare, nella comunicazione del 2001 riguardante una politica comune in materia di immigrazione clandestina, la Commissione ha annunciato la sua intenzione di «*affrontare la questione dell'immigrazione clandestina adottando un'impostazione di ampio respiro*», tenendo conto delle diverse fasi del processo migratorio. In quest'ottica, nel Programma dell'Aia, è stato indicato il programma per intensificare la lotta contro tutte le forme di immigrazione clandestina in vari settori, quali la sicurezza delle frontiere, l'occupazione clandestina, il rimpatrio e la cooperazione con i paesi terzi; settori, questi, che saranno esaminati in dettaglio nei capitoli che seguono, senza tuttavia trascurare che, nonostante l'importanza di misure efficaci volte a prevenire l'immigrazione irregolare e a garantire la sicurezza delle frontiere, una politica dell'Unione coerente e credibile in materia di immigrazione deve essere necessariamente equa e garantire il rispetto dei diritti umani.

La crescente pressione migratoria alle frontiere esterne dell'Unione rende oggi quanto mai opportuna un'analisi della politica dell'Unione europea in materia di immigrazione, condotta con particolare riguardo alla problematica dell'immigrazione clandestina, alla luce del nuovo quadro istituzionale offerto dal Trattato di Lisbona, che dovrebbe favorire un approccio congiunto, basato sulla fiducia reciproca e sulla condivisione delle perizie e delle conoscenze, nell'intento di approfondire la cooperazione e di elaborare politiche comuni.

Gli spunti che si intendono offrire riguardano, dunque, complessivamente la questione della compatibilità tra l'attuale normativa europea in materia di cittadini di paesi terzi in condizione irregolare e il rispetto dei loro diritti e libertà fondamentali, garantiti nello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» da un sistema giudiziario che si avvale di giudici nazionali e di corti internazionali europee, quali quelle di Strasburgo e di Lussemburgo.

CAPITOLO I. La politica dell'Unione europea in materia di immigrazione e il trattamento dei cittadini non comunitari

La costruzione di una politica dell'Unione europea in materia di immigrazione, che ha senza dubbio rappresentato uno degli aspetti giuridicamente più complessi e politicamente più sensibili del processo di integrazione europea, trova oggi una compiuta realizzazione all'art. 67 par. 2 TFUE, in base al quale l'Unione sviluppa una "politica comune" in materia di frontiere, visti, immigrazione e asilo, che consente di intervenire nel settore attraverso qualsiasi atto legislativo dell'Unione. L'art. 62 TCE attribuiva, invece, all'Unione la competenza ad adottare "norme minime", vale a dire norme che escludevano l'armonizzazione, lasciando ampia discrezionalità agli Stati nella disciplina di una materia intimamente connessa alla sovranità statale e come tale gelosamente custodita dagli Stati membri.

La costante dialettica tra tutela dell'interesse comune e difesa delle prerogative nazionali caratterizza, in effetti, l'evoluzione della politica comunitaria di immigrazione, accompagnata da un'ineliminabile tensione tra l'intento di sviluppare la libera circolazione delle persone ed esigenze securitarie, notevolmente inasprite specie in seguito agli attentati terroristici dell'11 settembre 2011. In quest'ottica, si analizzeranno i principali momenti della definizione di una politica comune dell'Unione europea in materia di immigrazione, soffermandosi in particolare sulle conseguenze dell'eliminazione dei controlli alle frontiere interne dell'Unione sulla gestione del "rischio" migratorio, alla luce del quadro istituzionale di riferimento (Sezione 1).

In particolare, fra i principi di una politica europea sull'immigrazione vi è quello di bilanciare il diritto degli Stati di decidere sull'ammissione dei migranti con il rispetto dei diritti fondamentali di coloro che hanno bisogno di protezione internazionale. D'altra parte, l'Unione ha da tempo sviluppato un sistema di protezione dei diritti umani, fondato sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, sui principi di diritto comuni agli Stati membri e sul riferimento alle convenzioni da essi stipulate, oltre che sulla Carta dei diritti fondamentali. Pertanto, anche se le norme del Trattato in materia di immigrazione non contengono alcun riferimento espresso ai diritti umani dei migranti, è chiaro che l'azione comunitaria contro l'immigrazione illegale trova dei limiti importanti nel rispetto di tali diritti. Ai migranti in situazione irregolare si deve infatti riservare un trattamento degno e umano, specie ove si consideri che essi sono spesso vittime di reti di trafficanti e di sfruttamento da parte dei datori

di lavoro. Per tali ragioni, si esaminerà la compatibilità del trattamento che i paesi di destinazione riservano ai migranti irregolari con gli obblighi internazionali di protezione dei diritti umani di cui sono titolari gli stranieri, a prescindere dal loro *status* di migrante regolare o irregolare, soffermandosi in particolare sugli obblighi di tutela che derivano dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Sezione 2).

Sezione 1. L'evoluzione della disciplina comunitaria in materia di immigrazione

A partire dagli anni Settanta si diffuse l'esigenza di affrontare il fenomeno migratorio nell'ambito di una dimensione più ampia, non più strettamente limitata al piano nazionale, che offrisse un quadro giuridico unitario, in grado di superare il vincolo della sovranità e di fornire soluzioni uniformi in tutti gli Stati membri. Nonostante le attese, i primi tentativi di razionalizzare, non solo in termini politici, ma soprattutto giuridici, la gestione dei flussi migratori, furono caratterizzati da una spiccata prudenza, frutto di un compromesso tra spinte comunitarie e contropunte nazionali, facilmente comprensibile ove si consideri che la politica dell'asilo, la disciplina relativa all'attraversamento delle frontiere esterne e la politica dell'ingresso e soggiorno dei cittadini dei paesi terzi comportavano una notevole compressione della sovranità dei singoli Stati a favore dell'Unione.

Nell'ambito di tale delicato processo di costruzione di una politica comune dell'immigrazione, uno snodo essenziale è rappresentato dal Trattato di Amsterdam che comunitarizza la materia di "Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone", segnando l'ingresso della politica di immigrazione nel programma d'azione comunitario volto alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Per tali ragioni, si analizzeranno le varie fasi dell'elaborazione di una politica comune in tale settore, soffermandosi dapprima sul quadro giuridico antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e sugli sviluppi che hanno consentito di passare da una mera cooperazione intergovernativa alla comunitarizzazione della politica di immigrazione (§ 1) e successivamente sulle prospettive aperte dal Trattato di Amsterdam che, sia pure di fatto ostacolate dal processo di securizzazione dei flussi migratori avviato in seguito agli attentati di New York e Washington, hanno posto le condizioni per una politica comune e integrata dell'Unione in tale settore, quale quella auspicata dal Trattato di Lisbona (§ 2).

§ 1. Dalle origini ad Amsterdam. L'immigrazione nel Trattato di Roma

Negli anni successivi all'entrata in vigore dei trattati istitutivi, le Comunità europee non ebbero alcun ruolo nella gestione dei fenomeni migratori, non esistendo alcuna norma che attribuisse espressamente alla Comunità una competenza in materia di immigrazione. Il trattamento dei cittadini dei paesi terzi rientrava dunque nell'esclusiva competenza degli Stati membri in quanto, se da un lato non era funzionale alla realizzazione del mercato comune, dall'altro era intrinsecamente connesso alla sovranità statale, essendo tradizionalmente considerato materia di "giurisdizione domestica", di ordine e sicurezza pubblica, e come tale "incedibile" e "incomprimibile". La differenziazione che ne derivava nella disciplina dello *status* dei cittadini dei paesi terzi si contrapponeva alla coerenza del regime previsto dal diritto comunitario per i cittadini degli Stati membri, che beneficiavano di tutta una serie di libertà previste dal Trattato¹.

In quegli anni, le esigenze di ricostruzione ed il successivo *boom* economico avevano indotto gli Stati ad adottare politiche di apertura nei confronti dell'immigrazione, al fine di sopperire all'insufficiente offerta interna di manodopera, che avevano determinato flussi intracontinentali di forza lavoro che si muovevano verso i paesi del centro e del Nord Europa alla ricerca di migliori condizioni di vita e di lavoro, senza far registrare alcuna esigenza di coordinamento a livello sovranazionale. Tuttavia, la riduzione della crescita economica e l'aumento della disoccupazione che si verificarono in seguito alla crisi internazionale degli anni '70 spinsero la Comunità a interessarsi alla condizione degli immigrati extracomunitari, rilevando, sulla base delle disposizioni del Titolo III in materia sociale², una indiretta competenza a occuparsi della problematica in esame, intervenendo in particolare attraverso due diverse linee d'azione. Sotto un primo profilo, il consolidamento del lavoro straniero all'interno delle strutture produttive nazionali indusse ancora una volta le istituzioni comunitarie a concentrare la loro attenzione sul trattamento degli immigrati lavoratori, come risulta dall'adozione di tutta una serie di atti dai quali emerge la volontà di affrontare i

¹ L'ambito di applicazione soggettiva della libertà di circolazione delle persone, declinata negli originari articoli 48-66, era circoscritto a coloro che avessero la cittadinanza di uno Stato membro. L'art. 52 sul diritto di stabilimento e l'art. 59 sulla libera prestazione dei servizi erano infatti espressamente limitati a questi ultimi; l'art. 48 sulla libera circolazione dei lavoratori, sebbene non contenesse alcun riferimento alla nazionalità, fu interpretato nello stesso senso. Sul punto, cfr. A. LANG, *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 698.

² In particolare gli artt. 117 e 118 del Trattato di Roma che consentivano alle istituzioni comunitarie di adottare atti di natura non vincolante, quali pareri e raccomandazioni, al fine di favorire l'armonizzazione dei sistemi sociali e il ravvicinamento delle disposizioni statali, promuovendo il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera.

problemi di integrazione dei lavoratori nello Stato ospite in modo unitario, a prescindere dalla cittadinanza dei soggetti coinvolti, al fine di eliminare le discriminazioni nelle condizioni di vita e di lavoro, dando così attuazione agli obiettivi fissati all'art. 117 del Trattato³.

Sotto un altro aspetto, invece, l'aumento dei flussi migratori irregolari, determinato anche dalle politiche più restrittive adottate dagli Stati nei confronti dell'immigrazione, fece avvertire l'esigenza di una più intensa collaborazione tra gli Stati nella lotta all'immigrazione clandestina, al traffico di esseri umani e agli altri abusi connessi a tale fenomeno, come risulta dalla presentazione nel 1978 da parte della Commissione di una proposta di direttiva, basata sull'art. 100 del Trattato di Roma⁴, volta al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di lotta contro l'immigrazione clandestina e l'occupazione illegale⁵.

Già verso la fine degli anni Settanta la Commissione evidenziava dunque l'esigenza di un'azione comunitaria che integrasse le misure adottate dagli Stati membri per contrastare l'impiego illegale dei lavoratori non comunitari, ritenuto pregiudizievole per l'occupazione di tutti i lavoratori, oltre che un ostacolo alla realizzazione degli obiettivi sociali della Comunità. Ancora una volta, la competenza in materia di immigrazione si ricavava dalla funzione strumentale che le eventuali norme relative al trattamento dei lavoratori extracomunitari avrebbero potuto svolgere in relazione agli obiettivi di tutela dell'occupazione sanciti dal Trattato⁶. Nonostante tale proposta non ebbe alcun seguito, rendendo evidenti le difficoltà di una possibile cooperazione in un settore così delicato, è al tempo stesso particolarmente significativa in quanto mostra la presa di coscienza via via più diffusa circa l'inadeguatezza delle risposte adottate dai singoli Stati in una mera logica di difesa delle prerogative nazionali, oltre che la particolare sensibilità al problema dell'immigrazione clandestina in tutti i suoi aspetti connessi all'obiettivo del mercato comune⁷.

Dopo tale timida affermazione dell'esigenza di una competenza comunitaria in materia, la Commissione si mostra più favorevole a soluzioni che, pur essendo volte a

³ Il riferimento è al Programma d'azione a favore dei lavoratori migranti e delle loro famiglie del 18 dicembre 1974, in *Boll. CEE*, 1976, supplemento n. 3, cui ha fatto seguito la Risoluzione del Consiglio del 9 febbraio 1976 relativa ad un programma d'azione a favore dei lavoratori migranti e dei loro familiari, in *GUCE*, C 34, del 14-2-76, p. 2 ss, entrambi volti a favorire la parità di trattamento tra lavoratori comunitari ed extracomunitari in materia di condizioni di vita e di lavoro, di salari e diritti economici.

⁴ Ai sensi dell'art. 100 del Trattato il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, poteva stabilire direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che avessero un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune; era inoltre previsto che l'Assemblea e il Comitato economico e sociale fossero consultati sulle direttive la cui esecuzione poteva comportare, in uno o più Stati membri, una modificazione nelle disposizioni legislative.

⁵ Proposta della Commissione del 5 aprile 1978, in *GUCE*, n. C 97/9.

⁶ M. AIMO, *Lavoro e immigrazione nell'Unione europea*, in *Lavoro e diritto*, 1994, n. 4, p. 587.

⁷ O. PORCHIA, *La libera circolazione delle persone e la competenza comunitaria in materia di immigrazione da Stati terzi*, in B. NASCIBENE, *Da Schengen a Maastricht, Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995, p. 135.

superare le ritrosie degli Stati e avviare tra gli stessi una forma di cooperazione in materia di immigrazione, rientrano pur sempre nell'ambito della logica intergovernativa, di cui costituisce espressione la pur significativa istituzione, sulla base dell'art. 118 del Trattato, di una procedura di comunicazione preliminare e di un meccanismo di concertazione sulle politiche migratorie nei confronti dei paesi terzi, volti a migliorare lo scambio di informazioni tra gli Stati membri nel settore in esame e a garantire la conformità delle misure da essi adottate alle politiche ed alle azioni comunitarie⁸.

Nonostante la limitata portata degli obiettivi perseguiti dalla Commissione, la relativa decisione fu subito impugnata da cinque Stati membri, secondo cui l'art. 118, da un lato, non consentiva alla Commissione di adottare misure vincolanti, sia pure volte all'introduzione di meri obblighi di informazione e comunicazione, specie in un settore delicato quale quello del trattamento dei cittadini dei paesi terzi; dall'altro, tale articolo, essendo incentrato sui poteri di consultazione nel campo della politica sociale, non comprendeva affatto l'immigrazione nel suo ambito di applicazione. La Corte di Giustizia, pur dichiarando l'atto illegittimo per incompetenza della Commissione, ha tuttavia riconosciuto che la collaborazione nel campo della politica sociale poteva ricomprendere alcuni aspetti della materia dell'immigrazione, nella misura in cui questi potessero ritenersi collegati con il funzionamento del mercato europeo del lavoro, riconoscendo in tal modo per la prima volta una sia pur limitata competenza comunitaria in materia di immigrazione, suscettibile di avere significativi sviluppi negli anni successivi.

In particolare, la Corte ritiene che «la situazione dell'occupazione e, più in generale, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro nell'ambito della Comunità possono infatti risentire della politica seguita dagli Stati membri nei confronti della manodopera proveniente da Paesi terzi. Si deve quindi garantire che le politiche migratorie degli Stati membri nei confronti dei Paesi terzi tengano conto delle politiche comuni e delle azioni condotte sul piano comunitario, in particolare nell'ambito della politica comunitaria del mercato del lavoro, onde non comprometterne i risultati. Fa in particolare parte della politica migratoria ricadente sotto l'art. 118 l'incoraggiamento dell'integrazione professionale dei lavoratori originari di Paesi terzi e, qualora si tratti di progetti connessi con i problemi d'occupazione e di condizioni di lavoro, l'incoraggiamento della loro integrazione sociale. Viceversa l'incoraggiamento della

⁸ Decisione della Commissione dell'8 luglio 1985, in GUCE L 217, del 14 agosto 1985, 25 ss, in base alla quale ogni Stato doveva trasmettere alla Commissione i progetti di leggi, atti amministrativi o accordi internazionali relativi all'ingresso, al soggiorno e al trattamento dei cittadini di Paesi terzi, al fine di avviare una concertazione che poteva mirare, tra l'altro, a facilitare la mutua informazione e la definizione dei problemi di interesse comune, oltre che ad esaminare l'opportunità di misure che potrebbero essere prese dalla Comunità o dagli Stati membri nei settori in oggetto.

loro integrazione culturale, considerata in generale, esula dal campo sociale nel quale l'art. 118 attribuisce alla Commissione il compito d'incoraggiare la collaborazione fra gli Stati»⁹. Per il resto, secondo la Corte, la Commissione poteva senz'altro istituire una procedura di informazione e consultazione, purché questa non si spingesse fino al punto di imporre obblighi di risultato agli Stati membri, magari impedendo loro di porre in essere atti o azioni non conformi alle politiche della Comunità. La portata della pronuncia della Corte non era però ancora tale da superare le resistenze istituzionali e politiche in materia di immigrazione, come mostra il fallimento di un'altra Decisione adottata nel 1988 dalla Commissione volta a ristabilire la stessa procedura di concertazione alla luce delle indicazioni della Corte di Giustizia¹⁰.

Da quanto detto risulta dunque evidente che il trattamento dei cittadini extracomunitari, pur non rientrando tra le competenze espressamente attribuite dai Trattati alla Comunità, cominciò a venire all'attenzione delle istituzioni comunitarie, prime fra tutte la Commissione, per le strette connessioni esistenti con la politica sociale e il funzionamento del mercato del lavoro, e quindi, più in generale, con la realizzazione degli obiettivi economici della Comunità.

A. L'avvio della cooperazione intergovernativa e gli Accordi di Schengen

Non appena presero coscienza del fatto che la realizzazione degli obiettivi economici della Comunità non poteva prescindere dalla regolamentazione di alcuni aspetti della condizione dei cittadini extracomunitari, gli Stati membri cominciarono a interrogarsi su quale fosse la sede istituzionale più idonea per realizzare i relativi interventi, essendo a tutti chiaro che i tempi non erano ancora maturi per la logica propriamente comunitaria in materia di gestione dei flussi migratori. La costante dialettica tra la tutela dell'interesse comune e la difesa delle prerogative nazionali spiega in effetti perché, all'inizio, l'unica via percorribile ai fini dell'elaborazione di una politica comune in materia di immigrazione fu quella della cooperazione intergovernativa, il cui successo risiedeva nella mancata previsione di una limitazione sopranazionale nell'esercizio delle competenze statali in materia di immigrazione, collocandosi nell'esclusiva prospettiva di un più intenso coordinamento tra gli Stati interessati

⁹ Corte di Giustizia CE, 9 luglio 1987, in cause riunite n. 281, n. 283, n. 285 e n. 287/85, Repubblica federale di Germania, Francia, Paesi Bassi, Danimarca e Regno Unito c. Commissione, in Racc., 1987, p. 3203 ss, punti 10 ss.

¹⁰ Decisione della Commissione dell'8 giugno 1988, in GUCE L 183, del 14 luglio 1988, che istituisce una procedura di comunicazione preliminare e di concertazione sulle politiche migratorie nei confronti dei paesi terzi.

al fine di realizzare la libera circolazione delle persone. L'obiettivo perseguito era dunque meramente economico, volendo gli Stati eliminare i controlli alle frontiere, che allungavano notevolmente le pratiche amministrative quotidiane, esasperando i vettori e rendendo i trasporti terrestri tra Stati confinanti estremamente complessi¹¹.

Infatti, fu proprio il blocco di numerosi valichi di frontiera, realizzato nella primavera del 1984 dagli autotrasportatori irritati dai continui ritardi dovuti alla sistematicità dei controlli, a indurre la Francia e la Repubblica federale di Germania, in risposta alle richieste provenienti dal mondo della grande industria, a concludere il 13 luglio 1984 a Sarrebrück un primo accordo avente ad oggetto la soppressione graduale dei controlli d'identità alle frontiere¹². La presa di coscienza del divario esistente tra il dinamismo delle realtà economiche e la lentezza delle procedure amministrative spinse ben presto Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi ad aderire all'intesa, firmando il 14 giugno 1985 gli Accordi di Schengen, che costituiscono senz'altro il risultato più significativo del metodo intergovernativo, nel cui preambolo si esprime l'esigenza di un'unione sempre più stretta fra i popoli degli Stati membri, da realizzare attraverso la libertà di attraversamento delle frontiere interne da parte di tutti i cittadini e la libera circolazione delle merci e dei servizi¹³.

Tale obiettivo rivestiva al tempo stesso un forte significato simbolico per i cittadini, contribuendo a diffondere la consapevolezza di appartenere a un'Europa unita, e una notevole valenza pratica per le amministrazioni, implicando l'eliminazione dei controlli sistematici su persone e merci alle frontiere interne. La maggiore mobilità dei cittadini europei e degli stranieri presenti sul territorio comunitario che ne sarebbe derivata poteva però rappresentare un pericolo per il mantenimento dell'ordine pubblico negli Stati membri, rendendo necessaria l'adozione di misure volte a controbilanciare tale deficit di sicurezza¹⁴. Nel 1985 la stessa

¹¹ L'idea di abolire i controlli alle frontiere interne tra gli Stati membri era apparsa per la prima volta nel *Rapporto Tindemans*, presentato al Consiglio europeo il 29 dicembre 1975 dal primo ministro belga Leo Tindemans, che conteneva un progetto sullo sviluppo dell'Unione europea, volto ad avvicinare i cittadini alle istituzioni europee, attraverso azioni che riguardavano la protezione dei diritti fondamentali, la tutela dei consumatori, la protezione dell'ambiente, l'instaurazione della libera circolazione delle persone e di una politica comune in materia di educazione e informazione. A causa di contrasti politici all'interno della Comunità, il rapporto Tindemans non ebbe però alcun seguito.

¹² Accordo pubblicato in *European Yearbook*, XXXII vol., 1986, p. 17 ss.

¹³ Accordo fra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, Schengen, 14 giugno 1985, JO n. L 239, 22 settembre, 2000. Tali accordi sono stati recepiti dall'Italia con legge di ratifica del 30 settembre 1993 n. 338 (in GU 2 ottobre 1993, suppl. ord. n. 232), ma entrati in vigore soltanto il 26 ottobre 1997. In generale sugli Accordi di Schengen, cfr. S. BELLUCCI, *Schengen, L'Europa senza frontiere e le nuove misure di cooperazione tra polizie*, Roma, 1999; V. HREBLAY, *Les accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir*, Bruxelles, 1998; J.P.H. DONNER, *Abolition of border controls*, in H.G. SCHERMERS e altri, *Free movement of persons in Europe*, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. 5.

¹⁴ In tal senso, cfr. N. PARISI, *Il terzo pilastro dell'Unione europea*, in N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996, p. 28.

Commissione aveva anticipato l'esigenza che l'abolizione delle frontiere intracomunitarie si collegasse alla contemporanea previsione di tutta una serie di misure «compensative» in materia di asilo, di visti di ingresso, di controllo sulle armi, al fine di far fronte al *deficit* di sicurezza che il venir meno dei relativi controlli avrebbe inevitabilmente comportato¹⁵, presentando una proposta di direttiva sull'alleggerimento dei controlli alle frontiere interne¹⁶, che non fu però adottata, cui ne seguì un'altra nel 1988 sul diritto d'asilo¹⁷, bocciata prima ancora della sua presentazione ufficiale.

L'evidente impossibilità di raggiungere nelle sedi istituzionali l'auspicato livello di cooperazione in materia di controlli alle frontiere esterne indusse dunque gli Stati a utilizzare il metodo intergovernativo, inserendo appunto negli Accordi di Schengen, accanto alle norme relative alla libertà di circolazione all'interno della Comunità, una disciplina dettagliata circa i controlli alle frontiere esterne, un regime comune nella concessione dei visti, una politica comune in materia di diritto d'asilo nonché la creazione di una rete informatizzata per lo scambio di informazioni¹⁸. L'attuazione di alcune di queste misure¹⁹ richiedeva però la negoziazione di disposizioni concrete, confluite poi nella Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen (d'ora in poi CAAS) del 19 giugno 1990, articolata in 142 articoli, che costituiscono la base giuridica per tradurre in realtà l'ambizioso obiettivo della libera circolazione delle persone, dettando disposizioni puntuali relative all'ingresso, soggiorno e circolazione degli stranieri nello spazio Schengen²⁰. In particolare, *ex art. 5 CAAS*, l'ingresso dei cittadini di paesi terzi per un periodo non superiore a tre mesi è consentito a condizione che essi siano in possesso di documenti validi e del visto; esibiscano, ove richiesto, i documenti che giustificano lo scopo e le condizioni del viaggio e dispongano di mezzi di

¹⁵ Doc. COM (8) 310 def. del 14 giugno 1981, p. 1455.

¹⁶ GUCE n. C 131 del 30 gennaio 1981.

¹⁷ Doc. COM (88) 640 def., del 7 dicembre 1988, p. 6 S8.

¹⁸ Sulle misure più rappresentative della cooperazione Schengen, cfr. S. DE BIOLLEY, *Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne. Les débuts : l'acquis de Schengen*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2006, n. 1-2, p. 23.

¹⁹ Tra le misure applicabili invece nel breve periodo allo scopo di facilitare nell'immediato la circolazione delle persone, particolarmente importante era l'art. 3 dell'Accordo in base al quale, al fine di agevolare la circolazione dei veicoli da turismo, i cittadini degli Stati membri che giungevano alla frontiera comune a bordo di un'autovettura potevano apporre sul parabrezza del veicolo un disco verde, del diametro di almeno 8 cm., che indicava che essi erano in regola con le disposizioni di polizia di frontiera, trasportavano esclusivamente merci ammesse nei limiti delle franchigie e rispettavano la normativa in materia di cambi. Tale espediente oggi non è più utilizzato.

²⁰ Convenzione d'applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, JO n. L 239, 22 settembre, 2000, p. 19-62. A causa della lentezza dei procedimenti di ratifica, la Convenzione è entrata in vigore soltanto nel marzo 1995. In argomento, cfr. P. DEKNOP - I. RAES, *Schengen, mars 1995: ébauche d'une libre circulation en Europe*, in *RMCUE*, 1995, p. 282.

sussistenza sufficienti; non siano considerati pericolosi per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o le relazioni internazionali di uno Stato contraente e non siano segnalati ai fini della non ammissione, salvo che non ricorrano in tal caso particolari interessi meritevoli di tutela che giustifichino l'ingresso. Un'analisi approfondita del testo della Convenzione rende evidente la diversa dimensione in cui essa si colloca rispetto agli Accordi originari, costituendo un vero e proprio atto generale di cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni, in cui sono disciplinate tutta una serie di questioni che vanno dall'attraversamento delle frontiere esterne e la regolamentazione dei visti alla cooperazione di polizia, dall'assistenza giudiziaria in materia penale al *ne bis in dem*, dall'extradizione al trasferimento dell'esecuzione di sentenze penali, dalla lotta agli stupefacenti all'acquisto, detenzione, fabbricazione e commercio di armi, per arrivare fino al trasporto ed alla circolazione di merci²¹. Si può rilevare dunque una prevalenza delle problematiche legate al mantenimento dell'ordine pubblico rispetto alla questione della libera circolazione, *leit-motiv* degli Accordi originari, essendo più della metà delle disposizioni della Convenzione dedicate proprio ai controlli alle frontiere esterne e alla cooperazione tra forze di polizia²².

La nuova logica risulta in particolare dalla creazione del Sistema di Informazione Schengen (SIS), composto da un'unità di supporto tecnico centrale con sede a Strasburgo e da tante basi nazionali quanti sono gli Stati contraenti secondo una struttura a stella, in cui confluiscono le segnalazioni ai fini della non ammissione e altre informazioni, risultanti dalle decisioni delle autorità amministrative o giurisdizionali nazionali, fondate sulle circostanze individuate all'art. 96 CAAS²³. La rilevanza che il SIS assume nello spazio Schengen, di cui costituisce la manifestazione più evidente, ne ha fatto un elemento controverso, simbolo di una vera e propria "fortezza Schengen", in cui la sorveglianza dei cittadini rischia talvolta di risultare eccessiva, specie per quanto riguarda le segnalazioni ai fini della non ammissione sul territorio.

Del resto, che si tratti di un sistema chiuso in cui poco spazio è lasciato alla tutela dei diritti dell'uomo risulta evidente anche dalle previsioni di un Comitato esecutivo, nel quale sono rappresentate le Parti contraenti e che decide all'unanimità, cui è affidato il compito di vigilare sulla corretta applicazione dell'accordo (art. 131 par. 2 Conv.), senza alcun

²¹ R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. dir. eu.*, 1994, n. 2, p. 233.

²² Questa prospettiva era del resto coerente con quella accolta dal Documento di Palma, presentato nel giugno 1989 in occasione del Consiglio europeo di Madrid, in cui si sottolineava l'esigenza che la libera circolazione delle persone all'interno della Comunità si accompagnasse al rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, oltre che della cooperazione giudiziaria e di polizia.

²³ In argomento, cfr. B. SCHATTENBERG, *The Schengen Information System: privacy and legal protection*, in H.G. SCHERMERS e altri, *Free movement of persons in Europe*, cit., p. 43.

riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e senza un apposito livello giurisdizionale per la soluzione delle controversie²⁴. Ma le critiche circa le garanzie giurisdizionali relative alla salvaguardia dei diritti dell'uomo non sono state di certo le sole che hanno investito il sistema Schengen, avendo altri autori rilevato anche il deficit democratico che ha caratterizzato la conclusione degli Accordi, varati al di fuori delle procedure e garanzie dell'ordinamento comunitario, senza possibilità di autonoma valutazione da parte dei Parlamenti nazionali cui sono stati sottoposti per la ratifica²⁵. È stato inoltre osservato che, nonostante i propositi di liberalizzazione e armonizzazione, il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne è avvenuto privilegiando gli interessi degli Stati rispetto a quelli delle persone, contribuendo a delineare un sistema chiuso in cui le condizioni di ammissione dei cittadini non comunitari sono state notevolmente inasprite²⁶. Tale constatazione è avvalorata dalla sentenza *Wijzenbeek* in cui la Corte precisa che, anche se i cittadini comunitari godono della libertà di circolazione, gli Stati membri conservano comunque il diritto di effettuare controlli d'identità alle frontiere interne, al fine di accertare se i soggetti interessati siano cittadini di uno Stato membro, aventi quindi il diritto di circolare liberamente sul territorio comunitario, o cittadini di un paese terzo, privi di tale diritto²⁷.

Aldilà delle riserve circa la compatibilità con il diritto comunitario, nonché con gli strumenti per la protezione dei diritti dell'uomo, la successiva adesione al sistema Schengen di tutti gli Stati membri, ad eccezione di Regno Unito e Irlanda²⁸, rende evidente come esso abbia permesso di realizzare un embrione di cooperazione impossibile da raggiungere a livello comunitario, consentendo agli Stati di sfuggire a ciò quei meccanismi che, costituendo l'essenza del metodo comunitario, erano percepiti come limiti, quali il controllo delle Corti di Giustizia e l'iniziativa esclusiva della Commissione²⁹. Inoltre, la mancata previsione del primato o dell'applicabilità diretta, con tutte le conseguenze che ne sarebbero derivati per gli Stati, ne fanno un strumento alternativo a quello comunitario, più rispondente alle ritrosie

²⁴ In Italia, al fine di bilanciare a livello interno tale lacuna, il Parlamento ha svolto un'opera di controllo attraverso un comitato *ad hoc*; sul punto, cfr. B. NASCIBENE, *L'incorporazione degli accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 731 ss.

²⁵ R. BONTEMPI, *Gli Accordi di Schengen*, in B. NASCIBENE, *Da Schengen a Maastricht*, cit., p. 43.

²⁶ B. NASCIBENE, *Dopo Schengen*, in *Diritto Ue*, 1997, p. 505.

²⁷ Corte Giust., 21 settembre 1999, *Wijzenbeek*, causa C - 378/9, in *Racc.*, I - 6207.

²⁸ L'adesione agli Accordi di Schengen avviene mediante protocolli firmati con l'Italia (Parigi, 27-11-90), la Spagna e il Portogallo (Bonn, 25-6-91), la Grecia (Madrid, 6-11-92), l'Austria (Bruxelles, 28-4-95), la Danimarca, la Finlandia e la Svezia (Lussemburgo, 19-12-96).

²⁹ H. LABAYLE, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam*, in *AJDA*, 1997, n. 12, p. 928.

nazionali in una tematica sensibile quale l'immigrazione. Il merito degli Accordi di Schengen è stato dunque quello di aver costituito il primo esempio di cooperazione rafforzata *ante litteram*, ponendosi come strumento necessario affinché la realizzazione di un ambizioso obiettivo quale la libera circolazione delle persone all'interno delle Comunità avvenisse senza eccessivi sacrifici per le sovranità statali. Da allora, tale esperienza è stata assolutamente determinante, avendo contribuito a elaborare i principi che ancora oggi sono alla base della libera circolazione delle persone nello spazio comune.

B. Il Trattato di Maastricht e l'istituzionalizzazione del metodo intergovernativo

Il processo di integrazione europea negli anni Novanta si svolgeva secondo dinamiche articolate, se non addirittura paradossali, in quanto la dimensione relativa ai controlli alle frontiere esterne e alla cooperazione di polizia, pur essendo funzionale alla prospettiva del mercato unico³⁰, era tuttavia relegata a livello di una cooperazione che, sia pur perfezionata rispetto agli inizi, si svolgeva comunque interamente al di fuori del quadro giuridico comunitario. Già nel 1988 il Consiglio europeo di Rodi aveva riconosciuto che la realizzazione degli obiettivi comunitari era legata ai progressi della cooperazione intergovernativa nella lotta contro il terrorismo, la criminalità internazionale, la droga e i traffici illeciti di qualsiasi natura; cooperazione che andava rafforzata affinché l'Europa diventasse una realtà tangibile agli occhi dei suoi cittadini³¹. Ulteriori passi in avanti nel senso di un implicito riconoscimento istituzionale della cooperazione intergovernativa si avranno poi anche con l'Atto Unico europeo, che nella dichiarazione allegata relativa alla libera circolazione delle persone³², collega espressamente tale forma di cooperazione alla realizzazione di uno spazio senza frontiere interne.

Ma la vera e propria svolta verso un embrione di politica comune in materia di immigrazione si realizza poi con il Trattato di Maastricht istitutivo dell'Unione europea (TUE), entrato in vigore il 1 novembre 1993, che inserisce nel quadro istituzionale dell'Unione europea la cooperazione su alcuni temi connessi alla gestione dei flussi migratori, nella prospettiva del superamento dei tratti più marcatamente internazionalistici fino al

³⁰ Per mercato unico si intende uno spazio senza frontiere in cui sia assicurata la libera circolazione di persone, merci, capitali e servizi (art. 14 Trattato CE).

³¹ Documento di Palma, redatto dal Gruppo dei Coordinatori istituito per dare impulso ai lavori intergovernativi nel settore della libera circolazione delle persone, Bruxelles, 9 giugno 1989, Circ. 3624/89.

³² In particolare, si precisa che gli Stati membri cooperano, senza pregiudizio delle competenze della Comunità, per quanto riguarda l'ingresso, la circolazione e il soggiorno dei cittadini dei paesi terzi.

momento dalla stessa posseduti³³. In particolare, tale Trattato, che ben esprime la tensione tra dinamismo evolutivo e complessità giuridica che caratterizzavano l'Unione europea negli anni Novanta, istituzionalizza la cooperazione tra gli Stati membri nel settore della giustizia e degli affari interni (Titolo VI, artt. K - K.9), al fine di agevolare «la libera circolazione delle persone, garantendo nel contempo la sicurezza dei loro popoli»³⁴.

Nella metafora architettonica delineata a Maastricht, tale forma di cooperazione non è tuttavia integrata nel sistema comunitario, bensì costituisce il terzo pilastro che si affianca, insieme al secondo dedicato alla politica estera e di sicurezza comune, al primo, costituito appunto dalla Comunità europea³⁵.

Tale divisione in pilastri costituisce la proiezione a livello istituzionale delle gelosie tradizionalmente mostrate dagli Stati in settori considerati intimamente connessi alla sovranità statale e rende inoltre evidenti i limiti persistenti nella cooperazione in materia di giustizia e affari interni. A tal proposito, è da rilevare che la natura non vincolante degli atti adottati, il processo decisionale basato sul voto all'unanimità nell'ambito del Consiglio e l'assenza di un calendario predeterminato caratterizzano la disciplina delle “questioni di interesse comune” in cui si articola la cooperazione in tale settore, fra cui risulta senz'altro dominante il tema dell'immigrazione, di cui all'art. K.1 n. 2, relativo alla disciplina dei controlli alle frontiere esterne, e n. 3 sulla politica di immigrazione e la politica da seguire nei confronti dei cittadini dei paesi terzi³⁶. Tale politica si articolava a sua volta in tre punti relativi rispettivamente alle condizioni di entrata e circolazione dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri (art. K.1 n. 3 a); alle condizioni di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri, compresi il ricongiungimento delle famiglie e l'accesso all'occupazione (art. K.1 n. 3 b); alla lotta contro l'immigrazione, il soggiorno e il lavoro irregolari di cittadini

³³ S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2005, n. 106, p. 216.

³⁴ Così il Preambolo del Trattato sull'Unione europea, punto decimo, pubblicato in GUCE, C 191 del 29-7-1992.

³⁵ Sulla cooperazione intergovernativa introdotta dal Trattato di Maastricht, cfr. H. LABAYLE, *L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Vers un droit pénal communautaire*, Parigi, 1995, p. 35; A. FORTESCUE, *La coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures dans le Traité de Maastricht*, in B. NASCIBENE, *Da Schengen a Maastricht*, cit., p. 27.

³⁶ Tra le altre “questioni di interesse comune”, vi sono la politica di asilo [art. K. 1 n. 1]; varie forme di cooperazione (cooperazione giudiziaria in materia civile, in materia penale, doganale e di polizia [art. K. 1 n. 6, 7, 8 e 9]); diverse forme di lotta (lotta contro l'immigrazione, il soggiorno e il lavoro irregolari, contro la tossicodipendenza e la frode su scala internazionale [art. K. 1 n. 3 c, 4, 5]). Dal punto di vista terminologico, è stato correttamente rilevato come sia più appropriato definire tali materie questioni di interesse comune, anziché competenze, in quanto quest'ultimo termine è preferibile ove si faccia riferimento a enti derivati, quali le organizzazioni internazionali, ai quali gli Stati membri hanno conferito appunto l'esercizio di talune competenze. In tal senso, N. PARISI, *Il terzo pilastro dell'Unione europea*, cit., p. 34. Inoltre, l'espressione ben esprime il livello di cooperazione raggiunto a Maastricht, ancora troppo debole per individuare degli obiettivi da perseguire, in grado soltanto di delineare ambiti d'intervento condivisi tra gli Stati membri.

dei paesi terzi nel territorio degli Stati membri (art. K.1 n. 3 c)³⁷. L'elencazione puntuale delle materie oggetto di una cooperazione intergovernativa divenuta ormai obbligatoria ben si prestava a evitare una cooperazione generalizzata, come avveniva nel secondo pilastro per ogni questione connessa alla politica estera e di sicurezza comune, delimitando i confini oltre i quali gli Stati potevano esercitare le loro esclusive competenze. In realtà, l'eterogeneità dei settori interessati dà un'idea delle difficoltà incontrate nell'ambito dei negoziati per la redazione del Trattato di Maastricht, difficoltà risolte con la codificazione di quella che era la prassi formatasi fino allora.

La peculiarità del terzo pilastro è data proprio dalla procedura legislativa utilizzata, essendo il processo decisionale accentrato in seno al Consiglio dell'Unione che, assistito da un Comitato di alti funzionari, pur non avendo competenze dirette, svolge una funzione di coordinamento, potendo adottare, in seguito agli accordi raggiunti con le procedure di cooperazione tra gli Stati membri e senza alcuna forma di controllo parlamentare e giurisdizionale³⁸, posizioni comuni, azioni comuni o progetti di convenzione³⁹. La natura di tali strumenti, tipici del secondo pilastro o della cooperazione diplomatica classica, e l'unanimità richiesta per loro adozione erano senz'altro coerenti con la volontà degli Stati di mantenere il loro dominio nelle materie legate agli affari interni⁴⁰. Inoltre, l'ambiguità normativa rilevata a proposito delle previsioni del Titolo VI, causata dalle numerose connessioni esistenti sul piano normativo e istituzionale tra primo e terzo pilastro, non poteva che tradursi in incertezza nell'interpretazione dei caratteri degli strumenti previsti⁴¹.

Una possibile interferenza di profili riconducibili al metodo comunitario sarebbe potuta derivare dall'esercizio della facoltà prevista all'art. K. 9 (poi art. 37 TUE), cd. "norma passerella", che consentiva al Consiglio, deliberando all'unanimità su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro, di far transitare nel primo pilastro le materie

³⁷ È interessante notare come, nonostante la tendenza alla securizzazione dei flussi migratori ereditata dalla cooperazione di polizia degli anni Ottanta, il contrasto all'immigrazione irregolare non avesse ancora raggiunto carattere prioritario, costituendo solo un aspetto del più ampio paragrafo destinato all'immigrazione.

³⁸ Per colmare la mancanza di organi competenti a vigilare sull'esecuzione degli impegni assunti, il Consiglio ha previsto dei questionari circa il seguito dato dagli Stati agli atti in materia di immigrazione, in modo da raccogliere le relative informazioni presso il Segretariato generale e elaborare delle relazioni.

³⁹ Quanto alla natura giuridica degli atti adottati dal Consiglio sulla base del Titolo VI, va rilevato che, mentre le convenzioni internazionali sono atti tipici di diritto internazionale, vincolanti solo in seguito alla ratifica da parte degli Stati membri, le posizioni comuni e le azioni comuni sono invece gli strumenti tipici della cooperazione intergovernativa del terzo pilastro. In particolare, le posizioni comuni, prive di effetti giuridici vincolanti, si limitano a esprimere gli orientamenti politici del Consiglio riguardo a determinate materie previste dall'art. K.1. Le azioni comuni invece hanno un'efficacia giuridica obbligatoria anche se limitatamente a taluni ambiti di attività di carattere perlopiù materiale.

⁴⁰ D. DUEZ, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, Bruxelles, 2008, p. 94.

⁴¹ Sul punto, cfr. più diffusamente G. GRASSO, *Introduzione*, in G. GRASSO - R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 29.

contemplate dall'articolo K. 1, punti da 1) a 6). I progressi previsti erano dunque controbilanciati dalla pesantezza della procedura, strutturata in modo tale da preservare le competenze degli Stati e garantire a questi ultimi l'esclusiva competenza nei settori oggetto di cooperazione giudiziaria penale, di polizia e doganale, esclusi dal trasferimento dal campo della cooperazione intergovernativa a quello della cooperazione istituzionale.

Per quanto riguarda la politica di immigrazione, non essendo mai stata esercitata la facoltà prevista dall'art. K. 9, l'unica competenza comunitaria di primo pilastro restava dunque quella prevista all'art. 100 C, in base al quale era affidato al Consiglio il compito di stabilire, deliberando a maggioranza qualificata a partire dal 1996, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini dovevano essere in possesso del visto per l'attraversamento delle frontiere esterne. Si trattava, secondo alcuni⁴², di una misura chiaramente di carattere difensivo, volte a prevenire possibili "invasioni", come risulta anche dalla previsione secondo cui, ove si fosse verificata una situazione di emergenza in un Paese terzo tale da provocare un afflusso massiccio all'interno della Comunità di cittadini di detto Stato, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, senza consultare il Parlamento, avrebbe potuto imporre, per un periodo generalmente non superiore a sei mesi, l'obbligo del visto per i cittadini dello Stato in questione (art. 100 C, comma 2).

Pur essendo inoltre attribuita alle istituzioni comunitarie la competenza a definire un modello uniforme di visti, si trattava però di una competenza limitata, in quanto, come ha avuto modo di precisare la Corte, si riferiva solamente a visti che consentivano alle persone che ne erano in possesso di oltrepassare le frontiere esterne di uno Stato membro attraverso i punti di passaggio al fine di soggiornare o di viaggiare nel mercato interno durante il periodo e alle condizioni stabiliti in tali visti⁴³.

Inoltre, a differenza delle tre convenzioni finora elaborate che non contenevano alcun riferimento alle convenzioni umanitarie⁴⁴, l'art. K. 2 TUE afferma che la trattazione delle materie di interesse comune deve avvenire nel rispetto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, quasi a voler bilanciare la riserva di competenza prevista al comma 2 a favore degli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

⁴² M. PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'immigrazione, dell'asilo e della sicurezza interna*, in B. NASCIBENE, *Da Schengen a Maastricht*, cit., p. 23.

⁴³ Corte Giustizia, sent. 12-5-1 998, c. C-170/96, Commissione Consiglio, in Racc., I-2763, par. 24.

⁴⁴ Ci si riferisce alla Convenzione di Schengen di cui sopra, alla Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri e alla Convenzione degli Stati membri sull'attraversamento delle frontiere esterne.

La cooperazione contemplata nel Trattato di Maastricht costituisce senz'altro un passo in avanti rispetto a quella realizzata con gli Accordi di Schengen, essendo ormai inserita nel quadro istituzionale europeo, con il consolidamento di processi cooperativi fino ad allora caratterizzati da una prassi disordinata e il coinvolgimento, sia pure limitato, delle istituzioni comunitarie. Eppure, è proprio in relazione ad esse che tale cooperazione mostrava le sue più evidenti lacune, ravvisabili nel ridimensionamento del ruolo della Commissione quale garante dell'interesse comunitario e nella svalutazione delle istanze democratiche di cui era portatore il Parlamento europeo. Sotto il primo profilo, la Commissione, semplicemente "associata" ai lavori del Consiglio (art. K.4) e il cui potere di iniziativa era condiviso con gli Stati membri, era priva dei suoi tipici compiti di organo esecutivo della Comunità, non avendo il potere di vigilare sull'applicazione del Titolo IV, né di formulare raccomandazioni, né di esercitare competenze delegate dal Consiglio. In relazione al secondo aspetto, invece, il Parlamento europeo era escluso dal processo decisionale e, una volta informato dello svolgersi dei lavori, poteva solo essere consultato al fine di esprimere opinioni, rivolgere al Consiglio interrogazioni e formulare raccomandazioni.

La lacuna più evidente restava comunque l'esclusione del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia, la cui competenza poteva essere istituita solo riguardo all'interpretazione delle convenzioni internazionali e alla composizione delle controversie relative alla loro applicazione (art. K.3, par. 2, lett. c, TUE). Dal punto di vista politico, l'esclusione del ruolo della Corte è stata considerata inquietante, considerata la stretta connessione tra gli ambiti di intervento propri del terzo pilastro e i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea; dal punto di vista tecnico, invece, è stato rilevato che la sottrazione della produzione normativa al controllo giurisdizionale della Corte non consentiva di assicurare l'uniformità nell'applicazione e nell'interpretazione delle relative disposizioni⁴⁵. Inoltre, l'assenza del sindacato giurisdizionale della Corte impediva di estendere al terzo pilastro gli importanti principi da essa elaborati con riguardo all'integrazione comunitaria.

Dalle caratteristiche strutturali indicate non poteva che derivare un terzo pilastro "*en trompe l'oeil*", debole dal punto di vista delle garanzie democratiche e del controllo giurisdizionale, preoccupato più delle questioni istituzionali che di quelle materiali, concentrato più sulle ripartizioni di competenza che sull'elaborazione di un progetto politico coerente. I limiti posti agli attori portatori dell'interesse comune europeo e la mancata

⁴⁵ Sul punto, cfr. A. WEYEMBERGH, *La coopération européenne en matière de justice et affaires intérieures : vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité?*, in *Revue belge de droit international*, 2000, n. 2, p. 613.

indicazione degli obiettivi da perseguire non potevano che lasciare spazio a una forte influenza delle scelte politiche degli Stati membri, evidente nella modesta portata degli atti adottati, relativi perlopiù ad aspetti tecnici e ben circoscritti dei settori in esame, dai quali risulta una politica restrittiva dell'immigrazione, in linea con l'approccio difensivo inaugurato a Schengen⁴⁶. Le scelte adottate a Maastricht in materia di immigrazione erano dunque destinate a lasciare deluse le aspirazioni del Parlamento e di quanti tra gli Stati membri auspicavano il superamento dell'approccio intergovernativo a favore dell'attribuzione di competenze specifiche alla Comunità.

C. Il Trattato di Amsterdam e la comunitarizzazione della politica di immigrazione

La presa di coscienza dell'inadeguatezza delle forme di cooperazione istituzionalizzate a Maastricht nel settore della giustizia e degli affari interni sfociò nella convocazione di una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri dell'Unione europea (d'ora in poi CIG), incaricata di riformare i Trattati su cui l'Unione europea si basava. In particolare, se la Commissione riteneva inefficace la cooperazione realizzata nell'ambito del terzo pilastro⁴⁷, il Consiglio fu ancora più esplicito, definendo addirittura *insuffisant* il bilancio tratto dall'applicazione del Titolo VI⁴⁸. Anche la Corte di Giustizia auspicava che la tutela giurisdizionale dei singoli rispetto alle attività della cooperazione nei settori in esame fosse organizzata in modo tale che il diritto comunitario, da un lato, e le misure emanate nell'ambito di tale cooperazione, dall'altro, fossero interpretate e applicate coerentemente⁴⁹. Nel complesso, si riteneva che la regola dell'unanimità, l'assenza di un obiettivo chiaro, la mancanza di un controllo giudiziario, la presenza di diversi livelli di negoziazione e la scarsa precisione nella ripartizione delle competenze tra primo e terzo pilastro fossero le cause principali del fallimento del sistema introdotto a Maastricht, ritenuto non più adeguato, né dal punto di vista del metodo né da quello dei contenuti, a far fronte alle nuove sfide, interne ed esterne, cui l'Europa sarebbe stata chiamata a confrontarsi negli anni successivi⁵⁰.

⁴⁶ Sugli atti adottati in base al terzo pilastro, cfr. A. TIZZANO, *Codice dell'Unione europea*, Padova, 2002, p. 451 ss.

⁴⁷ Sulle critiche rivolte alla cooperazione svolta in ambito Schengen e all'interno del terzo pilastro, cfr. la comunicazione della Commissione intitolata "*Verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*" del 14 luglio 1998, COM(1998) 459 def.

⁴⁸ Rapporto del Consiglio sul funzionamento del Trattato sull'Unione europea, 10 aprile 1995.

⁴⁹ Corte di Giustizia, Relazione su taluni aspetti dell'applicazione del trattato sull'Unione europea, Lussemburgo, maggio 1995, in *Riv. dir. eur.*, 1996, p. 336.

⁵⁰ "*Echec*", "*paralyse*", "*schizophrénie*" sono i termini più utilizzati nella valutazione dell'applicazione del Titolo VI del Trattato di Maastricht, ritenuti più appropriati alla diagnosi medica che all'analisi politica e

L'esigenza di potenziare la capacità di risposta dell'Unione alla luce delle preoccupazioni e dei bisogni di sicurezza dei cittadini fu dunque alla base della CIG del 29 marzo 1996, che si proponeva in particolare di rivedere l'assetto istituzionale delle Comunità, ripensare il processo di adesione di nuovi Stati, ridefinire la politica estera e di sicurezza comune e la cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni⁵¹. Il risultato dei lavori fu costituito dal Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ma entrato in vigore il 1 maggio 1999, che rappresenta senz'altro un punto di svolta nell'elaborazione di una politica comunitaria in materia di immigrazione, in grado di consentire all'Unione di sostenere la sfida cui era chiamata a rispondere sotto diversi profili⁵². Si trattava innanzitutto di mettere fine alla "clandestinità istituzionale"⁵³ inerente alla cooperazione intergovernativa, al fine anche di far fronte in maniera più adeguata al processo di internazionalizzazione delle attività illegali, dimostrando ai cittadini che la sicurezza interna non si limita alla mera assunzione di iniziative repressive, ma permette di estendere lo spazio geografico nel cui ambito sono garantite le libertà fondamentali⁵⁴.

Da questo momento in poi, le disposizioni relative all'immigrazione furono collocate all'interno del metodo comunitario come elementi costitutivi di un politica coerente, in vista dell'obiettivo finale della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima (art. 2 TUE). La presenza di un obiettivo che, riprendendo il concetto di spazio senza frontiere, lo arricchiva di una valenza non solo territoriale o fisica, ma anche di comunanza di valori, serviva a compensare il deficit democratico, relativo ai meccanismi decisionali, e il deficit di legittimità, relativo alla pertinenza stessa del progetto d'integrazione, consentendo inoltre di finalizzare le azioni

giuridica. Sul punto, cfr. H. LABAYLE, *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, in *RTD eur.*, 1997, n. 1, p. 1.

⁵¹ Sulle sfide della Conferenza intergovernativa relativa al Titolo VI, cfr. più diffusamente D. BIGO, *Enjeux du troisième pilier du traité sur l'Union européenne*, in *Politique étrangère*, 1996, n. 1, p. 125.

⁵² Trattato di Amsterdam pubblicato in GUCE, C 340 del 10 novembre 1997. In generale sull'argomento, cfr. A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998; K. HAILBRONNER, *European immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1998, n. 35, p. 1046; C. F. BERGSTROM, *L'Europa oltre il mercato interno: commento al Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, n. 1, p. 1; A. LIGUORI, *L'immigrazione e l'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, n. 2, p. 427.

⁵³ La cooperazione intergovernativa si svolgeva secondo procedure caratterizzate dalla segretezza, in quanto si trattava di negoziati diplomatici o di rapporti diretti di cooperazione tra le altre amministrazioni dei ministeri interessati.

⁵⁴ W. DE LOBKOWICZ, *L'Europe de la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes*, Parigi, 2002, p. 12-13.

condotte dall'Unione e di dare maggiore coerenza ai risultati perseguiti, così da ovviare a una delle principali critiche rivolte al sistema delineato a Maastricht⁵⁵.

Il mantenimento della struttura in pilastri si accompagnò a una redistribuzione delle materie all'interno di ognuno di essi, in seguito alla quale nel III pilastro rimasero esclusivamente la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁵⁶; mentre le disposizioni su visti, asili e immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone furono assegnate al primo pilastro, articolate nell'ambito di un nuovo Titolo IV (articoli 61 - 69 TCE).

Com'è stato rilevato in dottrina, tale Titolo, se per alcuni aspetti proseguiva la tradizione inaugurata a Maastricht con l'art. 100 TCE nel senso della comunitarizzazione della politica dei visti, per altri costituì una vera e propria rivoluzione, assegnando alla logica comunitaria materie quali l'asilo e l'immigrazione, tradizionalmente considerate dagli Stati di loro esclusiva competenza e di conseguenza ritenute oggetto di una mera cooperazione intergovernativa⁵⁷.

Gli articoli 62 e 63 del Trattato delineano il campo di applicazione materiale del diritto comunitario dell'immigrazione. In particolare, l'art. 62 autorizza la Comunità a prendere delle misure volte a garantire che non vi siano controlli sulle persone, cittadini sia dell'Unione sia di paesi terzi, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne; misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri che fissano le norme e le procedure cui gli Stati membri devono attenersi per l'effettuazione di controlli a tali frontiere, le regole in materia di visti relativi a soggiorni di durata non superiore a tre mesi; delle misure che stabiliscono a quali condizioni i cittadini dei paesi terzi hanno libertà di spostarsi all'interno del territorio degli Stati membri per un periodo non superiore a tre mesi. L'art. 63 prevede invece al tempo stesso delle misure relative all'asilo e alla politica di immigrazione, individuando in quest'ultimo settore quali ambiti d'intervento le condizioni per l'ammissione e il soggiorno degli immigrati, oltre che il rilascio di visti e di permessi di soggiorno a lungo termine, la definizione dello statuto dei diritti degli immigrati legalmente soggiornanti in uno Stato membro; immigrazione e soggiorno irregolari.

⁵⁵ Sulla portata e sul significato dell'obiettivo assegnato all'Unione, cfr. R. ADAM, *Il contributo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Europa - Europe*, 1999, n. 3, p. 117.

⁵⁶ In particolare l'art. 29 TUE specifica le materie oggetto dell'azione comune. Esse sono la prevenzione e la repressione del razzismo, della xenofobia, della criminalità e del terrorismo, della tratta di esseri umani, dei reati contro i minori, del traffico illecito di stupefacenti e armi, della corruzione e della frode.

⁵⁷ H. LABAYLE, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam*, cit., p. 929.

La transizione di tali materie dal metodo intergovernativo al metodo comunitario, sia pur secondo condizioni complesse che ben esprimono le soluzioni talvolta di compromesso raggiunte dagli Stati, costituì senza dubbio un passaggio significativo, sia per il più incisivo ruolo delle istituzioni europee sia sul piano dello strumentario giuridico, che oltre ad essere giuridicamente vincolante era anche dotato di effetti diretti negli ordinamenti giuridici nazionali. È chiaro infatti che molte risoluzioni del Consiglio, azioni comuni e posizioni comuni adottate in questo settore cambiarono non solo dal punto di vista della loro forma giuridica, ma anche nella sostanza, essendo (ri)adottate come diritto comunitario sotto le nuove previsioni del Trattato di Amsterdam.

Inoltre, al fine di facilitare la realizzazione degli obiettivi previsti dagli artt. 62 e 63, punto 3, TCE, a conferma della volontà degli Stati di abbandonare la logica intergovernativa per favorire la comunitarizzazione della materia migratoria, fu disposta, tramite il protocollo n. 2 allegato al TUE e al TCE, l'integrazione nell'Unione dell'*acquis* di Schengen a titolo di cooperazione rafforzata, attribuendo al Consiglio il compito di individuare, deliberando all'unanimità, la base giuridica di ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis* di Schengen (art. 2 del Protocollo)⁵⁸. Tale determinazione era fondamentale per l'individuazione delle competenze della Corte di Giustizia, in quanto, mentre per gli atti fondati sul Titolo VI TUE la competenza pregiudiziale della Corte doveva essere preventivamente accettata dagli Stati, per gli atti *ex* Titolo IV CE la competenza era obbligatoria, pur con le limitazioni dell'art. 68. La *ventilation* tra primo e terzo pilastro non escludeva comunque l'interazione tra i due settori, in quanto i diversi ambiti di competenza materiale concorrevano entrambi alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Nonostante l'importanza dell'obiettivo perseguito, l'integrazione dell'*acquis* di Schengen non ha mancato di sollevare difficoltà non solo giuridiche, legate all'individuazione della base giuridica all'interno del Trattato, ma anche politiche, relative a una "contaminazione" del diritto comunitario a causa dell'integrazione di disposizioni adottate senza alcun controllo democratico⁵⁹.

Nel complesso, la distanza tra le regole strutturali dei due diversi settori è stata di fatto ridotta dalla modifica dei meccanismi intergovernativi propri del terzo pilastro e da alcuni adattamenti al metodo comunitario da applicarsi nel Titolo IV. Sotto il primo profilo, è da

⁵⁸ Cfr. Dec. del Consiglio 1999/435/ CE del 20 maggio 1999, in GUCE , L 176, 1; Dec. del Consiglio 1999/436/CE del 20 maggio 1999, in GUCE L 176, 17. In generale, sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'Unione europea, cfr. L. CORRADO, L'intégration de l'*acquis* de Schengen dans l'Union européenne: problèmes et perspectives, in *RMUE*, 1999, p. 342.

⁵⁹ In questi termini D. DUEZ, *Politique d'asile et d'immigration dans l'Union européenne entre sécurisation et désécurisation des flux migratoires*, in P. MAGNETTE, *La Grande Europe*, Bruxelles, 2004, p. 266.

rilevare l'abbandono delle azioni comuni in favore delle decisioni quadro, oltre al rafforzamento del ruolo di Commissione, Parlamento europeo e Corte di Giustizia⁶⁰. Per quanto riguarda invece il secondo aspetto, è da rilevare in effetti come il trasferimento al primo pilastro delle questioni connesse all'asilo e all'immigrazione sia avvenuto mantenendo pur sempre delle peculiarità rispetto al metodo comunitario propriamente detto, ravvisabili nella previsione di un autonomo potere di iniziativa in capo agli Stati membri e nel mantenimento della regola dell'unanimità.

In tal senso, si potrebbe giungere a sostenere che a consentire il passaggio al metodo comunitario della materia di visti, asilo e immigrazione fu proprio la specificità della scelta adottata, nel senso di una "quasi-comunitarizzazione"⁶¹, di una contaminazione reciproca tra i due metodi⁶², tradottasi in concreto in un adattamento flessibile dei meccanismi tipici del primo pilastro, tanto in termini soggettivi quanto procedurali e materiali.

Dal punto di vista soggettivo, il settore della libertà di circolazione, asilo e immigrazione così come della cooperazione civile è caratterizzato da una geometria variabile, differenziandosi al suo interno le posizioni di alcuni Stati membri. In particolare, Regno Unito e Irlanda, non avendo aderito agli Accordi di Schengen, non erano soggetti alle norme del Titolo IV, né vincolati dagli atti adottati sulla base di esso, potendo però, in applicazione di una clausola di *opting in*, chiedere al Consiglio di partecipare alle singole misure già adottate o decidere, entro tre mesi dalla presentazione di una proposta, di aderire alla sua adozione e successiva applicazione⁶³. Diversa invece la posizione della Danimarca che, pur avendo partecipato agli Accordi di Schengen, non è vincolata alle disposizioni adottate sulla base del Titolo IV che sviluppano il relativo *acquis*, a meno che non dichiarò di accettarle, in virtù della tecnica dell'*opting out*, entro tre mesi dalla loro adozione.

Per evitare un mutamento eccessivamente repentino, la comunitarizzazione fu inoltre differita, essendo previsto un periodo di transizione di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato durante il quale l'adozione delle decisioni doveva avvenire all'unanimità, previa

⁶⁰ Sui profili della cooperazione in materia di giustizia e affari interni disciplinata al Titolo IV, cfr. U. LEANZA, *La mancata comunitarizzazione del II e del III pilastro dell'Unione europea nel trattato di Amsterdam*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, n. 2, p. 213; R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *DUE*, 1998, n. 2-3, p. 227; P. MAGRINI, *L'evoluzione delle politiche europee nel settore della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Tampere via Amsterdam*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2000, n. 4, p. 1817.

⁶¹ M. FLETCHER, *EU Governance Techniques in the Creation of a Common European Policy on Immigration and Asylum*, in *European Public Law*, 2003, n. 9, p. 534.

⁶² S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, cit., p. 223.

⁶³ È da sottolineare che la clausola dell'*opt-in* è stata spesso utilizzata nel campo della cooperazione civile; i due Stati membri non hanno invece mai utilizzato tale facoltà rispetto all'*acquis* di Schengen o agli atti di diritto comunitario relativi alla libertà di circolazione e all'immigrazione.

consultazione del Parlamento europeo, su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro (art. 67 par. 1). Le misure da adottare durante tale periodo si riferivano essenzialmente all'abolizione dei controlli alle frontiere interne e alle procedure amministrative da seguire al momento dell'attraversamento delle frontiere esterne dell'Unione, oltre ai criteri procedurali e alle norme minime per l'accoglienza degli immigrati e per i richiedenti asilo. Decorso tale periodo, mentre la Commissione dispone del diritto esclusivo di iniziativa (anche se essa è comunque tenuta ad esaminare qualsiasi richiesta formulata in tal senso da uno Stato membro), l'instaurazione del voto a maggioranza qualificata non sarà automatica ma sottoposta a una decisione unanime del Consiglio che, previa consultazione del Parlamento europeo, potrà decidere il passaggio di tutti o parte dei settori di cui al Titolo IV alla procedura di codecisione e adattare le disposizioni relative alle competenze della Corte di Giustizia (art. 67 par. 2 TCE).

Dal punto di vista materiale e procedurale, sono da rilevare invece la riserva di competenza a favore degli Stati membri, i quali potranno mantenere o introdurre disposizioni nazionali compatibili con il Trattato e con gli accordi internazionali (art. 63 comma 2 TCE), oltre che le significative decurtazioni di competenza della Corte di Giustizia, il cui controllo giurisdizionale è del tutto escluso in relazione alle misure o decisioni adottate dagli Stati in materia di mantenimento dell'ordine pubblico o salvaguardia della sicurezza interna⁶⁴. La limitazione alle giurisdizioni di ultima istanza introdotta dall'art. 68 TCE alla competenza pregiudiziale della Corte ha inoltre indotto qualche autore a rilevare che la comunitarizzazione del Titolo IV è stata possibile solo a costo di uno smantellamento delle competenze della Corte di Giustizia⁶⁵.

Nonostante la gradualità e parzialità del passaggio al metodo comunitario, l'evoluzione resta notevole, grazie soprattutto alla dissociazione realizzata dal trattato di Amsterdam tra l'immigrazione e l'asilo, da un lato, e la cooperazione penale e di polizia, dall'altro, mettendo così fine a quell'accostamento tra flussi migratori e sicurezza che era ormai divenuto una costante nell'ambito della cooperazione intergovernativa in materia di immigrazione⁶⁶. Da questo momento in poi, lo sviluppo di tale forma di cooperazione non potrà più essere considerato una semplice misura compensatoria rispetto alla soppressione dei controlli alle frontiere interne, bensì contribuirà, insieme alla cooperazione realizzata

⁶⁴ Per capire i limiti al sindacato della Corte, cfr. C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, n. 1, p. 41.

⁶⁵ P. GIRERD, *L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines*, in *RTD eur.*, 1999, n. 2, p. 240.

⁶⁶ Sul punto, cfr. più diffusamente D. DUEZ, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit.

nell'ambito del Titolo VI, alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La portata dell'obiettivo assegnato all'Unione è fondamentale nella misura in cui, per raggiungerlo, occorre ristabilire l'equilibrio tra le preoccupazioni legate alla sicurezza e quelle legate ai diritti e alle libertà fondamentali dell'individuo.

§ 2. Verso una politica "comune" e "integrata" dell'UE in materia di immigrazione

I limiti insiti nella comunitarizzazione dell'*acquis* di Schengen indussero gli Stati membri, in occasione del Consiglio europeo di Tampere nel 1999, a rielaborare gli ambiziosi obiettivi fissati dal Trattato di Amsterdam, al fine di trovare una diversa soluzione ai delicati problemi connessi alla gestione dei flussi migratori. L'integrazione differenziata dell'*acquis* di Schengen, la diversa base giuridica delle misure di volta in volta introdotte, nonché la coesistenza di strumenti a livello nazionale, comunitario e intergovernativo non potevano di certo favorire quell'approccio globale, comprensivo delle questioni connesse alla lotta all'immigrazione irregolare, ai diritti umani e allo sviluppo dei paesi di origine, la cui adozione era ormai costantemente invocata dai diversi attori del processo di integrazione europea⁶⁷.

In particolare, tale approccio è stato ufficialmente riconosciuto dal Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999), considerato il "*big bang*" della cooperazione tra gli Stati membri nel settore della Giustizia e degli Affari interni⁶⁸, nelle cui Conclusioni si sottolineava la necessità di una politica comune in materia di asilo e immigrazione, che considerasse al tempo stessa l'esigenza di un controllo coerente alle frontiere esterne per arrestare l'immigrazione clandestina e combattere coloro che la organizzano, commettendo i reati internazionali ad essa collegati⁶⁹. Muovendo dagli obiettivi del Trattato di Amsterdam, il Consiglio ha poi elaborato quattro diverse linee d'azione su cui l'elaborazione di tale politica dovrebbe basarsi, fra cui, con un approccio significativamente innovativo rispetto al passato, si ritrova innanzitutto lo sviluppo del partenariato con i paesi terzi, nella prospettiva di combattere la povertà, migliorare le condizioni di vita e le opportunità di lavoro, prevenire i

⁶⁷ Già nel 1994 la Commissione, nella Comunicazione inerente le politiche di immigrazione e asilo [COM (94) 23 def. del 23 febbraio 1994], aveva affermato la necessità di adottare un approccio globale, basato su «un'azione a livelli diversi, ad esempio nei settori della politica commerciale, dello sviluppo e della cooperazione, nonché dell'assistenza umanitaria e dei diritti umani» al fine di realizzare una gestione efficace dei flussi migratori.

⁶⁸ L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 443.

⁶⁹ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999, in *Bollettino dell'Unione europea*, 1999, n. 10, punto 3.

conflitti e stabilizzare gli Stati democratici, garantendo il rispetto dei diritti umani, in particolare quelli delle minoranze, delle donne e dei bambini⁷⁰. Questo obiettivo rivela la diversa prospettiva che si afferma a Tampere rispetto al modo di percepire l'immigrazione che, da questione attinente alla sicurezza interna, è suscettibile di diventare, se sottoposta a una gestione efficace, una risorsa vantaggiosa per l'Unione, per gli immigrati e per i Paesi di origine. Emerge, altresì, con sempre maggiore chiarezza il carattere strutturale e di lunga durata del fenomeno in questione, per controllare il quale non sono sufficienti misure reattive di breve e medio periodo, bensì occorre una strategia complessiva di lungo periodo orientata alla progressiva attenuazione dei *push factors* nei paesi di origine e all'ottimizzazione dell'utilità socio-economica dei movimenti migratori residui, sia per gli Stati di origine, sia per quelli di destinazione⁷¹.

La seconda linea di intervento riguarda invece l'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo, basato sul principio di *non-refoulement* e in generale sull'applicazione integrale della Convenzione di Ginevra, senza tuttavia trascurare meccanismi di solidarietà tra gli Stati membri, oltre che forme sussidiarie di protezione per coloro che non rientrano nel campo di applicazione soggettiva di tale Convenzione⁷².

In terzo luogo, occorre realizzare l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio degli Stati membri, mettendo a punto un approccio comune per garantire la loro integrazione nell'Unione, attraverso la garanzia di diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'UE e la previsione di misure contro il razzismo e la xenofobia⁷³. Tale obiettivo si ricollega all'importante affermazione secondo cui la libertà - la cui realizzazione deve avvenire in equilibrio con i principi di sicurezza e giustizia - non dovrebbe essere considerata una prerogativa esclusiva dei cittadini dell'Unione, bensì un diritto che spetta anche ai cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti⁷⁴. In tale contesto, gli Stati membri lasciano qualche spazio all'immigrazione economica, riconoscendo la necessità di un ravvicinamento delle legislazioni nazionali relative alle condizioni di ammissione e soggiorno dei cittadini dei paesi terzi, in base a una valutazione comune sia degli sviluppi economici e demografici all'interno dell'Unione, sia della situazione nei paesi di origine⁷⁵.

⁷⁰ *Ibidem*, punti 11-12.

⁷¹ F. PASTORE, *Verso una politica migratoria comune? Le prospettive di applicazione del nuovo Titolo IV tra interessi nazionali e interessi comuni*, in *Occasional Paper CeSPI*, 1999, p. 18.

⁷² Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere, cit., punti 13-17.

⁷³ *Ibidem*, punti 18-21.

⁷⁴ *Ibidem*, punto 3.

⁷⁵ *Ibidem*, punto 20.

Infine, il quarto asse di Tampere concerne una gestione più efficace dei flussi migratori, che comprende l'insieme degli strumenti di lotta contro l'immigrazione clandestina, quali una più stretta cooperazione e assistenza tecnica fra i servizi degli Stati membri preposti al controllo delle frontiere, ma anche campagne di informazione sulle effettive possibilità di immigrazione legale e misure per prevenire la tratta di esseri umani e qualsiasi forma di sfruttamento economico dei migranti⁷⁶.

Risulta dunque evidente come il Consiglio di Tampere, più ancora del Trattato di Amsterdam, abbia favorito un approccio nuovo, al tempo stesso più globale ed equilibrato, alle questioni dell'asilo e dell'immigrazione, realizzando un equilibrio tra, da un lato, gli obiettivi d'integrazione, cooperazione con i paesi d'origine e protezione dei richiedenti asilo e, dall'altro, la lotta contro l'immigrazione clandestina e il controllo delle frontiere⁷⁷. Inoltre, al fine di evitare che il bilanciamento tra la politica dei flussi migratori e le questioni connesse alla sicurezza interna restasse una mera enunciazione di principio, gli Stati membri hanno attribuito alla Commissione il delicato compito di tradurre tali ambiziosi obiettivi in misure pratiche, sulla base di un programma di lavoro da rendere operativo mediante un "Quadro di controllo"⁷⁸, in cui rientra la presentazione, da parte della Commissione stessa, di proposte volte all'elaborazione di una politica comune dell'Unione europea in materia di immigrazione, come richiesto dall'art. 63 del Trattato CE, che tenga conto dei mutamenti demografici, della situazione del mercato di lavoro e delle pressioni migratorie nei paesi d'origine.

In particolare, secondo la Commissione occorre riesaminare, senza preconcetti e alla luce del mandato di Tampere, le scelte fatte in materia di immigrazione, tenendo conto dell'inadeguatezza delle politiche di immigrazione "zero" in contesto quale quello degli anni Novanta, caratterizzato dal declino demografico e da una crescente carenza di forza lavoro qualificata e non⁷⁹. Considerata la situazione economica e del mercato del lavoro, la Commissione ritiene, in effetti, che sia venuto il momento di adottare un'impostazione diversa, controllata e più flessibile in materia di immigrazione legale che, insieme ad un maggiore impegno nell'applicare la legislazione del lavoro negli Stati membri e a una

⁷⁶ *Ibidem*, punti 22-27.

⁷⁷ Cfr. D. DUEZ, *Politique d'asile et d'immigration dans l'Union européenne entre sécurisation et désécurisation des flux migratoires*, cit. p. 268.

⁷⁸ Quadro di controllo per l'esame dei progressi compiuti nella creazione di uno spazio di "libertà, sicurezza e giustizia" nell'Unione europea, COM (2000) 167.

⁷⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione, COM (2000) 757 def., 22 novembre 2000. Cfr. C. FAVILLI, *La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione: prime riflessioni*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2001, n. 1, p. 57.

maggiore efficacia dei sistemi di concessione dell'asilo, potrebbe contribuire a ridurre l'immigrazione illegale, soprattutto nelle forme peggiori di contrabbando e tratta di esseri umani. Tale politica, da elaborare entro un nuovo quadro di cooperazione a livello comunitario, dovrebbe essere basata su un'impostazione integrata, che tenga conto dei vantaggi della diversità sociale, dell'esigenza di un insieme equilibrato di diritti e di doveri per i cittadini dei paesi terzi che soggiornano nell'Unione, dell'importanza di favorire l'integrazione e degli effetti sul mercato del lavoro.

Per quanto riguarda l'implementazione del programma previsto all'art. 63 - in particolare la previsione di misure in materia di immigrazione regolare e irregolare e l'elaborazione di un quadro di diritti dei cittadini dei paesi terzi -, questo è stato affidato al metodo aperto di coordinamento (MAC), considerato lo strumento più idoneo per l'elaborazione di una politica comune nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità⁸⁰, in quanto basato su atti di *soft law* che consentono di perseguire l'interesse comune, superando al tempo stesso più facilmente le resistenze degli Stati a cedere spazi di intervento in materie attinenti a questioni di sicurezza e ordine pubblico.

In particolare, il MAC si basa principalmente sull'approvazione, da parte del Consiglio e su proposta della Commissione, di orientamenti pluriennali per l'Unione, cui si affiancheranno successivamente piani d'azione per il conseguimento di obiettivi a breve, medio e lungo termine; tali orientamenti saranno successivamente inseriti nella politica nazionale tramite obiettivi specifici che tengano conto delle diversità nazionali e regionali. L'adozione di tale procedura, a completamento del quadro legislativo nazionale, è stata proposta proprio a causa del numero di operatori coinvolti nella gestione dei flussi, della costante responsabilità degli Stati membri nell'attuazione della politica in tale settore, nonché del carattere pluridimensionale del fenomeno migratorio, suscettibile di produrre effetti sul versante economico, sociale, culturale e giuridico⁸¹. La Commissione, alla luce delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, propose di adattare l'*open coordination* al settore immigrazione, definendo innanzitutto gli orientamenti pluriennali nei seguenti settori: gestione dei flussi migratori; ammissione dei migranti per motivi economici; partenariato con i paesi terzi e integrazione dei cittadini di paesi terzi⁸².

⁸⁰ Come confermato in occasione del Consiglio europeo di Stoccolma del 23-24 marzo 2000, la procedura dell'*open coordination* costituisce la strada che la Comunità deve seguire nelle materie di interesse comune che rientrano nelle competenze nazionali, tra cui appunto l'immigrazione.

⁸¹ Sul punto, cfr. più diffusamente O. RYMKEVITCH, *Europa e immigrazione: verso l'adozione di un metodo aperto di coordinamento a livello UE*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, n. 4, p. 457.

⁸² Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa ad un metodo aperto di coordinamento della politica comunitaria in materia di immigrazione, COM (2001) 387, 11 luglio 2001.

Nonostante il MAC consentisse di ottenere un diffuso consenso a livello istituzionale sulle questioni di volta in volta proposte, la sua adozione è stata da alcuni criticata poiché, oltre a spingere in senso contrario all'armonizzazione delle legislazioni nazionali, sembrerebbe favorire la dismissione da parte degli organi comunitari della produzione normativa *via hard law* a vantaggio di forme di intervento più deboli, basate su strumenti giuridici che offrono minori garanzie in termini di obbligatorietà, certezza degli effetti, controllo giurisdizionale e implementazione dei diritti⁸³.

Nel complesso queste proposte configurano comunque una strategia integrata, a conferma dei progressi compiuti nella definizione di una politica comune europea in materia di immigrazione in seguito al Consiglio europeo di Tampere, che ha avuto l'indubbio merito di consentire di trattare le questioni connesse a tale materia in un quadro organico e coerente, definendo le priorità e coinvolgendo tutti gli interessati nella loro attuazione, nell'ambito di una cooperazione dinamica tra livello nazionale e livello europeo.

A. Le conseguenze dell'11 settembre 2001 sulla politica europea in materia di immigrazione

Se il trattato di Amsterdam e il Consiglio europeo di Tampere avevano consentito lo sviluppo di un nuovo approccio in materia di immigrazione, non più legato alla dimensione esclusivamente securitaria nella quale, dagli Accordi di Schengen in poi, era rimasta confinata ogni iniziativa volta a favorire la libera circolazione delle persone, i primi anni del XXI secolo furono invece caratterizzati da un ritorno al paradigma della sicurezza. Gli obiettivi elaborati nel 1999 erano infatti destinati a subire le conseguenze del deterioramento del contesto economico e politico verificatosi in seguito agli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, che delegittimarono qualsiasi proposta della Commissione volta a rilanciare l'immigrazione economica, determinando un'inversione di tendenza nel processo di gestione controllata e integrata dei flussi migratori avviato ad Amsterdam.

I gravi fatti di New York e Washington non determinarono tuttavia una riforma radicale nel modo di intendere il concetto europeo di sicurezza, bensì una semplice revisione dello stesso in quanto, com'è stato acutamente rilevato, essendo l'immigrazione stata considerata sempre più o meno in relazione con la criminalità organizzata, ciò che di fatto ne

⁸³ Cfr. L. SAPORITO, *Per un diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2008, p. 31.

risultò fu soltanto un rafforzamento della dialettica straniero - minaccia criminale⁸⁴. Di fronte a un ritorno alla percezione degli stranieri come minacce contro le identità nazionali, il welfare e la sicurezza, tipica della seconda metà degli anni Ottanta, alcuni governi (americano e britannico) scelsero addirittura di sospendere dei diritti fondamentali a nome della lotta antiterroristica e della necessità di misure eccezionali di carattere temporaneo; altri, pur essendo meno espliciti, attuarono però nella pratica un rafforzamento delle logiche di controllo sulle persone mediante una «ri-sacralizzazione delle frontiere esterne» come «linea di fronte militare» rispetto alle « invasioni » e «infiltrazioni terroristiche»⁸⁵. La sicurezza europea torna dunque a essere minacciata da flussi incontrollabili di migranti che, a differenza dei decenni successivi, non sono più costituiti da falsi rifugiati, bensì da clandestini che attraversano irregolarmente le frontiere terrestri e marittime dell'Unione per accedere al territorio europeo⁸⁶.

In questa prospettiva, risulta pertanto perfettamente comprensibile che gli Stati membri nel complesso cercarono di rafforzare gli strumenti per prevenire l'ingresso di potenziali terroristi nel loro territorio nazionale attraverso qualsiasi canale, inclusa la richiesta d'asilo, come risulta dalla relazione presentata dalla Commissione tra la salvaguardia della sicurezza interna ed il rispetto degli obblighi e strumenti internazionali in materia di protezione, che conteneva l'invito rivolto agli Stati membri a applicare scrupolosamente e rigorosamente le clausole di esclusione dello statuto di rifugiato previste dalla Convenzione di Ginevra⁸⁷. A tal proposito, non sorprende che alcuni osservatori particolarmente attenti alle tematiche legate al rispetto dei diritti dell'uomo abbiano rilevato come le politiche essenzialmente securitarie adottate dai vari governi nazionali all'indomani dell'11 settembre finirono col determinare un'erosione globale del diritto d'asilo⁸⁸.

Tuttavia, nonostante gli eventi spingessero verso il ritorno a una rigorosa logica di controllo delle frontiere esterne, il Consiglio europeo di Laeken del 14-15 dicembre 2001 s'inscrive pur sempre nella prospettiva di Tampere, sottolineando ancora una volta l'impegno

⁸⁴ Cfr. P. BERTHELET, *L'impact des événements du 11 septembre sur la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Cultures et Conflits*, 2002, p. 30.

⁸⁵ D. BIGO - E. GUILD, *De Tampere à Séville, vers une gouvernamentalité de la nomination transnationale?*, in *Cultures et conflits*, 2002, n. 45, p. 10.

⁸⁶ D. DUEZ, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit., p. 115.

⁸⁷ Relazione tra la salvaguardia della sicurezza interna ed il rispetto degli obblighi e strumenti internazionali in materia di protezione, COM (2001) 743 def., 5 dicembre 2001, punto 1.1, presentata in seguito all'invito formulato dal Consiglio GAI nella riunione straordinaria del 20 settembre 2001.

⁸⁸ Situazione denunciata in particolare da Antonio Guterres, Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, in occasione del discorso tenuto alla riunione plenaria del 29 settembre 2006 a Ginevra, disponibile sul sito www.picum.org.

per l'elaborazione una politica comune in materia di asilo e di immigrazione, che rispetti il necessario equilibrio tra la protezione dei rifugiati, conformemente ai principi della Convenzione di Ginevra, la legittima aspirazione a una vita migliore e la capacità d'accoglienza dell'Unione e dei suoi Stati membri⁸⁹.

Il passaggio dall'«era dei rifugiati» all'«era dei clandestini» comincia invece a risultare evidente dalle disposizioni del Piano globale di lotta contro l'immigrazione clandestina e la tratta di esseri umani, adottato su proposta della Commissione dal Consiglio GAI del 28 febbraio 2002, che, pur precisando che le relative misure di contrasto devono trovare il giusto equilibrio tra il diritto degli Stati di decidere se ammettere o meno sul loro territorio i cittadini dei paesi terzi e l'obbligo di proteggere coloro che hanno davvero bisogno di protezione internazionale, segna l'inizio di una nuova fase nella politica europea in materia di immigrazione⁹⁰.

Su questa linea, il Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002, alla luce dell'insuccesso delle politiche comunitarie di integrazione dei cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti - e quindi dell'approccio integrato di Amsterdam e Tampere - sollecita il Consiglio e la Commissione ad accordare, nell'ambito delle rispettive competenze, priorità assoluta alle misure previste dal piano, fra cui rilevano in particolare l'istituzione di un sistema comune d'identificazione dei dati dei visti, la rapida conclusione di nuovi accordi di riammissione e l'adozione di programmi di rimpatrio, oltre che l'approvazione formale di alcuni strumenti normativi allora in fase di negoziazione⁹¹.

Il netto sbilanciamento a favore delle misure di contrasto dell'immigrazione clandestina che ne risulta conferma il superamento dell'approccio globale in materia di immigrazione formulato a Tampere, inquadrandosi perfettamente nel contesto politico europeo della primavera 2002, caratterizzata dallo sviluppo di ondate xenofobe che favorivano approcci repressivi in materia di immigrazione. Addirittura, non manca chi ritiene

⁸⁹ Conclusioni della Presidenza. Consiglio europeo di Laeken, 14-15 dicembre 2001, punto 39. In argomento, cfr. G. CAGGIANO, *Il futuro dell'Europa dopo il vertice europeo di Laeken*, in *Stranieri*, 2002, n.1, p. 65.

⁹⁰ *Piano globale di lotta contro l'immigrazione clandestina e la tratta di esseri umani nell'Unione europea*, GUUE C 142, 14 giugno 2002. Tale piano è poi completato da altri due testi: il Programma d'azione in materia di rimpatrio, (14673/02 limite, Bruxelles, 25 novembre 2002), basato sul Libro verde della Commissione del 10 aprile 2002 relativo a una politica comunitaria di rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare [COM (2002) 175 final, 10 aprile 2002], e il Piano per la gestione delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (doc. 10019/02, 14 giugno 2002). Questi tre testi hanno guidato gli sviluppi della cooperazione europea e costituiscono il nucleo del dispositivo di lotta contro l'immigrazione clandestina che sarà analizzato nel capitolo successivo.

⁹¹ Conclusioni della Presidenza. Consiglio europeo di Siviglia, 21-22 giugno 2002, punto 30. Cfr. D. DUEZ, *Le Conseil européen de Séville: l'Union européenne contre l'immigration clandestine*, in *L'Année sociale*, 2003, p.81. In generale, cfr. R. GENSON, *Avancées au Conseil européen de Séville en matière de «Justice et Affaires intérieures»*, in *RMUE*, 2002, p. 438.

che da questo momento in poi la lotta contro l'immigrazione clandestina, sollecitando l'insieme dei pilastri dell'Unione, che si tratti di costringere a collaborare i paesi di origine o di transito dei flussi migratori attraverso gli strumenti della politica estera o di perseguire coloro che si dedicano alla tratta di esseri umani, strutturi l'integralità dell'azione dell'Unione europea nei confronti degli stranieri⁹².

In effetti, tale previsione sembra confermata dal Consiglio europeo di Salonicco del 19 e 20 giugno 2003 che, pur sottolineando in linea di principio l'importanza di una politica di integrazione dei cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti, da sviluppare alla luce delle nuove sfide economiche e demografiche che incombono sull'Unione⁹³, tuttavia nel complesso risulta ispirato alla logica di controllo allora prevalente, come risulta dall'interesse per i temi trattati a Siviglia, quali la politica comune in materia di lotta contro l'immigrazione clandestina, la gestione integrata delle frontiere esterne, la politica di rimpatrio dei migranti clandestini e l'integrazione della politica d'immigrazione nelle relazioni esterne dell'Unione⁹⁴. Quest'ultimo aspetto rende bene l'idea dell'inversione di tendenza posta in essere rispetto agli obiettivi di Tampere, in quanto laddove prima si evocava lo sviluppo del partenariato con i paesi d'origine, si parla ormai di sanzioni nei confronti dei paesi terzi che non collaborano alla lotta contro l'immigrazione clandestina.

Nel complesso, quindi, risulta evidente come, all'indomani degli attentati dell'11 settembre, le questioni legate al controllo delle frontiere esterne e al contrasto dei flussi migratori clandestini abbiano assunto un indiscusso carattere prioritario nell'agenda europea, contribuendo a rafforzare più che mai l'immagine di un'Europa in dovere di difendersi da un'invasione di clandestini.

B. Il programma dell'Aia

Il programma di lavoro elaborato a Tampere era destinato a definire gli obiettivi dell'Unione in materia di libertà, sicurezza e giustizia per un periodo di cinque anni, alla scadenza del quale, nel primo semestre 2004, la Commissione ritenne opportuno presentare un bilancio globale e tratteggiare le priorità future, tenendo conto delle legittime esigenze dei cittadini a un rigoroso rispetto dei diritti fondamentali e delle loro aspirazioni a una piena

⁹² H. LABAYLE, *L'étranger dans L'union européenne*, in AA.VV., *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges en l'honneur de Philippe Leger*, Parigi, 2006, p. 431.

⁹³ Conclusioni della Presidenza. Consiglio europeo di Salonicco, 19-20 giugno 2003, punto 29. Cfr. C. ELSSEN, *Le Conseil européen de Thessalonique. Un nouveau pas vers une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle aux frontières*, in *RMUE*, 2003, p. 516.

⁹⁴ *Ibidem*, punti 11-23.

libertà di movimento e d'azione in un ambiente sicuro⁹⁵. In particolare, in materia di gestione dei flussi migratori, si riaffermava la necessità di un approccio realistico, alla luce dei nuovi bisogni economici e demografici dell'Unione, volto ad agevolare l'ammissione legale degli immigrati, secondo una politica coerente che rispettasse l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi. L'immigrazione legale è in effetti legittimata solo nella misura in cui quella illegale venga efficacemente controllata, come risulta in particolare dall'affermazione della Commissione secondo cui la credibilità di un approccio positivo e aperto in materia d'immigrazione dipende anche dalla capacità dell'Unione di sviluppare un'effettiva politica in materia di rimpatrio e di riammissione, nonché di controllare l'immigrazione illegale alla luce delle indicazioni dei Consigli europei di Siviglia e Salonicco sul sistema integrato di gestione delle frontiere e la politica dei visti⁹⁶.

Sulla base di questo documento, il Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004 adottò il Programma dell'Aia⁹⁷ che, pur non presentando di certo lo stesso livello di ambizione che aveva caratterizzato le conclusioni di Tampere, costituisce il solco all'interno del quale si muoverà l'azione dell'Unione in materia di libertà, sicurezza e giustizia negli anni a venire⁹⁸. Tale documento costituisce un importante *trait d'union*, in quanto se da un lato sintetizza efficacemente i lavori svolti in materia di immigrazione dal 1999 ad oggi, dall'altro anticipa le prospettive future rappresentate dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, più volte richiamate nel testo.

Partendo dalla constatazione che la migrazione internazionale è destinata negli anni successivi a continuare, si sottolinea ancora una volta l'importanza di un approccio globale, che abbracci tutte le fasi della migrazione, relativo alle cause di fondo delle migrazioni, alle politiche in materia di ingresso e ammissione e alle politiche in materia di integrazione e rimpatrio. L'analisi comune del fenomeno migratorio in tutti i suoi aspetti, che coinvolge sullo stesso piano gli Stati membri e le istituzioni comunitarie, costituisce la base dello sviluppo di una politica comune, in senso analogo all'impostazione prospettata dalla Commissione nella comunicazione su una politica comunitaria in materia di immigrazione.

Dalla lettura dell'*incipit* e delle prime considerazioni di carattere generale si ha dunque l'impressione che il programma dell'Aia volesse mantenere l'obiettivo di un approccio

⁹⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti*, COM (2004), 401 def., 26 giugno 2004.

⁹⁶ *Ibidem*, punto 2.4.

⁹⁷ Programma dell'Aia: rafforzamento della Libertà, della Sicurezza e della Giustizia nell'Unione europea, in GUUE C 53/1 del 3 marzo 2005. Al Programma ha fatto seguito nel dicembre 2005 un Piano d'azione in cui sono previste in dettaglio le proposte da adottare con i relativi termini di adozione e di recepimento.

⁹⁸ Cfr. L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, n. 11, p. 3513.

globale ed equilibrato in materia di immigrazione; tuttavia, da un esame più approfondito del testo risulta evidente che a essere diverso rispetto a Tampere è l'equilibrio realizzato tra libertà e sicurezza. Infatti, pur essendo le disposizioni sull'immigrazione collocate nella prima parte relativa appunto al rafforzamento delle libertà, ciò che emerge da una lettura delle stesse è un'attenzione maggiore per la gestione dei flussi e il controllo delle frontiere rispetto alle politiche di ammissione e integrazione, secondo una logica già sperimentata a Siviglia e Salonicco.

In particolare, riconosciuta l'importanza del rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne dell'Unione, la cui sorveglianza spetta alle autorità di frontiera nazionali, si invitano gli Stati membri a migliorare le loro analisi comuni delle rotte migratorie e delle pratiche in materia di tratta e di traffico, nonché delle reti criminali attive in questo settore⁹⁹. Si prevede inoltre l'istituzione di squadre di esperti nazionali in grado di fornire una rapida assistenza tecnica e operativa agli Stati membri che lo richiedono, previa opportuna analisi del rischio da parte dell'Agenzia di gestione delle frontiere esterne, il cui ruolo viene ulteriormente sottolineato. Il Consiglio richiama anche l'attenzione sullo sviluppo di un approccio coerente in materia di identificatori e dati biometrici, oltre che sulla creazione di una serie di misure di sicurezza senza soluzione di continuità che colleghino efficacemente le procedure di domanda di visto con le procedure di ingresso e di uscita ai valichi di frontiera esterni, al fine di rafforzare la gestione dei flussi migratori e svolgere un'efficace attività di prevenzione della criminalità e del terrorismo.

Affinché gli obiettivi all'interno dell'Unione possano essere meglio perseguiti, notevole importanza è assegnata infine alla cooperazione con i Paesi terzi, confermando, anche sotto questo profilo, che se è corretto, da un punto di vista metodologico, prendere in esame i singoli settori, una visione globale e coerente fra le varie componenti dello spazio, all'interno e all'esterno, si impone, agli Stati così come alle istituzioni¹⁰⁰.

Risulta dunque evidente come, a differenza del Programma di Tampere che s'interessava principalmente all'attività normativa del Consiglio, il programma dell'Aia abbia invece messo l'accento sulla dimensione operativa dell'azione europea in materia di sicurezza interna, superando la semplice presa di posizione politica, al fine anche di fornire una risposta concreta alla crescente inquietudine dei cittadini riguardo alla minaccia terroristica, specie in

⁹⁹ Programma dell'Aia, cit., punto 1.7.1.

¹⁰⁰ B. NASCIMBENE, *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica dell'UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aia*, in *DUE*, 2008, p. 436.

seguito agli attentati dell'11 marzo 2004 di Madrid¹⁰¹. I valori di Tampere, pur richiamati formalmente anche in tale documento, da obiettivo dell'azione dell'Unione sembrano piuttosto essere relegati a mero limite delle azioni e delle misure adottate in questo settore, principalmente dirette a perseguire massime condizioni di sicurezza, rese ancora più ardue da realizzare in seguito all'intensificarsi degli attacchi e delle minacce al terrorismo¹⁰².

Pur essendo in presenza di due documenti di programma volti entrambi a definire le priorità dell'Unione in materia di libertà, sicurezza e giustizia, la natura degli orientamenti sviluppati è profondamente diversa in quanto, l'approccio equilibrato perseguito a Tampere ha lasciato il posto alla preoccupazione pressoché costante degli Stati membri di difendere le frontiere, che si traduce in una netta cesura tra le problematiche legate al controllo dei flussi migratori e le questioni connesse all'immigrazione legale.

Ora, non c'è dubbio che la mancata attuazione degli obiettivi di Tampere s'inscriveva all'interno di una crisi di più ampia portata che non coinvolgeva solo l'Europa ma l'intero Occidente, le cui cause sono da ravvisare in un'inversione della congiuntura economica e nel mutamento degli equilibri politici tra gli Stati che si verificarono in seguito agli attacchi terroristici. La portata di tali attacchi, com'era prevedibile, indusse l'Unione europea ad accelerare la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, adottando tutta una serie di atti che, pur essendo volti a intensificare la cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati membri, finirono col coinvolgere ampiamente la gestione dei flussi migratori, rendendo in tal modo evidenti i limiti dell'assetto giuridico-istituzionale delineato in tale settore dal Trattato di Amsterdam.

L'ostacolo maggiore a un effettivo sviluppo di una politica comune in materia di immigrazione continuava a essere costituito dalla regola dell'unanimità, mantenuta in relazione agli aspetti più significativi e solo marginalmente toccata dal Trattato di Nizza¹⁰³, oltre che, in generale, le particolari regole procedurali delineate dall'art. 67 TCE, più vicine alla cooperazione intergovernativa che a quella propriamente comunitaria.

Le pur significative innovazioni rispetto al Trattato di Amsterdam previste dal Trattato che adotta(va) una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, non erano sufficienti a elidere gli ampi margini di intervento lasciati agli Stati membri in materia di

¹⁰¹ Cfr. R. GENSON, *Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le programme de La Haye (2005-2010)*, in *RMUE*, 2005, p. 172.

¹⁰² C. FAVILLI, *La politica dell'Unione europea in materia di immigrazione*, in *Tutela*, 2006, n. 3, p. 87.

¹⁰³ Il Trattato di Nizza, firmato il 26 febbraio 2001 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2003, (in GUUE C 80/1 del 10 marzo 2001) si è limitato a prevedere l'estensione della procedura di codecisione in materia di asilo e tutela delle persone che necessitano di protezione temporanea, a condizione che la normativa comunitaria definisca le norme comuni e i principi essenziali al riguardo (art. 67, punto 5, Trattato CE, come modificato a Nizza).

immigrazione, come risulta dall'art. III-257 che demandava a questi ultimi la fissazione del volume di ingresso dei cittadini dei paesi terzi, senza alcun riferimento alla previsione di quote comunitarie, pur contenuto in alcune proposte (italiana, in particolare)¹⁰⁴. Nello stesso senso, l'art. III-267 si limitava a prevedere una mera azione di sostegno dell'Unione nei confronti delle politiche di integrazione dei cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti sviluppate dagli Stati, che non poteva comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari nazionali¹⁰⁵.

Queste previsioni non erano comunque destinate ad avere alcun seguito in seguito al fallimento del processo di ratifica del Trattato costituzionale che, seppure indebolì gli entusiasmi, non arrestò il processo di integrazione europea, come risulta dal mandato conferito dal Consiglio europeo di Bruxelles del 21 - 22 giugno 2007 alla Conferenza intergovernativa, istituita sotto la presidenza portoghese, incaricata di elaborare entro la fine del 2007 un Trattato di riforma al fine di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione. Notevoli aspettative erano riposte anche sul rafforzamento delle basi giuridiche dell'azione dell'Unione in materia di immigrazione, essendo sempre più diffusa la consapevolezza che la combinazione tra metodo intergovernativo e logica comunitaria, mantenuta - sia pure secondo diverse combinazioni - da Maastricht in poi, avesse contribuito a impedire lo sviluppo di una organica e coerente politica europea in materia di immigrazione.

C. Il trattato di Lisbona

L'analisi sin qui svolta riguardo all'evoluzione delle competenze dell'Unione europea in materia di immigrazione sarebbe incompleta se si prescindesse dal considerare le prospettive sviluppate in questa materia dal Trattato di Lisbona che, ponendo fine al periodo di riflessione maturato in seguito all'esito negativo dei *referenda* francese e olandese sulla ratifica della Costituzione per l'Europa, riavvia il processo di riforma delle istituzioni europee che prosegue ormai da diversi anni attraverso slanci in avanti e battute d'arresto¹⁰⁶. Il nuovo

¹⁰⁴ Il progetto di Costituzione è in GUUE C 169 del 18 luglio 2003. Sui lavori che hanno portato alla realizzazione del progetto, cfr. A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2003; A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Milano, 2004.

¹⁰⁵ Per un quadro dettagliato delle novità apportate dal progetto di Costituzione europea in materia di immigrazione, cfr. B. NASCIBENE, *Il progetto di Costituzione europea e l'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 1, p. 13.

¹⁰⁶ Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 dai 27 capi di Stato e di governo, è pubblicato in GUUE C 306, 17 dicembre 2007, p. 1. Per una ricostruzione delle più significative modifiche da questo introdotte, cfr. M.C. BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008; A. LUCARELLI - A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione Europea*, Napoli, 2009; J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007; B. NASCIBENE - A. LANG, *Il trattato di*

Trattato, pur riprendendo nella sostanza le principali riforme prospettate dal Trattato costituzionale, a differenza di questo non costituisce un Trattato autonomo, destinato a sostituirsi a quelli precedenti, bensì inserisce in essi le proprie modifiche; in particolare esso modifica il Trattato sull'Unione europea (TUE) ed il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), che restano, tuttavia, in vigore, il primo, con la sua attuale denominazione, il secondo, mutandosi in Trattato sul funzionamento dell'unione (TFUE).

Aldilà di queste modifiche relative alla struttura dei Trattati e tralasciando le modifiche istituzionali e procedurali introdotte dal Trattato di Lisbona, particolare attenzione meritano invece le novità da questo prospettate circa lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la cui portata è tale da coinvolgere anche la materia dell'immigrazione.

In particolare, l'abolizione della struttura in pilastri, che da Maastricht in poi aveva caratterizzato l'architettura istituzionale dell'Unione europea, determina lo spostamento delle previsioni relative alla cooperazione penale e di polizia all'interno del Titolo V del TFUE dedicato allo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, nell'ambito del quale l'Unione è chiamata a sviluppare una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi (art. 67 par. 2 TFUE)¹⁰⁷. L'esplicita previsione di una politica comune in materia di immigrazione segna per la prima volta un notevole passo in avanti rispetto alla mera competenza dell'Unione ad adottare norme minime in questo settore, prevista dall'art. 62 TCE, che escludeva qualsiasi tentativo di armonizzazione, lasciando ampi margini d'intervento alla discrezionalità degli Stati membri¹⁰⁸.

La procedura legislativa da seguire nell'elaborazione di tale politica è quella ordinaria, definita in dettaglio all'art. 294 TFUE e basata sull'adozione a maggioranza qualificata di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione (art. 289 TFUE)¹⁰⁹. Per quanto riguarda la materia in esame, la procedura *de qua* è prevista per l'adozione di misure riguardanti la gestione dei

Lisbona: l'Unione europea a una svolta?, in *Il corriere giuridico*, 2008, n. 1, p. 137; R. SAPIENZA, *Lisbona 2007: un nuovo Trattato per l'Unione europea*, in *Aggiornamenti sociali*, 2008, n. 2, p. 127; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, n. 1, p. 21.

¹⁰⁷ Il nuovo Titolo V è suddiviso in cinque capi che riguardano rispettivamente le Disposizioni generale (capi I), le Politiche relative ai controlli alle frontiere esterne, all'asilo e all'immigrazione (capo II), la Cooperazione giudiziaria in materia civile (capo III), la Cooperazione giudiziaria in materia penale (capo IV), la Cooperazione di polizia (Capo V).

¹⁰⁸ Nello stesso senso, cfr. C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 2, p. 17.

¹⁰⁹ Il potere di iniziativa è di esclusiva competenza della Commissione, a differenza delle proposte nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, in cui tale potere è attribuito anche ad un quarto degli Stati membri, traccia persistente, questa, del precedente assetto istituzionale di origine intergovernativa.

controlli alle frontiere interne ed esterne (art. 77, par. 2); la definizione di un sistema europeo comune di asilo (art. 78, par. 2); lo status dei cittadini di Stati terzi che soggiornano regolarmente negli Stati membri, nonché la prevenzione ed il contrasto dell'immigrazione illegale e la tratta degli esseri umani (art. 79, par. 2)¹¹⁰.

Nonostante la complessità che la procedura di codecisione presenta¹¹¹, la sua estensione al settore dell'immigrazione comporta senz'altro notevoli vantaggi, sia perché consente di superare le obiezioni tradizionalmente mosse in relazione al *deficit* democratico dell'Unione, grazie al maggiore coinvolgimento del Parlamento europeo e di quelli nazionali in una tematica strettamente connessa al rispetto dei diritti fondamentali¹¹²; sia per il venir meno della regola dell'unanimità, la cui applicazione aveva comportato notevoli ritardi nello sviluppo di una politica europea, a causa della difficoltà di raggiungere il consenso di tutti gli Stati in una materia ritenuta attinente alla sovranità nazionale.

Un'altra importante novità riguarda il venir meno dei limiti previsti in tale materia dall'art. 68 TCE alla competenza della Corte di giustizia che, comportando l'applicazione del normale regime di giurisdizione, dovrebbe contribuire senz'altro a determinare un rafforzamento del ruolo della Corte in questo settore, oltre che a meglio garantire il principio della tutela giurisdizionale effettiva e dell'interpretazione conforme del diritto comunitario. In tale senso, l'eliminazione di ogni limite al regime del rinvio pregiudiziale (art. 19 n. 3 TUE) consentirà alla Corte di conoscere dei ricorsi in via pregiudiziale presentati anche dalle giurisdizioni di prima istanza, sulla base dei presupposti indicati all'art. 267 TFUE; inoltre, qualora una questione del genere venga sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, è possibile chiedere una procedura pregiudiziale d'urgenza.

Com'è stato rilevato in dottrina, lo sbarramento nell'accesso alla Corte per le giurisdizioni non di ultima istanza rischiava di arrecare un grave *vulnus* nella tutela dei diritti fondamentali, in quanto è proprio l'esame del merito della controversia a esse riservato a

¹¹⁰ Sulle basi giuridiche per la regolamentazione dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione, cfr. G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, n. 1, p. 105.

¹¹¹ Sul punto, cfr. U. DRAETTA, *La funzione legislativa ed esecutiva dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, n. 4, p. 677.

¹¹² Per quanto riguarda il ruolo dei parlamenti nazionali, il Protocollo n. 9 prevede a carico della Commissione un generale obbligo di informazione nei confronti dei governi nazionali, affinché questi possano poi trasmetterle in tempo utile ai singoli parlamenti.

rendere quanto mai opportuna la valutazione sulla conformità delle legislazioni nazionali con la normativa comunitaria¹¹³.

Si ritiene dunque che le novità introdotte dal Trattato di Lisbona nel settore in esame possano contribuire a una ridefinizione del sistema di tutela giurisdizionale al fine di garantire una parità di trattamento tra cittadini comunitari e non comunitari. A tal proposito, la rapida adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), prevista all'art. 6 par. 2 TUE, renderà più stringente per l'Unione l'obbligo di garantire la promozione attiva dei diritti e delle libertà fondamentali in tutti i settori di sua competenza¹¹⁴. L'attribuzione di efficacia vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, favorirà inoltre un'utilizzazione di tale catalogo di diritti da parte della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado che, pur non essendo giudici specializzati in materia di tutela dei diritti umani, potranno comunque svolgere in questa materia, grazie a un'applicazione pretoria della Carta, ormai vero e proprio *parametro di giudizio* del giudice comunitario di prima e seconda istanza, un ruolo significativo per un'effettiva e più completa tutela dei diritti fondamentali¹¹⁵. Tale sistema multilivello di protezione dei diritti consentirà di valorizzare le previsioni della Carta di Nizza attinenti al rispetto della vita privata e familiare, al principio di non discriminazione, al diritto d'asilo e alle garanzie procedurali contro l'espulsione, dando così un contenuto più preciso ai diritti in questione e contribuendo al tempo stesso ad ampliare la sfera di protezione dei cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti nel territorio dell'Unione.

Per quanto riguarda poi le forme di integrazione differenziata che da sempre hanno caratterizzato la politica comune in materia di immigrazione, il Trattato di Lisbona, a differenza di quanto previsto dal Trattato costituzionale, consente di estendere il diritto di *opting out* riconosciuto a Regno Unito, Irlanda e Danimarca all'intero spazio di libertà, sicurezza e giustizia, comprendendo anche la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia

¹¹³ Più ampiamente, cfr. M. CARTA, *Immigrazione e tutela dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della UE. Strumenti e prospettive di controllo politico e giurisdizionale*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Roma, 2009, p. 195.

¹¹⁴ Sul punto, cfr. A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2009, n. 3, p. 678.

¹¹⁵ F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *Comunità Internazionale*, 2009, n. 1, p. 48. In generale sull'argomento, cfr. T. PENSABENE LIONTI, *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU*, in *Nuove Autonomie*, 2010, n. 2, p. 387; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2009, n. 3, p. 653.

penale, finora esclusa da tale meccanismo di flessibilità¹¹⁶. In particolare, il Protocollo n. 21, riguardante la posizione di Regno Unito e Irlanda, consente a questi Stati di sottrarsi alle norme del Titolo V del TFUE e agli atti di diritto derivato adottati su questa base, riservandosi, tuttavia, il diritto di partecipare alle misure proposte (*opting in*) entro tre mesi dalla presentazione della proposta o in qualsiasi momento successivo all'adozione dell'atto. Di conseguenza, anche l'ampliamento della giurisdizione della Corte di Giustizia avrà effetto su Regno Unito e Irlanda solo nella misura in cui essi avranno accettato di sottoporsi all'applicazione delle singole misure¹¹⁷. Una particolare procedura è prevista dall'articolo 4 bis dello stesso Protocollo nel caso di modifiche successive ad una misura in vigore a cui essi avessero già aderito; in tal caso il Consiglio, se ritiene che la non partecipazione di tali paesi alla versione modificata di una misura in vigore renda l'applicazione della misura stessa impraticabile per gli altri Stati membri o per l'Unione, può esortarli a aderire alla misura stessa e, se ciò non avviene, può anche addebitargli le conseguenze economiche derivanti dalla loro cessata partecipazione alla misura in vigore. Il Protocollo n. 22, riguardante la Danimarca, prevede invece un diritto di *opting out* generale, senza che questo Stato possa partecipare a singoli atti; tuttavia, l'art. 7 prevede la possibilità che tale paese rivaluti la sua posizione, comunicando agli altri Stati membri la volontà di rinunciare a tutte o parte delle riserve contenute nel Protocollo stesso.

In generale, per quanto riguarda invece la ripartizione di competenze tra l'Unione e gli altri Stati membri, trattandosi di materia di competenza concorrente, l'adozione di atti giuridicamente vincolanti può avvenire sia a livello europeo sia a livello nazionale; tuttavia gli Stati membri non possono più esercitare la loro competenza a partire dal momento in cui l'Unione ha esercitato la propria (art. 4 par. 2 TFUE)¹¹⁸. A tal proposito, è da rilevare inoltre una migliore delimitazione delle competenze rispetto ai Trattati precedenti, resa possibile grazie a una più stringente precisazione della base giuridica dell'azione dell'Unione in relazione agli specifici ambiti d'intervento rilevanti in tale materia, che pone fine alle incertezze che riguardavano la corretta individuazione del fondamento giuridico degli atti

¹¹⁶ Il Trattato costituzionale prevedeva l'*opting out* soltanto rispetto alle misure riguardanti lo scambio di informazioni di polizia, ma non l'intero settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (art. 1, par. 1 del protocollo n. 19 del Trattato costituzionale).

¹¹⁷ Per quanto riguarda invece la giurisdizione della Corte sulle misure del terzo pilastro adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Protocollo sulle questioni transitorie ha stabilito all'art. 10 che l'attuale sistema di giurisdizione della Corte sulle materie del terzo pilastro sarà mantenuta sulle norme preesistenti per i cinque anni successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Su tale problematica, cfr. C. GABRIELLI, *La partecipazione del Regno Unito allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Sud in Europa*, numero speciale sulla riforma di Lisbona, febbraio 2008.

¹¹⁸ Sul punto cfr. U. DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, n. 2, p. 245.

adottati dall'Unione in questo settore. Continuano invece a rimanere escluse dalla competenza dell'Unione la politica di integrazione e la determinazione del volume di ingresso dei cittadini di paesi terzi, con una scelta rispetto alla quale possono essere prospettate le stesse critiche mosse sul punto al Trattato costituzionale.

A parte questi limiti, com'è stato rilevato in dottrina, non vi sono altri ostacoli giuridici allo sviluppo da parte dell'Unione di una politica in grado di realizzare un più alto grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali nel settore in esame e un più elevato livello di protezione dei diritti dei cittadini di paesi terzi¹¹⁹. L'impianto istituzionale delineato dal Trattato di Lisbona contribuisce infatti senza alcun dubbio al rilancio della politica europea di immigrazione, in quanto, oltre ad ampliare le competenze dell'Unione in questa materia, razionalizza il riparto di competenze rispetto agli Stati membri, offrendo una cornice giuridica più omogenea che consentirà un miglioramento dell'attuale disciplina. Non resta dunque che auspicare che i nuovi obiettivi dell'Unione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, collocandosi in rapporto di continuità con la strategia elaborata a Tampere, si traducano in concreto nella definizione di un approccio equilibrato alla gestione dei flussi migratori, che tenga nello stesso tempo in considerazione le esigenze di sicurezza e le istanze di rispetto dei diritti fondamentali.

Una prima risposta in tal senso sembra provenire dal Programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2009, ove, tenendo conto degli importanti risultati conseguiti dai programmi di Tampere e dell'Aia, si sottolinea ancora una volta l'importanza dell'interrelazione tra migrazione e integrazione, nell'ambito di una politica flessibile in grado di migliorare la coerenza tra i settori d'intervento e consentire all'Unione di far fronte alle nuove sfide cui è chiamata¹²⁰. Il Parlamento europeo e quelli nazionali, oltre che in generale le istituzioni europee, sono dunque chiamati a sfruttare tutte le possibilità offerte dal Trattato di Lisbona per rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando una politica migratoria europea articolata, fondata sulla solidarietà e la responsabilità e basata sul Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo¹²¹, al fine di controllare e

¹¹⁹ S. PEERS, *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, in *European journal of migration and law*, 2008, n. 2, p. 247.

¹²⁰ Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE C 115, 4 maggio 2010, p. 1, che ha il compito di sviluppare nei cinque anni successivi l'azione dell'Unione nell'area di libertà, sicurezza e giustizia.

¹²¹ Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo del 24 settembre 2008, non pubblicato in GUUE, che sancisce l'impegno dell'Unione europea e degli Stati membri a sviluppare una politica comune dell'immigrazione, ispirata a uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri e di cooperazione con i paesi terzi, che sia al tempo stesso giusta, efficace e coerente a fronte delle sfide e delle opportunità rappresentate dalle migrazioni.

contrastare l'immigrazione clandestina e rafforzare lo *status* dei cittadini extracomunitari legalmente residenti sul territorio dell'Unione.

Sezione 2. Il trattamento dei migranti irregolari tra garanzia della sovranità statale e obblighi di protezione dei diritti umani

Il 6 maggio 2009 l'Italia ha autorizzato il respingimento verso la Libia di 3 gommoni carichi di migranti alla deriva in alto mare, a 35 miglia a sud di Lampedusa, senza svolgere alcun controllo sull'identità o la nazionalità delle persone trasportate e senza dar loro la possibilità di presentare domanda di asilo, nonostante avessero più volte manifestato tale volontà e ne fossero pienamente titolari, provenendo per lo più da Paesi come Etiopia, Eritrea o Somalia, dove la situazione di generale violenza dà luogo a ripetute violazioni dei diritti umani¹²². Alla luce del ripetersi di episodi analoghi - solo tra il 6 maggio e il 21 settembre del 2009 sono state effettuate otto operazioni nel Mediterraneo durante le quali sono stati respinti 757 migranti¹²³ - appare opportuno avviare una riflessione di carattere generale in ordine alla compatibilità del trattamento che i paesi di destinazione riservano ai migranti irregolari con gli obblighi internazionali di protezione dei diritti umani di cui sono titolari gli stranieri, a prescindere dal loro *status* di migrante regolare o irregolare. La questione si presenta particolarmente problematica, trovandosi contrapposti, da un lato, l'interesse dello Stato a controllare l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio al fine di contrastare efficacemente l'immigrazione clandestina e i problemi a essa correlati, dall'altro, l'esigenza di rispettare gli obblighi di carattere generale a tutela dei diritti fondamentali della persona umana. Sotto il primo profilo, è da rilevare che, secondo un principio consolidato di diritto internazionale generale, una delle principali prerogative connesse alla sovranità statale si estrinseca nella piena libertà di ogni Stato di ammettere o meno gli stranieri nel proprio territorio e di espellere quelli in posizione irregolare. Tale potere si può spiegare in ragione della responsabilità assunta dallo Stato sia verso la propria comunità territoriale, di fronte alla quale

¹²² 24 dei circa 200 migranti (227 con precisione, tra cui 40 donne, di cui 3 incinta) coinvolti nel respingimento collettivo verso la Libia hanno presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo (ric. n. 27765/09, Hirsi e altri c. Italia), discusso davanti alla Grande Camera il 22 giugno 2011. Serie critiche nei confronti di tale episodio sono state formulate anche dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, dalla Santa Sede e dalla Conferenza episcopale italiana.

¹²³ Dati tratti dal "Report to the Government of Italy drawn up by the *European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)* after its visit to Italy from 27 to 31 July 2009", adottato dal Comitato per la prevenzione della tortura a Strasburgo, 2-5 Novembre 2009.

è chiamato a garantire la pacifica convivenza, prevenendo e risolvendo eventuali problemi di sovrappopolazione o di mantenimento dell'ordine pubblico, sia verso la comunità continentale-regionale interessata da processi di integrazione, considerando la facilità di circolazione all'interno di tale area degli stranieri ammessi nel territorio di uno degli Stati parte.

Riguardo al secondo profilo, si può riscontrare una tendenza delle norme sui diritti umani a sostituire quelle sul trattamento degli stranieri, che tendono a rimanere residuali, regolando più gli interessi economici degli stranieri anziché quelli strettamente attinenti alla loro sfera fisica e personale¹²⁴. Tale effetto di sostituzione opera pienamente ove si tratti di diritti fondamentali e inderogabili di ogni persona, quali il diritto alla vita, il divieto di schiavitù, il divieto di tortura e di trattamenti o punizioni inumani o degradanti, il diritto alla libertà e sicurezza della persona, che, in virtù del loro carattere assoluto, si applicano a tutti gli esseri umani, e quindi anche agli stranieri che si trovino sul territorio di uno Stato, a prescindere dal carattere regolare o meno della loro condizione¹²⁵. Da tale impostazione deriva che la dialettica tra garanzia della sovranità statale e protezione dei migranti si traduce in una serie di limiti a tale sovranità - che non negano, bensì presuppongono l'esistenza del diritto dello Stato di controllare l'ingresso nel proprio territorio - nonché nel dovere dello Stato di rispettare i diritti fondamentali dei clandestini¹²⁶. A tal proposito, è da rilevare che, non essendo stata ad oggi elaborata un'apposita normativa internazionale volta a disciplinare in modo sistematico ed esauriente la condizione dei migranti clandestini e sussistendo pertanto a livello europeo soltanto due atti, l'uno a contenuto universale¹²⁷, l'altro a contenuto regionale¹²⁸, circoscritti ad aspetti specifici e settoriali, al fine di individuare l'insieme dei doveri che incombono sullo Stato di destinazione in ordine al trattamento dei migranti irregolari, occorre accertare in che modo e in quale misura l'applicazione a tali soggetti degli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo limiti il diritto riconosciuto agli Stati di controllare l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio.

¹²⁴ R. PISILLO MAZZESCHI, *Sui rapporti tra diritti umani e diritti degli stranieri e dei migranti nell'ordinamento internazionale*, relazione svolta al Convegno su *Diritti fondamentali degli immigrati: unità della famiglia e tutela dei minori*, Siena, 27-28 novembre 2009.

¹²⁵ Sulla distinzione tra le diverse "categorie" di diritti e sulla loro applicazione agli stranieri, cfr. C. ZANGHÌ, *Circolazione delle persone e migrazioni nel Mediterraneo*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, cit., p. 43.

¹²⁶ Nello stesso senso, cfr. G. PALMISANO, *Il trattamento del migrante clandestino*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, p. 292.

¹²⁷ Convenzione n. 143, adottata dall'OIL il 24 giugno 1975, concernente le migrazioni in condizioni abusive e la promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, entrata in vigore nel 1978 e ratificata soltanto da 23 Stati, fra cui l'Italia, reperibile sul sito: www.ilo.org/ilolex.

¹²⁸ Direttiva 2008/115/CE, del 16 dicembre 2008, che adotta norme e procedure comuni applicabili al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in GUUE L 348 del 24 dicembre 2008, p. 98.

Tale indagine avrà ad oggetto in particolare gli obblighi di protezione dei diritti umani elaborati nei sistemi di integrazione europea, i quali, a differenza dei solenni strumenti adottati a livello internazionale¹²⁹, godono di tutela giurisdizionale, essendo previsti appositi organi di garanzia che assicurano la loro attuazione, e si articolerà in due livelli, secondo il diverso *standard* di tutela connesso alle varie situazioni in cui i “clandestini” possono trovarsi, distinguendo in particolare la questione del trattamento previsto nei confronti dei migranti irregolari adulti (§ 1) dalla condizione giuridica del minore straniero (§ 2).

§ 1. La tutela dei diritti dei migranti irregolari nei sistemi di integrazione europea

A livello europeo il maggior contributo alla tutela della posizione dei migranti irregolari non proviene dagli atti adottati dall’Unione europea per contrastare l’immigrazione “clandestina”, dai quali sembra emergere una scarsa attenzione per la situazione di particolare vulnerabilità di tali soggetti, bensì dai documenti volti a salvaguardare i diritti che spettano agli individui in quanto tali, dai quali si può evincere uno *standard* minimo di protezione da riconoscere anche ai migranti a prescindere dal loro *status*, fatte salve le disposizioni riservate ai soli cittadini. Tra tali documenti rilevano in particolare la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), elaborata nel 1950 in seno al Consiglio d’Europa, e la Carta dei diritti fondamentali, adottata in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 2000, la quale ha assunto efficacia vincolante nel 2009 con la modifica dell’art. 6 TUE da parte del Trattato di Lisbona, dai quali emerge un catalogo di diritti e libertà ritenute fondamentali e pertanto indisponibili da parte delle autorità pubbliche, quali la dignità umana, il diritto alla vita, il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti, il rispetto della vita privata e familiare. In particolare, la CEDU, nonostante i limitati riferimenti testuali agli stranieri, esprime una posizione di avanguardia nella comunità internazionale in materia di trattamento dei cd. “clandestini”, contribuendo a rafforzare, grazie anche all’interpretazione che ne viene data dalla Corte europea, un patrimonio di valori indisponibile allo Stato, in quanto riconosciuto in capo a ogni essere umano, a prescindere dal suo *status* di cittadinanza. La rilevanza - diretta o indiretta – dei diritti fondamentali nel trattamento dei migranti irregolari varia in base allo specifico momento della loro situazione di “clandestinità”, a

¹²⁹ Fra le principali fonti internazionali che salvaguardano i diritti dell’uomo, basti ricordare la Carta delle Nazioni Unite, proclamata a San Francisco il 26 giugno 1945; la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948; il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottati dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966.

seconda che vengano in rilievo la fase dell'ingresso e le eventuali azioni statali di interdizione delle frontiere o di respingimento, quella del soggiorno, con le connesse esigenze riguardanti la vita svolta dal migrante all'interno dello Stato, ovvero quella di allontanamento e di esecuzione di un provvedimento di espulsione. Ed è proprio su quest'ultima fase che si concentrerà l'indagine che segue, cercando di ricostruire il contenuto degli obblighi - positivi e negativi - che dagli strumenti di protezione dei diritti umani discendono in capo agli Stati, al fine di evitare che persone prive della cittadinanza, ma comunque sottoposte alla loro giurisdizione, subiscano delle violazioni nei propri diritti fondamentali; obblighi, questi, che hanno reso l'allontanamento degli stranieri dal territorio di uno Stato l'oggetto di un potere non più arbitrario, bensì discrezionale. In quest'ottica, l'analisi non potrà prescindere dall'interpretazione degli organi preposti alla salvaguardia dei principi contenuti nelle convenzioni che proteggono i diritti fondamentali, sotto il duplice angolo prospettico del sistema CEDU e dell'ordinamento dell'Unione europea, soffermandosi in particolare sulle posizioni assunte al riguardo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (A) e dalla Corte di Giustizia (B).

A. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di allontanamento degli stranieri in posizione irregolare

Le ragioni sottese all'adozione di provvedimenti di allontanamento ed espulsione, sebbene perlopiù rispondenti all'interesse dello Stato al controllo del proprio territorio, devono essere comparativamente valutate alla luce dei diritti riconosciuti in generale dalla CEDU, al fine di evitare che la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale possa tradursi nella violazione di diritti fondamentali di ogni essere umano¹³⁰. In particolare, l'analisi della giurisprudenza della Corte europea permette di evidenziare l'attenzione dei giudici di Strasburgo in tema di divieto di espulsione verso paesi in cui si pratica la tortura o si infliggono pene o trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU), di garanzia della libertà personale dello straniero sottoposto a trattenimento in vista dell'espulsione (art. 5 CEDU), di diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), nella costante ricerca del difficile bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco, cercando di ricondurre le restrizioni dei diritti

¹³⁰ In argomento, cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 234; G. CAGGIANO, *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Stranieri*, 2010, n. 2, p. 7; G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, p. 165.

fondamentali degli stranieri nella sfera della necessità di rispondere ad un “bisogno sociale imperioso”.

A dover essere presa in considerazione è innanzitutto la compatibilità di misure di allontanamento verso Paesi terzi con riguardo all’art. 3 CEDU, che proibisce in termini assoluti la tortura o pene e trattamenti inumani o degradanti, consacrando uno dei valori fondamentali delle società democratiche, non soggetto a restrizioni, diversamente da quanto accade per la maggior parte delle disposizioni della Convenzione e dei protocolli n. 1 e n. 4, né derogabile in virtù dell’art. 15 CEDU, in caso di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione¹³¹. La valenza di tale previsione può essere sia diretta, traducendosi nell’obbligo per lo Stato di rispettare sempre pienamente la dignità e l’integrità fisica del clandestino, anche laddove sia necessario applicare nei suoi confronti misure coercitive, sia indiretta, comportando per lo Stato un obbligo di non espulsione, qualora vi siano seri e accertati motivi di ritenere che l’interessato, una volta espulso verso il paese di destinazione, possa correre il rischio effettivo di venire sottoposto a trattamenti contrari all’art. 3 CEDU. Sotto il primo profilo, la Corte, partendo dal principio per cui è inaccettabile che chiunque possa essere detenuto in condizioni nelle quali vi sia una totale assenza di attenzione ai suoi bisogni essenziali, valuta le modalità del trattenimento in vista dell’espulsione, al fine di accertare se dalla combinazione tra le condizioni della detenzione e la durata della stessa, alla luce dell’età, del sesso, dello stato di salute o di altre condizioni di particolare vulnerabilità, possa risultare un trattamento degradante ex art. 3 CEDU, come riconosciuto nella sentenza *Dougoz contro Grecia* del 2001¹³². Più di recente, nel caso *Tabesh*, i giudici europei hanno ravvisato un’ulteriore violazione, da parte delle autorità greche, dell’art. 3 CEDU in relazione alla detenzione di un immigrato clandestino, precisando che la detenzione dello straniero diviene sproporzionata rispetto allo scopo legittimo di eseguire l’allontanamento, allorché lo Stato ometta di attivarsi con la doverosa diligenza per creare le condizioni che rendono possibile

¹³¹Tra gli studi sull’art. 3 CEDU, cfr. A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il diritto internazionale generale*, in *Com. Intern.*, 2005, n. 2, p. 269, (Parte I); n. 3, p. 471, (Parte II); M. TACCHINARDI, *L’art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, n. 2, p. 314.

¹³²Corte europea dei diritti dell’uomo, *Dougoz c. Grecia*, 6 marzo 2001, ric. n. 40907/98. nel caso di specie, la Grecia è stata condannata per trattamenti contrari all’art. 3 CEDU nei confronti del sig. Dougoz, cittadino di nazionalità siriana in attesa di espulsione, trattenuto in condizioni inumane e degradanti nel carcere di Drapetsona, collocato in una delle 20 celle sovraffollate dell’istituto, buie, prive di servizi sanitari, senza letti, né materassi, coperte e lenzuola, e in cui non veniva svolta nessun tipo di attività e le condizioni di alimentazione erano insoddisfacenti.

l'espulsione¹³³. Inoltre, anche il trattenimento nella zona di transito degli aeroporti può costituire trattamento inumano ex art. 3 CEDU, in quanto si tratta di un luogo non adatto alla detenzione, senza alcun accesso all'esterno per camminare o fare esercizio fisico, né strutture interne di ristoro, né contatti con il mondo esteriore, che in quanto tale può essere destinato all'accoglienza di persone soltanto per periodi di durata brevissima, essendo suscettibile di far nascere nei soggetti interessati un sentimento di solitudine¹³⁴.

Per quanto riguarda invece le conseguenze cui si esporrebbe un individuo in seguito a una misura di allontanamento, la Corte è chiamata a svolgere una valutazione prognostica, analizzando in modo rigoroso gli elementi che le vengono forniti dalle parti o, se del caso, quelli che acquisisce d'ufficio, tenendo conto delle circostanze di cui lo Stato aveva conoscenza o doveva avere conoscenza al momento in cui ha adottato tale misura. A tal proposito, secondo una giurisprudenza ormai consolidata, la Corte ritiene in contrasto con l'art. 3 CEDU l'espulsione di uno straniero qualora vi siano seri motivi per ritenere che nel paese di destinazione l'interessato corra un rischio reale di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti¹³⁵. Tale principio vale anche nel caso in cui lo straniero costituisca una minaccia particolarmente grave per la sicurezza della comunità statale, come riconosciuto nella sentenza *Saadi contro Italia*, in cui la Corte, basandosi sulle informazioni provenienti da ONG indipendenti, ha ritenuto che il provvedimento di espulsione del ricorrente verso la Tunisia, adottato per ragioni di prevenzione del terrorismo, lo esponesse al rischio di essere

¹³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Tabesh c. Grecia*, 26 novembre 2009, ric. n. 8256/07, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 310; nel caso di specie, i giudici europei hanno ritenuto che la detenzione del ricorrente - un richiedente asilo afgano - per tre mesi (tra il 2006 e il 2007) presso le strutture del Sottodiretorato della polizia per gli stranieri di Tessalonica, equivallesse a trattamento degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU, rilevando che il richiedente era stato detenuto per tre mesi, mentre quelle strutture sono adatte a ospitare persone solo per un periodo di tempo molto breve.

¹³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Riad e Idiab c. Belgio*, in cui la Corte ravvisa una violazione dell'art. 3 CEDU in relazione al trattenimento di due palestinesi nella zona transiti dell'aeroporto di Bruxelles; cfr. *infra*.

¹³⁵ Principio affermato per la prima volta nella ben nota sentenza *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989 (serie A, n. 161, §§ 90-91), che, sia pure concernente l'esecuzione di una decisione di estradizione verso gli Stati Uniti d'America, è stato poi esteso dalla giurisprudenza successiva a tutte le ipotesi di allontanamento di uno straniero dal territorio di uno Stato, quindi anche in esecuzione di una misura di espulsione. Nel caso di specie, la Corte ha concluso nel senso che il lunghissimo periodo da trascorrere nel cd. "corridoio della morte" in condizione estreme, con l'angoscia onnipresente e crescente dell'esecuzione della pena capitale, nonché la situazione personale del ricorrente, la sua giovane età e il suo stato mentale all'epoca dei fatti, esponevano l'interessato ad un rischio reale che venisse oltrepassata la soglia di sofferenza consentita dall'art. 3 CEDU in caso di estradizione verso lo Stato della Virginia. Sull'obbligo di non espulsione verso paesi in cui l'interessato corre il rischio di essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, cfr. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cruz Varas c. Svezia*, 20 marzo 1991, Serie A, n. 201; *Vivalrajah e altri c. Regno Unito*, 30 ottobre 1991, serie A, n. 215, § 102; *Ahmed contro Austria*, 17 dicembre 1996, in Raccolta 1996-VI, § 38; *H.L.R. c. Francia*, 29 aprile 1997, in Raccolta 1997-III, § 34, che estende i limiti dell'applicabilità dell'art. 3 CEDU anche a comportamenti provenienti da privati; *Jabari c. Turchia*, 11 luglio 2000, ric. n. 40035/98, § 38, CEDH 2000-VIII, e *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, 11 gennaio 2007, ric. n. 1948/04, § 135. Da ultimo, nel caso *NA contro Regno Unito*, del 17 luglio 2008, riguardante un cittadino dello Sri Lanka di origine tamil entrato clandestinamente in territorio britannico, la Corte si è espressa dichiarando la violazione dell'art. 3 CEDU da parte del provvedimento di espulsione emanato dallo Stato britannico.

sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, escludendo la possibilità di bilanciare tale rischio con le esigenze di protezione dell'ordine pubblico¹³⁶. A differenza di tale ipotesi in cui la Corte ha riscontrato una violazione solo potenziale dell'art. 3 CEDU, non essendo il provvedimento di espulsione ancora stato eseguito, i giudici europei hanno invece di recente riconosciuto una violazione effettiva di tale norma da parte dell'Italia, in relazione all'esecuzione di un provvedimento di espulsione nei confronti di un cittadino tunisino - condannato con sentenza definitiva a sei anni di reclusione per associazione con finalità di terrorismo internazionale ex art. 270 bis c.p. - ribadendo che la pur rilevante pericolosità sociale del ricorrente non vale a "giustificare" la sua espulsione verso Paesi nei quali egli corra un rischio apprezzabile di essere sottoposto a tortura o a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU¹³⁷. Inoltre, uno Stato che intenda allontanare uno straniero deve valutare anche le sue condizioni di salute, risultando contrarie all'art. 3 CEDU le espulsioni di soggetti gravemente malati che nel Paese di destinazione non potrebbero più ricevere le cure necessarie e adeguate¹³⁸.

Un altro parametro invocato dalla Corte al fine di valutare la compatibilità con la CEDU di eventuali misure di espulsione è l'art. 5, che, pur consacrando il diritto alla libertà e

¹³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, § 124. Per un commento, cfr. B. CONCOLINO, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: l'espulsione di presunti terroristi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, n. 3, p. 627; sebbene la Corte si limiti a ribadire un principio già affermato nella sentenza *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 1996, ric. n. 22414/93 (in Raccolta 1996-V, §§ 73-74), la notevole importanza di tale sentenza deriva dal fatto che, in un contesto storico e politico in cui gli Stati tendono ad attribuire rilevanza assoluta alla difesa dalla minaccia del terrorismo, in particolare di matrice islamica, la Corte invece stabilisce che il dovere dello Stato di difendere la sicurezza nazionale non può essere perseguito ad ogni costo. In applicazione dei medesimi principi, cfr. anche il caso *H.R. c. Francia*, 22 settembre 2011, ric. n. 64780/09; nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto la violazione potenziale dell'art. 3 CEDU in relazione all'espulsione di un cittadino algerino, condannato all'ergastolo in Francia per aver dato ospitalità a un gruppo di terroristi. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto sussistente il rischio di sottoposizione a trattamenti inumani da parte dei servizi segreti militari algerini, basandosi sulle numerose denunce da parte di organizzazioni internazionali per casi di tortura ai danni dei sospettati di terrorismo. In generale sull'argomento, cfr. E. LIZZA, *La tutela dei diritti assoluti previsti dalla Convenzione nei confronti dello straniero e la lotta al terrorismo internazionale*, in *Giur. merito*, 2008, n. 12 suppl., p. 180.

¹³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Toumi c. Italia*, 5 aprile 2011, ric. n. 25716/09; nel caso di specie, la Corte si è basata sulle conclusioni contenute nel rapporto di *Amnesty International* riguardante la Tunisia, nonché su quelle raggiunte dal Rapporto speciale delle Nazioni Unite del 26 gennaio 2010, dalle quali emergono numerosi casi di tortura e maltrattamenti posti in essere da parte delle autorità tunisine nei confronti delle persone sospettate di terrorismo. Le pratiche denunciate - che spesso avverrebbero durante l'arresto allo scopo di estorcere una confessione - vanno dalla sospensione al soffitto alle minacce di stupro, passando per le scariche elettriche, l'immersione della testa nell'acqua, le botte, le ferite e le bruciature di sigarette. In argomento, cfr. anche *Ben Khemais c. Italia*, del 24 febbraio 2009; *Trabelsi c. Italia*, del 13 aprile 2011.

¹³⁸ La Corte, nel caso *D. contro Regno Unito*, del 21 aprile 1997, in Raccolta, 1997-III, p. 777, pur dichiarando che in linea di principio non esiste un divieto generale di espellere un soggetto malato in ragione della carenza di strutture adeguate alla cura nel suo paese di origine, nel caso di specie ha tuttavia ravvisato una violazione dell'art. 3 CEDU nell'espulsione verso un'isola delle Antille di un soggetto ammalato di AIDS in fase terminale, facendo prevalere le condizioni umanitarie sulle esigenze di controllo dei flussi migratori, tenendo conto delle cure fisiche e psicologiche di cui il soggetto beneficiava nel Regno Unito e dell'assenza nel suo Paese di origine di strutture adeguate, nonché di parenti che gli potessero fornire l'aiuto necessario.

alla sicurezza di ogni essere umano, ammette delle deroghe a tale principio, purché queste siano stabilite dalla legge e siano riferite alle situazioni elencate al punto 1, tra cui, alla lett. f), le ipotesi di arresto o detenzione regolari di una persona al fine di impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione. Da tale disposizione deriva dunque che lo Stato, in virtù del suo potere di regolare i flussi migratori, possa detenere in appositi centri i cd. clandestini; tuttavia, essendo la detenzione uno degli attentati più gravi alla libertà personale, essa deve essere proporzionata rispetto allo scopo legittimo di eseguire l'espulsione (oppure di impedire l'ingresso irregolare nel territorio) e sottoposta a controlli rigorosi, al fine di accertare la conformità alla legislazione nazionale e alle previsioni dell'art. 5 CEDU, evitando in tal modo comportamenti arbitrari delle autorità. A tal proposito, il primo riconoscimento da parte della Corte di una violazione di tale previsione si è avuto nel caso *Aamur contro Francia*, in cui i giudici europei hanno ritenuto che un'eccessiva durata del trattenimento di alcuni cittadini somali, tenuti per 20 giorni nella zona di transito internazionale dell'aeroporto di Parigi, sotto la costante vigilanza delle forze di polizia, in attesa dell'esame della richiesta d'asilo o dell'esecuzione dell'espulsione, è da considerarsi un'illegittima privazione della libertà personale, che avrebbe peraltro l'effetto di privare i soggetti in questione della facoltà di accedere alle procedure per il riconoscimento del diritto d'asilo¹³⁹. Successivamente, la Corte ha ribadito che, non essendo l'art. 5 CEDU limitato soltanto alle privazioni classiche di libertà in carcere, la tutela da esso prevista si applica anche alle ipotesi di trattenimento presso un centro di accoglienza temporaneo, riconoscendo il diritto al risarcimento anche in un'ipotesi di ingiustificato trattenimento e contrastando in tal modo con la tesi dominante che contesta l'equiparazione di tali centri rispetto alle carceri¹⁴⁰. La Corte è tornata a pronunciarsi sul trattenimento di migranti irregolari nella zona internazionale degli aeroporti, ribadendo la necessità che sussistano adeguate garanzie di tutela, nel caso *Riad e Idiab contro Belgio*, concernente il trattenimento per oltre 10 giorni di due cittadini palestinesi nella zona di transito dell'aeroporto di Bruxelles, ove la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 5, oltre che dell'art. 3 CEDU, in quanto i soggetti erano stati abbandonati a sé stessi in un luogo considerato inadatto, per un periodo indeterminato ed imprevedibile, senza una disposizione

¹³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Aamur contro Francia*, 25 giugno 1996, in Raccolta 1996-III.

¹⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Zeciri c. Italia*, 4 agosto 2005, ric. n. 55764/00; nel caso di specie, il ricorrente, dopo aver scontato la pena ad un anno e due mesi di carcere, veniva trattenuto in un centro di accoglienza temporaneo in attesa dell'esecuzione dell'ordine di espulsione che, sulla base di una precedente decisione del tribunale già annullata dalla Cassazione, avrebbe dovuto sostituire la pena. Secondo la Corte europea, non potendo considerarsi "scusabile" l'errore commesso dalle autorità italiane, tenute a conoscere le decisioni delle giurisdizioni, sussiste una violazione dell'art. 5 § 1 CEDU.

o una decisione assoggettata a controllo, nonostante l'ordine giudiziario che ne disponeva la rimessa in libertà¹⁴¹.

Di recente la Corte ha avuto modo di precisare che, al fine di stabilire la legittimità della detenzione ex art. 5 § 1 CEDU, occorre che questa sia conforme alle “vie legali” ed abbia carattere “regolare”, rinviando essenzialmente alla legge nazionale e all'obbligo di rispettare le norme sostanziali e procedurali in essa previste; per cui, laddove il provvedimento con cui viene disposto il trattenimento sia palesemente illegittimo, perché contrario a una disposizione di legge, la detenzione costituisce una grave e manifesta violazione dell'art. 5 § 1 lett. f CEDU¹⁴². Qualora invece il provvedimento di espulsione appaia valido ed efficace e venga annullato solo in un secondo momento da un'altra giurisdizione interna, esso costituisce una base legale per la detenzione riguardo al periodo antecedente all'annullamento¹⁴³.

Di grande rilevanza nel trattamento dei clandestini è anche il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito all'art. 8 CEDU, anch'esso considerato come una norma in base alla quale si può rinvenire un qualche limite al diritto sovrano dello Stato di ammissione o espulsione degli stranieri¹⁴⁴. Tuttavia, la portata non assoluta di tale diritto impone di volta

¹⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Riad e Idiab c. Belgio*, 24 gennaio 2008, ricc. nn. 29787/03 e 29810/03; nel caso di specie, i ricorrenti, in seguito al respingimento della loro richiesta di asilo, erano stati dapprima trasferiti in un centro per immigrati illegali e in seguito, nonostante avessero ottenuto una decisione giudiziaria definitiva che li rimetteva in libertà, trasferiti nella zona di transito dell'aeroporto, in cui erano stati trattenuti per oltre dieci giorni al fine di costringerli ad accettare una partenza spontanea. In seguito, dopo che un provvedimento giudiziario ebbe ingiunto di lasciarli liberi, ricevettero un ordine di allontanamento e furono trattenuti in un centro per immigrati illegali fino al rimpatrio avvenuto dopo altri venti giorni circa. La Corte ha ritenuto violato l'art. 5 CEDU, sia in relazione al trattenimento nella zona transiti dell'aeroporto, sia riguardo al trattenimento nel centro per immigrati illegali, mentre non venivano ancora eseguite le decisioni di rimpatrio, nonostante le ordinanze giudiziarie definitive.

¹⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Seferovic c. Italia*, 8 febbraio 2011, ric. n. 12921/04; nel caso di specie, alla ricorrente, originaria della Bosnia-Erzegovina, due mesi dopo il parto, era stato notificato un provvedimento di espulsione, in palese violazione dell'art. 19, comma 2, TU, secondo cui non è consentita l'espulsione di una donna nei sei mesi successivi al parto. In seguito, l'autorità procedente aveva annullato il provvedimento di espulsione e ordinato di mettere in libertà la donna, che era stata immediatamente rilasciata, dopo quarantaquattro giorni di detenzione. Per un commento della pronuncia in questione, cfr. L. BEDUSCHI, *Condannata l'Italia per il trattenimento di una donna Rom in un centro di permanenza temporanea*, su www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hokic e Hrustic c. Italia*, 1 dicembre 2009, ric. n. 3449/05; nel caso di specie, la Corte esclude la violazione dell'art. 5 § 1 CEDU in relazione al trattenimento di due cittadini bosniaci in attesa del procedimento di espulsione, ritenendo che i provvedimenti di espulsione, legittimamente adottati dal prefetto, erano stati successivamente annullati dal giudice di pace nel corso del procedimento di convalida, perché questi aveva accertato che i ricorrenti erano titolari di un regolare permesso di soggiorno.

¹⁴⁴ Tra gli studi sull'art. 8 CEDU, cfr. L. DE GRAZIA, *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2002, n. 3, p. 1069; P. PALLARO, *Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1998, n. 2, p. 453; C. PAVARANI, *Art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in C. DEFILIPPI - D. BOSI - R. HARVEY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 291; M. VILLIGER, *Expulsion and the right to respect for private and family life (Article 8 of the Convention) - an introduction to the Commission's case law*, in F.

in volta alla Corte europea di fare ricorso alla tecnica del bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società complessivamente intesa, come espressamente richiesto dalla seconda parte dell'art. 8 CEDU¹⁴⁵. La conseguenza è che la giurisprudenza relativa all'art. 8, contrariamente a quella sull'art. 3 CEDU, si caratterizza per la costante preoccupazione della Corte di mantenere un giusto equilibrio tra tali interessi, valutando la proporzionalità delle decisioni di espulsione di volta in volta adottata e pronunciandosi sull'esigibilità o meno di tali misure. A tal proposito, la Corte di Strasburgo se da un lato ha negato nella sentenza *Gül* l'esistenza di un diritto dei membri della famiglia a vivere congiuntamente sul territorio di uno degli Stati contraenti, tuttavia nella stessa sentenza ha individuato alcune condizioni limitative del potere delle autorità nazionali di espellere gli stranieri dal territorio¹⁴⁶. In particolare, la Corte, pur riconoscendo agli Stati il diritto di controllare l'ingresso degli stranieri nel proprio spazio territoriale, non derivando dall'art. 8 CEDU un obbligo generale per lo Stato di rispettare la scelta, da parte di coppie sposate, della loro residenza comune, ha al tempo stesso fatto riferimento alla necessaria valutazione comparativa da parte dello Stato della situazione individuale degli interessati da un lato, e dell'interesse generale dall'altro, richiamando quindi indirettamente la ragionevolezza e proporzionalità delle misure adottate¹⁴⁷. La stessa Corte, nella successiva sentenza *Boultif*, è peraltro giunta a individuare i criteri alla luce dei quali dovrà essere condotto dallo Stato tale giudizio di proporzione, che rende più stringenti i limiti che discendono dalla CEDU alle misure di espulsione adottate dagli Stati¹⁴⁸. A entrare in bilanciamento secondo la Corte sono,

MATSCHER - H. PETZOLD, *Protecting Human Rights: the European dimension*, cit., p. 657; V. ZENO ZENCOVICH, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 307.

¹⁴⁵ L'art. 8 CEDU, dopo aver riconosciuto il diritto al rispetto della vita privata e familiare, nella seconda parte ammette un'ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto qualora essa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in un società democratica, è necessaria per la pubblica sicurezza nazionale, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

¹⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gül c. Svizzera*, 19 febbraio 1996, serie A, n. 159, in *Riv. inter. dir. uomo*, 1996, n.1, p. 230; nel caso di specie, la Corte esclude la violazione dell'art. 8 CEDU nel caso del rifiuto alla richiesta di ricongiungimento con i figli minori rimasti in Turchia presentata dal sig. Gül, non avendo quest'ultimo il diritto di risiedere stabilmente in Svizzera, bensì una mera autorizzazione di soggiorno per motivi umanitari, come tale revocabile.

¹⁴⁷ La Corte ha applicato gli stessi principi della sentenza *Gül* nel caso *Ahmut c. Paesi Bassi*, 28 novembre 1996, ric. n. 73/1995/579/66, in *Riv. inter. dir. uomo*, 1997, n. 1, p. 137, in cui la Corte ha escluso che il mancato rilascio di un permesso di soggiorno ad un minore marocchino di nove anni costituisca una violazione dell'art. 8 CEDU, ben potendo la vita familiare svolgersi altrove.

¹⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Boultif c. Svizzera*, 2 agosto 2001, ricorso n. 54273/00. Nel caso di specie, la Corte ravvisa la violazione dell'art. 8 CEDU nel mancato rinnovo del permesso di soggiorno al ricorrente, in quanto, nonostante costui avesse riportato una condanna penale nel 1997 per *brigandage et atteints aux biens*, le circostanze concrete consentivano di ritenere attenuato il rischio che in avvenire lo straniero avrebbe potuto costituire per l'ordine pubblico e la sicurezza.

da un lato, elementi ritenuti espressione dell'effettività della vita familiare e del radicamento di essa nello Stato in questione, quali la durata del matrimonio, l'eventuale presenza dei figli e la loro età; dall'altro, nelle ipotesi in cui siano stati commessi reati, indici di pericolosità per l'ordine pubblico, come la natura e la gravità dell'offesa, il tempo intercorso dalla commissione del reato e il successivo comportamento del ricorrente¹⁴⁹.

Di recente, la Corte, dopo aver ribadito che uno Stato ha diritto di controllare l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio e la loro permanenza, purché ciò avvenga in conformità alla legge, sia giustificato da un bisogno sociale imperativo e sia proporzionato al perseguimento di un fine legittimo, ha ritenuto che la partenza forzata di una "persona indesiderabile" dalla Romania costituisse un'ingerenza nella vita familiare dei ricorrenti e, non essendo l'interferenza operata dallo Stato giustificabile dall'applicazione di "una legge" che soddisfacesse i requisiti della Convenzione, ha ravvisato nella fattispecie una violazione dell'art. 8 CEDU¹⁵⁰.

Nel complesso, dunque, la Corte europea, pur non essendo sancito nella CEDU il diritto di ingresso e soggiorno dello straniero in uno Stato di cui non è cittadino, si è mostrata in grado di porre importanti limiti alle derive statali in materia di allontanamento degli stranieri, dando vita a una giurisprudenza evolutiva, in un quadro di tutela multilivello dei diritti fondamentali, per mezzo di un incessante "colloquio giurisprudenziale" con le corti interne, da cui anche i legislatori nazionali potrebbero trarre importanti indicazioni nella disciplina della condizione giuridica degli stranieri irregolarmente presenti sul loro territorio.

B. Il trattamento dei migranti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Un importante contributo alla tutela della posizione dei migranti proviene dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che offre interessanti spunti di riflessione sul rapporto tra salvaguardia dei diritti fondamentali e disciplina dell'immigrazione, specie in seguito all'eliminazione di ogni limite al regime del rinvio pregiudiziale (art. 19, n. 3 TUE)¹⁵¹, che

¹⁴⁹ In particolare, i cd. *criteri Boultif*, spesso richiamati dalla giurisprudenza successiva, sono: 1) la natura e la gravità dell'infrazione commessa dal ricorrente; 2) la durata del suo soggiorno nel paese dal quale dovrà essere espulso; 3) la condotta del ricorrente nel periodo che decorre dalla commissione del reato; 4) la nazionalità delle persone coinvolte, la situazione familiare del ricorrente (durata del matrimonio e altri elementi che attestino il carattere effettivo della vita di coppia e che consentano di sapere se il coniuge era o no al corrente del reato all'inizio della relazione; la nascita di figli legittimi ed eventualmente la loro età); 5) la gravità delle difficoltà che rischia di incontrare il coniuge nel paese d'origine del suo sposo, benché questo semplice fatto non sia sufficiente ad escludere l'espulsione.

¹⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Abou Amer c. Romania*, 24 maggio 2011, ric. n. 14521/03.

¹⁵¹ L'art. 19, n. 3 TUE stabilisce che la Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia conformemente ai trattati: a) sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica; b) in

rischiava di compromettere il principio della tutela giurisdizionale effettiva e l'uniforme interpretazione del diritto comunitario, e all'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta di Nizza (art. 6, par. 1 TUE). L'estensione delle competenze della Corte di Giustizia, avviata a partire dal Trattato di Amsterdam, interessa diverse questioni concernenti il trattamento degli stranieri, fra cui riveste un'importanza fondamentale il diritto al rispetto di eventuali legami familiari che essi abbiano con cittadini comunitari; diritto, questo, che implica per gli Stati membri obblighi che possono essere di carattere negativo, qualora uno di essi sia tenuto a non espellere un soggetto, ovvero di carattere positivo, quando l'obbligo sia quello di consentire ad un soggetto di fare ingresso e di risiedere sul proprio territorio.

In tale senso, la Corte di Giustizia, pur non escludendo, in linea di principio, il respingimento alla frontiera di un cittadino di un paese terzo, coniugato con un cittadino di uno Stato membro, che voglia entrare nel territorio comunitario senza essere in possesso di una carta d'identità o di un passaporto validi, tenuto conto dell'importanza che il legislatore comunitario ha ricollegato alla protezione della vita familiare, ha affermato che uno Stato membro non può respingere alla frontiera il cittadino di un paese terzo che si trovi in tali condizioni qualora il coniuge possa provare la sua identità, nonché il legame coniugale e laddove non sussistano elementi in grado di stabilire che egli rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica¹⁵². In tali ipotesi, gli Stati membri devono accordare ai familiari che non possiedono la cittadinanza europea ogni agevolazione per l'ottenimento dei visti necessari, che deve avvenire nel più breve termine e, ove possibile, nei luoghi di ingresso nel territorio nazionale; per tali motivi, la Corte ha ritenuto la normativa spagnola in contrasto con le disposizioni delle direttive 68/360, 73/148 e 90/365, laddove prevedeva il rifiuto di rilasciare il visto di soggiorno al cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino comunitario, per il solo fatto che egli avrebbe previamente dovuto richiedere tale visto al consolato spagnolo del suo ultimo domicilio¹⁵³. Nonostante l'estrema sensibilità mostrata dalla Corte di Lussemburgo nella tutela del diritto all'unità familiare, risulta evidente come il riconoscimento di tale diritto in capo ai cittadini extracomunitari, essendo un riflesso

via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni; c) negli altri casi previsti dai trattati.

¹⁵² Corte di Giustizia, 25 luglio 2002, C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Belgio*. Nello stesso senso, CGCE, 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department*. Nella sentenza CGCE, 9 settembre 2003, C-109/91, *Akrich*, in Racc., I-9607, punto 59, l'interesse alla vita familiare è ricondotto direttamente alla CEDU. In argomento, cfr. G. SCACCIA, *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE*, in *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25 - 26 settembre 2008, www.cortecostituzionale.it.

¹⁵³ CGCE, 4 aprile 2005, C-157/03, *Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna*, punti 32-38 e 49.

del regime di libera circolazione dei cittadini membri della Comunità, non si possa spingere fino al punto di attribuire esplicito fondamento giuridico alla pretesa del cittadino extracomunitario di vivere la propria vita familiare in un paese dell'Unione europea¹⁵⁴.

Un altro settore su cui la Corte di Giustizia è intervenuta è quello relativo alla protezione sussidiaria, prevista dalla direttiva 2004/83/CE, per le situazioni non riconducibili all'ambito di applicazione dello *status* di rifugiato, rispetto alle quali la Corte ha stabilito che non occorrono prove esplicite per dimostrare l'esistenza di una minaccia individuale verso chi chiede tale forma di protezione, qualora sia evidente un alto grado di violenza indiscriminata per cui la persona, rientrando nel proprio paese, correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio, un rischio effettivo di subire tale minaccia¹⁵⁵. Com'è stato rilevato in dottrina, tale sentenza è particolarmente importante perché, oltre a chiarire il rapporto che intercorre tra l'art. 15, lett. b) e c) della cd. direttiva qualifiche e l'art. 3 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancisce un vero e proprio diritto di asilo, superando il mero diritto di presentare una richiesta in tal senso¹⁵⁶. Sempre in tema di protezione sussidiaria, la Corte ha offerto ulteriori chiarimenti circa i presupposti per il riconoscimento e la cessazione della qualifica di rifugiato, precisando che una persona perde lo *status* di rifugiato quando, a causa di un cambiamento significativo e di carattere non temporaneo della situazione nel paese terzo, vengano meno le circostanze alla base del fondato timore della persona stessa di essere perseguitata; nell'effettuare tale valutazione, le autorità competenti dello Stato membro devono verificare, tenendo conto della situazione individuale del rifugiato, che i soggetti che offrono protezione - tra cui possono rientrare anche le organizzazioni internazionali che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio - abbiano adottato adeguate misure per impedire che possano essere inflitti atti persecutori, e che dispongano di un sistema giuridico effettivo che permetta di individuare, di

¹⁵⁴ In tal senso, cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit. p. 251.

¹⁵⁵ CGUE, 17 febbraio 2009, *Elgafaji*, C-465/07, in Raccolta, p. I-00921. nel caso di specie, i coniugi Elgafaji, cittadini iracheni, avevano richiesto il permesso di soggiorno temporaneo nei Paesi Bassi, presentando elementi diretti a provare i rischi concreti ai quali sarebbero stati esposti in caso di espulsione verso il loro paese, richiesta rigettata dal ministro competente, in ragione del fatto che essi non avevano provato in modo sufficiente le circostanze invocate e, pertanto, non avevano dimostrato il rischio effettivo di minaccia grave e individuale al quale essi ritenevano di essere esposti nel loro Paese di origine. I coniugi avevano in seguito proposto un ricorso dinanzi al Rechtbank te's-Gravenhage, accolto da tale giudice. Il Raad van State, adito in appello, ha deciso di sottoporre questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo in particolare di stabilire se le disposizioni della direttiva 2004/83 devono essere interpretate nel senso che l'esistenza di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del soggetto che richiede la protezione sussidiaria sia subordinata alla condizione che questi fornisca la prova di essere interessato in modo specifico a causa di elementi peculiari della sua situazione. Per un commento, cfr. F. ZORZI GIUSTINIANI, *Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di Giustizia si pronuncia sulla cd. direttiva qualifiche*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, n. 3, p. 779.

¹⁵⁶ Cfr. V. SCALIA, *L'espulsione dello straniero alla prova degli obblighi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in *Ind. pen.*, 2010, n. 2, p. 749.

perseguire penalmente e di punire gli atti che costituiscono persecuzione, in modo che il cittadino interessato, in caso di cessazione dello *status* di rifugiato, abbia accesso a tale protezione¹⁵⁷. In tema di esclusione di tale *status*, secondo la Corte, la sola circostanza che la persona abbia fatto parte di un'organizzazione che impiega metodi terroristici non può avere come conseguenza automatica la sua esclusione dallo *status* di rifugiato, richiedendosi un esame completo di tutte le circostanze proprie di ciascun caso individuale, che consenta all'autorità competente di valutare se sussistano fondati motivi per ritenere che tale persona, nell'ambito delle sue attività e del suo ruolo all'interno dell'organizzazione, abbia commesso un reato grave di diritto comune o si sia resa colpevole di atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, o che abbia istigato o altrimenti concorso alla commissione di un reato o di atti siffatti. Nella medesima sentenza, la Corte precisa inoltre che l'esclusione dallo *status* di rifugiato in virtù delle clausole d'esclusione non è subordinata al fatto che la persona rappresenti un pericolo attuale per lo Stato membro d'accoglienza; del resto, gli Stati membri sono liberi di riconoscere un diritto d'asilo in base al loro diritto nazionale ad una persona esclusa dallo *status* di rifugiato in virtù di una delle clausole di esclusione della direttiva, purché questo altro tipo di protezione non comporti un rischio di confusione con lo *status* di rifugiato ai sensi della direttiva¹⁵⁸.

Qualora invece lo straniero non abbia diritto alla protezione sussidiaria e sia privo sia di legami familiari sia di documenti che giustifichino il suo ingresso regolare in uno degli Stati membri dell'Unione europea, il codice delle frontiere Schengen (e, in precedenza, fino al 13 ottobre 2006, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, CAAS) prevede che le autorità competenti possano espellere il cittadino del paese terzo dal territorio dello Stato in questione. A tal proposito, chiamata a pronunciarsi sulla questione, la Corte ha dichiarato che la CAAS e il codice delle frontiere Schengen devono essere interpretati nel

¹⁵⁷ CGUE, 2 marzo 2010, *Aydin Salahadin Abdulla e al.*, cause riunite C 175/08, C 176/08, C 178/08 e C 179/08. La pronuncia trae origine da un ricorso in via pregiudiziale presentato dal *Bundesverwaltungsgericht* in merito ai presupposti che determinano la cessazione dello *status* di rifugiato ai sensi della direttiva 2004/83, necessario ai fini della valutazione della situazione di 5 cittadini iracheni fuggiti dal loro paese nel periodo del regime del partito *Baath* e che avevano ottenuto in Germania lo *status* di rifugiati.

¹⁵⁸ CGUE, 9 novembre 2010, cause riunite C-57/09 e C-101/09, *Germania/B e Germania/D*. Nel caso in esame, B e D sono cittadini turchi di origine curda, il primo di essi ha sostenuto la lotta armata della guerriglia del DHKP/C, mentre il secondo è stato combattente e alto funzionario del PKK. Entrambe tali organizzazioni fanno parte delle organizzazioni inserite nell'elenco dell'Unione europea di persone, gruppi e entità coinvolti in atti terroristici, redatto nell'ambito della lotta al terrorismo instaurata da una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. B ha chiesto asilo e protezione in quanto rifugiato; D ha invece già ottenuto, da parte delle autorità tedesche, lo *status* di rifugiato. Entrambi hanno dichiarato che, nonostante l'abbandono delle rispettive organizzazioni, temono persecuzioni sia da parte delle autorità turche, sia da parte delle stesse organizzazioni. L'ufficio federale per la migrazione e i rifugiati ha respinto la richiesta d'asilo di B e ha constatato che non ricorrevano le condizioni per concedergli lo *status* di rifugiato. Ha peraltro invocato il diritto d'asilo e lo *status* di rifugiato accordati precedentemente a D. La Corte amministrativa federale ha chiesto alla Corte di giustizia di interpretare le clausole di esclusione dallo *status* di rifugiato previsto dalla direttiva.

senso che, quando un cittadino di un paese terzo si trovi in situazione irregolare nel territorio di uno Stato membro, perché non soddisfa o non soddisfa più le condizioni relative alla durata del soggiorno ivi applicabili, tale Stato membro non è obbligato ad adottare una decisione di espulsione nei suoi confronti, sussistendo comunque la possibilità di applicare misure meno afflittive quali l'ammenda¹⁵⁹. Sempre riguardo al codice delle frontiere Schengen, la Corte ha affermato che, pur non pregiudicando, in linea di principio, l'art. 67 TFUE la competenza dell'autorità di polizia nazionale ad effettuare dei controlli sulle persone, contrasta con il diritto dell'Unione una disposizione, quale quella prevista nel codice di procedura penale francese, che attribuisca tale competenza all'autorità di polizia, in una zona di venti chilometri dalla frontiera interna, indipendente dal comportamento della persona soggetta al controllo e dalla presenza di circostanze particolari indicanti la sussistenza di una minaccia per l'ordine pubblico, secondo modalità tali da impedire che i controlli si risolvessero, nella pratica, in misure equivalenti ai controlli alle frontiere¹⁶⁰.

Di grande rilevanza è anche il contributo dato dalla Corte di Giustizia all'interpretazione di alcune disposizioni concernenti il trattenimento dello straniero in attesa di rimpatrio; in particolare, con la sentenza resa il 30 novembre 2009 nel caso *Kadzoev* la Corte ha fornito, per la prima volta, elementi di interpretazione della c.d. "Direttiva rimpatri", precisando che, poiché la finalità perseguita dall'art. 15, nn. 5 e 6, di tale Direttiva - cui viene attribuito effetto diretto - consiste nel garantire, in ogni caso, che il trattenimento ai fini dell'allontanamento non ecceda i diciotto mesi, nel momento in cui non siano più possibili

¹⁵⁹ CGUE, 22 ottobre 2009, in riferimento alle cause riunite n. C-261/08 e C-348/08, *María Julia Zurita García e Aurelio Choque Cabrera contro Delegado del Gobierno en la Región de Murcia*; nel caso di specie, i ricorrenti, due cittadini boliviani, presenti irregolarmente sul territorio spagnolo, colpiti da un provvedimento di espulsione, sostengono che lo Stato spagnolo nell'adottare tale misura, anziché una semplice ammenda, abbia violato il principio di proporzionalità, in quanto la normativa nazionale prevede che nel momento in cui il cittadino di un Paese terzo non ha il diritto di entrare o soggiornare sul territorio, in assenza di circostanze aggravanti, gli debba essere comminata un'ammenda. Il Tribunal Superior de Justicia de Murcia, investito delle due controversie in appello, chiede se la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) e il codice delle frontiere Schengen debbano essere interpretati nel senso che, qualora un cittadino di un paese terzo non soddisfi o non soddisfi più le condizioni relative alla durata del soggiorno applicabili in uno Stato membro, quest'ultimo è obbligato ad adottare una decisione di espulsione nei suoi confronti.

¹⁶⁰ CGUE, 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10. Nel caso di specie, i sig.ri Melki e Abdeli, cittadini algerini che si trovano irregolarmente in Francia, subivano, in prossimità della frontiera con il Belgio, un controllo di polizia, effettuato in base all'art. 78-2, quarto comma, del codice di procedura penale francese, che autorizza la polizia giudiziaria a effettuare, in talune circostanze, controlli sull'identità delle persone. In seguito a tali controlli, i soggetti in questione ricevevano un ordine di accompagnamento alla frontiera, nonché una decisione di mantenimento in stato di detenzione. La *Cour de cassation*, alla quale il giudice della libertà adito dai soggetti in questione aveva rivolto la questione circa la compatibilità alla Costituzione dell'art. 78-2, quarto comma, del codice di procedura penale, decideva di sospendere il procedimento per rivolgere due questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. In particolare, con la seconda questione domandava se l'art. 67, par. 2, TFUE ostasse ad una disposizione quale l'art. 78-2, quarto comma, del codice di procedura penale francese, che consente alla polizia giudiziaria di effettuare controlli sulle persone in una fascia di venti chilometri dalle frontiere interne.

proroghe al trattenimento, ovvero si sia raggiunto il termine stabilito, lo Stato è obbligato a rimettere in libertà il soggetto detenuto presso un centro di permanenza, anche se sprovvisto di validi documenti¹⁶¹. La garanzia dello *status libertatis* su cui è imperniata la sentenza in questione è evidente anche nella parte in cui la Corte precisa che la finalità della direttiva rischierebbe di essere seriamente pregiudicata anche laddove non si computassero i periodi di trattenimento già sofferti al momento dell'entrata in vigore della normativa nazionale di recepimento della direttiva¹⁶². Laddove si tratti di trattenimento disposto nell'ambito di una procedura di richiesta di asilo politico, il relativo periodo durante il quale una persona è stata collocata in un Centro di permanenza temporanea non deve essere considerato, secondo la Corte, un trattenimento ai fini dell'allontanamento ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2008/115, in quanto si tratta di trattenimenti, fondati sulla base di presupposti diversi, che rientrano in distinti e autonomi regimi giuridici¹⁶³.

Sempre in tema di trattenimento e allontanamento dei cittadini dei paesi terzi in soggiorno irregolare, più marcate e significative sono le conclusioni cui è di recente giunta la Corte di Giustizia nella sentenza *El Dridi* ove, alla luce della finalità della direttiva 2008/115, come interpretata nella sentenza *Kadzoev*, ha affermato che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo, una pena detentiva, come quella prevista dalla legislazione italiana, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio nazionale e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare in detto territorio¹⁶⁴. Tale pena detentiva rischierebbe infatti di

¹⁶¹ CGUE, 30 novembre 2009, C-357/09; il fatto riguardava il sig. Kadzoev, uno straniero irregolarmente presente sul territorio bulgaro, nei confronti del quale era stato emanato un provvedimento di espulsione. In attesa dell'esecuzione di tale misura, il soggetto era stato trasferito in un centro di permanenza temporanea, in cui era stato trattenuto per il tempo massimo consentito dalla direttiva, senza che lo Stato fosse riuscito ad allontanarlo coattivamente. Pur avendo la Bulgaria già dato attuazione alla direttiva 2008/115/CE con la legge del maggio 2009 (per tale motivo, la Corte ha potuto emettere la sentenza prima della scadenza del termine per l'attuazione della direttiva), il Giudice rimettente aveva rilevato alcuni profili di contrasto tra la legislazione interna e la cd. *direttiva rimpatri*. In particolare, aveva sollecitato la Corte di Giustizia a chiarire se nel computo del periodo massimo di trattenimento previsto dalla direttiva si dovesse tenere conto anche dei periodi di trattenimento precedenti all'entrata in vigore della legge nazionale di recepimento o dei periodi di trattenimento comunque sofferti in forza di altro titolo.

¹⁶² Cfr. in particolare il punto 37 della sentenza.

¹⁶³ Cfr. punti 40 - 44 della sentenza.

¹⁶⁴ CGUE, 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11 PPU; nel caso di specie, nei confronti del sig. El Dridi, cittadino di un paese terzo entrato irregolarmente in Italia, è stato emanato, nel 2004, un decreto di espulsione, sul cui fondamento è stato impartito, nel 2010, l'ordine di lasciare il territorio nazionale, in ragione della mancanza di documenti di identificazione, dell'indisponibilità di un mezzo di trasporto, nonché dell'impossibilità di ospitarlo in un centro di permanenza temporanea. Non essendosi conformato a tale ordine, egli è stato condannato dal Tribunale di Trento ad un anno di reclusione per il delitto di cui all'art. 14, comma 5-ter, TU. La Corte d'appello di Trento, dinanzi alla quale è stata impugnata la sentenza di condanna, ha chiesto alla Corte di giustizia di accertare se l'incriminazione prevista dalla normativa italiana fosse o meno compatibile

compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, vale a dire l'instaurazione di una politica efficace in materia di allontanamento e rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare, nel rispetto dei loro diritti fondamentali, che comporta, nel giudizio della Corte, una necessaria gradazione delle misure da prendere per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, gradazione che va dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato, quale la concessione di un termine per la sua partenza volontaria, alla misura che maggiormente limita la sua libertà, come il trattenimento in un apposito centro. Da tale successione delle misure applicabili emerge chiaramente, secondo la Corte, il *favor* del legislatore europeo per il rimpatrio volontario, tant'è che, pur essendo prevista nella direttiva l'ipotesi del rimpatrio coattivo, questo riveste carattere eccezionale e di *extrema ratio*, corredato da una serie di garanzie per l'individuo. In altri termini, laddove si previsto un periodo di detenzione, occorre rispettare le regole della direttiva, in cui i lunghi termini previsti per il trattenimento sono funzionali alla realizzazione dei rimpatri, senza che i periodi di detenzione siano duplicati a danno dello straniero, in una logica di umanità dei procedimenti di rimpatrio, al cui rispetto la Corte è costretta a richiamare alcuni Stati, interessati alla tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico a scapito della salvaguardia dei diritti fondamentali degli stranieri irregolarmente presenti sul loro territorio. La Corte di Lussemburgo realizza, infatti, con tale pronuncia un delicato bilanciamento tra due interessi contrapposti, entrambi meritevoli di protezione, quale quello al contrasto dell'immigrazione clandestina, tutelato in forma indiretta attraverso il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di rimpatri, e quello al rispetto dei diritti inderogabili - in particolare la libertà personale - da riconoscere agli stranieri a prescindere dal loro *status* di regolari o irregolari, collocandosi in una più ampia prospettiva, condivisa da tutte le istituzioni europee, volta al superamento di quella visione dell'immigrazione di stampo prevalentemente economicistico, che considerava il migrante principalmente nella sua veste di "lavoratore", subordinando i suoi interessi rispetto a quelli statali e comunitari.

con gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE, i quali disciplinano presupposti, modalità e limiti del trattenimento dello straniero in appositi centri di permanenza temporanea durante la procedura amministrativa di rimpatrio. Per un commento, cfr. A. DI MARTINO - R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*; L. MASERA - F. VIGANÒ, *Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, reperibili entrambi su in www.penalecontemporaneo.it; C. GABRIELLI, *La libertà personale dell'immigrato irregolare nella direttiva-rimpatri e la disapplicazione di norme italiane contrastanti: la sentenza El Dridi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n. 2, p. 367.

§ 2. La condizione giuridica del minore straniero nell'ordinamento sovranazionale

La considerazione della particolare condizione soggettiva del minore è particolarmente importante nella regolazione giuridica dello *status* del minore straniero, materia in cui diventa più netta la contrapposizione tra la logica dell'uguaglianza tra adulti e minori e quella della differenza e della tutela. La salvaguardia degli interessi del minore deve essere, infatti, oggetto di primaria considerazione soprattutto nei casi in cui egli sia coinvolto in situazioni critiche suscettibili di ripercuotersi negativamente sul suo sviluppo, quali sono appunto quelle connesse ai fenomeni migratori. Per tali ragioni, dopo aver analizzato il processo di elaborazione a livello sovranazionale del principio del preminente interesse del minore, secondo cui gli interessi di ogni altro soggetto coinvolto in un rapporto con il minore stesso devono essere sempre subordinati alla tutela dell'interesse del minore (A), si esaminerà in particolare la potenzialità derogatoria di tale principio rispetto alla disciplina generale in materia di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari, valutando l'atteggiamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ai casi concreti in cui siano coinvolti minori stranieri, al fine di accertare se le peculiarità delle situazioni di volta in volta sottoposte al suo esame siano tali da comportare un trattamento differenziato rispetto a quanto previsto in generale per gli stranieri adulti (B).

A. La tutela sovranazionale dei diritti del minore

A livello internazionale occorre attendere il primo dopoguerra per registrare il passaggio da una tutela settoriale degli interessi del minore, circoscritta ad ambiti ben precisi della vita sociale in cui andavano emergendo specifiche esigenze di protezione della minore età, all'affermazione del principio di una tutela del minore in quanto personalità in formazione, principio che si traduce tanto nel riconoscimento dei diritti che spettano al cittadino minore di età, come nella previsione di strumenti giuridici indispensabili per la loro effettiva tutela e realizzazione.

In particolare, l'esigenza di una tutela specifica per il minore si registra per la prima volta nel settore lavorativo¹⁶⁵, diffondendosi poi in altri ambiti, legati per lo più a istituti del diritto di famiglia, quali l'affidamento e l'adozione, o alla protezione dei minori di fronte a

¹⁶⁵ Ci si riferisce alla Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) n. 5 del 1919, che fissa a 14 anni (elevati a 15 dalla Convenzione n. 59 nel 1937) l'età minima per l'accesso al mondo del lavoro.

fenomeni come la tratta e la sottrazione internazionale¹⁶⁶. In seguito, la riflessione sulle drammatiche condizioni di vita dei minori durante il conflitto, avviata al termine della prima guerra mondiale, contribuisce a diffondere la consapevolezza che la tutela del minore nella sua specificità di soggetto in formazione non possa essere dal legislatore limitata solo ad alcuni aspetti, costituendo invece un imperativo di carattere generale da tradursi nell'elaborazione di un vero e proprio statuto dei diritti del minore, quale risulta dalla Dichiarazione di Ginevra per i Diritti del Fanciullo, approvata nel 1924 dalla Società delle Nazioni, con cui viene per la prima volta riconosciuto il diritto del minore a una normale crescita psicofisica e spirituale¹⁶⁷. Nel 1958 le Nazioni Unite affrontano nuovamente la delicata questione dei diritti dei minori con l'adozione della Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo che, pur non essendo giuridicamente vincolante, è particolarmente significativa in quanto, oltre ad affermare per la prima volta il principio del superiore interesse del minore¹⁶⁸, supera i fugaci riferimenti al minore contenuti nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948¹⁶⁹, indicando agli Stati membri della comunità internazionale che il minore è titolare di diritti che essi devono non solo riconoscere, ma anche garantire, costituendo così il fondamento, ancora pregiuridico, di ogni ordinamento civile¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Tra le Convenzioni più importanti in materia meritano di essere ricordate: la *Convenzione sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori* del 5 ottobre 1961; la *Convenzione europea sull'adozione dei minori* del 24 aprile 1967; la *Convenzione europea sul rimpatrio dei minori* del 28 maggio 1970; la *Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento* del 20 maggio 1980; la *Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione dei minori a carattere internazionale* del 25 ottobre 1980; la *Convenzione europea sulla semplificazione delle procedure relative al recupero dei crediti alimentari* del 6 novembre 1990. Per un quadro completo degli strumenti internazionali di tutela del minore, cfr. A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Bilancio e prospettive della protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, n. 2, p. 586.

¹⁶⁷ Per la redazione del documento la Società delle Nazioni si basò sulla *Children's Charter*, elaborata nel 1922 dall'*Unione internazionale per il soccorso all'infanzia*, fondata nel 1920 da Eglantine Jebb, dama della Croce Rossa, colpita dalle drammatiche condizioni in cui si trovavano i bambini durante il conflitto. In una prima rielaborazione del documento, avvenuta nel 1948, si comincia a tenere conto anche di altri e più specifici bisogni del bambino, quali la formazione religiosa e l'istruzione.

¹⁶⁸ Tale principio sarà poi richiamato da numerose altre fonti internazionali tra cui, oltre alla *Convenzione di New York* del 20 novembre 1989, la *Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* del 25 ottobre 1980; la *Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale* del 29 maggio 1993; il *Regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale* del 27 novembre 2003. Di recente, tale principio è stato ulteriormente ribadito nel considerando n. 22 della *Direttiva UE 2008/115 sul rimpatrio dei cittadini dei paesi terzi in posizione irregolare* del 16 dicembre 2008, oltre che nei considerando n. 8 e 22 della *Direttiva UE 2001/36 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime* del 5 aprile 2011.

¹⁶⁹ Ci si riferisce in particolare agli artt. 3, 25 e 26 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, relativi rispettivamente al diritto alla vita, alla protezione sociale e all'istruzione.

¹⁷⁰ In tal senso, è particolarmente significativo il Preambolo della Dichiarazione, ove si afferma che il fanciullo «a causa della sua immaturità fisica e intellettuale, ha bisogno di una particolare protezione e di cure speciali, compresa un'adeguata protezione giuridica, prima e dopo la nascita».

Il passaggio dalla logica di tutela degli interessi a quella della tutela dei diritti si realizza poi in via definitiva con la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo del 1989¹⁷¹, ultima tappa a livello internazionale di tale processo di specificazione dei diritti del minore, che delinea la figura di un fanciullo “*veramente arbitro del proprio destino, sicuramente in grado di far valere le proprie scelte esistenziali e di veder garantito il proprio interesse nei confronti di qualsiasi altro soggetto*”¹⁷². Il diritto internazionale dei minori si colloca dunque in una nuova prospettiva in cui il minore non è più visto come *homunculus*, bensì come essere umano detentore di un interesse che va da tutti salvaguardato (art. 3 Conv.) e titolare dei diritti enunciati nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, diritti che costituiscono il momento centrale la cui attuazione richiede misure di protezione speciale volte a riequilibrare la posizione del minore rispetto all’adulto¹⁷³.

Nonostante sia innegabile che la Convenzione di New York abbia rappresentato un traguardo importante nella progressiva affermazione delle specifiche esigenze di tutela del minore, avendo contribuito a diffondere una nuova visione del soggetto in formazione, essa presenta tuttavia un grave limite, costituito dalla mancanza di un efficiente meccanismo di monitoraggio e sanzione delle violazioni dei diritti in essa affermati, essendo previsto solamente l’esame, da parte del Comitato dei Dieci, dei rapporti presentati a intervalli quinquennali dagli Stati contraenti e relativi alle misure adottate per dare attuazione nell’ordinamento interno ai diritti sanciti dalla Convenzione¹⁷⁴. Il riconoscimento generale del carattere *self executing* delle sue norme, affermato esclusivamente nella giurisprudenza belga, svizzera e olandese, o comunque la previsione della possibilità di ricorsi individuali avrebbero senz’altro potuto contribuire a rendere questo strumento internazionale maggiormente efficace.

¹⁷¹ Convenzione adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990, ratificata dall’Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991, pubblicata in GU n. 135 dell’11 giugno 1991, entrata in vigore il 5 ottobre 1991. Tra gli effetti più significativi di questa ratifica vi è la creazione del *Centro di documentazione e di analisi per l’infanzia e l’adolescenza* e l’emanazione della legge n. 285 del 27 agosto 1997 dal titolo *Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l’infanzia e l’adolescenza*.

¹⁷² Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2009, n. 22080; tale sentenza merita di essere segnalata anche perché passa in rassegna le diverse fonti (interne, europee e internazionali) relative alla protezione dei diritti del fanciullo.

¹⁷³ In merito cfr. S. ARBIA, *La Convenzione ONU sui diritti del minore*, in *Dir. uomo*, 1992, n. 1, p. 39; A. BEGHÈ LORETI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995, p. 4; A.M. DEL VECCHIO, *La protezione dei minori nell’evoluzione delle convenzioni internazionali in materia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, n. 3 p. 655; A. C. MORO, *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi: la Convenzione dell’ONU e la sua attuazione*, Milano, 1991; F. POCAR, *Verso lo Statuto del minore*, in *Dir. uomo*, 1992, n. 2, p. 40; M. R. SAULLE, *La Convenzione di New York sulla tutela del fanciullo*, in *Dir. uomo*, 1999, n. 1, p. 20; Id., *La Convenzione dei diritti del minore e l’ordinamento italiano*, Napoli, 1994.

¹⁷⁴ Sui punti deboli della Convenzione, cfr. J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 15; A. SACCUCCI, *Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*, in *Giur. it.*, 2000, n. 1, p. 224.

Proprio la previsione di un organo giudiziario permanente, quale la Corte europea dei diritti dell'uomo, cui possono essere sottoposti ricorsi individuali, è infatti il punto di forza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa, che oltre ad essere un efficace strumento di protezione dei diritti umani, costituisce la più importante fonte internazionale del diritto di famiglia¹⁷⁵. Sebbene manchi in tale Convenzione l'esplicita previsione di un preciso diritto di tutela rafforzata per i minori¹⁷⁶, ciò non ha impedito alla Corte di sviluppare una ricca casistica in cui la giurisprudenza di Strasburgo individua nella violazione di norme formulate in generale a tutela di tutti gli esseri umani una valenza specifica in relazione ai minori¹⁷⁷.

I principi elaborati dalla Corte di Strasburgo in relazione ai minori stranieri acquistano oggi una particolare rilevanza alla luce dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, che oltre a sancire l'efficacia vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, dispone l'adesione dell'Unione europea alla CEDU¹⁷⁸. Peraltro, uno dei principali vantaggi che derivano dall'incardinamento della Carta di Nizza nell'impianto normativo definito dal trattato di Lisbona è senz'altro quello di ergere un tale catalogo di diritti a “*parametro di*

¹⁷⁵ Convenzione sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953 e ratificata dall'Italia con la legge n. 848 del 1955, pubblicata in GU 24 novembre 1955, n. 221. In merito, cfr. S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; C. DEFILIPPI - D. BOSI - R. HARVEY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: procedure e contenuti*, Napoli, 1997; P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998; V. STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992.

¹⁷⁶ Generici riferimenti ai minori si trovano esclusivamente all'art. 5 CEDU, par. 1, lett. d), relativo al diritto alla libertà e alla sicurezza, all'art. 6 CEDU sul regime di pubblicità dei processi, all'art. 2 del Protocollo addizionale del 20 marzo 1952, relativo al diritto all'istruzione, e all'art. 5 del Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984, sull'uguaglianza dei genitori anche nelle relazioni con i figli. Per un interessante confronto tra la CEDU e la Convenzione di New York in tema di diritti del minore; cfr. C. FIORAVANTI, *La protezione internazionale dei minori in Europa*, in *Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur. Nuova Serie*, 1997, vol. XI, p. 18.

¹⁷⁷ La tutela accordata al minore dalla giurisprudenza della Corte europea non è fondata su un'interpretazione estensiva delle disposizioni convenzionali, bensì sulla lettura combinata (interpretazione sistematica) in relazione con l'art. 14 CEDU che, vietando qualsiasi discriminazione, vieta anche quella basata sulla minore età della persona. Per un quadro completo della posizione del minore nel sistema di tutela delineato dalla CEDU, cfr. M. BUQUICCHIO-DE BOER, *Children and the European Convention on Human Rights*, in F. MATSCHER - H. PETZOLD, *Protecting Human Rights: the European dimension*, Köln, 1990, p. 73; U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Dartmouth, 1999.

¹⁷⁸ Art. 6 par. 1 e 2 della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea conformemente al Trattato di Lisbona, in GUUE C 115 del 9 maggio 2008, p. 19. Sul punto, cfr. A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 678; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2009, n. 3, p. 653; T. PENSABENE LIONTI, *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU*, cit., p. 387.

giudizio” della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado che, pur non essendo giudici specializzati in materia di tutela dei diritti umani, potranno comunque più significativamente contribuire ad assicurare un’effettiva e più completa tutela dei diritti fondamentali¹⁷⁹.

Per quanto riguarda in particolare i diritti del minore, con la Carta di Nizza trova oggi formale riconoscimento anche nella più specifica dimensione dell’Unione europea la medesima concezione del minore introdotta a livello internazionale dalla Convenzione di New York, come risulta in particolare dall’art. 24, che coniuga le istanze di tutela del minore con la dimensione di soggetto attivo della società che ormai è a questo riconosciuta a livello internazionale, ponendo il principio del superiore interesse del minore quale principale criterio di valutazione, non solo con riguardo alle questioni familiari, ma in tutte le decisioni che concernono il minore, in qualunque contesto relazionale, al fine di garantire una sua sostanziale uguaglianza di trattamento rispetto agli adulti. Questo principio è in effetti alla base di tutta una serie di iniziative intraprese dall’Unione europea nel corso degli anni, volte ad assicurare un’effettiva tutela della condizione di particolare vulnerabilità in cui il minore si trova, prendendo in considerazione tale *status* sia rispetto alle fondamentali e generiche esigenze della vita sociale, quali l’istruzione¹⁸⁰, la non discriminazione, la sicurezza dell’ambiente o la salute, sia riguardo a specifiche situazioni di pericolo per una normale ed equilibrata crescita psicofisica, che si verificano nei casi in cui il minore sia coinvolto in conflitti armati¹⁸¹ o sia vittima di abusi e sfruttamento sessuale¹⁸², tratta di esseri umani¹⁸³ o lavoro minorile¹⁸⁴.

Le rilevanti novità scaturenti dal Trattato di Lisbona in tema di tutela diritti dei minori non derivano soltanto dall’attribuzione di valore vincolante alla Carta di Nizza, ma emergono

¹⁷⁹ Cfr. F. SEATZU, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, cit., p. 48.

¹⁸⁰ Le conclusioni del Consiglio dell’Unione europea del 26 novembre 2009, *Sull’istruzione di bambini provenienti da un contesto migratorio* (in GUUE C 301, dell’11 dicembre 2009), che intervengono a più di trent’anni dall’emanazione della direttiva 77/486/CEE sull’istruzione dei bambini migranti (in GU L 199, del 6 agosto 1977, p. 32), invitano gli Stati membri a prendere misure appropriate a tutti i livelli per garantire al minore, indipendentemente dalla provenienza, eque opportunità di istruzione e il necessario sostegno per sviluppare al meglio le sue potenzialità.

¹⁸¹ Aggiornamento degli orientamenti dell’Unione europea sui bambini e i conflitti armati del Consiglio Affari generali del 16 giugno 2008.

¹⁸² Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, in GUUE n. L 013, del 20 gennaio 2004, p. 44.

¹⁸³ Direttiva 2001/36 UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Unione del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, in GUUE L101, del 15 aprile 2011, che all’art. 2 prevede un aumento di pena nel caso in cui il reato in questione sia commesso nei confronti di una vittima particolarmente vulnerabile, tra cui i minori, ai quali devono essere assicurati assistenza, sostegno e protezione.

¹⁸⁴ Raccomandazione della Commissione del 15 settembre 2000 relativa alla ratifica della convenzione n. 182 dell’OIL, del 17 giugno 1999, riguardante il divieto delle peggiori forme di lavoro minorile e le azioni immediate in vista della loro eliminazione, in GUUE n. L 243, del 28 settembre 2000, p. 41.

ancor prima dalla formulazione stessa del Trattato che, innovando rispetto alle precedenti versioni, pone la promozione della tutela dei diritti del minore tra gli obiettivi dell'Unione (art. 3 par. 2 TUE)¹⁸⁵, oltre che tra i principi fondamentali della sua azione esterna (art. 5 TUE)¹⁸⁶, attribuendo inoltre al Parlamento europeo e al Consiglio il potere di stabilire, mediante direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in diverse sfere di criminalità, tra cui proprio la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori (art. 83 TFUE)¹⁸⁷. A fronte di un quadro piuttosto disorganico quale quello fin qui delineato a livello europeo, la complessiva coerenza del sistema è tuttavia assicurata dal costante riferimento alla Carta di Nizza e alla Convenzione di New York, entrambe utilizzate come base comune di tutte le azioni dell'Unione europea che riguardano il minore, e dal continuo richiamo al principio del superiore interesse del fanciullo, nel rispetto del quale dovranno essere elaborate, attuate e valutate in futuro le politiche dell'Unione europea suscettibili di avere delle ripercussioni, dirette o indirette, sui minori.

B. Il minore straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

L'interesse del minore, qualunque sia la sua nazionalità, è un parametro più volte invocato dalla Corte europea, spesso chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la CEDU di misure di espulsione o dinieghi del permesso di soggiorno adottati dagli Stati nell'esercizio delle relative competenze di controllo dell'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri dal loro territorio. Sebbene nella maggior parte dei casi tali provvedimenti riguardino i genitori, essi sono inevitabilmente destinati a produrre effetti anche sui figli minori, che si ritrovano privi di figure adulte di riferimento o sono costretti a uno sradicamento dal paese nel quale sono fino allora cresciuti. Per queste ragioni, come espressamente affermato nella sentenza *Üner c. Paesi Bassi*, la tutela del prevalente interesse del minore costituisce un criterio fondamentale nella valutazione delle legislazioni e delle decisioni degli Stati in

¹⁸⁵ Cfr. N. LAZZERINI, *Con il Trattato di Lisbona la tutela dei diritti del fanciullo entra tra gli obiettivi dell'Unione*, in *Famiglia e minori*, 2010, n. 2, p. 7.

¹⁸⁶ Sul punto, può essere interessante la lettura del Piano d'azione per i minori nella politica esterna dell'UE, definito mediante Comunicazione della Commissione del 5 febbraio 2008, *Riservare ai minori un posto speciale nella politica esterna dell'UE*, COM (2008) 55 def. (non pubbl.), che completa gli *Orientamenti dell'UE in materia di promozione e tutela dei diritti del minore*, adottati dal Consiglio il 10 dicembre 2007, che rappresentano la base dell'azione dell'UE in materia di protezione e promozione dei diritti dei minori nella sua politica esterna.

¹⁸⁷ Cfr. la Direttiva concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, cit.

materia di immigrazione, potendo comportare ulteriori limiti alla loro discrezionalità¹⁸⁸. Nello stesso senso, i vari documenti internazionali richiamati dalla Corte nelle sentenze in materia inducono gli Stati a porre il principio del prevalente interesse del minore a fondamento delle politiche adottate per fronteggiare le complesse situazioni correlate alle migrazioni minorili¹⁸⁹. A titolo esemplificativo, nel caso *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*, la necessità di tutelare la posizione del minore ha portato la Corte a considerare irrilevante il fatto che la madre risiedesse illegalmente nei Paesi Bassi sin dall'epoca della nascita della figlia, non potendo il benessere economico del paese (criterio utilizzato nel caso di specie) essere considerato prevalente sui diritti derivanti dall'art. 8 CEDU, a causa del pregiudizio che sarebbe derivato alla minore in seguito alla separazione dalla madre¹⁹⁰. Dalla giurisprudenza europea, risulta dunque evidente che il superiore interesse del fanciullo, pur non essendo oggetto di autonoma considerazione nel sistema CEDU, riceva una tutela riflessa dal riconoscimento del principio di non ingerenza delle autorità statuali nella vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU.

Lo stesso parametro di valutazione è utilizzato *a fortiori* nelle ipotesi che coinvolgono direttamente il minore straniero, quali l'eventuale detenzione dello stesso in centri per stranieri in attesa di espulsione, altro aspetto in relazione al quale la condizione del minore straniero è venuta all'attenzione della Corte europea. È da notare che in tali ipotesi la Corte non si è pronunciata nel senso di un divieto assoluto della detenzione dei minori non accompagnati, e pertanto non è giunta a dichiarare illegittime le misure detentive disposte, ma si è limitata ad affrontare la questione sotto due diversi profili, analizzando, da un lato, i presupposti della detenzione amministrativa al fine di valutare caso per caso la necessità e la

¹⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Üner c. Paesi Bassi*, 18 ottobre 2006, ricorso n. 46410/99; nel caso in esame, nonostante l'applicazione dei criteri *Boultif* e l'autonoma considerazione dell'interesse e del benessere dei figli del ricorrente (in particolare le gravi difficoltà che essi rischiavano di incontrare nel paese verso cui il genitore doveva essere espulso e la stabilità dei legami sociali, culturali e familiari che avevano sviluppato con il paese di residenza), la Corte esclude la violazione dell'art. 8 CEDU nel provvedimento di espulsione e di interdizione per dieci anni dal territorio dei Paesi Bassi di un cittadino turco condannato per diversi reati (fra cui omicidio preterintenzionale). Invece, nel caso *Maslov c. Austria*, 23 giugno 2008, ricorso n. 1638/03, la natura non violenta dei reati commessi e la minore età del ricorrente al tempo della loro realizzazione inducono la Corte a ravvisare una violazione dell'art. 8 CEDU nel ritiro del permesso di soggiorno e divieto di reingresso nei confronti di un cittadino bulgaro arrivato in Austria all'età di sei anni.

¹⁸⁹ Risoluzione del Consiglio d'Europa 1707(2010) sulla detenzione amministrativa dei richiedenti asilo e dei migranti in situazione irregolare in Europa; Raccomandazione CM/Rec(2007)9 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sui progetti di vita in favore dei minori stranieri non accompagnati; Raccomandazione 1703(2005) del Consiglio d'Europa relativa alla protezione e all'assistenza dei minori separati richiedenti asilo.

¹⁹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*, 3 luglio 2006, ricorso n. 50435/99; la Corte ravvisa una violazione dell'art. 8 CEDU nel rifiuto da parte delle autorità olandesi di concedere il permesso di soggiorno a M^{me} Solange Rodrigues da Silva, cittadina brasiliana giunta all'età di 22 anni in Olanda, dove aveva poi dato alla luce Rachael, bambina nata da padre olandese al quale era stata legalmente affidata dopo la separazione dei genitori. Nello stesso senso, cfr. la sentenza *Berrehab c. Olanda*, 21 giugno 1988, serie A, n. 138.

proporzionalità della relativa previsione in relazione ai minori migranti e richiedenti asilo, e valutando, dall'altro, le condizioni della detenzione alla luce delle circostanze del caso concreto. In tal senso, nel caso *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, la Corte, solo dopo aver analizzato le condizioni della struttura detentiva, ha affermato che la situazione di vulnerabilità del minore è destinata a prevalere, in virtù del carattere assoluto della protezione accordata dall'articolo 3 CEDU, sullo *status* di straniero in posizione irregolare, dovendosi ritenere ogni minore affidato allo Stato che, a prescindere dall'irregolarità della sua condizione, deve prendersene cura, adottando tutte le misure necessarie per assolvere agli obblighi positivi di tutela derivanti dall'articolo 3 CEDU¹⁹¹. Da tale importante qualificazione degli obblighi scaturenti dall'articolo 3 CEDU, sembrerebbe dunque emergere un'indicazione agli Stati che non è nel senso dell'esclusione di ogni forma di detenzione amministrativa dei minori, bensì del miglioramento delle condizioni all'interno delle strutture detentive al fine di renderle adatte a ospitare anche i minori¹⁹². Il trattamento cui il minore è sottoposto in tali centri non è *ex se* inumano e degradante e pertanto la disposizione di una misura detentiva nei suoi confronti non integra sempre e comunque una violazione dell'art. 3 CEDU, ma lo diventa laddove le condizioni di una tale detenzione diano vita a situazioni di una certa gravità, valutata in concreto alla luce sia di parametri oggettivi, quali la natura e il contesto del trattamento, oltre che le modalità di esecuzione e la durata, sia di parametri soggettivi, come il sesso, lo stato di salute e i possibili effetti fisici e mentali del trattamento sul minore. Così, se nel caso *Mubilanzila* la condizione di estrema vulnerabilità della vittima in base alla quale la Corte dichiara la violazione dell'art. 3 CEDU viene dedotta (oltre che dalla minore età del soggetto in questione) dal fatto di trovarsi in posizione irregolare in un

¹⁹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, 12 ottobre 2006, ricorso n. 13178/03; nel caso di specie, si trattava di una bambina congolese di cinque anni, accompagnata in Belgio da uno zio residente in Olanda e diretta dalla madre in Canada, la quale, essendo priva sia dei documenti di ingresso e soggiorno, sia di quelli comprovanti la relazione di parentela con lo zio, era stata trattenuta per più di due mesi in una struttura detentiva per adulti. Secondo la Corte, le misure prese dalle autorità belghe, insufficienti a elidere il carattere disumano e degradante della detenzione di un minore non accompagnato in un centro per stranieri in attesa di espulsione, costituivano, anche in relazione alle modalità del *refoulement* successivamente disposto, una violazione degli artt. 3, 8 CEDU sia nei confronti della minore che della madre, vittima indiretta della violazione dei diritti umani subita dalla figlia. Per un'interessante lettura della sentenza in esame, cfr. B. MASSON, *Un enfant n'est pas un étranger comme les autres*, in *Rev. trim. droits de l'homme*, 2007, n. 71, p. 823; M. PERTILE, *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso Mubilanzila al caso Muskhadzhiyeva*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2010, n. 2, p. 457.

¹⁹² Proprio le particolari condizioni del centro di detenzione per immigrati irregolari di Pagani, sull'isola di Lesbo, ove il minore nel caso di specie era stato trattenuto, sono state di recente ritenute inadeguate all'estrema vulnerabilità del minore, costretto talvolta a mangiare sul pavimento, senza alcun contatto con l'esterno e senza alcuna informazione sulle ragioni del suo arresto né sulle possibilità di impugnazione. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rahimi c. Grecia*, 5 aprile 2011, ricorso n. 8687/08, in cui la Corte ha ritenuto le autorità greche responsabili della violazione degli artt. 3, 5, 13 CEDU in relazione all'arresto e detenzione di un minore afgano non accompagnato.

paese sconosciuto in assenza di figure adulte di riferimento, nella successiva sentenza *Muskhadzhiyeva* la Corte ritiene che anche la detenzione di un minore accompagnato possa costituire violazione dell'art. 3 CEDU, non bastando la presenza della madre a liberare lo Stato dall'obbligo di proteggere i minori e di adottare delle misure adeguate in attuazione degli obblighi positivi di tutela derivanti dall'art. 3 CEDU¹⁹³.

Dall'analisi, sia pure sommaria, della giurisprudenza della Corte europea, risulta dunque evidente come il principio guida per la Corte sia quello per cui le esigenze di controllo del territorio non possano privare i minori, specie se non accompagnati, della protezione legata alla loro tenera età accordata indirettamente dalle disposizioni CEDU, sia nei casi in cui essi siano coinvolti personalmente, sia nelle ipotesi in cui la valutazione della Corte abbia ad oggetto la posizione dei genitori.

¹⁹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio*, 19 gennaio 2010, ricorso n. 41442/07; nel caso di specie la Corte ravvisa la violazione degli artt. 3, 5 (capoverso 1) CEDU in relazione alla detenzione di quattro minori ceceni in un centro per stranieri in attesa di espulsione, situato nei pressi dell'aeroporto di Bruxelles, disposto in seguito al rifiuto da parte delle autorità belghe di prendere in considerazione nel merito la richiesta di asilo presentata dalla madre anche per conto dei suoi quattro figli. La Corte, dopo aver preso in considerazione, anche alla luce delle precarie condizioni di salute dei soggetti in questione, affetti da gravi disturbi psichici e psicosomatici, l'inadeguatezza del centro alla situazione di estrema vulnerabilità in cui versavano i minori, ha ribadito che le condizioni di vita cui sono sottoposti i minori nei centri di identificazione ed espulsione presentano una gravità tale da poter essere qualificate come un trattamento inumano e degradante ex art. 3 CEDU.

CAPITOLO II. Gli strumenti di contrasto dell'immigrazione irregolare

Data la crescente incidenza politica che le questioni relative alla migrazione hanno assunto nell'ambito dell'Unione, il Consiglio europeo dell'ottobre 2008 ha adottato un patto sull'immigrazione e l'asilo al fine di stimolare lo sviluppo di una politica comune in materia, da cui si evince l'impegno dell'UE - ribadito e ulteriormente specificato nel programma di Stoccolma del dicembre 2009¹⁹⁴ - volto a organizzare i flussi migratori regolari, combattere l'immigrazione clandestina, rafforzare le frontiere esterne, costruire un sistema di asilo e creare un partenariato globale per la migrazione e lo sviluppo¹⁹⁵. Tale politica si basa sull'idea che soltanto una visione strategica comune, fondata sui risultati già conseguiti e volta a costituire un quadro più omogeneo e immediato per la futura azione dell'UE, sia idonea a contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare, rispetto al quale gli Stati membri sono da tempo chiamati a collaborare in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, all'interno del quale sia assicurata la libera circolazione delle persone. L'elencazione degli obiettivi del patto del 2008 permette inoltre di riscontrare una certa continuità per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti dall'Unione nella lotta all'immigrazione clandestina, considerata un'assoluta priorità per l'Unione fin dal Piano d'azione di Vienna del 1998, ove si evidenziava la necessità di «elaborare disposizioni comuni per le condizioni d'ingresso, soggiorno e ritorno, lottare con maggiore efficacia contro l'immigrazione clandestina e definire i diritti dei cittadini dei paesi terzi in materia di libera circolazione sul territorio dell'Unione»¹⁹⁶. Nella stessa prospettiva, a Tampere, il Consiglio europeo ha invitato l'Unione a sviluppare politiche comuni nei settori dell'asilo e dell'immigrazione, alla luce della necessità di esercitare alle frontiere esterne un controllo adeguato per bloccare l'immigrazione clandestina e combattere coloro che la organizzano, ritenendo che un'azione efficace per prevenire e combattere tale fenomeno sia funzionale allo sviluppo di una autentica politica in materia d'immigrazione, conforme alla tradizione di ospitalità e di solidarietà dell'Europa, che tenga conto delle nuove dimensioni del fenomeno migratorio su scala planetaria e che assicuri un'autentica integrazione degli immigrati regolari nella società. L'esigenza di ricorrere a un approccio multidisciplinare, concernente al tempo stesso la

¹⁹⁴ Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE C 115 del 4 maggio 2010, p. 1, adottato dal Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2009, che ha il compito di sviluppare nei cinque anni successivi l'azione dell'Unione nell'area di libertà, sicurezza e giustizia.

¹⁹⁵ *Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo*, adottato dal Consiglio europeo del 15 e 16 ottobre 2008 (doc. 13440/08).

¹⁹⁶ Piano d'azione del Consiglio e della Commissione, del 3 dicembre 1998, concernente le modalità ottimali di attuazione delle disposizioni del trattato di Amsterdam relative alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in GUUE C 19, del 13 gennaio 1999, p. 1, punto 8.

prevenzione e la repressione, nel rispetto delle obbligazioni internazionali in materia di protezione dei diritti fondamentali, risulta evidente anche dal Piano d'azione globale per la lotta all'immigrazione clandestina del 2002, che, in attuazione della Comunicazione della Commissione sull'immigrazione illegale del 15 novembre 2001 e delle conclusioni del Consiglio europeo di Laeken, contiene numerose misure relative, da un lato, alla politica dei visti, al miglioramento degli scambi di informazioni e di analisi, ai controlli ai confini, alle politiche di rimpatrio e di riammissione; dall'altro, alla cooperazione tra le forze di polizia e alle sanzioni penali per chi traffica e commercia esseri umani¹⁹⁷. Anche secondo il Programma dell'Aia, una gestione efficace dei flussi migratori implica, oltre alla necessità di combattere l'immigrazione illegale e la tratta degli esseri umani, soprattutto delle donne e dei bambini, una maggiore cooperazione con i paesi terzi, richiedendo sforzi supplementari per rafforzare la gestione integrata dei controlli alle frontiere esterne¹⁹⁸. Alla luce degli impegni assunti dall'Unione al fine di rafforzare la credibilità di una politica comune in materia di immigrazione, l'arsenale giuridico di cui dispone attualmente l'Unione per lottare contro l'immigrazione clandestina sembra rispondere all'obiettivo che si sono prefissate le istituzioni europee all'indomani della creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: tentare di contenere il fenomeno dell'immigrazione irregolare, facendo al tempo stesso ricorso alla prevenzione, attraverso la previsione di strumenti appropriati per impedire che le frontiere esterne dell'Unione siano attraversate irregolarmente da un gran numero di migranti (sezione 1), e alla repressione, mediante l'armonizzazione delle misure adottate dagli Stati nella lotta a ogni forma di favoreggiamento all'ingresso e al soggiorno irregolari (sezione 2).

Sezione 1. La politica europea di prevenzione dell'immigrazione irregolare

Una politica equilibrata in materia di immigrazione irregolare deve necessariamente ricomprendere anche la prevenzione quale aspetto essenziale della strategia dell'Unione europea, da delineare attraverso un'analisi delle cause, una migliore comprensione del fenomeno e l'individuazione delle nuove tendenze, oltre che mediante l'avvio di campagne d'informazione, la promozione di nuovi partenariati e il potenziamento delle reti esistenti, rivolgendo sempre una particolare attenzione alle regioni periferiche dell'Unione,

¹⁹⁷ Proposta di piano globale per la lotta all'immigrazione clandestina e alla tratta degli esseri umani nell'Unione europea, in GUUE C 142, del 14 giugno 2001, p. 23.

¹⁹⁸ Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia (COM(2005)184 def., in GUUE C 236, del 24 settembre 2005.

particolarmente esposte ai flussi migratori in ragione della loro posizione geografica. Tali strumenti acquistano una particolare pregnanza se coniugati a misure tradizionali quali il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne dell'Unione, che dà un importante contributo alla lotta contro l'immigrazione clandestina, prevenendo il rischio che cittadini extracomunitari penetrino illegalmente nel territorio dell'Unione e garantendo che i soggetti regolarmente entrati rispondano sempre alle condizioni richieste per il loro soggiorno nell'Unione (§ 1). Tuttavia, la necessità di far fronte a un fenomeno così complesso non deve indurre soltanto a definire un approccio a breve termine, limitato al controllo frontaliero, bensì richiede lo sviluppo di un'azione esterna dell'Unione, che tenga conto di questioni a più lungo termine, quali il dialogo e la cooperazione con i paesi di origine e di transito dei migranti, secondo un approccio basato sulla sicurezza e sulla buona *governance*, che consenta di elaborare politiche reciprocamente vantaggiose nel settore della migrazione legale e favorisca la collaborazione economica, creando le condizioni per risolvere le cause dell'immigrazione irregolare (§ 2).

§ 1. Il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne dell'Unione europea

Perseguire una politica efficace di controllo delle frontiere esterne dell'Unione è sempre stata ritenuta un'assoluta necessità dalle istituzioni europee e dagli Stati membri, tanto nella prospettiva dell'istituzione del mercato interno in virtù dell'Atto Unico europeo, quanto nel quadro dell'abolizione dei controlli alle frontiere interne attuata con gli Accordi di Schengen. Per tali ragioni, l'Unione si è dotata nel corso degli anni di strumenti idonei a gestire i flussi di persone che vogliono viaggiare per un breve periodo o migrare legalmente nell'UE e impedire nello stesso tempo l'ingresso di chi non è autorizzato ad entrare. Anche oggi tale politica continua a rivestire carattere prioritario, specie in seguito all'adesione di nuovi Stati membri e all'eliminazione dei controlli alle rispettive frontiere, all'interno di un contesto socio-politico profondamente segnato dagli attentati dell'11 settembre 2001 che, creando un clima di diffidenza e paura verso l'esterno, hanno senz'altro determinato l'esigenza di un rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne congiunte, al fine di difendere l'Unione dalla minaccia terroristica. Analogamente, come spiegato nella strategia di sicurezza interna presentata dalla Commissione nel 2010¹⁹⁹, i controlli alle frontiere sono ritenuti indispensabili per combattere la criminalità organizzata, che opera ormai in una

¹⁹⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio, *La strategia di sicurezza interna dell'UE in azione: cinque tappe verso un'Europa più sicura*, del 22 novembre 2010, COM/2010/0673 def.

dimensione sempre più transnazionale, riuscendo a sfruttare a proprio vantaggio le opportunità derivanti dalla maggior facilità nella circolazione di beni, persone e capitali all'interno dell'Unione. In questo quadro, il duplice obiettivo della strategia di gestione integrata delle frontiere elaborata dall'Unione è stato dunque quello di far fronte all'aumento della pressione migratoria e alle nuove sfide legate al terrorismo e alla criminalità, cercando di mantenere un livello elevato di sicurezza e semplificando l'attraversamento delle frontiere da parte di coloro che dovrebbero essere ammessi, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali (A). Tuttavia, nell'attuazione di tale strategia, l'Unione europea ha ben presto preso coscienza che le principali difficoltà consistevano nell'organizzare tra gli Stati membri quelle sinergie operative che avrebbero permesso di intraprendere delle azioni più coordinate, garantendo un maggior livello di sicurezza alle frontiere esterne. Di conseguenza, negli ultimi anni è stato posto l'accento sull'importanza della cooperazione operativa tra gli Stati membri in questo settore, come risulta in particolare dalla creazione dell'Agenzia Frontex per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri (B). Sebbene i progressi realizzati attraverso la strategia di gestione integrata delle frontiere esterne e l'istituzione dell'Agenzia Frontex garantiscano un livello elevato di sicurezza, al fine di migliorare i controlli sui flussi in ingresso e uscita dalle frontiere nazionali e della Comunità Europea, i paesi membri si sono impegnati nello sviluppo di sistemi basati su tecnologie innovative, le quali permettono la verifica delle identità in maniera sicura, nonché informatizzata, e la condivisione di tutte le informazioni su accessi ed uscite dai confini (C).

A. Verso un sistema europeo di gestione integrata delle frontiere esterne

La costruzione nell'ambito dell'Unione europea di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone, ha determinato la necessità di procedere all'istituzione progressiva di un sistema europeo di gestione integrata delle frontiere esterne, fondamentale per sviluppare e rafforzare ulteriormente il quadro delle diverse misure adottate in un settore particolarmente delicato e complesso. Prima di analizzare i diversi momenti della strategia adottata dall'Unione, occorre chiarire cosa si intende per «gestione integrata» e quale differenza intercorre tra le «frontiere esterne» dell'Unione e i «confini nazionali» degli Stati membri, che diventano frontiera esterna dell'Unione soltanto laddove confinino con gli Stati terzi. Il regime di «gestione integrata delle frontiere» dell'Unione si distingue infatti dal concetto di «confine», quale elemento tradizionale della definizione della sovranità statale, in quanto prescinde da un esclusivo collegamento con la

territorialità delle frontiere, comprendendo ben quattro livelli di attività: controlli alle frontiere sui documenti e sulle banche dati; controlli all'interno, inclusi i rimpatri; rilascio di visti e lotta alla tratta degli esseri umani; cooperazione con i Paesi vicini. Com'è stato osservato in dottrina, tale sistema segue perfettamente la logica dell'Accordo di Schengen e della relativa convenzione di applicazione, incentrata sullo spostamento dei controlli dai confini nazionali verso le frontiere esterne dello spazio Schengen²⁰⁰. Mentre nel 1990, la Francia, la Germania e i paesi del Benelux non avvertivano la necessità di andare oltre la definizione di un concetto comune per il controllo delle nuove frontiere, in quanto la loro situazione geografica determinava una ripartizione più o meno equilibrata della pressione migratoria alle rispettive frontiere e gli *standard* di controllo da essi elaborati erano tali da favorire lo sviluppo di una fiducia reciproca; l'estensione dello spazio Schengen realizzata negli anni successivi ha invece profondamente cambiato tale contesto, lasciando ad alcuni Stati il controllo di frontiere particolarmente "sensibili" e difficili da gestire, rendendo in tal modo evidente la necessità di uno sforzo comune da parte di tutti gli Stati membri al fine di risolvere tali squilibri.

Il sistema di gestione integrata delle frontiere si colloca inoltre nella medesima prospettiva inaugurata a Maastricht, allorché la materia dei controlli alle frontiere esterne è entrata nel sistema comunitario come tema su cui gli Stati membri hanno un obbligo di cooperazione, e proseguita ad Amsterdam, laddove la comunitarizzazione delle materie relative all'immigrazione e alle frontiere ha consacrato l'esigenza di un approccio coerente e integrato in tali settori, al fine di «conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone, insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima» (art. 2 TUE).

Tale impostazione secondo la quale la gestione integrata delle frontiere costituisce uno dei pilastri fondanti la sicurezza interna dell'Unione è condivisa dalle conclusioni del Consiglio europeo di Laeken del dicembre 2001, ove si afferma che «una gestione più efficace del controllo alle frontiere esterne dell'Unione contribuirà alla lotta contro il terrorismo, le organizzazioni d'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani»²⁰¹. Nella stessa occasione, il Consiglio europeo ha formulato per la prima volta l'invito, rivolto al Consiglio e alla Commissione, a definire i meccanismi di cooperazione tra i servizi incaricati

²⁰⁰ Cfr. R. GENSON, *Avancées au Conseil européenne de Séville en matière de «Justice et Affaires intérieures»*, cit., p. 440.

²⁰¹ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Laeken, 14-15 dicembre 2001, punto 42.

dei controlli alle frontiere esterne e a studiare le condizioni per la creazione di un meccanismo di controllo, chiedendo inoltre di adottare delle disposizioni per l'attuazione di un sistema comune di identificazione dei visti e di esaminare la possibilità di istituire uffici consolari comuni. Di conseguenza, in data 7 maggio 2002, la Commissione ha approvato una comunicazione, intitolata "*Verso una gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea*", concernente l'analisi della situazione esistente in questo settore, sia sotto il profilo operativo che normativo, e corredata di una serie di misure e azioni da attuare a livello di Unione europea, in cui si sottolinea, da un lato, che una maggiore efficacia nelle procedure di controllo alle frontiere esterne non serve soltanto ad accrescere la sicurezza interna degli Stati membri, ma anche a favorire la circolazione delle persone, dei beni e delle merci fra l'Unione europea e i paesi terzi; dall'altro, che la mancanza di una visione comune e di una politica comune chiaramente formulate in tale materia può comportare rischi politici e strategici considerevoli, che potrebbero in futuro ostacolare l'affermazione di una politica valida dell'Unione europea nel settore della Giustizia e Affari interni²⁰². Punto di partenza dell'analisi svolta dalla Commissione è la distinzione tra l'unicità della fonte delle norme giuridiche, rappresentata dalla Convenzione di Schengen, che garantisce che i controlli e la sorveglianza alle frontiere esterne siano disciplinati da principi comuni e uniformi, e la diversità nell'organizzazione del lavoro da parte delle autorità nazionali interessate. In effetti, essendo ogni Stato membro, in base all'art. 6 della Convenzione, libero di affidare il controllo delle frontiere esterne alle autorità di propria scelta secondo la sua struttura nazionale interna, questi compiti sono affidati in alcuni Stati a un solo corpo, mentre in altri Stati a più corpi che dipendono da diversi dipartimenti ministeriali. Pur essendo questa diversità nelle organizzazioni amministrative nazionali legittima, tuttavia eventuali differenze fra le legislazioni nazionali e le prassi amministrative possono portare a delle disparità di sicurezza fra segmenti di frontiere esterne controllati da Stati membri diversi. Per tale ragione, secondo la Commissione, occorrerebbe quindi sviluppare una strategia di gestione integrata delle frontiere esterne, che sia davvero comunitaria e non si risolva in una mera sovrapposizione dei sistemi nazionali, determinando nei responsabili e negli agenti di questi diversi servizi la consapevolezza di essere membri di una rete europea di controllo e di sorveglianza. Per raggiungere tale obiettivo, la Commissione ha proposto diverse misure, tra cui l'istituzione di un Corpo europeo delle guardie di frontiera, da porre sotto il comando operativo dell'Organo comune di esperti in

²⁰² Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, dal titolo *Verso una gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea*, 7 maggio 2002, COM(2002) 233 def.

materia di frontiere esterne, che, pur svolgendo diversi compiti, tra cui in particolare la “sorveglianza comune” dei luoghi più vulnerabili, quali le frontiere marittime, non avrebbe però potuto sostituirsi alle autorità nazionali per il mantenimento dell’ordine pubblico e per la salvaguardia della sicurezza interna dello Stato ospitante, limitandosi piuttosto a svolgere delle missioni di assistenza, appoggio e sostegno²⁰³.

Tale volontà politica di migliorare la cooperazione nel settore dei controlli alle frontiere segna chiaramente una svolta e sfocia nella preparazione di un Piano per la gestione delle frontiere esterne, approvato dal Consiglio Giustizia e Affari Interni del giugno 2002, in cui, se si esclude il Corpo europeo delle guardie di frontiera²⁰⁴, vengono ribadite le medesime componenti di una politica comune di gestione integrata delle frontiere esterne individuate dalla Commissione, di cui alcune hanno carattere operativo, come l’istituzione di un meccanismo comune di concertazione e di cooperazione operativa (in questo ambito, si propone in particolare la creazione di un organo comune di esperti in materia di frontiere esterne), l’introduzione di una valutazione comune e integrata dei rischi, oltre che di personale formato alla dimensione europea e di attrezzature interoperative; mentre altre sono di natura legislativa, come la rielaborazione del *Manuale comune sui controlli alle frontiere esterne*, allo scopo di chiarire la natura giuridica delle sue disposizioni e farne una fonte di diritto, e l’introduzione all’interno di questo di alcune “*migliori pratiche*”, ispirate al Catalogo Schengen²⁰⁵. Com’è stato rilevato in dottrina, lo sforzo legislativo richiesto dal Piano per la gestione delle frontiere esterne non era volto alla definizione di grandi principi, quanto piuttosto a fornire quegli strumenti che potevano garantire una certa uniformità nelle pratiche di controllo, secondo una logica di standardizzazione delle procedure e della formazione del personale incaricato della sorveglianza delle frontiere²⁰⁶. Tali esigenze sono state soddisfatte nel 2006 con l’adozione del Codice frontiere Schengen, che va ben oltre una mera rielaborazione del Manuale Comune, in quanto consolida e sviluppa ulteriormente l’*acquis* di Schengen in materia di controllo alle frontiere, come integrato nell’ordinamento dell’Unione europea, confermando nel Titolo III l’assenza di controlli sulle persone all’attraversamento

²⁰³ In argomento, cfr. più diffusamente S. GARCIA - JOURDAN, *L’émergence d’un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, 2005, p. 286.

²⁰⁴ Mentre alcuni Stati, come la Francia e il Lussemburgo, si erano pronunciati a favore della creazione del Corpo europeo delle guardie di frontiera, il Regno Unito, la Svezia, i Paesi Bassi e, in generale, i paesi nordici mostrarono delle riserve al riguardo, inducendo la Presidenza spagnola a isolare tale questione dalla parte destinata alle misure e alle azioni da intraprendere, in modo che l’istituzione di tale corpo non venisse percepita come lo scopo ultimo del Piano.

²⁰⁵ Piano per la gestione delle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea, Consiglio GAI del 13 giugno 2002, su www.europa.eu.

²⁰⁶ Cfr. D. DUEZ, *L’Union européenne et l’immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit., p. 132.

delle frontiere interne e stabilendo le regole applicabili ai controlli sulle persone che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in una prospettiva idonea a disciplinare una materia delicata e complessa anche in vista dei futuri allargamenti dell'Unione²⁰⁷.

La nuova normativa detta condizioni, criteri e regole dettagliate volte a disciplinare le verifiche ai valichi di frontiera esterna e la sorveglianza alle frontiere esterne, ribadendo i principi di base in materia di controllo e introducendo modalità pratiche relative all'attuazione di tali controlli ai diversi tipi di frontiera (terrestre, marittima e aerea). In particolare, premesso che le frontiere esterne possono essere attraversate soltanto ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti, le regole contenute nel codice operano una distinzione a seconda che si tratti di cittadini dell'Unione europea, o comunque di soggetti beneficiari del diritto alla libera circolazione nell'UE, i quali sono sottoposti a una semplice e rapida verifica volta ad accertare l'identità del soggetto che viaggia, oppure di cittadini di Paesi terzi, per i quali sono invece previste verifiche approfondite delle condizioni d'ingresso, compresa la verifica nel Sistema di informazione visti (VIS) che dovrebbe essere operativo entro la fine del 2011, nonché, se necessario, dei documenti che autorizzano il soggiorno, e l'esercizio di un'attività professionale. Tali disposizioni sono prevalentemente indirizzate alle guardie di frontiera, che, nell'esercizio delle loro funzioni di lotta contro l'immigrazione irregolare e di prevenzione di ogni minaccia alla sicurezza interna, l'ordine pubblico e la sanità, sono tenute al pieno rispetto della dignità umana e non possono operare discriminazioni in ragione del sesso, della razza o dell'origine etnica, della religione o delle convinzioni, della disabilità, dell'età o dell'orientamento sessuale. Per quanto riguarda le frontiere interne, sebbene sia prevista in linea di principio l'eliminazione dei controlli, in via eccezionale si prevede che, in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, uno Stato membro possa ripristinare i controlli per un periodo limitato, dando notizia agli altri Paesi dell'UE, alla Commissione, nonché al Parlamento, in modo da poter procedere a una consultazione, volta a organizzare una cooperazione reciproca e ad esaminare la proporzionalità delle misure

²⁰⁷ Regolamento n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), in GUUE L 105/1, del 13 aprile 2006. Si tratta, peraltro, del primo atto legislativo relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che il Parlamento Europeo ha potuto adottare, insieme al Consiglio, in forza della procedura di codecisione. Per un commento, cfr. V. CHETAIL, *Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières: une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis schengen*, in *Europe*, 2006, n. 8-9, p. 4; G. LICASTRO, *Il «Codice frontiere Schengen»*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, n. 3, p. 587.

rispetto agli avvenimenti all'origine del ripristino del controllo. Dopo quattro anni di applicazione del Codice frontiere Schengen, la Commissione ha tuttavia riscontrato delle difficoltà connesse alle verifiche che sarebbero effettuate in maniera periodica e sistematica in certe zone di frontiera interne, aggravate dalla presenza di alcuni ostacoli alla scorrevolezza del traffico ai valichi di frontiera stradali delle frontiere interne, oltre che da ritardi nel notificare il ripristino dei controlli a tali frontiere²⁰⁸. Per tali ragioni, la Commissione ha di recente presentato una proposta di modifica del regolamento n. 562/2006, in cui si auspica, tra le varie misure, la possibilità di creare corsie separate per i viaggiatori esenti dall'obbligo del visto, al fine di introdurre una maggiore flessibilità e di accelerare il controllo di frontiera in funzione delle necessità pratiche; oltre a un miglioramento della formazione delle guardie di frontiera per permettere loro di individuare situazioni di particolare vulnerabilità riguardanti i minori non accompagnati e le vittime della tratta di esseri umani²⁰⁹. La base giuridica di tale proposta è da individuare nell'art. 77, par. 1, lettere a) e b) TFUE (*ex art. 62 TCE*), che conferisce all'Unione il compito di sviluppare una politica volta a eliminare i controlli sulle persone, a prescindere dalla loro nazionalità, alle frontiere interne e a garantire i controlli e la sorveglianza efficace alle frontiere esterne²¹⁰.

Nonostante le difficoltà riscontrate nella sua attuazione, il progetto europeo di gestione integrata delle frontiere esterne appare, senza dubbio, un elemento essenziale del dispositivo elaborato dall'Unione in materia di prevenzione dell'immigrazione irregolare, nella misura in cui integra le sue diverse componenti, garantendo l'uniformità dei principi e delle pratiche circa il controllo alle frontiere. A prescindere dal grado di realizzazione dei risultati attesi, tale progetto è fortemente caratterizzato sul piano simbolico, in quanto, rafforzando l'idea di un destino securitario europeo comune, consolida, aldilà dei dissensi tra gli Stati membri sulla questione della solidarietà europea, il sentimento di appartenenza dei cittadini europei a uno spazio giuridico unitario, in cui sia assicurata la libertà di circolazione e la sicurezza dei cittadini.

²⁰⁸ Cfr. in particolare la relazione della Commissione del 13 ottobre 2010 sull'applicazione del titolo III (Frontiere interne) del Codice Frontiere Schengen, COM(2010) 554.

²⁰⁹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), e la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, 10 marzo 2011, COM(2011) 118 def.

²¹⁰ In argomento, cfr. G. LICASTRO, *Verso un «sistema» europeo di «gestione integrata delle frontiere esterne»*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, n. 2, p. 333.

B. La creazione dell'Agazia Frontex

Oltre che di un *corpus* legislativo comune, l'Unione europea si è dotata di un'Agazia, istituita dal regolamento CE n. 2007/2004, con sede a Varsavia, avente personalità giuridica e fornita di un *budget* proprio, incaricata di coordinare la cooperazione tra gli Stati membri circa le operazioni di controllo alle frontiere esterne dell'Unione europea, di assistere i Paesi terzi nella formazione delle guardie frontaliere, nonché di supportarli nelle operazioni di rimpatrio e in situazioni di emergenza²¹¹. L'Agazia coopera infatti con gli Stati terzi al fine di contrastare l'immigrazione irregolare via mare, terra ed aerea, soprattutto nelle zone più a rischio, vale a dire lungo il confine europeo meridionale ed orientale²¹². Soprattutto, essa gioca un ruolo molto importante nella valutazione comune dei rischi, essendo chiamata a fornire agli Stati membri, in base al *Common Integrated Risk Analysis Model* (CIRAM), delle informazioni specifiche volte al miglioramento della sicurezza alle frontiere, ottimizzando l'utilizzazione delle risorse disponibili e identificando eventuali punti deboli nel controllo delle frontiere esterne²¹³.

L'idea sottesa a tale iniziativa, ovviamente, è che un sistema coordinato ed efficace di controlli e di sorveglianza delle frontiere esterne sia fondamentale, non soltanto nella lotta contro l'immigrazione clandestina e la tratta di esseri umani, nonché nella prevenzione di qualsiasi minaccia alla sicurezza interna degli Stati membri, ma anche per la creazione di uno spazio giuridico unitario, in cui i controlli alle frontiere interne siano definitivamente aboliti. La sua creazione segna infatti un'ulteriore tappa nel processo di comunitarizzazione dell'*acquis* di Schengen, avviato ad Amsterdam, realizzando una certa verticalizzazione del controllo delle frontiere, tramite il passaggio da un coordinamento degli Stati membri (in seno ad una struttura legata al Consiglio, SCIFA+²¹⁴) alla regia di un'agenzia comunitaria (ora dell'Unione), secondo lo schema classico della delega di potere esecutivo dal Consiglio ad

²¹¹ Regolamento CE 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, che istituisce un'Agazia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in GUUE L 349, del 25 novembre 2004, p. 1. In dottrina, cfr. E. DE CAPITANI - L. BARGIOTTI, *A Chronicle of a European Freedom Security and Justice Space*, 2010, p. 21, su www.europeanrights.eu; S. GARCIA - JOURDAN, *L'Unione européenne face à l'immigration*, Parigi, 2004, p. 38.

²¹² Allo scopo di imprimere maggiore incisività a tali operazioni, nel 2007 sono state create delle squadre di intervento rapido alle frontiere (RABIT), le quali forniscono assistenza tecnica e operativa alle guardie nazionali di confine in periodi di grande afflusso di migranti. Cfr. Regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, in GU L 199, del 31 luglio 2007, pag. 30.

²¹³ Cfr. P. CODA, *L'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne*, in *RMUE*, 2005, p. 386.

²¹⁴ L'organo collegato al Comitato strategico sull'immigrazione, le frontiere e l'asilo (SCIFA) consisteva di suoi membri e dei responsabili dei servizi di controllo di frontiera degli Stati membri.

un'agenzia, all'insegna di un compromesso, che gli Stati membri accettavano per non privarsi completamente dei poteri in una materia divenuta di competenza concorrente²¹⁵.

A tal proposito, nonostante l'ambizioso progetto politico ad essa sotteso, com'è stato rilevato in dottrina, l'agenzia si inseriva in un quadro giuridico dai contorni piuttosto incerti, soprattutto in relazione alla portata dei poteri ad essa spettanti e alla ripartizione di responsabilità nei confronti degli Stati membri, in quanto al tempo della sua creazione non vi era una vera regolamentazione comune dell'immigrazione clandestina ed essa era destinata a compiere missioni operative in settori che non rilevavano esclusivamente nel diritto comunitario²¹⁶. È da rilevare, inoltre, che il Frontex è nato in un contesto di alta politicizzazione - se non securizzazione - della gestione dei flussi migratori clandestini, ricollegabile a diversi fattori, quali gli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, l'aumento della pressione migratoria e l'ingresso nell'Unione di nuovi Stati, che si pensava non fossero in grado di svolgere da soli efficaci controlli alle frontiere; fattori, questi, che hanno fatto sì che l'intera disciplina comunitaria su controlli alle frontiere, asilo e immigrazione si sviluppasse sulla base di un approccio pragmatico di adattamento alle esigenze della sicurezza.

Né si può ritenere che la situazione sia cambiata nell'ultimo periodo, come risulta evidente da una rapida lettura del Programma di Stoccolma, in cui si chiede che venga ulteriormente sviluppata la gestione integrata delle frontiere, anche potenziando il ruolo di Frontex al fine di aumentare la sua capacità di far fronte con maggior efficacia all'evoluzione dei flussi migratori, tenendo conto dell'esito della valutazione dell'agenzia, nonché del ruolo e delle responsabilità degli Stati membri nel controllo di frontiera; in particolare, si invita la Commissione ad avviare un dibattito sullo sviluppo a lungo termine di Frontex che, come previsto nel programma dell'Aia, dovrebbe vagliare anche la fattibilità dell'istituzione di un sistema europeo di guardie di frontiera. Nello stesso senso, nel Patto europeo sull'immigrazione e asilo, si auspica di dotare l'agenzia Frontex, nel rispetto del ruolo e delle responsabilità proprie degli Stati membri, dei mezzi per esercitare pienamente la sua missione di coordinamento del controllo della frontiera esterna dell'Unione europea, far fronte a situazioni di crisi e condurre, su richiesta degli Stati membri, le necessarie operazioni temporanee o permanenti, conformemente, in particolare, alle conclusioni del Consiglio del 5 e 6 giugno 2008. Anche qui si prevede un rafforzamento del suo ruolo e dei suoi mezzi

²¹⁵ Cfr. G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in *Stranieri*, 2010, n. 1, p. 35.

²¹⁶ Cfr. S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: Frontex e diritto internazionale*, in *DUE*, 2008, n. 2, p. 369.

operativi, effettuando una valutazione in merito alla creazione di uffici specializzati, che, senza pregiudicare l'unicità dell'agenzia Frontex, tenga conto delle diverse situazioni, soprattutto per le frontiere terrestri orientali e marittime meridionali.

La particolare attenzione rivolta dalle istituzioni dell'Unione europea al ruolo di Frontex si scontra con le critiche di cui l'Agenzia è stata di recente investita sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali, in particolare il principio di *non refoulement*, nell'ambito delle operazioni da essa coordinate. Tra il 2006 e il 2010 Frontex ha, in effetti, preso parte a diverse operazioni di pattugliamento congiunto, tra Stati europei e non, nell'Atlantico e nel Mediterraneo, volte a prevenire l'ingresso nel territorio degli Stati membri di migranti non autorizzati, nell'intento di esternalizzare i controlli e trasferire sui Paesi di transito le responsabilità e gli oneri del contrasto dell'immigrazione irregolare²¹⁷. Risulta inoltre che mezzi a disposizione dell'Agenzia siano stati coinvolti in alcuni dei respingimenti condotti dalle forze navali italiane nel corso del 2009 che, come è noto, si sono conclusi con la "riconsegna" delle persone intercettate alle autorità libiche o a quelle algerine, senza previa identificazione ed esame della situazione di ciascuna di esse.

In seguito alle accuse provenienti da diverse da ONG di violazione dei diritti inderogabili dei migranti tutelati a livello internazionale, nel 2010 la Commissione ha proposto una revisione del regolamento Frontex, volta a rafforzare e rendere più efficace la capacità operativa dell'Agenzia, limitata dalla dipendenza dagli Stati membri, e a renderla inattaccabile sul fronte del rispetto dei diritti umani²¹⁸. Di conseguenza, il 13 settembre 2011 il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione che conferisce maggiori poteri a Frontex, al fine di rafforzarne in particolare le capacità operative, assicurando nel contempo che tutte le misure adottate siano proporzionate agli obiettivi perseguiti, siano efficaci e rispettino pienamente i diritti fondamentali e i diritti dei rifugiati e dei richiedenti asilo, in particolare il divieto di respingimento²¹⁹. A tal proposito, tra le novità più importanti vi è l'esplicito obbligo per Frontex di osservare il principio di non respingimento in ogni circostanza, che si tradurrà nel divieto imperativo di rimpatriare immigrati in Paesi potenzialmente lesivi della

²¹⁷ Cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Esternalizzazione dei controlli di frontiera e diritti fondamentali dei migranti*, in www.altrodiritto.unifi.it.

²¹⁸ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (Frontex), del 24 febbraio 2010, COM(2010) 61 def.

²¹⁹ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (Frontex), COM(2010)0061 - C7-0045/2010 - 2010/0039(COD).

loro vita o libertà. In futuro, al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali da parte dell’Agenzia, è prevista l’adozione di una “Strategia sui diritti fondamentali”, oltre alla presenza nel suo organico di un “Ispettore per i diritti fondamentali” e all’attivazione di un “Forum consultivo sui diritti fondamentali”. Inoltre, Frontex si doterà di codici di condotta rivolti a fissare procedure rispettose dei diritti umani da osservare nel corso delle operazioni. A ciò va aggiunto che le guardie di frontiera, prima di essere impiegate in un’operazione coordinata da Frontex, riceveranno adeguata formazione in materia di diritti fondamentali, protezione internazionale e accesso alle procedure in materia d’asilo e che, in caso di gravi violazioni di questi diritti, le missioni dell’Agenzia potranno essere sospese o interrotte. Sotto il profilo operativo, il “nuovo” Frontex garantirà assistenza agli Stati membri in situazioni che implicino emergenze umanitarie e salvataggi in mare e dovrà finanziare o cofinanziare le operazioni di rimpatrio degli immigrati, fermo restando la possibilità di firmare accordi con Paesi terzi per progetti di assistenza tecnica, di condurre l’analisi dei rischi emergenti alle frontiere esterne e di facilitare un rapido scambio di informazioni su questi dati ed infine di razionalizzare le risorse umane, con la fusione delle “squadre di supporto congiunto” e delle “squadre di intervento rapido” in un’unica formazione denominata “guardie di confine europee”.

In attesa che il nuovo regolamento verrà adottato, un primo tassello del processo di riforma del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere esterne è comunque rappresentato dalla decisione 2010/252, che ha integrato il codice frontiere Schengen per quanto riguarda in particolare la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata da FRONTEX. Tale decisione fornisce una serie di regole e orientamenti che si applicano alle operazioni di sorveglianza degli Stati membri coordinate da FRONTEX e che devono essere parte integrante del piano operativo predisposto per ciascuna operazione, prevedendo in particolare che le misure adottate ai fini delle operazioni di sorveglianza siano attuate in conformità dei diritti fondamentali e in modo da salvaguardare l’incolumità delle persone intercettate o soccorse. Essa prevede inoltre che nessuno possa essere sbarcato o altrimenti consegnato alle autorità di un paese in violazione del principio di non respingimento o nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio²²⁰. L’adozione di tale decisione non può che valutarsi

²²⁰ Decisione 2010/252/UE del Consiglio che integra il Codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea, in GUUE L 111/23, del 4 maggio 2010. Per un commento, cfr. A. DEL GUERCIO, *Controllo delle*

positivamente, avendo essa integrato nell'ordinamento dell'Unione europea il regime internazionale marittimo, vincolando nello stesso tempo al rispetto dei diritti umani le norme applicabili nel corso delle operazioni coordinate da FRONTEX in alto mare. Tuttavia, appare necessario procedere al più presto al coordinamento delle norme in materia di controllo sulle persone in ingresso con quelle del sistema europeo comune d'asilo, in quanto l'attuale impostazione, eccessivamente severa nel regolare l'accesso alla "Fortezza Europa", si rivela fortemente limitativa sotto il profilo dell'accesso al sistema di protezione internazionale.

C. Il crescente ricorso alla tecnologia per la sorveglianza delle frontiere

L'espansione delle esigenze di sicurezza ed il relativo accrescimento dei controlli sulla mobilità delle persone hanno determinato lo sviluppo di strumenti di seconda generazione per la sorveglianza delle frontiere, che si inquadrano nella «strategia europea di sicurezza interna» e comportano verifiche dirette o telematiche alle frontiere, tramite tecnologie standardizzate, quali i passaporti biometrici o i sistemi di banche dati. A partire dalla metà degli anni Novanta, infatti, i sistemi per controllare i movimenti delle persone e i mezzi di trasporto hanno assunto diverse configurazioni socio-tecnologiche sulla base dei principi di interoperabilità e disponibilità tra banche dati e identificazione biometrica²²¹. In quest'ottica, rileva innanzitutto il Sistema informativo Schengen (SIS), operativo dal 26 marzo 1995, costituito inizialmente quale misura compensativa al fine di consentire la libera circolazione delle persone, che è un archivio comune a tutti gli Stati membri dello spazio Schengen, volto a consentire alle autorità nazionali per il controllo della frontiera di ottenere rapidamente informazioni su persone o oggetti. Tale sistema presenta una struttura cd. "a stella", in cui gli Stati membri alimentano il SIS attraverso dei sistemi nazionali (chiamati N-SIS) collegati a un sistema centrale (C-SIS), installato a Strasburgo, che riceve gli aggiornamenti da ciascuno Stato membro e li rimanda a tutti gli altri in modo da mantenere aggiornato l'archivio centralizzato dei sistemi nazionali. Il sistema è basato su una configurazione *hit/no-hit*; in altri termini, la ricerca effettuata nel SIS rispetto a una determinata persona indica che se la stessa è oggetto o meno di una segnalazione ai fini della non ammissione e, in caso affermativo, le misure che le competenti autorità nazionali devono immediatamente adottare.

frontiere marittime nel rispetto dei diritti umani: prime osservazioni sulla decisione che integra il Codice delle frontiere Schengen, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, n. 1, p. 193.

²²¹ Per un'analisi delle questioni giuridiche sulla protezione dei dati personali, cfr. G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, cit, p. 105.

Considerati i progressi realizzati nel settore delle tecnologie dell'informazione e in seguito all'allargamento dell'Unione europea a nuovi Stati e all'adesione di alcuni di essi al trattato di Schengen, si è avvertita la necessità di sviluppare un nuovo sistema dotato di funzionalità più progredite, che riguardano prevalentemente la gestione di immagini e di informazioni biometriche (quali impronte digitali e fotografie) e l'interconnessione delle segnalazioni relative allo stesso caso²²². Il SIS II, il cui avvio inizialmente previsto nel 2010 è stato rinviato al 2013, presenterà dunque caratteristiche nuove, idonee a trasformarlo da mero strumento di controllo della circolazione delle persone a vero e proprio sistema d'informazione e d'indagine, al quale potranno accedere diversi soggetti (quali Europol, Eurojust, pubblici ministeri nazionali, autorità che rilasciano le carte di circolazione) e che sarà inoltre collegato con altri sistemi informativi, quali il Sistema informativo dei visti (VIS). A tal proposito, è opportuno precisare che il VIS, nato al fine di migliorare l'attuazione della politica comune in materia di visti e la cooperazione tra le autorità centrali competenti per i visti, favorisce invece lo scambio di dati concernenti le domande di visto, agevolando la relativa procedura e prevenendo fenomeni di "visa shopping", favorendo nel contempo la lotta contro la frode e facilitando i controlli ai valichi di frontiera esterni, così come all'interno del territorio degli Stati membri²²³. In particolare, tale sistema prevede la memorizzazione in una banca dati europea delle informazioni relative ai visti per soggiorno o transito nello spazio Schengen di un massimo di 70 milioni di persone; i dati inseriti comprendono anche la fotografia del richiedente e le impronte digitali di tutte le dita delle mani. Analogamente al SIS, esiste un sistema centrale, denominato "Central VIS" (C-VIS), che rappresenta la parte comune per l'archiviazione di tutte le informazioni relative alle richieste di visto trattate ed ai visti concessi, gestito a Strasburgo, e collegato con i diversi sistemi nazionali degli Stati membri; il sistema C-VIS interagisce inoltre con il sistema di riconoscimento biometrico BMS (*Biometric Matching System*) che utilizza 2 o 4 delle impronte acquisite per effettuare le verifiche riducendo il numero di errori.

²²² Regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), in GUUE L 381/4, del 28 dicembre 2006, p. 4; Decisione 2007/533/GAI del Consiglio, del 12 giugno 2007, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), in GUUE L 205, del 7 agosto 2007, p. 63. In dottrina, cfr. G. CAGGIANO, *L'integrazione europea a "due velocità" in materia di immigrazione legale ed illegale*, in *Dir. pubb. comp. eu.*, 2008, n. 3, p. 1107; C. FAVILLI, *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 3, p. 22.

²²³ Decisione del Consiglio n. 2004/512/CE dell'8 giugno 2004 che istituisce il sistema di informazione visti (VIS), in GUUE L 213/5, del 15 giugno 2004; Decisione del Consiglio del 23 giugno 2008, relativa all'accesso per la consultazione al sistema di informazione visti (VIS) da parte delle autorità designate degli Stati membri e di Europol ai fini della prevenzione, dell'individuazione e dell'investigazione di reati di terrorismo e altri reati gravi, in GUUE L 218, del 13 agosto 2008, p. 129.

Le attuali banche dati non sembrano però adeguate a garantire una gestione delle frontiere che sia davvero integrata e idonea a realizzare il duplice obiettivo di migliorare la sicurezza e facilitare le procedure di viaggio per i cittadini di paesi terzi. Per tali motivi, la Commissione ha proposto l'introduzione di un sistema di ingresso/uscita (Entry Exit System, EES) da applicarsi a tutti i cittadini di paesi terzi, ammessi per un soggiorno di breve durata (fino a tre mesi), che prevede la registrazione della data e del luogo di ingresso, della durata del soggiorno autorizzato e, ove l'interessato risulti essersi trattenuto illegalmente, la segnalazione automatica direttamente alle autorità competenti, sia quando scade il soggiorno, sia quando il cittadino lascia l'UE. La segnalazione permetterebbe dunque alle autorità nazionali di verificare se un cittadino di un paese terzo ha superato la durata del soggiorno autorizzato e prendere le opportune misure, dissuadendo al tempo stesso i cittadini dei paesi terzi dal trattenersi illegalmente e fornendo informazioni, a fini operativi, sulle caratteristiche del soggiorno fuoritermine (ad es. itinerari, garanti fraudolenti, paese di origine e motivi del viaggio) e dati sui flussi migratori e sui soggiornanti fuoritermine per la politica dei visti²²⁴. Inoltre, a livello europeo esistono ulteriori progetti volti a migliorare il sistema informatizzato di controllo delle frontiere, quali il *Registered Traveller Programme* (RTP) e l'*Automated Border Control* (ABC). Il primo consiste nell'implementazione tecnica di un programma centralizzato che permetta controlli facilitati dei viaggiatori di paesi terzi, che hanno scelto volontariamente di registrare in maniera preventiva i loro dati biometrici, secondo una procedura accurata in accordo a criteri prestabiliti; il secondo, invece, si riferisce a varchi automatici, vigilati remotamente ma senza la presenza di un addetto alle procedure di controllo, per l'attraversamento delle frontiere da parte dei viaggiatori di paesi terzi registrati o per i cittadini dell'UE aventi un passaporto elettronico²²⁵. Nel complesso, i dati personali di tutti coloro che transitano nel territorio dell'Unione europea, verranno registrati in apposite banche dati sulla base del principio dell'interoperabilità

Tra le nuove proposte in materia di controllo alle frontiere incentrate sulle nuove tecnologie, degna di nota è anche la proposta della Commissione volta alla creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR), allo scopo principale di impedire l'attraversamento non autorizzato delle frontiere, ridurre il numero degli immigrati illegali che periscono in mare e aumentare la sicurezza interna dell'UE, contribuendo a

²²⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, intitolata *Preparare le prossime fasi della gestione delle frontiere nell'Unione europea*, 13 febbraio 2008, COM(2008) 69 def.

²²⁵ In argomento, cfr. Più diffusamente, A. ALESSANDRONI - C. SIMONETTI, *Le tecnologie biometriche per il controllo delle frontiere nell'Unione europea*, su www.media.tecnici.it.

prevenire forme di criminalità transfrontaliera come il terrorismo, la tratta di esseri umani, il traffico di stupefacenti, il traffico illecito di armi ecc²²⁶. Tale sistema, basato sull'utilizzo delle immagini satellitari, si propone di utilizzare in modo coerente le informazioni raccolte da sistemi diversi, senza perdere di vista le specificità geografiche e le differenze tra i vari tipi di frontiere, in particolare tra quelle terrestri e quelle marittime.

In un quadro in cui, al fine di creare una barriera di contrasto all'immigrazione clandestina, numerose sono le proposte in discussione, basate ora sul trattamento e trasferimento dei dati personali, inclusi quelli biometrici, ora su una rigida sorveglianza di polizia, che se entrerà in funzione *Eurosur* potrebbe dotarsi anche di sistemi di telerilevamento satellitare, non resta che auspicare che tali sviluppi siano accompagnati da un attento esame dei rischi connessi e delle garanzie necessarie, specie sotto il profilo del diritto alla tutela dei dati personali, sulla base dei pareri del Garante europeo della protezione dei dati e dell'azione del Parlamento europeo, ormai co-legislatore.

§ 2. Lo sviluppo dell'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione

Uno dei pilastri della politica migratoria europea è costituito dalle relazioni esterne dell'Unione, grazie alle quali essa tende ad assumere la più ampia prospettiva sulle cause e sulle conseguenze dell'immigrazione, secondo un approccio equilibrato e globale, finalizzato a proporre sinergie tra la migrazione e lo sviluppo e basato su una strategia a lungo termine per affrontare le cause storiche del fenomeno. La necessità di un utilizzo globale dei mezzi a disposizione dell'Unione per ridurre i fattori di pressione fu richiamata per la prima volta nelle conclusioni del Consiglio europeo di Edimburgo del 12 dicembre 1992, in cui si proponevano una serie di principi applicabili agli aspetti esterni della politica migratoria, poiché, in un contesto generale di riduzione delle possibilità di immigrazione regolare, non era difficile prevedere che i fenomeni clandestini erano destinati a aumentare. Era infatti evidente che, in una situazione in cui la pressione migratoria tendeva complessivamente a crescere, proprio mentre nei principali Stati di destinazione si diffondeva una tendenza politica restrittiva, una cooperazione attiva tra *sending States* e *receiving States* appariva, nonostante le difficoltà dovute all'inevitabile divergenza di interessi tra gli stessi, come uno

²²⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, intitolata Esame della creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR), 13 febbraio 2008, COM(2008) 68 def.

strumento imprescindibile per ridurre i flussi non autorizzati e combattere i traffici ad essi connessi.

Per tali ragioni, a partire dal 1994, la Commissione ha costantemente sottolineato l'importanza della cooperazione con i principali Stati terzi da cui provengono i flussi migratori, al fine di combattere l'immigrazione clandestina, agendo nello stesso tempo al punto di partenza della catena, attraverso la promozione della pace, della stabilità politica, dei diritti umani, dei principi democratici e di uno sviluppo economico, sociale ed ambientale duraturo nei paesi d'origine²²⁷. Sebbene fin dalle origini si riconoscesse l'importanza di un'azione sui paesi d'emigrazione potenziale, tuttavia questa ha potuto essere concretizzata solo dopo il Trattato di Amsterdam, che ha offerto per la prima volta un quadro d'azione comune, inaugurando una dimensione esterna della politica migratoria, i cui aspetti più significativi emergono chiaramente dal Programma dell'Aia del 2004, in cui si individuano quali componenti essenziali il partenariato con i paesi terzi, il partenariato con i paesi e le regioni di origine e di transito e la politica in materia di rimpatrio e di riammissione. In quest'ottica, essendo la migrazione per sua stessa natura una questione internazionale, la politica dell'UE dovrebbe innanzitutto mirare ad assistere, nel contesto di un pieno partenariato, i paesi d'origine, utilizzando ove opportuno risorse comunitarie esistenti, nel quadro delle priorità geografiche stabilite in ragione dei rapporti privilegiati che l'Unione intrattiene con alcuni paesi e dell'importanza dei movimenti migratori in provenienza da questi ultimi (A). Inoltre, appare necessaria l'istituzione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio, basata su norme comuni, affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti e della loro dignità. Sotto quest'ultimo profilo, è da rilevare in effetti che se le probabilità di rimpatrio dei migranti in posizione irregolare che non necessitano di protezione internazionale sono scarse, l'attrattiva per l'immigrazione irregolare aumenta e i cittadini perdono fiducia nelle autorità nazionali ed europee; occorre pertanto un maggior coordinamento degli strumenti e le politiche pertinenti a livello europeo, nel senso richiesto dalla direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, contenente norme e procedure comuni in tema di rimpatrio di cittadini extracomunitari irregolari, che ha istituito un quadro solido ed equo affinché i rimpatri siano effettivi, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali dei migranti e dello Stato di diritto. Dato che il successo di tale politica di rimpatrio dipende da una proficua cooperazione con i paesi di origine o di

²²⁷ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulle politiche d'immigrazione e di asilo, del 23 febbraio 1994, COM/94/23def. Nello stesso senso, cfr. COM(2001) 672, concernente una politica comune in materia di immigrazione clandestina; COM(2006)26, Programma tematico di cooperazione con i paesi terzi nel settore dell'immigrazione e l'asilo.

transito interessati, occorre sviluppare la cooperazione fra tutte le autorità competenti, a vari livelli e in varie fasi del processo di rimpatrio. Ad esempio, è necessaria un'assistenza a livello amministrativo per ottenere documenti di viaggio, in vista del rimpatrio, per le persone soggiornanti illegalmente che non dispongono di documenti di viaggio validi; inoltre, all'arrivo nel paese di rimpatrio, è necessario un sostegno per le procedure di riammissione ai punti di ingresso, spesso gli aeroporti. A tal proposito, mentre molti paesi cooperano in modo aperto e pragmatico, facilitando i rimpatri, altri, invece, sono più riluttanti a riammettere le persone oggetto di disposizioni di rimpatrio e applicano procedure amministrative più lunghe per determinare la nazionalità o l'identità della persona in oggetto. Per tali ragioni, potrebbe rivelarsi utile la negoziazione, a livello politico, di accordi di riammissione volti a definire le procedure e le modalità pratiche di trasporto in vista del rimpatrio e di riammissione (B).

A. Il partenariato con i paesi terzi

In un contesto segnato dalla fine della guerra fredda e la crisi dei Balcani, la *Dichiarazione sui principi che disciplinano gli aspetti esterni della politica dell'immigrazione*, adottata in occasione del Consiglio europeo di Edimburgo del 1992, colloca la politica migratoria dell'Unione nella più ampia prospettiva delle grandi sfide della politica internazionale, riconoscendo che «vari e diversi fattori sono importanti per la riduzione dei flussi migratori verso gli Stati membri: il mantenimento della pace e la fine dei conflitti armati; il pieno rispetto dei diritti umani; l'instaurazione di società democratiche e di adeguate condizioni sociali; una politica commerciale liberale, atta a migliorare le condizioni economiche dei paesi di emigrazione»²²⁸. Secondo il Consiglio europeo, un contributo sostanziale alla soluzione del problema dei flussi migratori può quindi derivare non solo da una politica di controllo delle frontiere esterne, ma anche da una maggiore implicazione dell'Unione sulla scena internazionale, volta al mantenimento e al ripristino della pace, riducendo le pressioni migratorie provocate dalla guerra e da regimi oppressivi e discriminatori, cercando nel contempo di favorire lo sviluppo economico e una maggiore prosperità nei paesi di emigrazione, con conseguente limitazione delle cause economiche dell'emigrazione. Nonostante tali importanti aperture, la preoccupazione degli Stati di salvaguardare le proprie competenze si è tradotta, sotto la vigenza del Trattato di Maastricht, in un atteggiamento di sfiducia verso un intervento troppo diretto dell'Unione, che di

²²⁸ *Dichiarazione sui principi che disciplinano gli aspetti esterni della politica dell'immigrazione*, Allegato 5 della Parte A, Consiglio europeo di Edimburgo. Conclusioni della Presidenza, 13 e 14 dicembre 1992, punto ix).

conseguenza si è limitata per lo più alla conclusione di accordi misti, firmati dagli Stati membri e la Comunità, specie in materia di riammissione²²⁹. È solo con il Trattato di Amsterdam che l'Unione ha definito il quadro della sua azione esterna in materia di Giustizia e Affari Interni, dando coerenza a un insieme di iniziative finora disparate e tracciando le linee direttrici della politica comunitaria in materia di immigrazione. Ma è soprattutto il Consiglio europeo di Tampere a dare un impulso decisivo al processo di esternalizzazione della politica europea di immigrazione e d'asilo, introducendo per la prima volta l'idea di un «partenariato con i paesi d'origine», che abbracci le questioni connesse alla politica, ai diritti umani e allo sviluppo dei paesi e delle regioni di origine e transito, consentendo di evitare che gli aspetti securitari legati al controllo della gestione dei flussi finiscano per condizionare tutta la politica dell'immigrazione. In altri termini, occorre «combattere la povertà, migliorare le condizioni di vita e le opportunità di lavoro, prevenire i conflitti e stabilizzare gli Stati democratici, garantendo il rispetto dei diritti umani, in particolare quelli delle minoranze, delle donne e dei bambini»²³⁰.

Con le conclusioni di Tampere, la questione dell'immigrazione diviene dunque una problematica “orizzontale”, che attraversa i diversi pilastri dell'Unione e necessita di interventi nei diversi campi d'azioni comunitari, al fine di realizzare il partenariato con i paesi d'origine, un regime europeo comune in materia di asilo, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi e una gestione efficace dei flussi migratori²³¹. Nello stesso senso, il Consiglio europeo di Siviglia ribadisce che un approccio integrato, globale ed equilibrato, inteso ad affrontare le cause profonde dell'immigrazione clandestina deve restare l'obiettivo costante dell'Unione europea a lungo termine, ricordando che l'intensificazione della cooperazione economica, lo sviluppo degli scambi commerciali, l'aiuto allo sviluppo, nonché la prevenzione dei conflitti sono altrettanti strumenti per promuovere la prosperità economica dei paesi interessati e per ridurre così le cause all'origine dei movimenti migratori²³². Nonostante ciò, il concetto di partenariato resta un concetto ambiguo, includendo due diversi approcci in materia di relazioni con i paesi terzi, di cui l'uno risponde a una logica di esternalizzazione degli strumenti tradizionali dell'Unione europea in materia di controllo migratorio, mentre l'altro si interessa piuttosto alle cause profonde dei flussi migratori. Sotto

²²⁹ Sull'affermazione politica dell'azione esterna dell'Unione in materia di immigrazione, cfr. H. LABAYLE - D. BOUTELLET-PAQUET - A. WEYEMBERGH, *La lutte contre l'immigration illégale*, in P. DE BRUYCKER (a cura di), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, 2003, p. 377.

²³⁰ Consiglio europeo straordinario di Tampere, Conclusioni della Presidenza, par. 11.

²³¹ Cfr. D. DUEZ, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit., p. 166.

²³² Consiglio europeo di Siviglia. Conclusioni della Presidenza, 21 e 22 giugno 2002, par. 33.

il primo profilo, si tratta di sostenere, dal punto di vista tecnico e finanziario, i paesi di origine o di transito, al fine di aiutarli a rafforzare i controlli alle frontiere e lottare contro il traffico e la tratta di esseri umani, secondo una strategia di tipo difensivo, quale quella delineata nel Piano globale di lotta contro l'immigrazione clandestina, in cui, tra le misure per le fasi precedenti all'attraversamento delle frontiere, si insiste proprio sul sostegno tecnico e finanziario ad azioni nei paesi terzi, proponendo la realizzazione di infrastrutture di accoglienza dei richiedenti asilo, lo sviluppo di strutture di registrazione pubbliche, la creazione di centri di accoglienza per immigrati illegali in paesi di transito, campagne di sensibilizzazione destinate a frenare l'immigrazione clandestina, il miglioramento della sicurezza dei documenti, la lotta contro la corruzione, distacchi di ufficiali di collegamento, riunioni di esperti, formazione e seminari, il sostegno al rimpatrio di immigrati in posizione irregolare e, infine, il miglioramento della gestione del controllo alle frontiere e dell'attrezzatura relativa²³³.

Dal marzo 2004, tale strategia di esternalizzazione dei controlli ha avuto un impulso decisivo con l'adozione del regolamento che istituisce un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai paesi terzi in materia di migrazione e asilo (AENEAS), per il periodo 2004-2008, dotato di un *budget* di 250 milioni di euro, destinato in particolare, ma non esclusivamente, ai paesi terzi attivamente impegnati nella preparazione o nell'attuazione di un accordo di riammissione con la Comunità europea²³⁴. Sebbene uno soltanto tra i cinque obiettivi del programma riguardi espressamente la lotta contro i flussi clandestini, prevedendo la messa a punto, nei paesi terzi interessati, di una politica efficace e preventiva e lo sviluppo di una legislazione in materia, il programma sembra nel complesso caratterizzato da una logica di controllo volta alla riduzione della pressione migratoria, in quanto, i punti destinati allo sviluppo della migrazione legale contengono comunque dei riferimenti all'immigrazione clandestina²³⁵ e il trattamento della problematica dei rifugiati fa pensare a una strategia di protezione "sul posto", al fine di evitare che persone in cerca di protezione si dirigano verso l'Unione europea²³⁶. Sulla scia di tale programma, la Commissione europea ha lanciato un

²³³ Proposta di piano globale per la lotta all'immigrazione clandestina e alla tratta degli esseri umani nell'Unione europea, cit., punto C.

²³⁴ Regolamento CE/291/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2004 che istituisce un programma di assistenza finanziaria e tecnica ai paesi terzi in materia di migrazione e asilo (AENEAS), in GUUE L 80, 18 marzo 2003, p. 1.

²³⁵ *Ibidem*, art. 2, par. 1, punto b) ove si persegue lo sviluppo della migrazione legale in base ad un'analisi della situazione demografica, economica e sociale dei paesi d'origine e dei paesi ospiti e della capacità ricettiva di questi ultimi, insieme alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica sui vantaggi della migrazione legale e sulle conseguenze della migrazione clandestina.

²³⁶ Cfr. D. DUEZ, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit., p. 167.

nuovo programma di cooperazione con i paesi terzi, con uno stanziamento di 380 milioni di euro per il periodo 2007-2013, inteso a sostenere gli sforzi dei paesi terzi per una migliore gestione dei flussi migratori in tutti i suoi aspetti, che si concentrerà principalmente sui paesi situati lungo le rotte migratorie sudorientali che portano verso l'Unione europea, ma che riguarderà anche altre rotte migratorie e le migrazioni sud-sud. Tra gli obiettivi del programma di cooperazione figurano ancora una volta la lotta al traffico di migranti e alla tratta di esseri umani, il contrasto dell'immigrazione illegale, la facilitazione del rimpatrio dei clandestini, la lotta contro lo sfruttamento e la discriminazione, la promozione delle politiche di asilo e protezione internazionale e il potenziamento del rapporto tra sviluppo e migrazione, anche attraverso il miglioramento della gestione dei flussi migratori a fini lavorativi.

Il secondo profilo della prospettiva di partenariato con i paesi terzi riguarda invece lo sviluppo economico e la democratizzazione come condizioni essenziali ai fini della riduzione della pressione migratoria sull'Unione europea, secondo una strategia di tipo preventivo delineata per la prima volta a Edimburgo e sviluppata nei piani d'azione elaborati dal Gruppo ad alto livello Asilo e Migrazione²³⁷, che possono essere considerati come un primo tentativo dell'Unione europea di definire un'impostazione ampia e coerente nei confronti della situazione di numerosi importanti paesi di origine o di transito di richiedenti asilo e di migranti, fra cui rilevano in particolare l'Albania e il Marocco, che rappresentano rispettivamente il più importante paese di emigrazione della regione (in termini relativi, cioè di proporzione degli emigrati sulla popolazione totale) e il paese mediterraneo con il più alto numero di cittadini residenti all'estero (dopo la Turchia), nonché quello con il più forte potenziale di emigrazione ulteriore, in termini assoluti. Tali piani, sebbene privi di efficacia vincolante, riconosciuta la necessità di un'impostazione comune e a lungo termine che tenga presenti i fattori politici e socioeconomici che causano le azioni di fuga, intendono orientare e armonizzare l'azione esterna delle istituzioni UE e degli Stati membri in materia migratoria, proponendo delle misure di cooperazione con i paesi interessati in tre categorie integrate: la politica estera, lo sviluppo e l'assistenza economica, nonché la migrazione e l'asilo. Un tale modo di procedere ha però sollevato serie perplessità in dottrina soprattutto in ragione della predisposizione unilaterale dei piani, in assenza di qualsiasi consultazione con le autorità dei

²³⁷ In risposta ad un'iniziativa dei Paesi Bassi, il Consiglio "Affari generali" del 7-8 dicembre 1998 ha creato il gruppo ad alto livello "Asilo e migrazione", con il compito di elaborare piani d'azione che abbracciassero più pilastri destinati a determinati paesi di origine e di transito dei richiedenti asilo e dei migranti, dimostrando che è nell'interesse sia dei cittadini dell'Unione sia di quelli dei paesi di origine e di transito dei richiedenti asilo e dei migranti affrontare le cause primarie dei fenomeni di migrazione e di fuga, nonché le loro conseguenze. Sulla genesi del Gruppo ad alto livello, cfr. F. PASTORE, *La rivoluzione (incompiuta) della politica migratoria europea*, in *EuropaEurope*, 2000, n. 6.

paesi considerati, che in alcuni casi ha generato una reazione di disappunto e di temporanea chiusura, non del tutto ingiustificata²³⁸. Nel complesso, tali strumenti rivelano comunque un singolare equilibrio tra logiche diplomatiche, umanitarie e di sviluppo; in particolare, nonostante un approccio teso a incentrarsi essenzialmente sulle cause delle migrazioni, le misure più concrete proposte nel piano non si accordano realtà con gli obiettivi di sviluppo o di stabilizzazione politica dei paesi d'origine, traducendo piuttosto una doppia strategia di stanziamento delle popolazioni in cerca di protezione nelle loro regioni d'origine e di contenimento dei flussi migratori. Nonostante le iniziali difficoltà del Gruppo ad alto livello, l'approccio preventivo alla gestione dei flussi migratori non è stato abbandonato, come risulta dalle conclusioni «Migrazioni e sviluppo» del Consiglio Affari Generali del 19 maggio 2003 che, basandosi sul lavoro preparatorio della Commissione²³⁹, ribadiscono che l'obiettivo della Comunità resta quello di interessarsi alle cause profonde della migrazione, riconoscendo gli effetti dei programmi di sviluppo a lungo termine sui flussi migratori e invitando la Commissione a formulare nuove proposte²⁴⁰. Di conseguenza, nel 2005 la Commissione, partendo dalla consapevolezza della stretta relazione esistente tra mobilità (interna e internazionale) delle persone e sviluppo socio-economico, ha identificato i campi d'intervento in cui sarebbe possibile stabilire un legame positivo tra i fenomeni migratori e la situazione economica e sociale dei paesi d'origine, proponendo misure quali l'invio di fondi e la partecipazione delle diaspore finalizzate allo sviluppo dei paesi d'origine, oltre alla migrazione circolare e la circolazione dei cervelli²⁴¹. In questa prospettiva, com'è stato rilevato, l'obiettivo del binomio tra politiche migratorie e politiche di cooperazione non è più soltanto quello di ridurre la pressione migratoria, ma anche quello di massimizzare l'impatto positivo delle migrazioni sia negli stati di provenienza che in quelli di destinazione²⁴².

In questo quadro, gli episodi di Ceuta e Melilla hanno tuttavia evidenziato i forti limiti di un approccio “di contenimento” all'immigrazione irregolare, svincolato da eccessive preoccupazioni di carattere umanitario e confinato nell'ambito di una cooperazione marcatamente operativa, facendo avvertire l'esigenza di un rilancio della politica di gestione

²³⁸ Cfr. F. PASTORE, *La rotta di Enea. Relazioni euro mediterranee e migrazioni*, su www.cespi.it.

²³⁹ Comunicazione della Commissione al consiglio e al Parlamento europeo, *Integrare le questioni connesse all'emigrazione nelle relazioni dell'Unione europea con i paesi terzi*, 3 dicembre 2002, COM(2002) 703 def.

²⁴⁰ Progetto delle conclusioni del Consiglio concernenti l'integrazione delle questioni connesse all'immigrazione nelle relazioni dell'Unione europea con i paesi terzi, Migrazioni e sviluppo, Allegato alla nota punto A del Segretariato generale del Consiglio, Progetto di conclusioni concernenti le migrazioni e lo sviluppo, 82927/03, Bruxelles, 5 maggio 2003, punto 2.

²⁴¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Migrazione e sviluppo: orientamenti concreti*, 1 settembre 2005, COM(2005) 390 def.

²⁴² Cfr. R. CASO, *Migrazione e sviluppo: la politica europea*, su www.ispionline.it.

dei flussi migratori, affermata in occasione della riunione informale dei capi di Stato e di Governo tenutasi ad Hampton Court il 27 ottobre 2005, i cui orientamenti hanno profondamente marcato la successiva agenda politica dell'Unione in materia di immigrazione. Negli anni successivi sia la Commissione²⁴³ sia il Consiglio²⁴⁴ hanno più volte insistito sulla necessità di adottare linee d'azione e interventi coerenti in materia di migrazione, nel quadro delle attività in corso nei settori dello sviluppo, delle relazioni esterne e, in particolare, della politica europea di prossimità, della libertà, sicurezza e giustizia e dell'occupazione. In quest'ottica, si sono stabilite nuove forme di dialogo e di cooperazione con i paesi terzi, rafforzate da un'azione sul campo volta a rendere la mobilità e la migrazione un fattore di sviluppo, a gestire meglio la migrazione legale e a prevenire e ridurre l'immigrazione irregolare²⁴⁵, secondo una visione del mondo in cerchi concentrici, basata sulla differenziazione nelle strategie giuridiche e politiche da adottare riguardo a zone geografiche caratterizzate da diverse esigenze²⁴⁶. Tale approccio, già presente in un documento preparatorio del piano d'azione di Vienna²⁴⁷, individua un primo cerchio, che corrisponde alla forma di integrazione più forte, composto dagli stessi Stati membri dell'Unione e dagli Stati associati all'Unione nel quadro degli accordi di Schengen, seguito dall'insieme degli Stati limitrofi che dai Balcani giungono fino al Mediterraneo, vale a dire i paesi candidati all'adesione e i nuovi membri, per cui l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen è *condicio sine qua non* dell'integrazione nell'Unione, cui si aggiunge il terzo cerchio, che dagli Stati dell'ex-Unione Sovietica arriva al Maghreb e alla Turchia, paesi con cui la cooperazione, oltre ad avere carattere occasionale, è stata limitata ad alcuni settori, e infine il quarto cerchio, formato dai principali paesi d'origine dei flussi, quali gli Stati dell'Africa sub-sahariana, i paesi dell'America Latina e dell'Asia, con cui è stato concluso nel 2000 l'accordo di partenariato di Cotonou che, sebbene ponga l'accento sulla definizione di una politica di

²⁴³ Cfr. COM(2005)621, *Priorità d'azione per rispondere alle sfide dell'immigrazione. Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court*; COM(2006)735, *L'approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: verso una politica europea globale della migrazione*; COM(2007)247, *Applicazione dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e sudorientali vicine all'Unione europea*; COM(2008)611, *Rafforzare l'approccio globale in materia di migrazione: aumentare il coordinamento, la coerenza e le sinergie*.

²⁴⁴ Approccio globale in materia di migrazione: Azioni prioritarie incentrate sull'Africa e il Mediterraneo, adottato dal Consiglio europeo nel dicembre 2005.

²⁴⁵ Per un quadro delle principali iniziative intraprese dall'Unione europea nel settore delle relazioni esterne con i paesi terzi, cfr. C. FAVILLI, *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, cit., p. 24.

²⁴⁶ Sulla delimitazione dell'azione esterna dell'Unione in materia di immigrazione irregolare secondo la cd. "teoria dei tre cerchi", cfr. più diffusamente H. LABAYLE - D. BOUTILLET-PAQUET - A. WEYEMBERGH, *La lutte contre l'immigration illégale*, cit., p. 379.

²⁴⁷ Documento di strategia sulla politica dell'Unione europea in materia di migrazione e asilo, Nota della presidenza austriaca, 19 novembre 1998, doc. 9809/98.

prevenzione da definire nel quadro di un «dialogo politico», contiene diverse disposizioni sulla riammissione degli stranieri in soggiorno irregolare sul territorio degli Stati membri²⁴⁸.

Dall'analisi del metodo dei cerchi concentrici, emerge chiaramente come, a fronte di solenni dichiarazioni di principio incentrate sullo sviluppo socio-economico come fattore decisivo per la riduzione dei flussi migratori clandestini, l'Unione europea, nelle sue relazioni con i paesi terzi, abbia di fatto privilegiato un approccio difensivo, anziché preventivo, secondo una strategia di rafforzamento della capacità dei paesi terzi in materia di controllo dei flussi migratori o di inclusione di clausole di riammissione negli accordi con essi conclusi, strategia che rivela ancora una volta lo squilibrio tra prevenzione e repressione nella politica europea di contrasto dell'immigrazione irregolare²⁴⁹. A livello dell'opinione pubblica si è addirittura consolidata l'immagine dello straniero come nemico da cui difendersi, specie in seguito agli attentati terroristici del 2001, in contraddizione con i discorsi ufficiali sulla prossimità, la parentela culturale, i legami storici ed i mutui interessi. Emblematica dell'approccio europeo in materia di relazioni esterne risulta la prospettiva preconizzata in occasione del Consiglio europeo di Siviglia, nelle cui conclusioni si afferma che è necessario procedere a una valutazione sistematica delle relazioni con i paesi terzi che non cooperano nella lotta all'immigrazione clandestina; valutazione di cui occorre tenere conto nelle relazioni fra l'Unione europea e i suoi Stati membri e i paesi interessati, in tutti i settori pertinenti, in quanto una cooperazione insufficiente da parte di un paese potrebbe rendere più difficile l'approfondimento delle relazioni tra il paese in questione e l'Unione. L'idea stessa di condizionare l'aiuto allo sviluppo o la cooperazione economica alla collaborazione in materia di lotta contro i flussi migratori irregolari riflette chiaramente l'ordine delle priorità che hanno da sempre guidato l'azione dell'Unione in materia di immigrazione, priorità che, nella strategia di partenariato con i paesi terzi, si traducono in una sorta di “trasferimento del pericolo migratorio”, facendo ricadere il compito del controllo e della repressione dei flussi irregolari sui paesi di origine e di transito, vale a dire su quei paesi economicamente, socialmente e politicamente più fragili.

²⁴⁸ Accordo di partenariato 2000/483/CE tra i membri del gruppo degli stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall'altro, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000.

²⁴⁹ Nello stesso senso, Cfr. D. DUEZ, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit., p. 174.

B. Gli accordi di riammissione

Uno dei principali ambiti della dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione è rappresentato dalla collaborazione tra Stati di origine (o di transito) e Stati di destinazione dei flussi migratori nel settore dell'allontanamento delle persone soggiornanti illegalmente in Stati membri della stessa Unione, che si manifesta essenzialmente tramite la conclusione di accordi di riammissione volti a favorire il reingresso degli individui illegalmente presenti in uno Stato nel territorio del paese d'origine o di ultimo transito. Tale forma di collaborazione si rivela in effetti assolutamente necessaria nelle ipotesi in cui, non disponendo il migrante di documenti ufficiali di riconoscimento rilasciati dallo Stato di origine, l'allontanamento dal territorio dello Stato è possibile soltanto se le autorità del presunto Stato di origine (o di provenienza) dello straniero collaborano nell'identificazione del soggetto e, sulla base di tale identificazione, lo ammettono nel proprio territorio. La conclusione di questo tipo di accordi mira ad agevolare la concreta attuazione dell'obbligo dello Stato di origine di accettare il ritorno nel territorio nazionale dei propri cittadini, a prescindere dalla volontarietà o meno di tale ritorno, fatte salve ovviamente le eventuali eccezioni previste a livello nazionale o pattizio, "proceduralizzando" l'obbligo di matrice consuetudinaria e precisandone, nel contempo, i presupposti sostanziali²⁵⁰. Si tratta, in sostanza, di strumenti che, nel ribadire la regola esistente sul piano internazionale generale, fissano gli aspetti operativi affinché gli Stati contraenti possano cooperare adeguatamente, stabilendo le procedure in base alle quali può essere provata la cittadinanza dell'individuo e individuando le misure più idonee al fine di rendere esecutivi i provvedimenti adottati dallo Stato richiedente²⁵¹.

In particolare, sotto il primo profilo, essendo la cittadinanza un presupposto della riammissione, al fine di garantire l'efficacia della stessa, gli accordi indicano i documenti (quali passaporto, carta d'identità non falsificati) che costituiscono mezzi di prova per l'accertamento di tale condizione, nonché quelli che consentono di presumere l'esistenza (quali carte d'immatricolazione, patenti, certificati di nascita); sotto il secondo profilo, al fine di rendere più celere la procedura di riammissione, gli accordi prevedono anche le procedure pertinenti, la collaborazione diplomatica o consolare in materia, nonché, in alcuni casi, i tempi entro i quali la parte richiesta deve rilasciare i documenti di viaggio per il ritorno della

²⁵⁰ Sul fondamento dell'obbligo di riammissione, cfr. F. PASTORE, *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *Riv. dir. int.*, 1998, n. 4, p. 968.

²⁵¹ Cfr. V. DELICATO, *Alcune considerazioni sul tema della riammissione*, in *Stranieri*, 2000, n. 2, p. 148.

persona da riammettere e le conseguenze dell'inosservanza di quei tempi, favorendo in tal modo dei collegamenti funzionali tra le legislazioni nazionali sul trattenimento degli stranieri, in vista del loro allontanamento, e la disciplina della riammissione.

Gli accordi di riammissione costituiscono dunque una componente essenziale dell'“approccio globale in materia di migrazione”, stabilendo, secondo la definizione data nel 2002 dalla Commissione, delle obbligazioni reciproche per le parti contraenti, nonché delle dettagliate procedure amministrative e operative per facilitare il rimpatrio e il transito di persone che non soddisfano, o non soddisfano più, le condizioni di ingresso, di presenza e di residenza nello Stato richiedente, vale a dire del paese che richiede il rimpatrio di individui presenti illegalmente sul suo territorio²⁵². Tale definizione sembra doversi interpretare nel senso che la richiesta di riammissione presupponga l'esistenza di un provvedimento di allontanamento legittimo in seno all'ordinamento interno dello Stato richiedente, non sorgendo alcun obbligo specifico di riammissione nei casi di allontanamento arbitrario²⁵³. Il rinvio alla legislazione nazionale si presenta dunque obbligatorio in quanto gli accordi non definiscono i criteri in base ai quali considerare legale la presenza di una persona nell'Unione o nel paese partner; compete infatti alle autorità nazionali decidere al riguardo conformemente alla legislazione nazionale e, ove applicabile, a quella dell'Unione.

L'elaborazione di una definizione comune si inquadra, inoltre, nel tentativo, di più largo respiro, di promuovere, a livello europeo, una politica comunitaria di rimpatrio dei migranti irregolari nel loro paese di origine o di ultimo transito, tentativo avviato dal *Libro verde* del 2002, che ha avuto il merito di esaminare attentamente i complessi problemi attinenti al rimpatrio e alla riammissione, formulando suggerimenti per una politica coordinata ed efficiente, basata su norme e principi comuni, oltre che rispettosa della dignità e dei diritti umani²⁵⁴.

Del resto, già a Tampere, in seguito al conferimento, da parte del Trattato di Amsterdam, alla Comunità europea della competenza a trattare le questioni relative alla riammissione (art. 63, par. 1, punto 3, lett. b), TCE; oggi art. 79, par. 3, TFUE)²⁵⁵, il Consiglio europeo aveva invitato il Consiglio dei ministri dell'Ue a negoziare con i paesi terzi accordi di riammissione oppure ad inserire delle specifiche clausole riguardanti la riammissione in accordi di

²⁵² Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di rimpatrio delle persone soggiornanti illegalmente, del 14 ottobre 2002, COM(2002) 564 def.

²⁵³ Nello stesso senso, cfr. G. CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, n. 1, p. 376.

²⁵⁴ Libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri, 10 aprile 2002, COM(2002) 175 def.

²⁵⁵ Sulle nuove prospettive in materia di riammissione aperte dal Trattato di Amsterdam, cfr. cfr. H. LABAYLE - D. BOUTELLET-PAQUET - A. WEYEMBERGH, *La lutte contre l'immigration illégale*, cit., p. 406.

più ampio respiro, confermando il crescente interesse diffuso a livello europeo in materia di riammissione, evidente sia nello sforzo volto ad armonizzare i diversi approcci nazionali alla problematica - nel quadro di una più generale tendenza all'armonizzazione delle politiche in materia di controlli alle frontiere e regolamentazione dei flussi migratori - sia nel tentativo di trasferire a livello multilaterale l'attività negoziale, al fine di poter esercitare una pressione congiunta, e quindi più elevata, sugli Stati di emigrazione e/o di transito in questione.

A partire dai primi anni del Duemila, la Comunità ha in effetti inserito negli accordi di partenariato con i paesi terzi la c.d. *clausola di riammissione*, che prevede nella maggior parte dei casi il rimpatrio nel paese terzo soltanto dei suoi cittadini, impegnando tale paese a negoziare, dietro richiesta di uno Stato membro dell'Ue, un accordo di riammissione bilaterale con quest'ultimo per gli aspetti relativi alla riammissione che non rientrano nelle competenze della Comunità. Tali clausole costituiscono dunque un'alternativa provvisoria alla stesura di veri e propri accordi di riammissione, la cui firma, data la complessità del tema trattato e il coinvolgimento di interessi di carattere economico, risulta spesso difficoltosa. Nei casi in cui si pervenga a un accordo, questo viene definito "misto", perché coinvolge, oltre al paese terzo, tanto la Comunità quanto il singolo Stato membro, definendo il quadro amministrativo e le procedure di riammissione e di rimpatrio non solo dei cittadini del paese terzo, ma anche di quelli di altri paesi o degli apolidi che siano però entrati nell'Unione attraverso quel paese²⁵⁶.

I notevoli passi in avanti realizzati dall'Unione europea in tale settore sono inoltre evidenti dal fatto che questa nel corso degli anni ha dedicato maggiore attenzione alle condizioni richieste per la conclusione di tali accordi, passando dalla previsione di un semplice modello di accordo-tipo²⁵⁷, diffuso nei primi anni Novanta quando la riammissione veniva prevalentemente trattata a livello bilaterale, per la cui redazione era richiesto soltanto il rispetto delle principali convenzioni internazionali in materia di diritti umani, a un'elencazione dei principi comuni su cui dovrebbero fondarsi gli accordi di riammissione, quale quella contenuta nella comunicazione della Commissione del 2001²⁵⁸, poi ribadita l'anno successivo²⁵⁹. In tal senso, importanti principi comuni sono, ad esempio, la prevalenza

²⁵⁶ Per un quadro completo sulla tipologia degli accordi di riammissione, cfr. J. P. CASSARINO (a cura di), *I negoziati relativi alla riammissione nell'ambito del processo di Barcellona*, Istituto Affari Internazionali, settembre 2005, su www.iai.it.

²⁵⁷ Cfr. le raccomandazioni del Consiglio del 30 novembre 1994 e del 24 settembre 1995, relative ad un accordo tipo di riammissione tra Stato membro e Stato terzo, e sui principi generali da seguire nella stesura di protocolli esecutivi, in GUCE C 274, del 19 settembre 1996, rispettivamente, p. 20 ss e 25 ss.

²⁵⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comune in materia di immigrazione illegale, COM(2001) 672 def.

²⁵⁹ COM(2002) 564 cit.

del rimpatrio volontario rispetto a quello coatto, motivata non solo dall'obbligo di preservare il carattere umano della procedura, ma anche dal bisogno di ridurre i costi, e il rafforzamento dell'obbligo previsto dal diritto internazionale di riammissione dei propri cittadini²⁶⁰; prima di negoziare un accordo di riammissione, si dovrebbe inoltre prendere in considerazione sia la situazione politica e quella relativa al rispetto dei diritti umani nel paese terzo, in virtù del principio del *non-refoulement*, sia l'interesse dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri, definendo i criteri per selezionare i paesi terzi con i quali gli accordi di riammissione devono essere negoziati in via prioritaria²⁶¹.

In questo quadro, al fine di indurre i paesi terzi a una collaborazione duratura, la conclusione di accordi di riammissione dovrebbe inoltre essere accompagnata da adeguati incentivi, quali l'offerta di assistenza tecnica volta a rafforzarne la capacità di controllo dei flussi migratori, condizioni commerciali di favore che permettono un accesso privilegiato al mercato unico europeo di alcuni loro prodotti, l'adozione di misure più flessibili per la concessione del visto ai cittadini del paese terzo firmatario dell'accordo di riammissione, nonché la possibilità di aumentare le quote annue d'ingresso dei lavoratori temporanei di quel paese. In questa prospettiva, l'adozione di misure compensative a favore degli Stati terzi per la conclusione di accordi di riammissione potrebbe essere favorita dall'attuazione dell'idea, enunciata dal Consiglio europeo del dicembre 2006, della migrazione circolare e del partenariato per la mobilità. Di conseguenza, la Commissione ha fornito delle indicazioni sulla possibile organizzazione della migrazione circolare, con l'assunzione di una serie di impegni da parte del Paese terzo coinvolto nel partenariato, fra cui la riammissione dei propri cittadini e dei cittadini di altri Stati terzi, proponendo anche l'adozione di strumenti volti a incentivare "la circolarità", tra i quali gli accordi di riammissione, volti a garantire il ritorno effettivo del cittadino di un Paese terzo in caso di soggiorno illegale sul territorio dell'Unione²⁶².

²⁶⁰ L'obbligo di ogni Stato di collaborare alla riammissione dei propri cittadini, una volta che sia stata comprovata la loro nazionalità, deriva dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948 (art. 13) e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 12), in vigore dal maggio 1976.

²⁶¹ Per quanto concerne i criteri guida per l'individuazione dei Paesi con cui negoziare gli accordi di riammissione, la loro applicazione induce a considerare gli Stati dai quali derivi una pressione migratoria sull'Unione; gli Stati parti di accordi di associazione e cooperazione, escludendo invece quei Paesi coi quali l'Unione stia negoziando accordi di adesione; gli Stati individuati in base alla loro posizione geografica, come i Paesi terzi limitrofi; gli Stati con i quali la stipulazione di accordi di riammissione avrebbe l'effetto di valore aggiunto ai rapporti bilaterali esistenti con gli Stati membri. Infine, vi è anche il criterio costituito dall'opportunità di stabilire un quadro geografico bilanciato e coerente nella stessa regione.

²⁶² Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Migrazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione europea e i paesi terzi*, del 16 maggio 2007, COM(2007) 248 def.

Tuttavia, di fatto, gli Stati membri dell'Unione non si sono sempre mostrati disposti a concedere aiuti ai paesi terzi per favorire la conclusione di accordi di riammissione, ritenendo che il diritto internazionale vigente obblighi di per sé i paesi di origine degli stranieri in situazione irregolare a riammettere i loro cittadini e inoltre, anche quando gli aiuti sono stati concessi, pochi paesi terzi hanno avuto le capacità strutturali, organizzative ed istituzionali necessarie per far fronte al ritorno dei cittadini riammessi. Inoltre, tali paesi hanno spesso ritenuto che tali accordi siano più rispondenti agli interessi dell'Unione e dei suoi Stati membri, anziché alle loro esigenze, non riuscendo a ravvisare in essi un *quid pluris* rispetto agli accordi già conclusi a livello bilaterale con alcuni membri dell'Ue; per tali motivi, alcuni di essi, quali il Marocco, l'Algeria e la Tunisia, partendo dal presupposto che l'immigrazione clandestina nell'area euro-mediterranea costituisca una responsabilità comune dei paesi del Nord e del Sud, hanno più volte sottolineato che la questione della riammissione non possa prescindere da un approccio globale al fenomeno delle migrazioni, che includa programmi di cooperazione allo sviluppo a lungo termine, al fine di ridurre l'asimmetria nei rapporti tra le due sponde del Mediterraneo. Del resto, sarebbe lo stesso termine "riammissione" a presentare un'ambiguità di fondo, ponendo l'accento prevalentemente sulla posizione dei Paesi terzi o, più precisamente, sul loro obbligo di riammettere i propri cittadini, sollevando l'Unione da ogni misura di assistenza²⁶³; inoltre, altri profili di criticità riguarderebbero la mancata specificazione del problema dei richiedenti asilo, anch'essi spesso sottoposti alla procedura di riammissione, e la riconsegna dei migranti, direttamente o tramite un paese di transito, ai loro paesi d'origine, in cui corrono il rischio di subire torture, trattamenti inumani e degradanti e, in alcuni casi, anche la morte²⁶⁴. A tal proposito, è da rilevare che il richiamo contenuto nel Libro Verde del 2002 alla Convenzione di Ginevra e al Protocollo di New York, ma anche alla CEDU e alla Carta di Nizza, che riconosce il diritto di asilo e vieta le espulsioni collettive, è destinato oggi ad assumere particolare rilievo, in seguito all'attribuzione, da parte del trattato di Lisbona, di valore vincolante alla Carta di Nizza, per cui si può ritenere che in futuro anche la Corte di giustizia sarà legittimata a intervenire per

²⁶³ In dottrina, si sostiene in tal senso che con gli accordi di riammissione si realizzerebbe un "*transfert du fardeau migratoire*" verso gli Stati terzi, cfr. Cfr. D. DUEZ, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit., p. 160.

²⁶⁴ Cfr. S. MONTANARI, *Gli accordi di riammissione*, su www.cir-onlus.org. Perplessità, in tal senso, destano, gli accordi bilaterali di riammissione sottoscritti con paesi, come la Libia e la Turchia, che non riconoscono il diritto di asilo e non rispettano i diritti fondamentali della persona; né la situazione dei diritti umani è migliore in altri paesi come la Tunisia, lo Sri Lanka, la Nigeria ed il Pakistan, con i quali l'Italia, al pari degli altri paesi europei, ha concluso accordi così efficaci da comportare come contropartita modeste quote annuali di ingresso "riservato".

sanzionare gli abusi ed i trattamenti disumani e degradanti che gli stati europei consentono ai danni dei migranti irregolari.

Di fatto, comunque, l'efficacia degli accordi di riammissione è dipesa soprattutto dai rapporti economici e politici tra gli stati, nell'ambito delle relazioni bilaterali tra paesi che intrattengono tra loro relazioni economiche privilegiate (come la Spagna ed il Marocco, o la Libia e l'Italia), mancando, nonostante le solenni affermazioni di principio, una politica comune dell'Unione, prospettiva questa che appare sempre più lontana, specie in prospettiva dell'allargamento a paesi tradizionalmente di transito, come Malta, Cipro, ed alcuni paesi dell'Europa orientale, che hanno interessi assai diversi nei rapporti tra l'Unione e gli stati confinanti. Solo negli ultimi anni si è assistito alla stipulazione di accordi di riammissione multilaterali, tra l'Unione europea, da una parte, e singoli stati di transito o di provenienza, dall'altra; sono così stati stipulati gli accordi tra l'Unione Europea e la Moldavia, l'Ucraina, l'Albania, mentre sono ancora in corso di negoziato gli accordi multilaterali con i paesi nordafricani aventi ad oggetto l'immigrazione. Attualmente, dunque, nonostante l'importante ruolo riconosciuto alla disciplina della riammissione nella politica migratoria europea, non sussiste alcun accordo di riammissione con Stati del sud del Mediterraneo, sebbene si tratti di paesi di emigrazione o di passaggio dei flussi migratori già parte di accordi bilaterali con alcuni Stati membri. Un esempio significativo in tal senso è quello del Marocco, per cui le direttive di negoziato sono state emesse nel 2000, il primo ciclo di negoziati ha avuto luogo nel 2003 e attualmente si sta svolgendo il quindicesimo ciclo, con scarse prospettive di una rapida conclusione.

In altri termini, il quadro si presenta estremamente eterogeneo, esistendo, accanto ad accordi di riammissione conclusi in una prospettiva europea, clausole a contenuto variabile, con il rischio di ostacolare gravemente la credibilità della politica di riammissione dell'Unione di fronte ai paesi terzi. A tal proposito, com'è stato rilevato, la mancanza di un quadro giuridico unitario in cui inscrivere gli accordi di riammissione e le difficoltà incontrate nella loro applicazione possono dar luogo a situazioni assai diverse tra loro, con migranti che avranno elevate possibilità di accompagnamento forzato alla frontiera (come gli egiziani) ed altri (come i marocchini) che potranno contare su una minima possibilità che i loro consolati forniscano i documenti di viaggio necessari per l'esecuzione dell'espulsione o del respingimento²⁶⁵. Tali rischi, sommati alla maggiore durata della detenzione amministrativa prevista dalla direttiva rimpatri, lasciano intravedere un'utilizzazione dei centri di permanenza

²⁶⁵ Cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Accordi di riammissione e direttiva rimpatri*, su www.altrodiritto.unifi.it.

temporanea come strutture destinate a sanzionare la presenza irregolare, piuttosto che come luoghi nei quali si rimane il tempo strettamente necessario per l'esecuzione della misura dell'espulsione.

Dalla valutazione fin qui svolta emerge dunque un quadro globale alquanto variegato, in cui, da un lato, non vi è dubbio che, se usati in modo opportuno, tali accordi apportino un effettivo valore aggiunto per la riammissione dei cittadini nazionali, specie nei paesi confinanti con l'Unione, e in quanto tali siano strumenti importanti per far fronte all'immigrazione irregolare dai paesi terzi; dall'altro lato, i ritardi e gli ostacoli nella conclusione e applicazione di tali accordi rendono improcrastinabile la definizione di una "strategia rinnovata e coerente in materia di riammissione", richiamata anche nel Programma di Stoccolma, che tenga conto dell'insieme delle relazioni con il paese interessato, prevedendo tra l'altro un approccio comune nei confronti dei paesi terzi che non cooperano nella riammissione dei loro cittadini. In questa prospettiva, la Commissione ha di recente raccomandato di riunire gli incentivi a disposizione dell'Unione, quali le facilitazioni sui visti, l'assistenza finanziaria, le varie misure in tema di approccio globale e migrazione legale, in un pacchetto coerente di misure sulla mobilità, da offrire ai paesi terzi all'inizio dei negoziati²⁶⁶. Le future direttive di negoziato in materia di riammissione dovrebbero quindi specificare gli incentivi che l'Unione intende offrire, specie ove sia prevista una clausola sui cittadini di paesi terzi, indicando nel contempo le possibili misure di ritorsione che l'Unione potrà adottare in caso di persistente rifiuto di cooperazione da parte del paese con cui si svolge il negoziato. Da ultimo, la Commissione ha richiamato l'attenzione degli Stati membri sulla necessità di rispettare sempre i diritti fondamentali nell'applicazione degli accordi di riammissione, proponendo di inserire negli accordi conclusi in futuro una clausola sospensiva con effetto di reciprocità che preveda la sospensione temporanea dell'accordo in caso di rischio grave e persistente di violazione dei diritti umani delle persone riammesse. Non resta, dunque, che auspicare che venga data al più presto attuazione a tali raccomandazioni formulate dalla Commissione per una futura politica di riammissione dell'Unione e relativi meccanismi di controllo.

²⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Valutazione degli accordi di riammissione dell'UE*, 23 febbraio 2011, COM(2011) 76 def.

Sezione 2. La politica europea di repressione dell'immigrazione irregolare

Il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e lo sviluppo di un'azione esterna dell'Unione rappresentano senza dubbio misure efficaci al fine di prevenire l'immigrazione clandestina; tuttavia, l'attrazione che gli Stati membri esercitano sui cittadini dei paesi terzi continua a indurre questi ultimi a entrare e soggiornare sul territorio europeo, anche in assenza di un valido titolo di soggiorno. Di conseguenza, la repressione dell'immigrazione clandestina si è progressivamente imposta come una questione centrale nell'agenda politica e normativa europea, assumendo quel carattere prioritario che la politica comune di immigrazione e d'asilo aveva fin dalle origini attribuito al trattamento dei rifugiati. È proprio nei primi anni del Duemila, infatti, che vengono poste le fondamenta di un'effettiva politica di contrasto dell'immigrazione irregolare, come risulta in particolare dall'adozione del piano globale di lotta all'immigrazione clandestina e dalle conclusioni del Consiglio europeo di Siviglia del 2002, che hanno sancito il passaggio dall'“era dei rifugiati” all'“era dei clandestini”, proponendo per la prima volta un approccio globale e coerente al fenomeno. Del resto, già il Piano d'azione di Vienna del dicembre 1998 aveva precisato che, conformemente alla priorità che deve essere data al controllo dei flussi migratori, sarebbe stato necessario presentare rapidamente risposte concrete volte a migliorare la lotta contro l'immigrazione clandestina.

Nonostante si avvertisse dunque a più livelli l'esigenza di un'azione dell'Unione europea in materia di repressione dell'immigrazione clandestina, questa, a differenza di quanto accaduto in alcuni Stati membri, non è stata indirizzata nei confronti dei migranti in condizione irregolare, bensì verso coloro che forniscono un “aiuto”, solitamente dietro corrispettivo, all'attraversamento illegale delle frontiere. Sono rari, infatti, gli strumenti europei che si muovono nel senso della repressione penale della cd. “clandestinità”; a tal proposito viene in rilievo una raccomandazione del Consiglio del 22 dicembre 1995, in cui si afferma che «gli stranieri che hanno organizzato la loro clandestinità, rifiutandosi segnatamente di esibire documenti di viaggio, dovrebbero essere passibili di sanzioni che, in determinati casi, potranno essere di carattere penale»²⁶⁷. Sebbene tale strumento non avesse carattere vincolante, gli Stati membri, come vedremo, non hanno di certo atteso l'esistenza di un obbligo comunitario per introdurre nei rispettivi ordinamenti delle disposizioni volte a

²⁶⁷ Raccomandazione del Consiglio del 22 dicembre 1995 sull'armonizzazione dei mezzi di lotta contro l'immigrazione clandestina e il lavoro illegale e il miglioramento dei mezzi di controllo previsti a tale scopo, in GUCE C 5, 10 gennaio 1996, p. 1.

sanzionare penalmente i migranti irregolari, prevedendo misure repressive notevolmente differenziate quanto alle condotte incriminate e alle sanzioni previste.

I lavori condotti nell'ambito dell'Unione europea in materia di repressione dell'immigrazione irregolare hanno invece riguardato innanzitutto quelle condotte che, in un modo o nell'altro, finiscono con l'apportare un aiuto a tale forma di immigrazione, agevolando l'ingresso nel territorio degli Stati membri di cittadini di paesi terzi sprovvisti dei requisiti legali di ingresso in quei paesi, la cui "domanda di emigrazione" è stata abilmente sfruttata dalla criminalità organizzata a carattere transnazionale che, inserendosi in tale quadro, ha saputo sfruttare a pieno la debolezza e la vulnerabilità di persone alla ricerca di un lavoro e di un avvenire migliore, fornendo una "offerta illecita di immigrazione". A fronte del crescente coinvolgimento delle organizzazioni criminali transnazionali in tali settori, l'Unione è dunque intervenuta al fine di armonizzare le disposizioni nazionali, invitando ogni Stato membro ad adottare le misure necessarie affinché le attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, tanto correlate all'attraversamento illegale della frontiera in senso stretto, quanto perpetrate allo scopo di alimentare le reti di sfruttamento di esseri umani, fossero punite con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive (§ 1).

L'interesse comune nella lotta contro l'immigrazione clandestina, la necessità di cooperazione e la ferma determinazione a contrastare le reti criminali hanno indotto l'Unione ad adottare altri strumenti idonei a rafforzare il quadro penale per la repressione di tutti i fenomeni connessi all'immigrazione clandestina, potenziando la lotta contro forma di aiuto, sostegno e favoreggiamento, anche indiretto, all'ingresso e al soggiorno irregolari sul territorio dell'Unione europea (§ 2).

§ 1. Il traffico di esseri umani

Dal punto di vista criminologico, con l'espressione "traffico di esseri umani" si intende un fenomeno di vaste dimensioni, a cui possono essere ricondotte diverse forme di manifestazione, che vanno dal reclutamento ovvero illegale trasferimento e successiva introduzione, anch'essa illegale, di una o più persone da un luogo ad un altro, prevalentemente per fini di lucro, allo stesso sfruttamento delle persone trasferite, avviate ai mercati illegali della prostituzione, del lavoro nero e dell'accattonaggio. L'eterogeneità delle condotte riconducibili a tale definizione ha dato luogo a una successiva scomposizione ed articolazione del fenomeno in due distinte fattispecie, quali il *trafficking in human beings* - vale a dire la tratta di persone, intesa quale traffico di esseri umani finalizzato al loro

successivo sfruttamento - e lo *smuggling of migrants*, ovvero il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, inteso quale facilitazione nell'attraversamento dei confini nazionali e nell'ingresso illegale in un paese terzo di persone che non avrebbero titolo per farlo, al fine di trarne un vantaggio economico.

Al fine di definire la cornice sistematica nella quale si collocano gli strumenti normativi elaborati dall'Unione europea per contrastare tanto il *trafficking* quanto lo *smuggling*, è necessario innanzitutto considerare i punti di contatto e gli elementi distintivi che emergono già a una prima analisi sociologica dei fenomeni in questione²⁶⁸. Da questo punto di vista, infatti, se entrambe le condotte sono accomunate dallo spostamento illegale di persone da un paese all'altro, realizzato ad opera delle associazioni criminali transnazionali, ciò che le differenzia è la natura del rapporto che si instaura tra tali organizzazioni e le vittime: mentre nello *smuggling* questa relazione ha carattere temporaneo, essendo limitata al trasferimento nel paese di destinazione, nel *trafficking* invece prosegue attraverso l'instaurazione di diverse forme di sfruttamento delle persone trafficate. Se la tratta è dunque essenzialmente caratterizzata dallo stato di soggezione in cui vengono ridotte le vittime, il traffico di migranti si basa sulla difficoltà che questi incontrano nel varcare legalmente le frontiere di uno Stato ed è strumentale al trasporto ed al successivo ingresso illegale degli immigrati clandestini in uno Stato straniero.

Da quanto detto emerge chiaramente anche la differenza tra i beni giuridici lesi dai diversi comportamenti delittuosi, in quanto, se nello *smuggling* l'interesse tutelato è costituito dai confini nazionali e dalla corretta attuazione delle politiche migratorie, nelle condotte di *trafficking* è invece rappresentato dalla dignità e dalla libertà di autodeterminazione della persona umana. Di conseguenza, essendo la prima ipotesi strettamente correlata ai problemi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico, i vari Stati hanno inizialmente finalizzato i principali interventi normativi e di cooperazione sul controllo e la repressione del traffico di migranti, mentre la tratta è venuta solo di recente all'attenzione dei legislatori nazionali²⁶⁹.

²⁶⁸ In argomento, cfr. S. BECUCCI - M. MASSARI, *Globalizzazione e criminalità*, Roma-Bari, 2003; S. BERTOZZI, *Europe's Fight against Human Trafficking*, su www.ifri.org; M. LO BUE, *Globalizzazione e traffico di migranti*, su www.altrodiritto.unifi.it; G. PACCIONE, *La tratta di persone nel diritto internazionale*, in www.diritto.net; G. PALMISANO, *Strumenti internazionali per la lotta al traffico di migranti*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, cit., p. 97; F. SPIEZIA, *La tratta degli esseri umani: strumenti normativi di contrasto sul piano internazionale e le attività di cooperazione giudiziaria*, relazione presentata all'incontro del Consiglio Superiore della Magistratura, giugno 2010, p. 4.

²⁶⁹ Tale situazione è chiaramente esemplificata nell'ordinamento italiano in cui occorre attendere la legge n. 228 dell'11 agosto 2003 per l'introduzione del reato di tratta di persone all'art. 601 c.p., essendo l'art. 12 del d.lgs. 286/98 (cd. Testo Unico sull'immigrazione) limitato alla repressione della condotta di colui che promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato, ovvero compie altri atti

Le modalità operative cui si fa generalmente ricorso nella fase di trasporto tendono a essenzialmente a coincidere, essendo le vittime sottoposte durante il viaggio a condizioni disumane e, talvolta, anche a stupri individuali e collettivi. Inoltre, sebbene in entrambi i casi lo scopo delle organizzazioni criminali coinvolte in tali traffici sia l'arricchimento economico, questo nel caso dello *smuggling* consiste nel prezzo pagato dai migranti per il trasporto illegale, mentre nel *trafficking* deriva dallo sfruttamento delle vittime nei vari mercati in cui sono, secondo i casi, inserite.

Sebbene dal punto di vista teorico le due fattispecie sembrino facilmente distinguibili, nella pratica, tuttavia, la distinzione non è sempre così marcata e, spesso, episodi di traffico diventano *in itinere* casi di tratta. Talvolta, infatti, le organizzazioni e i singoli imprenditori svolgono entrambe le attività e spesso le vie di trasporto internazionale coincidono, in tutto o in parte. Inoltre, è da rilevare che delle forme di sfruttamento possono aver luogo anche nell'ambito dello *smuggling*, in quanto il ricorso a tale forma illegale di trasferimento avviene ad opera di persone che, vivendo ai margini del contesto sociale e versando in precarie condizioni nei loro paesi d'origine, spesso non sono in grado di provvedere al pagamento monetario, e dunque asservono la loro persona al trafficante, liberandosi così dall'obbligazione assunta. In tali ipotesi, i due fenomeni possono avvicinarsi, se non confondersi, sovrapponendosi in uno solo che presenta i requisiti di violenza e sfruttamento tipici della tratta, creando così notevoli difficoltà nell'individuazione della fattispecie da applicare al caso concreto.

Anche il consenso, altro tradizionale criterio di distinzione tra *trafficking* e *smuggling*, può in alcune ipotesi non essere in grado di svolgere la sua funzione selettiva: nulla esclude, infatti, che durante le vicende del traffico, il rapporto originariamente consensuale tra trafficante e migrante muti, con conseguente passaggio quale modello di riferimento dallo *smuggling* al *trafficking*. A tal proposito, è da rilevare che l'individuazione del momento in cui deve essere manifestato il consenso ai fini della qualificazione della condotta costituisce un elemento controverso, in quanto, mentre la prassi tende a far riferimento al momento della partenza, le organizzazioni non governative attive nel settore ritengono che le reali intenzioni del soggetto debbano essere vagliate al momento dell'arrivo nel paese di destinazione. Ulteriori difficoltà nell'individuazione della fattispecie concreta possono derivare dalla complessa indagine volta ad accertare se il consenso sia stato reso spontaneamente o sotto coercizione; vi sono, infatti, situazioni di estrema povertà, aggravate da eventuali processi di

diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente.

disgregazione di nuclei familiari in atto, la coercizione può essere intesa in un'accezione particolarmente ampia, che comprenda anche forme di coercizione indiretta o, per così dire, ambientale, che però arrivano fino al punto di annullare la volontà del soggetto.

Mentre dal punto di vista degli organi addetti al controllo la mancanza di un sufficiente grado di formalizzazione delle relative fattispecie ha determinato l'esigenza di un'attenta analisi e valutazione delle varie fasi in cui si articola la condotta, al fine di una sua corretta qualificazione giuridica; nella percezione dell'opinione pubblica, tale stato di confusione ha invece fatto sì che per anni le due diverse condotte venissero ricondotte nella più ampia categoria del "*traffico di esseri umani*". Di conseguenza, si possono riscontrare notevoli ritardi nell'elaborazione di efficaci misure di contrasto a tale fenomeno, in quanto, l'assenza di una comune definizione normativa a livello sovranazionale è stata senz'altro uno dei problemi fondamentali nella risposta al traffico di esseri umani, nelle distinte fattispecie in cui si articola²⁷⁰; è chiaro, infatti, che qualsiasi intervento regolativo nei confronti di fenomeni sociali nuovi (o che si presentano con caratteristiche nuove) presuppone, come condizione logicamente indispensabile, che venga fornita una definizione tassativa del fenomeno in questione.

A livello europeo, già nel corso degli anni Novanta, l'esigenza di contrastare efficacemente il traffico di migranti e la tratta di esseri umani si era tradotta, nella prassi di numerosi organismi di polizia, in una differenziazione concettuale tra le due fattispecie, che rispecchiava divisioni di competenze tra diverse agenzie di *law enforcement* o vari settori operativi degli organi di polizia²⁷¹. Tale distinzione, inizialmente caratterizzata da uno scarso grado di formalizzazione e dalla commistione al suo interno di elementi descrittivi e prescrittivi, è stata successivamente trasfusa in testi normativi, e quindi dotata di rilevanza giuridica, come risulta dall'introduzione di una specifica disciplina sullo *smuggling*, prevista all'art. 27 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che, al fine di contrastare efficacemente tale fenomeno, tenta innanzitutto di definirlo, esortando le Parti contraenti a introdurre sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di uno Stato in violazione della relativa legislazione sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri.

Per quanto riguarda la tratta, invece, pur essendo previsti in relazione ad essa da tale Convenzione poteri di osservazione transfrontaliera e di inseguimento in capo alla polizia

²⁷⁰ F. SPIEZIA, *La tratta degli esseri umani: strumenti normativi di contrasto sul piano internazionale e le attività di cooperazione giudiziaria*, cit., p. 10.

²⁷¹ Ad esempio, a livello nazionale, *trafficking* e *smuggling* sono stati rispettivamente affidati alla Direzione centrale di Polizia Criminale e al Servizio Stranieri all'interno dello stesso Dipartimento.

giudiziaria, mancava però una definizione normativa che servisse a differenziarla dallo *smuggling*; allo stesso modo, nella Convenzione che ha istituito un Ufficio Europeo di Polizia, sottoscritta a Bruxelles il 26 luglio 1995, pur figurando il *trafficking* e lo *smuggling* come due distinti settori di intervento per i quali poteva entrare in gioco Europol, era tuttavia assente una chiara delimitazione normativa dei confini tra le due fattispecie.

Significativi passi in avanti sono stati fatti con la Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 gennaio 1996, in cui la tratta è per la prima volta definita come l'atto illegale di colui che, direttamente o indirettamente, favorisce l'entrata o il soggiorno di un cittadino proveniente da un paese terzo ai fini del suo sfruttamento, utilizzando l'inganno o qualunque forma di costrizione o abusando di una situazione di vulnerabilità o di incertezza amministrativa²⁷². Si trattava, però, pur sempre di una definizione priva di carattere vincolante, la cui funzione era essenzialmente quella di dare sostanza a un impegno di natura politica e di orientare l'azione futura delle istituzioni europee.

È solo nei primi anni del 2000, sotto l'influenza dei Protocolli allegati alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, che l'Unione europea interviene affinché il traffico di esseri umani - nelle diverse forme in cui si articola - sia affrontato non solo attraverso l'azione individuale di ciascuno Stato membro, ma anche tramite un approccio globale, che comprenda la definizione degli elementi costitutivi della legislazione penale, come risulta dall'adozione della decisione quadro 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta di esseri umani, oggi sostituita dalla direttiva 2011/36/UE (A), oltre che della direttiva 2002/90/CE e della decisione-quadro 2002/946/GAI, del 28 novembre 2002, in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (B).

A La tratta di esseri umani

La tratta di esseri umani è un fenomeno criminale che interessa sempre più la comunità sovranazionale e che ha acquistato una particolare visibilità nell'ultimo periodo, costituendo una delle più gravi forme di reato a dimensione transnazionale che coinvolge ogni anno un numero crescente di persone e di cui le principali vittime sono donne e bambini. I grandi cambiamenti sociali, politici ed economici innescati dalla globalizzazione, accentuando il divario tra le condizioni economiche e sociali di diverse aree del mondo, hanno spinto molti individui a cercare altrove una migliore qualità di vita, contribuendo a creare un mercato di

²⁷² Risoluzione del Parlamento Europeo del 18 gennaio 1996 sulla tratta di esseri umani, in GUUE C 32, del 5 febbraio 1996, p. 88.

persone che chiedono di migrare e di organizzazioni criminali transnazionali che sfruttano tale domanda. Come ha rilevato a suo tempo l'antropologo francese Charles Letourneau, un certo grado di sviluppo e un livello minimo di complessità della vita economica e sociale sono necessari per la comparsa della schiavitù e di condotte analoghe²⁷³. Tale constatazione si applica perfettamente al contesto attuale, in cui l'evoluzione dell'economia mondiale ha contribuito a porre in essere le condizioni propizie allo sfruttamento degli esseri umani, creando un mondo a due velocità e un'umanità a due dimensioni: da un lato, quella dei paesi sviluppati che accumulano sempre più ricchezze e capitali; dall'altro, quella dei paesi in via di sviluppo che affondano costantemente nella povertà.

A fronte di tale situazione, l'Unione europea si è, in effetti, ben presto resa conto che la lotta contro tale fenomeno non poteva prescindere dall'elaborazione di soluzioni normative specifiche, come emerge chiaramente dai testi di natura programmatica, tanto trasversali²⁷⁴ che settoriali²⁷⁵, adottati dalla fine degli anni Novanta, che, parallelamente allo sviluppo di una politica europea di controllo degli ingressi e di gestione dei flussi migratori, auspicavano l'adozione di iniziative volte a dirimere le divergenze nelle impostazioni giuridiche degli Stati membri e a contribuire allo sviluppo di una cooperazione efficace nella lotta contro la tratta di esseri umani²⁷⁶.

In questo contesto, a fronte delle denunce provenienti dal Parlamento sull'esistenza di una nuova forma di tratta di esseri umani²⁷⁷, l'Unione europea si è, fin dal 1996, attivamente impegnata nell'elaborazione di un'impostazione globale e multidisciplinare in materia di prevenzione e lotta alla tratta degli esseri umani e allo sfruttamento sessuale dei bambini, istituendo il programma di incentivazioni e di scambi STOP²⁷⁸, nonché il programma DAFNE²⁷⁹ per combattere la violenza su donne e bambini. Tali iniziative mostrano, in effetti, come, in origine, l'azione dell'Unione europea in tale settore fosse prevalentemente incentrata

²⁷³ C. LETOURNEAU, *L'évolution de l'esclavage dans les diverses races humaines*, Parigi, 1897.

²⁷⁴ Cfr. le Conclusioni dei Consigli europei che si sono susseguiti dalla fine degli anni Novanta in poi, oltre che i rispettivi Piani d'azione.

²⁷⁵ Cfr. in particolare la dichiarazione di Bruxelles del 2002 formulata in occasione della Conferenza europea sul tema «Prevenzione della tratta di esseri umani e lotta contro questo fenomeno - una sfida mondiale per il XXI secolo» e le Conclusioni del Consiglio dell'8 maggio 2003 che ne sono derivate, in GUUE C 137, del 12 giugno 2003; il Piano dell'Unione europea del 1 dicembre 2005 sulle migliori pratiche, le norme e le procedure per contrastare e prevenire la tratta di esseri umani, in GUUE C 311, del 9 dicembre 2005. In argomento cfr. D. DUEZ, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit., p. 146.

²⁷⁶ Sul punto, cfr. più diffusamente S. SCARPA, *L'Unione europea e la lotta alla nuova tratta di esseri umani*, in *Aff. soc. int.*, 2005, n. 1, p. 51.

²⁷⁷ Parlamento europeo, Risoluzione sullo sfruttamento della prostituzione e la tratta di esseri umani, A2-52/89 del 14 aprile 1989, in GUUE C 120, del 16 maggio 1989, p. 352.

²⁷⁸ GU L 322, del 12 dicembre 1996.

²⁷⁹ Decisione 293/2000/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 gennaio 2000, in GUUE L 34, del 9 febbraio 2000, pag. 1.

sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale di donne e bambini, come risulta anche dall'adozione dell'azione comune 97/154 GAI del 24 febbraio 1997, con cui gli Stati membri si impegnavano, nel rispetto delle proprie norme costituzionali e tradizioni giuridiche, a rivedere le legislazioni nazionali al fine di considerare le attività criminali connesse a tali fenomeni come reati e a prevedere le relative sanzioni²⁸⁰.

Nonostante la settorialità dei primi interventi dell'Unione, questi hanno avuto comunque il merito di contribuire in maniera sostanziale ad accrescere la presa di coscienza sulle nuove forme di schiavitù, nonché di stimolare azioni a livello internazionale, i cui risultati sono confluiti nel 2000 nell'adozione del Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata, per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, che introduce una definizione tassativa di tratta, precisando che per *trafficking in persons* si intende il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'ospitare o l'accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di danaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha un'autorità su un'altra, a scopo di sfruttamento (art. 3 par. a).

Tuttavia, la necessità di una definizione comune della tratta era avvertita anche a livello europeo quale aspetto centrale di un'efficace repressione del fenomeno; ad esempio, secondo la Commissione, il mancato raggiungimento degli obiettivi dell'azione comune del 1997 era stato determinato proprio «dalla mancata adozione di definizioni, incriminazioni e sanzioni concordate nella normativa penale degli Stati membri»²⁸¹. Per tali ragioni, occorre dunque «porre rimedio alle carenze della situazione attuale», definendo gli elementi costitutivi della legislazione penale in materia di tratta, comuni a tutti gli Stati membri, tra cui sanzioni efficaci proporzionate e dissuasive, ai fini di una maggiore armonizzazione delle fattispecie incriminatrici previste negli ordinamenti degli Stati membri e di un più forte impulso ai meccanismi di cooperazione giudiziaria e di polizia.

In quest'ottica, la necessità di contrastare efficacemente il fenomeno della tratta, attraverso l'adozione di norme che prevedessero sanzioni severe contro tale grave reato, è

²⁸⁰ Azione comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997 per la lotta contro la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, in GUUE L 63, del 4 marzo 1997, pag. 2.

²⁸¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Lotta alla tratta degli esseri umani e lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*, contenente la proposta di decisione-quadro del Consiglio sulla lotta alla tratta degli esseri umani e la proposta di decisione-quadro del Consiglio sulla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, del 21 dicembre 2000, COM(2000) 854 def.

stata, negli anni successivi, una priorità sempre più consapevolmente posta al centro delle politiche dell'Unione, come emerge dalle conclusioni dei Consigli europei di Tampere (ottobre 1999)²⁸², di Laeken (dicembre 2001)²⁸³, Siviglia (giugno 2002)²⁸⁴ e Salonicco (giugno 2003)²⁸⁵, oltre che dall'adozione nel febbraio 2002 di una «Proposta di piano globale di lotta all'immigrazione illegale e alla tratta di esseri umani nell'Unione europea», in cui venivano prospettate una serie di azioni prioritarie da attuare anche ai fini della sua prevenzione.

Ed è proprio sotto l'influenza di tali impulsi, oltre che del Protocollo ONU, che l'Unione è intervenuta in materia, estendendo il suo raggio d'azione a ogni forma di sfruttamento degli esseri umani, come risulta dall'adozione della decisione-quadro 2002/629/GAI del 19 luglio 2002²⁸⁶, sostituita oggi dalla direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011, adottata ex art. 83 TFUE, che costituisce il primo esempio di produzione normativa in materia di diritto penale definita sotto il Trattato di Lisbona, cui va riconosciuto il merito di approcciarsi al fenomeno della tratta da una nuova prospettiva, che non è più intrinsecamente connessa alla lotta contro la criminalità organizzata, ma si muove nel senso di una maggiore protezione e promozione dei diritti delle vittime, senza alcuna discriminazione, come auspicato dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 16 maggio 2005²⁸⁷.

La Direttiva - il cui termine di attuazione scade il 6 aprile 2013 - rappresenta dunque l'ultimo di una serie di strumenti adottati a livello europeo al fine di assicurare una più

²⁸² Cfr., in particolare, il punto 23 ove si legge «Il Consiglio europeo è determinato ad affrontare alla radice l'immigrazione illegale, soprattutto contrastando coloro che si dedicano alla tratta di esseri umani e allo sfruttamento economico dei migranti. Esso chiede di adottare norme che prevedano sanzioni severe contro tale grave reato. Il Consiglio è invitato ad adottare entro la fine del 2000, sulla base di una proposta della Commissione, una normativa a tal fine. Gli Stati membri, congiuntamente all'Europol, dovrebbero adoperarsi ad individuare e smantellare le organizzazioni criminali coinvolte. I diritti delle vittime di tali attività devono essere garantiti, con particolare attenzione ai problemi delle donne e dei minori».

²⁸³ Il Consiglio europeo chiede che si sviluppi un Piano d'azione basato sulla comunicazione della Commissione sull'immigrazione clandestina e la tratta di esseri umani (punto 40) e sottolinea che una gestione più efficace del controllo alle frontiere esterne dell'Unione contribuirà alla lotta contro il terrorismo, le organizzazioni d'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani (punto 42).

²⁸⁴ Al punto 28 si afferma che «Le misure adottate a breve e medio termine per la gestione comune dei flussi migratori devono rispettare un giusto equilibrio tra, da un lato, una politica d'integrazione degli immigranti che soggiornano legalmente e una politica di asilo che rispetti le convenzioni internazionali, in primo luogo la convenzione di Ginevra del 1951, e, dall'altro, una lotta risoluta contro l'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani».

²⁸⁵ Tra i punti di primaria importanza nell'ambito di una politica comune in materia di immigrazione clandestina, frontiere esterne, rimpatrio dei clandestini e cooperazione con i paesi terzi, il punto 19 pone «la lotta alla tratta di esseri umani, compresa l'adozione di misure legislative e di altro tipo».

²⁸⁶ Decisione-quadro 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta di esseri umani, in GUUE L 203, dell'1 agosto 2002, pag. 1.

²⁸⁷ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione-quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GUUE L 101, del 15 aprile 2011. In dottrina, cfr. D. MANCINI, *Il cammino europeo nel contrasto alla tratta di persone*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 9, p. 1114; F. SPIEZIA - M. SIMONATO, *La prima direttiva UE di diritto penale sulla tratta di esseri umani*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 9, p. 3197.

rigorosa prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e realizzare una più efficace protezione dei diritti delle vittime, che rende evidenti gli sforzi sostenuti dall'Unione europea per adeguarsi alla recente evoluzione del fenomeno, in linea con quanto previsto all'art. 83 TFUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, che colloca la tratta tra le sfere di criminalità rispetto alle quali l'Unione europea può, deliberando mediante direttive e secondo la procedura legislativa ordinaria, stabilire norme comuni minime relative alla definizione degli elementi costitutivi e delle sanzioni, confermando come la crescente diffusione del fenomeno abbia indotto l'Unione europea a rivedere l'ordine delle priorità.

Tra le principali novità introdotte si segnala, innanzitutto, come già anticipato, l'adozione di un approccio globale, non più circoscritto alla lotta contro la criminalità organizzata, di cui la tratta costituisce senz'altro un ambito operativo privilegiato, ma ampliato nel senso di una maggiore protezione dei diritti delle vittime; approccio che, se evidente già dal titolo della direttiva, si delinea in particolare attraverso la definizione di posizione di vulnerabilità (art. 2 comma 2)²⁸⁸ e la non criminalizzazione delle vittime di tratta per eventuali reati derivanti dall'essere state oggetto di tratta (art. 8), oltre che mediante i *considerando* n. da 14 a 25 e gli artt. da 11 a 17 sull'assistenza e il sostegno alle vittime. Tale approccio risulta assolutamente coerente con la Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005 che, partendo del presupposto che la tratta costituisca una violazione dei diritti della persona e rappresenti un'aggressione alla dignità e all'integrità dell'essere umano, afferma l'esigenza di un rafforzamento nel livello di protezione delle vittime, da perseguire mediante la delineazione di un quadro completo per la protezione e l'assistenza alle vittime e ai testimoni, garantendo la parità tra le donne e gli uomini, in modo da assicurare indagini e procedimenti giudiziari efficaci²⁸⁹.

Dal punto di vista definitorio, la direttiva riprende le disposizioni del Protocollo ONU, intendendo per tratta di esseri umani «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, ai fini di sfruttamento» (art. 2).

²⁸⁸ Per posizione di vulnerabilità si intende quella situazione in cui «la persona non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima».

²⁸⁹ Cfr. A. CONFALONIERI, *Il diritto di non essere vittime*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2008, n. 3, p. 27.

Sotto il profilo oggettivo, è da rilevare un ampliamento della nozione di tratta, essendo ricompresi nella finalità di sfruttamento, che accomuna le diverse modalità della condotta, anche l'accattonaggio e il prelievo di organi, non previsti invece nella decisione quadro, oltre che in generale lo sfruttamento di attività illecite, formula ampia che consente di includere lo sfruttamento di una persona affinché commetta, tra l'altro, atti di borseggio, taccheggio, traffico di stupefacenti e ogni altra attività analoga che sia oggetto di sanzioni e che implichi un profitto economico (come precisato nel *considerando* n. 11 della direttiva). Viene inoltre ribadita l'irrelevanza del consenso della vittima, in presenza di almeno uno dei mezzi previsti nella descrizione della condotta tipica, il cui utilizzo non è però necessario laddove si tratti di minore, e si conferma la punibilità dell'istigazione, favoreggiamento e concorso o tentativo di tratta di esseri umani (art. 3).

Dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, si segnala un generale inasprimento, essendo introdotta per le ipotesi ordinarie, laddove la decisione-quadro si limitava a richiedere l'adozione di sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive, una soglia minima di almeno cinque anni di reclusione; per le ipotesi aggravate, invece, la direttiva aggiunge alle ipotesi, già previste nel 2002, in cui il reato sia stato commesso nei confronti di una vittima particolarmente vulnerabile o nel contesto di un'organizzazione criminale, abbia messo in pericolo la vita della vittima o sia stato commesso ricorrendo a violenze gravi, quella relativa ai casi in cui il fatto sia stato commesso da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, prevedendo in generale una soglia minima di almeno dieci anni di reclusione, anziché otto anni come richiesto dalla decisione-quadro. L'art. 7 prevede, inoltre, l'obbligo per gli Stati Membri di adottare le misure necessarie affinché le competenti autorità nazionali abbiano la facoltà di sequestrare e confiscare i proventi di tale reato; obbligo della cui effettiva utilità pratica potrebbe in realtà dubitarsi, dal momento che dovrebbe essere implicita la possibilità di utilizzare strumenti giuridici idonei in tal senso, adottati nell'ambito del terzo pilastro e, in quanto tali, già facenti parte dell'*acquis* dell'Unione.

Riguardo al profilo procedurale, sono previste norme che, in applicazione del principio della nazionalità, tendono ad ampliare la giurisdizione nazionale per i casi di reati commessi all'estero nelle ipotesi in cui la vittima sia cittadino o residente del Paese, l'agente abbia la residenza abituale nello Stato o il reato sia stato commesso a vantaggio di una persona giuridica avente la sede nel territorio nazionale.

Diversamente dalla decisione-quadro, la nuova direttiva non interviene soltanto sul piano delle norme di diritto penale sostanziale e di giurisdizione, ma si sofferma anche su metodi investigativi, prevenzione del fenomeno, assistenza e supporto alle vittime, secondo

quello che può essere definito uno “*human rights-based approach*” nella lotta alla tratta di esseri umani, nel senso richiesto dalla recente risoluzione adottata in materia dal Parlamento europeo²⁹⁰; in particolare, al fine di salvaguardare i diritti umani delle vittime, prevenire un’ulteriore vittimizzazione e incoraggiarle a testimoniare nei procedimenti penali contro gli autori dei reati (*considerando* n. 14), si estendono alle vittime le garanzie e i diritti previsti dalla decisione-quadro del 2001 sulla posizione della vittima nel procedimento penale, con l’importante precisazione che l’assistenza e il sostegno alla vittima non sono subordinati alla volontà di quest’ultima di collaborare nell’ambito del procedimento penale e che questo continui anche laddove la vittima dovesse ritrattare le proprie dichiarazioni (art. 9). In questo quadro, una particolare attenzione, senza dubbio maggiore rispetto a quella garantita dalla decisione-quadro del 2002, è rivolta ai minori vittime di tratta, come emerge, oltre che dall’assistenza e dal sostegno previsti nei loro confronti (art. 14), specie se non accompagnati (art. 16), dalle disposizioni che mirano a proteggere tali soggetti nell’ambito di un procedimento penale, che prevedono meccanismi di tutela ispirati al principio del superiore interesse del fanciullo, conformemente alla Convenzione ONU del 1989.

L’art. 19 della direttiva prevede, inoltre, che ogni Stato membro istituisca un *rapporteur* nazionale o meccanismi equivalenti, cui sia affidato il compito di analizzare e valutare le tendenze del fenomeno e le dimensioni raggiunte a livello interno, trasmettendo le informazioni raccolte al Coordinatore anti-tratta (*Anti-Trafficking Coordinator*), che contribuisce alla relazione che la Commissione presenta ogni due anni in merito ai progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani.

Nel complesso, la disciplina da ultimo introdotta a livello europeo, pur essendo costruita sulla base della Convenzione del Consiglio d’Europa del 2005, appare fortemente innovativa specie nella parte in cui introduce previsioni finalizzate ad evitare i fenomeni di c.d. vittimizzazione secondaria delle vittime della tratta, per effetto della loro partecipazione al procedimento penale; inoltre, sono più ampi i meccanismi di giurisdizione extraterritoriale e meglio definiti gli *standard* sanzionatori che gli Stati saranno obbligati ad introdurre²⁹¹.

Dall’analisi degli aspetti più significativi della direttiva, appare evidente come questa si muove nella medesima prospettiva delineata dal Programma di Stoccolma del dicembre 2009, in cui è stata sottolineata l’esigenza di una risposta politica coordinata e coerente in

²⁹⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2010 sulla prevenzione della tratta di esseri umani.

²⁹¹ Dal punto di vista degli *standard* sanzionatori, nel report sull’attuazione della decisione-quadro del 2002, presentato nel 2006 dalla Commissione, si sottolineava l’esigenza di un’ulteriore armonizzazione sul punto, poiché, nonostante tutti gli Stati membri avessero previsto delle sanzioni, il livello di queste variava fortemente da uno Stato all’altro.

materia di tratta, che vada oltre lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, tenendo conto delle nuove forme di sfruttamento, includa la costruzione e il rafforzamento delle relazioni esterne, il miglioramento della cooperazione allo sviluppo, sia all'interno dell'Unione, sia con i meccanismi della sua dimensione esterna, coniugando prevenzione, repressione e protezione delle vittime, al fine di contrastare la tratta verso, all'interno e in uscita dall'Unione²⁹².

Nello stesso senso, l'esigenza di sviluppare sinergie operative con organizzazioni internazionali e con Paesi terzi, specie quelli di origine delle vittime della tratta, è al centro dell'*Action Oriented Paper*, adottato nel 2009, volto al rafforzamento della dimensione esterna dell'UE in materia di lotta contro la tratta di esseri umani, in cui si sottolinea peraltro che, al fine di aumentare l'efficacia e la sostenibilità dell'azione contro la tratta, questa dovrebbe essere una delle priorità investigative degli Stati membri e che indagini regionali e nazionali sulla tratta, sia giudiziarie che di polizia, dovrebbero essere più frequentemente sviluppate oltre i confini dello Stato che persegue le forme di sfruttamento finale²⁹³.

B Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare

I primi strumenti di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare possono essere individuati nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che all'art. 27 obbligava le Parti contraenti a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiutasse o tentasse di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente, in violazione della legislazione di detta Parte relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri. Nello stesso senso, l'art. 26 della Convenzione, dopo aver affermato l'obbligo del vettore ad adottare ogni misura necessaria per accertarsi che lo straniero trasportato per via aerea o marittima fosse in possesso dei documenti di viaggio richiesti per l'ingresso nei territori delle Parti contraenti, vincolava le Parti ad istituire sanzioni nei confronti dei vettori che trasportavano, da un paese terzo verso il loro territorio, stranieri privi dei documenti di viaggio richiesti.

Nonostante l'indubbia efficacia di quest'ultima disposizione, specie in seguito all'armonizzazione delle sanzioni pecuniarie previste dagli Stati membri in caso di violazione

²⁹² Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, cit., punto 4.4.2.

²⁹³ Cfr. il documento 11450/5/09 REV 5 approvato dal Consiglio il 30 novembre 2009 «sull'attuazione di una strategia per rafforzare la dimensione esterna dell'UE nelle iniziative contro la tratta di esseri umani: verso un'azione dell'UE a livello mondiale contro la tratta di esseri umani».

degli obblighi di controllo cui erano soggetti i vettori²⁹⁴, tuttavia, com'è stato rilevato in dottrina, appare discutibile la sua riconducibilità a una strategia di contrasto al traffico di esseri umani, in quanto, essendo la responsabilità del vettore ricollegabile esclusivamente all'assenza di controlli relativi ai documenti di viaggio, questa non poteva essere automaticamente associata al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare²⁹⁵. Pare dunque più corretto ritenere che l'art. 26 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen si inquadrasse nell'ambito di un più generale dispositivo di controllo dei flussi migratori e di lotta contro l'immigrazione clandestina.

Tali previsioni sono state comunque ben presto integrate da altri strumenti, nel senso richiesto dal Consiglio europeo di Tampere, nelle cui Conclusioni si sottolineava l'esigenza di un controllo coerente alle frontiere esterne, al fine di «arrestare l'immigrazione clandestina e combattere coloro che la organizzano, commettendo i reati internazionali ad essa collegati»²⁹⁶. Nello stesso senso, nelle Conclusioni del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira del giugno 2000, si esprimeva sgomento per la tragica morte di 58 stranieri giunti nel Regno Unito, condannando gli atti criminali di coloro che traggono profitto dalla tratta di esseri umani e richiedendo l'impegno dell'Unione ad intensificare la cooperazione per contrastare tale genere di reati transnazionali, che avevano causato numerose altre vittime in tutta l'Europa²⁹⁷. Nella stessa occasione, il Consiglio chiedeva alla prossima Presidenza francese e alla Commissione di dar seguito urgentemente alle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere in questo settore, mediante una stretta cooperazione tra gli Stati membri e l'Europol nell'individuare e smantellare le organizzazioni criminali coinvolte in questo traffico, adottando severe sanzioni contro gli autori di questi gravi e riprovevoli atti criminali.

L'accrescersi del fenomeno dell'immigrazione clandestina imponeva, dunque, di distinguere a livello giuridico due fenomeni che finivano di fatto col sovrapporsi, ostacolando lo sviluppo di un'efficace azione di contrasto. Essendo la tratta di esseri umani da tempo oggetto d'attenzione da parte delle istituzioni europee, era invece essenziale procedere ad un ravvicinamento delle disposizioni giuridiche vigenti in materia di traffico di esseri umani, fornendo, da un lato, una definizione tassativa dell'illecito e delle relative circostanze esimenti e, dall'altro, le regole minime per le sanzioni previste, la responsabilità delle persone giuridiche e la competenza giurisdizionale.

²⁹⁴ Direttiva 2001/51/CE del Consiglio del 28 giugno 2001 che integra le disposizioni dell'articolo 26 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, in GUUE L 187, del 10 luglio 2001.

²⁹⁵ DUEZ, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit., p. 139.

²⁹⁶ Consiglio europeo straordinario di Tampere, Conclusioni della Presidenza, par. 3.

²⁹⁷ Consiglio europeo di Santa Maria da Feira, 19 e 20 giugno 2000. Conclusioni della Presidenza, par. 52.

Sotto il primo profilo, l'Unione europea ha adottato, ex artt. 61, punto a), e 63, punto b), TCE, la direttiva 2002/90/CE del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che opera una distinzione tra, da un lato, il favoreggiamento all'ingresso e al transito irregolari e, dall'altro, il favoreggiamento al soggiorno irregolare²⁹⁸.

Per quanto riguarda la prima fattispecie, a differenza dell'art. 27 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, dell'allegato alla Convenzione Europol e del Protocollo addizionale alla Convenzione ONU²⁹⁹, non si richiede il perseguimento di uno scopo di lucro, essendo la relativa applicabile nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona, che non sia cittadino di uno Stato Membro, ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato Membro, in violazione della legislazione di detto stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; è prevista, inoltre, una circostanza esimente nel caso in cui il comportamento sia compiuto per prestare assistenza umanitaria. L'eliminazione del riferimento allo scopo di lucro era sostenuta in particolare dalla Presidenza francese, secondo la quale le difficoltà di ordine probatorio che derivavano da tale riferimento, aggravate dalla scarsa collaborazione delle vittime, avrebbero notevolmente ostacolato la repressione del reato da parte delle competenti autorità nazionali³⁰⁰.

Tuttavia, a fronte delle critiche sotto il profilo del rispetto delle norme internazionali in materia di protezione dei rifugiati, sollevate dalla Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo³⁰¹ e l'Alto Commissariato per i Rifugiati³⁰², la Francia accettò l'inserimento di una clausola di salvaguardia del diritto dei rifugiati, che figura all'art. 6 della decisione-quadro 20002/946/GAI del 28 novembre 2002³⁰³. Dato che tale soluzione continuava a non soddisfare alcuni paesi, il Belgio propose, a titolo di compromesso, l'inserimento di una clausola umanitaria, analoga a quella esistente nel

²⁹⁸ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in GUUE L 328, del 5 dicembre 2002.

²⁹⁹ Il *Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air* definisce lo *smuggling* come quell'attività che consiste nel procurare l'ingresso illegale di una persona in uno Stato di cui questa non è cittadina o residente permanente, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale (art. 3 lett. a).

³⁰⁰ In dottrina sono state formulate severe critiche riguardo alle proposte francesi; sul punto, cfr. A. WEYEMBERGH, *De certaines propositions visant à renforcer la lutte contre l'immigration irrégulière au sein de l'Union européenne*, in *Revue du droit des étrangers*, 2001, n. 111, p. 704.

³⁰¹ Rapporto della Commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni, 25 ottobre 2000, *Rapporteur* Ozan Ceyhan, Final A5-315/2000.

³⁰² Commenti del 22 settembre 2000 dell'Alto Commissariato per i Rifugiati sulle iniziative francesi relative al favoreggiamento all'ingresso, transito e soggiorno irregolari.

³⁰³ L'art. 6 della decisione-quadro 20002/946 stabilisce che l'applicazione della stessa «non pregiudica la protezione concessa ai rifugiati e ai richiedenti asilo conformemente al diritto internazionale relativo ai rifugiati o ad altri strumenti internazionali sui diritti dell'uomo, e in particolare l'osservanza da parte degli Stati membri delle loro obbligazioni internazionali ai sensi degli articoli 31 e 33 della Convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati, modificata dal protocollo di New York del 1967».

proprio ordinamento³⁰⁴, al fine di evitare procedimenti penali a carico di coloro che agivano per ragioni familiari, personali o politiche. Perplessità sono state formulate riguardo al carattere facoltativo di tale clausola, che, lasciando gli Stati membri liberi di esonerare o meno da responsabilità coloro che avessero agito per motivi umanitari, introduceva un forte elemento di discrasia ai fini dell'armonizzazione, istituzionalizzando le divergenze esistenti e limitandosi a realizzare un mero ravvicinamento delle legislazioni penali in un'ottica fondamentalmente repressiva³⁰⁵.

Per quanto concerne, invece, il favoreggiamento al soggiorno irregolare, lo scopo di lucro resta un elemento costitutivo della fattispecie, evitando di incriminare persone, associazioni, gruppi religiosi e partiti politici che apportano il loro sostegno agli stranieri in condizione irregolare; a tal proposito, non è prevista alcuna eccezione, in quanto gli Stati hanno ritenuto che lo scopo di lucro escludesse il perseguimento di uno scopo umanitario in capo all'autore del reato.

Com'è stato rilevato in dottrina, tali definizioni mostrano chiaramente come, mentre uno degli elementi costitutivi della tratta di esseri umani è rappresentato dal fine di sfruttamento delle persone trafficate, ciò invece non è richiesto ai fini del perfezionamento della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, per cui è sufficiente l'attraversamento illegale delle frontiere; inoltre, mentre la tratta può avere valenza interna o internazionale, nel concetto di favoreggiamento all'ingresso, transito e soggiorno irregolari è implicita una dimensione internazionale³⁰⁶.

Sulla base di tali definizioni della fattispecie di reato e delle relative circostanze esimenti, è intervenuta la decisione-quadro del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, stabilendo regole minime per le sanzioni, la responsabilità delle persone giuridiche e la competenza giurisdizionale³⁰⁷. Tale strumento trova la sua base giuridica nelle disposizioni del titolo VI del TUE relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale³⁰⁸; a tal proposito, è da rilevare che l'adozione di due testi con basi giuridiche diverse,

³⁰⁴ Cfr. art. 77 alinea 2 della legge del 15 dicembre 1980 sull'accesso al territorio, il soggiorno, lo stabilimento e l'allontanamento degli stranieri, come modificato dalla legge del 29 aprile 1999.

³⁰⁵ Cfr. S. CLAISSE, J-S. JAMART, *La lutte contre l'immigration irrégulière au sein de l'Union européenne: enjeux et perspectives de l'harmonisation pénale*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2002, p. 45.

³⁰⁶ Cfr. A. WEYEMBERGH, *La lutte contre la traite et le trafic d'êtres humains*, in *RIDP*, 2006, p. 218.

³⁰⁷ Decisione-quadro 2002/946/GAI del Consiglio del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, in GUUE L 328, del 5 dicembre 2002. In dottrina, cfr. I. GUYOT, *À propos de l'immigration clandestine et de ses filières. Vers une harmonisation européenne*, in *RSC* 2002, n. 2, p. 303.

³⁰⁸ Artt. 29, 31, punto e), e 34, par. 2, punto b).

quali, da un lato, una direttiva fondata sul titolo IV del primo pilastro dell'Unione e, dall'altro, una decisione-quadro di terzo pilastro, al fine di disciplinare la medesima questione, mostra la complessità della costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, processo che è avvenuto “a cavallo” tra due pilastri, caratterizzati da regole e procedure decisionali profondamente diverse.

In particolare, la scelta di utilizzare la decisione-quadro è motivata dalla particolare funzionalità di tale strumento, introdotto dal Trattato di Amsterdam, agli obiettivi repressivi, nell'ottica del raggiungimento di un'impostazione giuridica comune per gli Stati Membri. Come precisato dalla Commissione nella sua proposta in materia di tratta di esseri umani, l'uso di una decisione-quadro in questo campo permette che «alcuni aspetti della normativa penale e della cooperazione giudiziaria vengano approfonditi più di quanto non fosse possibile mediante gli strumenti disponibili prima dell'entrata in vigore del trattato di Amsterdam e gli strumenti messi a punto in un contesto internazionale più ampio. Ad esempio, una decisione quadro dovrebbe affrontare in modo più puntuale questioni quali incriminazione, pene e altre sanzioni, circostanze aggravanti, giurisdizione ed estradizione»³⁰⁹.

Sotto il profilo sanzionatorio, l'articolo 1 prevede che ogni Stato Membro adotti le misure necessarie affinché i reati previsti dalla direttiva siano perseguiti con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'extradizione, oltre che, laddove sia necessario, la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere il reato, il divieto di esercitare direttamente o per interposta persona l'attività professionale esercitata in occasione della commissione del reato e l'espulsione.

Nei casi in cui il reato sia commesso nel contesto di un'organizzazione criminale o abbia messo in pericolo la vita delle persone che ne sono vittime, è prevista la pena della reclusione il cui massimo non può essere inferiore a otto anni; inoltre, la decisione-quadro prevede espressamente la responsabilità delle persone giuridiche che abbiano commesso il delitto di favoreggiamento all'immigrazione irregolare, perpetrato per conto loro da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica in cui detenga una posizione dominante. La responsabilità delle persone giuridiche non esclude comunque l'azione penale contro le persone fisiche che siano autori, istigatori o complici del reato in questione.

³⁰⁹ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, COM(2000) 854 def., cit.

Come si può notare, le previsioni concernenti la responsabilità delle persone giuridiche e le sanzioni previste, così come le regole in materia di competenza giurisdizionale, sono simili a quelle che figurano nella decisione-quadro sulla tratta; tuttavia, a differenza di quest'ultima, la decisione-quadro sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare non contiene alcuna disposizione in materia di protezione delle vittime, come se le persone oggetto di traffico fossero meri "clienti" dei trafficanti, come tali non meritevoli di alcuna forma di protezione e assistenza.³¹⁰

Nel complesso, appare dunque evidente il carattere accentuatamente repressivo dei testi adottati in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, carattere a sua volta ricollegabile al crescente interesse mostrato, nei primi anni del Duemila, verso un'azione di contrasto alle reti di immigrazione clandestina, la cui pericolosa espansione sollecitava un intervento dell'Unione europea, volto a porre fine al ripetersi di tragiche vicende che avevano comportato la morte di diversi migranti clandestini. La figura del "clandestino" si era, in effetti, imposta all'attenzione delle istituzioni europee, anche in seguito alla diminuzione del numero di domande d'asilo depositate presso gli Stati membri, che aveva fatto sì che l'interesse politico si spostasse dal richiedente asilo al migrante clandestino. Inoltre, il processo di rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e i crescenti ostacoli alla mobilità dei cittadini dei paesi terzi, rendendo più difficile l'accesso al territorio dell'Unione europea, spingevano sempre più spesso i migranti a ricorrere all'assistenza di gruppi criminali che disponevano di reti organizzate in grado di assicurare il passaggio verso il territorio Schengen, creando le condizioni favorevoli allo sviluppo di un "mercato" redditizio per i trafficanti di esseri umani.

In un quadro in cui la riduzione delle possibilità di immigrazione legale aveva avuto come effetto paradossale l'aumento dell'immigrazione clandestina e dei traffici ad essa collegati, si pose ben presto, come conseguenza logicamente prevedibile, anche il problema della criminalizzazione dell'immigrazione clandestina. Infatti, sebbene l'art. 5 del Protocollo addizionale alla Convenzione Onu prevedesse che i migranti che, con il sostegno dei *passeurs*, attraversano illegalmente le frontiere di uno Stato, pur violando la legislazione di tale Stato, non sono assoggettabili all'azione penale per il solo fatto di essere stati oggetto delle condotte di *smuggling*, negli Stati membri cominciò a diffondersi, quanto meno a livello dell'opinione pubblica, una connessione tra migranti clandestini e criminalità. Com'è stato

³¹⁰ Ai cittadini di paesi terzi coinvolti in azioni di favoreggiamento dell'immigrazione illegale è comunque applicabile la direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, che prevede il rilascio di un titolo di soggiorno laddove essi cooperino con le autorità competenti, in GUUE L 261, del 6 agosto 2004.

rilevato in dottrina, tale connessione rischiava di essere indirettamente rafforzata dal carattere facoltativo della “clausola umanitaria” prevista nella direttiva 2002/90/CE che, lasciando ogni Stato membro libero di non imporre sanzioni verso coloro che hanno prestato aiuto ai migranti irregolari per motivi umanitari, ostacola la diffusione di comportamenti in tal senso, contribuendo alla marginalizzazione dei migranti clandestini nel contesto sociale³¹¹.

Gli strumenti relativi al traffico di esseri umani sono dunque particolarmente interessanti in quanto svelano alcuni tratti caratteristici del processo di ravvicinamento normativo avviato in seno all’Unione europea, mostrando gli ostacoli che derivano dalla divisione in pilastri che ha caratterizzato, fino all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la costruzione giuridica europea; allo stesso modo, essi, pur presentando tratti distintivi peculiari, rivelano le profonde interazioni tra il diritto dell’Unione europea, da un lato, e il diritto internazionale, dall’altro. Inoltre, nonostante i profili di criticità evidenziati, la lotta contro l’immigrazione clandestina e le sue filiere è ormai divenuta una priorità essenziale dell’Unione europea, alla stessa stregua del miglioramento delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo. Sebbene a livello europeo sia da tempo avvertita l’esigenza di contrastare efficacemente le attività volte a trarre profitto dalla condizione di estrema vulnerabilità in cui versano i migranti clandestini, qualche ostacolo continua a derivare dalle differenti legislazioni nazionali adottate al riguardo dagli Stati membri. Nel nuovo quadro istituzionale delineato dal Trattato di Lisbona, non resta che auspicare che tali divergenze spariscono al più presto, al fine di collocare la questione migratoria in una dimensione più rispettosa dei diritti delle persone coinvolte, spesso vittime sia dell’estrema miseria da cui tentano di fuggire sia dei trafficanti che dovrebbero condurli nei luoghi di destinazione.

§ 2. L’azione di contrasto verso ogni forma di aiuto all’immigrazione irregolare

L’immigrazione irregolare può essere indirettamente favorita da taluni comportamenti che, sia pure non strettamente attinenti all’attraversamento delle frontiere, contribuiscono ad agevolare il soggiorno in condizione irregolare sul territorio degli Stati membri, creando le condizioni favorevoli al mantenimento della clandestinità o all’elusione delle norme relative al soggiorno dei cittadini dei paesi terzi. Ad esempio, la prospettiva di trovare facilmente un impiego sul territorio dello Stato in cui si è penetrati irregolarmente costituisce senz’altro un importante fattore d’attrazione per i cittadini stranieri (A). Inoltre, l’aiuto all’immigrazione

³¹¹ Nello stesso senso, cfr. D. DUEZ, *L’Union européenne et l’immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, cit., p. 142.

irregolare può derivare dai matrimoni fittizi, che costituiscono sempre più spesso un mezzo per eludere le norme relative all'ingresso ed al soggiorno dei cittadini dei paesi terzi (B).

A Il lavoro illegale

Dato che un fondamentale fattore di richiamo dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea è costituito dalla possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo *status* giuridico richiesto, l'Unione europea è intervenuta in materia, *ex art.* 63, par. 3, lettera b) del TCE, con la direttiva 2009/52/CE volta a introdurre norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi in condizione irregolare, che rappresenta il primo atto giuridicamente vincolante che obbliga espressamente gli Stati membri a introdurre sanzioni penali nei confronti di terzi, nel quadro della lotta contro l'immigrazione illegale³¹².

In realtà, esistevano precedenti strumenti che si muovevano nella medesima direzione, ma erano privi di carattere vincolante, quali la raccomandazione del 22 dicembre 1995 sull'armonizzazione dei mezzi di lotta contro l'immigrazione clandestina e il lavoro illegale³¹³, che proponeva di incitare i datori di lavoro intenzionati ad assumere persone straniere a verificarne la posizione in materia di soggiorno o di lavoro e di rendere passibili di sanzioni i datori di lavoro di cittadini stranieri sprovvisti di permesso, e la raccomandazione del 27 settembre 1996 relativa alla lotta contro il lavoro illegale di cittadini di Stati terzi³¹⁴, che proponeva in particolare di vietare l'assunzione di cittadini di paesi terzi sprovvisti del necessario permesso di lavoro, e di irrogare, in caso di violazione, sanzioni di carattere penale e/o amministrativo.

L'esigenza di tali misure era stata inoltre di recente sottolineata dalla Commissione nella comunicazione del luglio 2006 riguardante le priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina, ove si evidenziavano le problematiche connesse al lavoro clandestino, la cui crescente diffusione rischiava di compromettere gravemente la credibilità dei canali di migrazione legale, erodere il gettito fiscale degli Stati membri e instaurare condizioni di grave sfruttamento o persino analoghe alla schiavitù, impedendo ai lavoratori di

³¹² Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in GUUE L 168, del 30 giugno 2009.

³¹³ GUUE C 5, del 10 gennaio 1996, p. 1.

³¹⁴ GUUE C 304, del 14 ottobre 1996, p. 1.

beneficiare delle prestazioni sociali e creando condizioni di disparità per i datori di lavoro³¹⁵. Il lavoro illegale produce, infatti, effetti negativi per tutti i soggetti coinvolti, poiché, da un lato, porta a perdite per le finanze pubbliche ed è suscettibile di falsare la concorrenza fra le imprese, dall'altro, pone i cittadini di paesi terzi in una condizione ancora più vulnerabile, abbattendo i salari, deteriorando le condizioni di lavoro e privandoli di copertura sanitaria e dei diritti alla pensione, che dipendono dal versamento dei contributi.

Essendo quindi da tempo avvertita a livello europeo l'esigenza di combattere tale fenomeno, esigenza che si inquadra nell'ambito degli sforzi messi in atto dall'Unione per elaborare una politica globale d'immigrazione, la direttiva in esame obbliga i datori di lavoro a non offrire opportunità lavorative agli stranieri in situazione irregolare, accompagnando tale divieto da sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che lo violano, che includono sanzioni finanziarie, che aumentano a seconda del numero di cittadini di paesi terzi assunti illegalmente, e contributi ai costi del rimpatrio di tali soggetti, nei casi in cui siano effettuate procedure di rimpatrio, unitamente alla possibilità di sanzioni finanziarie ridotte per i datori di lavoro che sono persone fisiche laddove l'impiego sia a fini privati e non sussistano condizioni lavorative di particolare sfruttamento.

Al fine di garantire la piena efficacia del divieto generale in oggetto, si rendono inoltre necessarie sanzioni più dissuasive nei casi che presentano una particolare gravità, quali le violazioni costantemente reiterate, l'assunzione illegale di un numero significativo di cittadini di paesi terzi in situazione irregolare, condizioni lavorative di particolare sfruttamento, la consapevolezza, da parte del datore di lavoro, che il lavoratore è vittima della tratta degli esseri umani e l'assunzione illegale di un minore. Riguardo a tali ipotesi, la direttiva obbliga dunque gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali efficaci e proporzionate all'entità o alla gravità del reato; a tal proposito, è da rilevare che queste riguardano soltanto i datori di lavoro, non essendo prevista alcuna sanzione nei confronti dei cittadini dei paesi terzi interessati, i quali, potranno tutt'al più essere oggetto di una procedura di rimpatrio.

L'intento di tutelare i diritti degli immigrati impiegati illegalmente, pur non essendo lo scopo principale della direttiva, è in effetti presente in diverse disposizioni, fra cui l'art. 7, laddove si prevede l'obbligo per i datori di lavoro di versare nei loro confronti tutte le retribuzioni arretrate, imponendo agli Stati membri di predisporre meccanismi per garantire

³¹⁵ Comunicazione della Commissione riguardante le priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di paesi terzi, del 19 luglio 2006, COM(2006) 402 def.

che tali cittadini, anche se hanno lasciato il territorio dell'Unione, ricevano ogni remunerazione maturata. A tal proposito, com'è stato rilevato in dottrina, il riferimento alla retribuzione come unico diritto che sembra spettare al lavoratore straniero in condizione irregolare pare confermare una considerazione dello stesso alla mera stregua di *homo economicus*, essendo esclusa ogni possibilità di regolarizzazione della sua posizione nel paese comunitario in cui lavora e vive, sebbene irregolarmente, possibilità, questa, che avrebbe senz'altro superato le competenze dell'Unione, suscitando le resistenze degli Stati membri³¹⁶.

Inoltre, ai fini di una più efficace applicazione della normativa, la direttiva obbliga gli Stati a predisporre dei meccanismi per consentire ai cittadini dei paesi terzi di presentare denuncia sia direttamente sia tramite terzi che, come sottolineato dai sindacati e dalle ONG, devono però essere protetti contro eventuali sanzioni ai sensi delle norme che vietano il favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali. Nella stessa ottica, nei casi di particolare sfruttamento che danno luogo a responsabilità penale, al fine di proteggere i cittadini di paesi terzi sono previste misure supplementari, che consistono, da un lato, nella possibilità di ottenere un titolo di soggiorno temporaneo, laddove essi cooperino con le autorità giudiziarie, dall'altro, in un eventuale rinvio del loro rimpatrio, fino a quando non abbiano effettivamente ricevuto le retribuzioni arretrate.

Nonostante l'importanza di tale direttiva nell'azione europea di contrasto dell'immigrazione irregolare, è lo stesso relatore del testo normativo in questione, l'italiano Claudio Fava, a essere consapevole dei limiti invalicabili che questo presenta, insiti nella base giuridica su cui è fondato, deplorando il ristretto campo di applicazione della proposta di direttiva, che non copre le misure relative ai cittadini di paesi terzi in soggiorno regolare nell'Unione ma che potrebbero essere vittime di sfruttamento sul lavoro, né i cittadini degli Stati membri che hanno aderito all'Unione nel 2004 e 2007 e che sono ancora soggetti ad accordi provvisori che ne limitano il libero accesso al mercato del lavoro in diversi Stati membri.

Nel complesso, dunque, nonostante l'eccessiva timidezza di alcune disposizioni, quali quelle che prevedono sanzioni penali o il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo, dovuta alle difficoltà di ottenere un ampio consenso in sede di approvazione parlamentare, la direttiva presenta contenuti fortemente innovativi, realizzando un importante traguardo nella

³¹⁶ In tal senso, cfr. M. ALTIMARI, *Sanzioni ai datori di lavoro che impiegano cittadini non comunitari irregolari: osservazioni sulla direttiva 2009/52/CE*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, n. 3, p. 618.

lotta contro l'immigrazione clandestina, tanto più apprezzabile specie ove si considerino i limiti ontologici derivanti dalla base giuridica su cui la stessa si fonda.

B I matrimoni fittizi

Nel quadro dell'Unione europea, per “matrimonio fittizio” si intende il matrimonio di un cittadino di uno Stato membro, o di un cittadino di un paese terzo che soggiorna regolarmente in uno Stato membro, con un cittadino di un paese terzo unicamente allo scopo di eludere le norme relative all'ingresso e al soggiorno dei cittadini dei paesi terzi e di ottenere per il cittadino del paese terzo un permesso di soggiorno o un titolo di soggiorno in uno Stato membro.

Nonostante il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia sia riconosciuto dall'art. 12 della CEDU, nonché dall'art. 16 della dichiarazione universale sui diritti dell'uomo, e sebbene l'art. 8 CEDU riconosca il diritto al rispetto della vita familiare, l'Unione europea è intervenuta al fine di incoraggiare gli Stati membri ad adottare delle misure per lottare contro il fenomeno dei matrimoni fittizi³¹⁷. L'intento perseguito a livello europeo non era di certo quello di introdurre controlli sistematici per tutti i matrimoni con cittadini dei paesi terzi, bensì di prevedere accertamenti qualora esistano sospetti fondati per ritenere che un matrimonio venga contratto al solo scopo di ottenere un titolo di soggiorno in uno Stato membro. In tal senso, secondo le indicazioni dell'Unione europea, i fattori che consentono di presumere che un matrimonio sia fittizio sono in particolare: il mancato mantenimento del rapporto di convivenza; l'assenza di un contributo adeguato alle responsabilità che derivano dal matrimonio; il fatto che i coniugi non si siano mai incontrati prima del matrimonio o che commettano errori sui loro rispettivi dati personali, sulle circostanze in cui si sono conosciuti o su altre informazioni importanti di carattere personale che li riguardano; il fatto che i coniugi non parlino una lingua comprensibile per entrambi o che venga corrisposta una somma di denaro affinché il matrimonio sia celebrato; il fatto che dai precedenti di uno o dei due coniugi risultino indicazioni di precedenti matrimoni fittizi o irregolarità in materia di soggiorno.

Tali informazioni possono risultare da dichiarazioni degli interessati o di terzi, da documenti scritti o da informazioni ottenute nel corso di un'indagine. Qualora esistano fattori

³¹⁷ Risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi, in GUUE C 382, del 16 dicembre 1997.

a sostegno del sospetto che si tratti di un matrimonio fittizio, gli Stati membri rilasciano al cittadino di un paese terzo il permesso di soggiorno o un titolo di soggiorno in virtù del matrimonio, soltanto previa verifica da parte delle competenti autorità nazionali che il matrimonio non è fittizio e che sono soddisfatte le altre condizioni relative all'ingresso e al soggiorno, accertamento che può anche implicare un colloquio separato con ciascuno dei due coniugi.

Allorché le autorità competenti stabiliscono che il matrimonio è fittizio, tale permesso di soggiorno viene di regola ritirato, revocato o non rinnovato. Il cittadino del paese terzo ha la possibilità di contestare o di fare riesaminare, conformemente al diritto nazionale, una decisione di rifiuto, di ritiro, di revoca o di non rinnovo del permesso di soggiorno ovvero del titolo di soggiorno, sia dinanzi ad un organo giurisdizionale che dinanzi all'autorità amministrativa competente.

Allo stato attuale, nessun testo più vincolante è stato emanato a livello europeo, probabilmente perché tale condotta rientra già nel campo d'applicazione della direttiva e della decisione-quadro del 28 novembre 2002 sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Sarebbe comunque auspicabile che l'Unione europea procedesse a un ravvicinamento delle legislazioni in materia, specie in ragione della rilevanza che assumono il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto al matrimonio.

II PARTE. ORIENTAMENTI E NORME NAZIONALI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE IRREGOLARE

Il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio nazionale costituisce una delle principali prerogative connesse alla sovranità statale, che si estrinseca nella piena libertà di ogni Stato di ammettere o meno gli stranieri nel proprio territorio e di espellere coloro che si trovano in posizione irregolare. Si tratta di un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica, né sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti o di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione.

Tale problematica non è stata di certo eliminata in seguito allo sviluppo di una politica comune europea, in quanto la competenza in materia di immigrazione è attribuita all'Unione in via concorrente rispetto a quella degli Stati membri. Si tratta, dunque, di una materia la cui titolarità spetta sia agli Stati sia all'Unione (art. 4 TFUE) e nella quale i primi possono legiferare liberamente fino a quando l'Unione non sia intervenuta; negli altri casi potranno agire soltanto nella misura in cui l'Unione non abbia esercitato la competenza o se l'Unione abbia deciso di cessare una competenza già avviata (art. 2, par. 2 TFUE). In questo quadro, l'art. 70 TFUE espressamente prevede che le disposizioni del nuovo Titolo V del TFUE non ostano all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna, introducendo una sorta di riserva di competenza che autorizza gli Stati ad adottare atti anche laddove ci siano normative dell'Unione. A tal proposito, è da rilevare però che le nozioni di ordine pubblico e di sicurezza interna devono essere intese come nozioni di diritto dell'Unione europea e quindi interpretate secondo quanto la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare in materia di limiti alla circolazione delle persone e delle merci, dove vigono analoghi limiti all'applicazione delle libertà sancite dal Trattato.

Ricostruiti quindi i criteri di ripartizione delle competenze in materia di immigrazione tra Unione e Stati membri, si analizzeranno in particolare le politiche adottate in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare da due diversi Stati membri dell'Unione - Francia e Italia - che, sebbene si affaccino entrambi nel bacino mediterraneo, sono diversamente esposte ai flussi migratori. Tale indagine sarà volta ad accertare la compatibilità delle legislazioni vigenti nei diversi ordinamenti giuridici agli *standard* delineati a livello europeo.

Capitolo I. La politica francese di contrasto dell'immigrazione irregolare

L'analisi della legislazione francese in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare permette di individuare tre diverse categorie di misure - atti di polizia amministrativa, sanzioni amministrative, sanzioni penali - che concernono tutti coloro che violano la disciplina relativa all'ingresso e al soggiorno degli stranieri in Francia e sono in quanto tali suscettibili di essere applicate tanto agli stranieri, quanto ai cittadini francesi e alle persone giuridiche che abbiano in qualche modo favorito tale violazione. Tale "trilogia di misure" che caratterizza oggi la legislazione francese non è però una costante storica del diritto degli stranieri, in quanto questo alle origini presentava piuttosto le caratteristiche di una vera e propria "polizia amministrativa" creata da e per l'amministrazione al fine di garantire l'ordine pubblico, come risulta dal fatto che dall'ordinanza del 2 novembre 1945 - che costituisce la prima codificazione del diritto degli stranieri adottata per via amministrativa - alla legge del 10 gennaio 1980 - preludio di diverse riforme fino all'ultima del 16 giugno 2011 - il legislatore non è stato coinvolto nell'elaborazione di tali regole³¹⁸. Tale disinteresse si può spiegare considerando che, fino agli anni Ottanta, la lotta contro l'immigrazione irregolare non rivestiva per la Francia carattere prioritario, limitandosi le autorità amministrative ad adottare delle misure volte a proteggere il mercato del lavoro nazionale dall'offerta di manodopera straniera. Pur esistendo, già negli anni Trenta, un dispositivo che consentiva alle amministrazioni pubbliche di controllare i movimenti dei lavoratori stranieri, decidendo il rilascio dei contratti di lavoro e modulando la loro durata secondo le esigenze dei vari settori produttivi e delle regioni interessate, lo Stato non era infatti ancora in condizione di esercitare un controllo efficace sui flussi di ingresso degli stranieri nel territorio francese, potendosi tutt'al più limitare a negare il rinnovo dei permessi di soggiorno, comportando così la partenza spontanea dal territorio nazionale o l'impossibilità di accedere al mercato del lavoro.

La presa di coscienza che un controllo effettivo dell'immigrazione poteva essere raggiunto solo mediante un rafforzamento della dimensione penale del diritto degli stranieri ha portato nel corso degli anni ad affiancare al *volet économique*, che da sempre caratterizza la legislazione francese in materia di immigrazione, un *volet policier* che, inizialmente rispondente a considerazioni meramente nazionali, cominciò ben presto a inquadrarsi

³¹⁸ Cfr. V. TCHEN, *L'architecture des choix français en matière de lutte contre l'immigration irrégulière*, in R. SICURELLA, *Il contrasto dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Giappichelli, 2011.

pienamente nell'ambito di una politica europea volta a intensificare la lotta contro l'immigrazione clandestina, al fine di poter meglio soddisfare le esigenze di sicurezza dei cittadini.

Nella nuova dimensione perseguita ormai anche a livello europeo, la Francia ha dunque intrapreso un *processus de pénalisation* del diritto degli stranieri, che si è manifestato essenzialmente attraverso un ampliamento dell'ambito di applicazione personale delle disposizioni in materia di immigrazione, passando da una repressione amministrativa concernente esclusivamente lo straniero, principale destinatario delle regole di ingresso, circolazione e soggiorno alla base di ogni politica di immigrazione, a una repressione penale che dallo straniero si è estesa a tutti gli attori che favoriscono indirettamente la violazione delle regole primarie di tale politica. Il risultato che ne è derivato è un sistema basato sul ricorso tanto alla sanzione amministrativa quanto alla sanzione penale, in cui sono attribuite competenze diverse al giudice amministrativo e all'autorità giudiziaria. In particolare, la competenza del giudice amministrativo per garantire l'ordine pubblico si basa su un fondamento costituzionale, in quanto, come ha riconosciuto la stessa Corte Costituzionale nel 1989, conformemente alla concezione francese della separazione dei poteri, tra i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica vi è quello secondo cui rientra nella competenza della giurisdizione amministrativa l'annullamento o la modifica delle decisioni prese, nell'esercizio delle prerogative di pubblico potere, dalle autorità che esercitano il potere esecutivo e dai loro agenti³¹⁹. In quest'ottica, dunque, le decisioni adottate dall'autorità amministrativa sulla base del *Code des étrangers*, quali il rifiuto d'ingresso nel territorio, il rilascio di un permesso di soggiorno o di residenza, le misure di accompagnamento alla frontiera, di espulsione e da ultimo anche l'obbligo di abbandonare il territorio francese, costituiscono esercizio delle prerogative di pubblico potere e sono in quanto tali suscettibili di un ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. La distinzione tra tali misure e quelle repressive, pur collocandosi nell'ambito della medesima prospettiva di lotta contro l'immigrazione irregolare, si basa sulla diversa finalità perseguita dalla pubblica autorità, a seconda che questa tenda a prevenire la comparsa di una minaccia all'ordine pubblico o a ristabilire tale ordine, piuttosto che a reprimere un comportamento.

Tali considerazioni preliminari rivestono una fondamentale importanza per una piena comprensione dell'evoluzione della politica francese in materia di immigrazione che, pur articolandosi in diverse fasi, è stata comunque caratterizzata da una prospettiva unitaria, volta

³¹⁹ Corte Cost., sentenza n. 89-261 DC del 28 luglio 1989, considerando 19.

allo stesso tempo al rafforzamento dei controlli all'ingresso nel territorio e al miglioramento dell'efficacia delle procedure di allontanamento (sezione 1); passaggi, questi, che sono stati inesorabilmente accompagnati da un inasprimento delle risposte penali alle violazioni del diritto degli stranieri, nel quadro di una maggiore attenzione per la repressione dell'immigrazione irregolare (sezione 2).

Sezione 1. L'evoluzione della politica francese in materia di immigrazione

L'evoluzione della legislazione francese sugli stranieri ha dato luogo nel corso del tempo a due letture contrastanti, volte, l'una, a porre l'accento sui differenti approcci in materia di immigrazione, dovuti sia alle diverse congiunture economiche sia all'alternanza al potere di governi di diverso schieramento politico; l'altra, invece, a rilevare, aldilà dei mutamenti sociali, politici ed economici più evidenti, una linea di continuità nell'elaborazione di una politica di immigrazione i cui obiettivi sono rimasti a lungo invariati³²⁰. Una breve disamina delle varie riforme sul diritto degli stranieri che si sono susseguite nel corso del tempo lascia, in effetti, propendere per quest'ultima tesi, mostrando come la prospettiva di una gestione controllata dei flussi migratori abbia comunque comportato, a prescindere dall'orientamento politico del governo in carica, un rafforzamento dei controlli per il rilascio dei titoli d'ingresso e di soggiorno e un inasprimento della dimensione repressiva della legislazione sugli stranieri.

In quest'ottica volta a individuare in una prospettiva storica i momenti caratterizzanti “*l'unité du droits des étrangers*”, la protezione del lavoro nazionale riveste senz'altro un'importanza fondamentale, ponendosi come idea di fondo che struttura le politiche adottate in Francia dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri, nella costante preoccupazione di difendere tanto i cittadini francesi come gli immigrati regolari dal tasso crescente di disoccupazione. Agli inizi, anzi, tale dimensione era così importante che quasi tutte le iniziative in materia di controllo dei flussi migratori erano volte in via pressoché esclusiva a tutelare il lavoro nazionale, cominciando ad apparire solo successivamente istanze securitarie legate alla minaccia che lo straniero poteva in alcuni casi costituire per l'ordine pubblico.

In effetti, i primi testi volti alla “*défense du travail National*” risalgono alla fine della Monarchia di Luglio (1830-1848), allorché, in seguito anche al verificarsi di un periodo di

³²⁰ Cfr. D. LOCHAK, *Prologue. Politique d'immigration: de la fermeture à la sélection, trente ans d'errements*, in C. RODIER - E. TERRAY (a cura di), *Immigration: fantasmes et réalités. Pour une alternative à la fermeture des frontières*, Parigi, 2008, p. 11.

forte crisi economica, si diffuse l'idea dell'appartenenza degli immigrati alla "*classe dangereuse*" e della conseguente necessità di tutelare il lavoratore francese dalla concorrenza straniera, assicurandogli la preferenza nel mercato interno³²¹. Significativa, in tal senso, la circolare del 5 marzo 1848 con cui il Ministro dell'Interno, Ledru-Rollin, informati i prefetti dell'arrivo nella città di Parigi di un gran numero di operai stranieri, provenienti in particolare dal Belgio, li invitò a prendere le disposizioni consentite dalla legge al fine di evitare il loro ingresso nella capitale e di avvertirli che, una volta giunti in città, non avrebbero comunque potuto beneficiare dei lavori e delle retribuzioni riservati in via esclusiva agli operai francesi, bensì si sarebbero esposti all'allontanamento dalla città di Parigi e, se necessario, da tutto il territorio francese a titolo di una misura eccezionale di polizia motivata dalle circostanze del caso concreto³²².

Dopo una breve parentesi di maggior apertura nei confronti degli stranieri³²³, che sembrava voler riconoscere il contributo da questi dato alla crescita del paese, il dibattito sulla protezione del lavoro nazionale tornò alla ribalta della scena politica con il decreto del 2 ottobre 1888, che impose per la prima volta agli stranieri residenti in Francia l'obbligo di rendere una dichiarazione al sindaco, e la legge del 9 agosto 1893 che, al fine di realizzare un efficace controllo territoriale della manodopera straniera, rafforzò tale "*régime de déclaration*", prescrivendo a tutti i lavoratori stranieri residenti in Francia di iscriversi nel registro d'immatricolazione del comune del loro domicilio e prevedendo inoltre delle sanzioni sia nei confronti degli stranieri che non rispettavano tale formalità (ammenda da 50 F a 200 F), sia a carico degli imprenditori che assumevano consapevolmente stranieri privi di tale certificato (semplice misura di polizia)³²⁴.

Poco dopo, un punto di equilibrio tra gli interessi della grande industria, bisognosa di manodopera straniera da impiegare soprattutto nelle miniere e nel settore agricolo e metallurgico, e le esigenze di pace sociale, da realizzare mediante un controllo dell'occupazione, sembra essere raggiunto con i tre decreti Millerand del 10 agosto 1899, che introdussero il sistema delle quote di lavoratori stranieri - obbligatorie nei mercati pubblici e

³²¹ Cfr. L. CHEVALIER, *Classes laborieuses, classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX siècle*, LGF, coll. «Pluriel», 1978, p. 209.

³²² Circolare del Ministro dell'Interno, Ledru-Rollin, Parigi, 14 e 18 marzo 1848.

³²³ Cfr., in tal senso, il decreto dell'8 aprile 1848 e le leggi sulla nazionalità del 3-11 dicembre 1849 e del 26 giugno 1889.

³²⁴ Legge del 9 agosto 1893 relativa al soggiorno degli stranieri e alla protezione del lavoro nazionale, in JO del 9 agosto 1893, p. 4173.

facoltative negli altri casi - individuate dall'amministrazione in base alla natura dei lavori e alla regione in cui dovevano essere eseguiti³²⁵.

La prima guerra mondiale cambiò bruscamente la politica francese in materia di immigrazione, in quanto, se da un lato indusse lo Stato a importare circa 223.000 lavoratori dalle colonie e dalla Cina al fine di soddisfare le esigenze di manodopera; dall'altro favorì il passaggio da un regime di "*déclaration*" a uno di "*autorisation*", mediante l'istituzione, prevista da una circolare del giugno 1916 e ufficializzata poi dal decreto del 2 aprile 1917, della "*carte d'identité d'étranger*" che, creata allo scopo di realizzare un controllo sulla popolazione straniera residente nel territorio, era prevalentemente ispirata da considerazioni di polizia. Infatti, tale carta, di cui doveva essere in possesso ogni straniero che avesse compiuto 15 anni intenzionato a soggiornare più di 15 giorni in Francia, doveva essere rilasciata dal prefetto e convalidata a ogni cambiamento di residenza, al fine di controllare la presenza e lo spostamento degli stranieri sul territorio.

Nel primo dopoguerra, il governo, costretto tra due esigenze contrapposte, dettate dalla necessità di contenere la crescente disoccupazione causata anche dal rientro dei soldati e dall'urgenza di procedere alla ricostruzione del paese, decise innanzitutto di chiudere completamente le frontiere nel periodo che va dal novembre 1918 al gennaio dell'anno successivo, per riaprirle poi il 21 gennaio 1919 alle professioni di cui si avvertiva la mancanza, riservandosi la possibilità di controllarne il movimento.

La prospettiva di controllo della manodopera straniera fu poi ulteriormente accentuata dalla legge dell'11 agosto 1926 che, al fine di evitare il "*débauchage*" - vale a dire il rapido passaggio verso altri settori dell'economia - degli operai ammessi per lavorare nell'agricoltura e nelle miniere, prevedeva che ogni lavoratore straniero dovesse essere munito di una carta d'identità "*portant la mention travailleur*", contenente l'indicazione del tipo e della durata del contratto di lavoro per cui era rilasciata, vietando inoltre di impiegare lo straniero in un'altra categoria professionale prima che fosse decorso un anno dal rilascio della carta stessa³²⁶. Com'è stato rilevato in dottrina, l'applicazione di tale disciplina fu caratterizzata da una certa flessibilità in funzione del contesto economico e politico di riferimento, alternandosi al rigore dei momenti di crisi la maggiore liberalità dei periodi di pieno impiego, ma mantenendo pur

³²⁵ Decreti cd. Millerand del 10 agosto 1899, dal nome di M. Alexander Millerand, Ministro del Commercio e dell'Industria nel Governo Waldeck-Rousseau (1899-1902), in JO dell'11 agosto 1899, p. 3597.

³²⁶ Legge dell'11 agosto 1926, in JO dell'11 agosto 1926, p. 9171, che modifica gli artt. 64, 98 e 172 del Libro II del Codice del Lavoro.

sempre un carattere rudimentale, che non consentiva ai poteri pubblici di svolgere alcun controllo sui flussi migratori³²⁷.

Nell'ambito della crisi del 1929, fu infatti adottata la legge del 10 agosto 1932, la quale, così come i decreti Millerand, prevedeva che, al fine di tener conto dei bisogni di ogni settore dell'economia, fossero fissate mediante decreto, a livello nazionale o regionale, le quote di lavoratori stranieri ammessi per professione, industria, commercio o categoria socio-professionale³²⁸. Nello stesso periodo, inoltre, al fine di proteggere la manodopera francese dalla concorrenza degli immigrati, si diffuse l'idea di una "*compensation nationale*", alla base della circolare del 15 febbraio 1947, secondo la quale ogni domanda di permesso di soggiorno doveva essere oggetto di un tentativo di compensazione a favore del lavoratore francese, o in mancanza di un lavoratore straniero che si trovasse già in situazione regolare³²⁹.

In quegli stessi anni, l'istanza di protezione del lavoro nazionale cominciò ad accompagnarsi all'esigenza di instaurare un'intensa sorveglianza di polizia su ogni straniero, come risulta dai decreti legge del 2 maggio 1938 e del 12 novembre 1938 che, aldilà della dimensione repressiva ad essi sottesa, rappresentano il primo tentativo di disciplinare l'ingresso e il soggiorno irregolare degli stranieri in Francia, rivestendo un'importanza fondamentale per la successiva disciplina della materia. In effetti, sono evidenti i punti di contatto che essi presentano con l'ordinanza del 2 novembre 1945 che, pur dando per la prima volta un inquadramento giuridico organico e coerente ai diversi atti adottati in materia, si limitò nella sostanza ad attenuare gli effetti delle disposizioni più severe precedentemente in vigore, ponendosi pur sempre come una legge di polizia volta a instaurare un regime di controllo e di repressione³³⁰.

La tendenza restrittiva nei confronti dell'immigrazione risulta evidente anche dalla disciplina introdotta per il mercato del lavoro, avendo l'ordinanza del 1945 attribuito all'*Office National d'Immigration* (ONI) da essa creato il monopolio nel reclutamento e nell'introduzione in Francia della manodopera straniera e subordinando il diritto di soggiorno alla produzione di un contratto di lavoro rilasciato dai servizi d'impiego. Nonostante la

³²⁷ Cfr. D. LOCHAK, *La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers*, in *Les lois de l'inhospitalité. Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers*, Parigi, 1997.

³²⁸ Legge del 10 agosto 1932, in JO del 12 agosto 1932, p. 8818. Per un commento della legge in questione, cfr. J. SINGER-KEREL, *Protection de la main-d'œuvre nationale en temps de crise. Le précédent des années trente*, in *Revue européenne des Migrations Internationales*, 1989, vol. 5, n. 2, p. 7.

³²⁹ La "*compensation nationale*" è caduta in desuetudine fino alla sua riattivazione alla fine degli anni Sessanta-inizio anni Settanta con lo sviluppo della disoccupazione di massa.

³³⁰ Ordinanza n. 45-2658 relativa all'ingresso e al soggiorno degli stranieri in Francia, JO del 4 novembre 1945, p. 7225.

previsione di tale quadro istituzionale, l'immigrazione continuò a essere condizionata dall'esigenza di manodopera e dai bisogni economici contingenti, diffondendosi sempre più nella prassi il ricorso a varie forme di regolarizzazione *a posteriori* della condizione di lavoratori stranieri arrivati in Francia con un semplice permesso di turismo o anche clandestinamente, comunque al di fuori della procedura controllata dall'ONI.

L'immigrazione "*sauvage*", favorita da tale procedura di regolarizzazione permanente dei lavoratori stranieri, introdotta dalla circolare del 18 aprile 1956, cominciò ben presto ad apparire come un problema, specie verso la fine degli anni Sessanta, allorché le prime tensioni nel mercato del lavoro indussero il governo a emanare nel 1972 le circolari cd. Marcellin-Fontanet - dai nomi rispettivamente dei Ministri dell'Interno e del Lavoro - che vietarono la regolarizzazione dei lavoratori entrati in Francia senza alcun contratto di lavoro.

Negli anni successivi le condizioni economiche e sociali non certo favorevoli, aggravate dalla crisi petrolifera allora in atto, favorirono l'elaborazione di una politica di immigrazione caratterizzata dalla sospensione temporanea degli ingressi dei lavoratori immigrati e delle loro famiglie, modulata in funzione delle possibilità d'impiego e di accoglienza della Francia, come risulta dalla circolare del 5 luglio 1974, adottata su proposta del Segretario di Stato per i lavoratori immigrati, André Postel-Vinay, poco tempo dopo l'elezione di Valéry Giscard d'Estaing alla Presidenza della Repubblica, che disponeva «*la suspension de l'immigration des travailleurs ainsi que des familles désireuses de rejoindre un de leurs membres en France*».

A quei tempi, il controllo dei flussi migratori si presentava, in effetti, come una soluzione obbligata al crescente aumento della disoccupazione, facendo sempre più avvertire la necessità di una vera e propria politica di immigrazione, quale quella elaborata nel 1976 dal segretario di Stato incaricato dell'Immigrazione, Paul Dijoud, che, può essere considerata la prima "*politique officielle en matière d'immigration*". L'obiettivo perseguito era quello di una gestione controllata dell'immigrazione, da raggiungere mediante l'adozione di una serie di misure volte ad arginare ogni nuova ondata migratoria di lavoratori stranieri, ponendo fine all'anarchia del *laisser-faire*, e nello stesso tempo a integrare coloro che erano già da tempo stabiliti sul territorio francese, come risulta dall'introduzione del diritto al ricongiungimento familiare ad opera del decreto del 29 aprile 1976. Sotto il primo profilo, l'aumento della disoccupazione e lo sviluppo dell'ideologia securitaria comportarono in particolare il blocco dell'immigrazione dei lavoratori, un maggior controllo delle frontiere, il rifiuto della regolarizzazione degli stranieri, la soppressione del regime di libera circolazione per la maggior parte dei cittadini degli Stati africani e l'introduzione nel codice del lavoro di una

disposizione che prevedeva il rifiuto del rilascio di un'autorizzazione di lavoro per motivi legati alla situazione dell'impiego (decreto del 21 novembre 1975).

Le preoccupazioni economiche indussero però ben presto il governo a considerare insufficiente tale obiettivo legato essenzialmente al controllo di nuovi ingressi di immigrati, facendo avvertire l'esigenza di procedere anche a una riduzione della popolazione straniera residente in Francia, da perseguire mediante la limitazione del diritto al ricongiungimento familiare e l'introduzione di forme di incoraggiamento al rimpatrio volontario, oltre che attraverso la scelta di non rinnovare più automaticamente le autorizzazioni di lavoro necessarie per il mantenimento del permesso di soggiorno. Nonostante le numerose modifiche all'ordinanza del 1945, tale politica si mostrò ben presto inadeguata di fronte ai problemi connessi ai fenomeni migratori, in quanto, concentrandosi esclusivamente sulla diminuzione della popolazione straniera residente in Francia, a scapito di ogni prospettiva di integrazione, non riuscì di fatto a conseguire una più efficace gestione dei flussi migratori³³¹. L'aspetto repressivo a essa sotteso fu quindi ulteriormente sviluppato con la legge Bonnet del 10 gennaio 1980, finalizzata essenzialmente alla repressione dell'immigrazione clandestina e alla regolarizzazione dei rimpatri degli stranieri in posizione irregolare; obiettivi, questi, realizzati mediante considerevoli modifiche all'ordinanza del 2 novembre 1945, tra cui si devono senz'altro sottolineare, oltre che in generale una maggior severità nella disciplina delle condizioni di ingresso nel territorio francese, l'inclusione dell'ingresso e del soggiorno irregolari tra i motivi di espulsione e la previsione della doppia facoltà di accompagnare lo straniero espulso alla frontiera e di trattenerlo in detenzione fino a sette giorni nelle ipotesi in cui questi non fosse stato in grado di abbandonare immediatamente il territorio³³².

Il “*volet policier*” che caratterizza ormai la politica francese in materia di immigrazione è del resto evidente anche nella legge Peyrefitte del febbraio 1981 che, nell'ambito di una logica securitaria in cui sono sempre più sfumati i confini tra immigrazione e clandestinità da un lato, e tra clandestinità e delinquenza dall'altro, rafforzò il dispositivo di controllo nei confronti degli immigrati, legalizzando i controlli d'identità a titolo preventivo³³³.

³³¹ Cfr. L. GERMAIN - D. LASSALLE (a cura di), *Les politiques de l'immigration en France et au Royaume-Uni. Perspectives historiques et contemporaines*, Parigi, 2006, p. 11.

³³² Legge n. 80-9 del 10 gennaio 1980 relativa alla prevenzione dell'immigrazione clandestina, recante delle modifiche all'ordinanza n. 45-2658 del 2 novembre 1945 sulle condizioni di ingresso e soggiorno degli stranieri in Francia e la creazione dell'Ufficio Nazionale d'Immigrazione, in JO dell'11 gennaio 1980, p. 71.

³³³ Legge n. 81-82 del 2 febbraio 1981 volta a rafforzare la sicurezza e a proteggere la libertà personale, in JO del 3 febbraio 1981, p. 415.

Un'inversione di tendenza sembrò invece registrarsi con la vittoria della sinistra nel maggio 1981 che, oltre a introdurre una procedura di regolarizzazione eccezionale per coloro che, pur trovandosi in posizione irregolare, erano comunque dotati di un impiego, sospese le espulsioni in corso ed emanò diverse circolari volte a rendere più elastiche le condizioni per il ricongiungimento familiare, consentendo l'ammissione al soggiorno dei membri delle famiglie già residenti in Francia. In particolare, la legge del 27 ottobre 1981, in abrogazione delle disposizioni della legge Bonnet, introdusse una serie di diritti e garanzie a favore degli stranieri, concernenti essenzialmente le misure di espulsione e accompagnamento alla frontiera, suscettibili di violare i diritti degli stranieri. In tal senso, fu previsto che l'espulsione non poteva essere pronunciata se lo straniero era stato condannato a una pena di almeno un anno di reclusione; che gli stranieri in situazione irregolare potevano essere ricondotti alla frontiera solo dopo una procedura giudiziale e non più amministrativa; che i minori stranieri non potevano essere oggetto di una misura di allontanamento e che coloro che avevano legami personali e familiari in Francia non potevano essere espulsi che in casi di assoluta urgenza, qualora tale misura fosse stata necessaria per la sicurezza dello Stato o per la pubblica sicurezza.

La rottura rispetto alla logica precedente che vedeva negli immigrati una mera riserva di manodopera, senza alcuna considerazione per la dimensione umana del loro soggiorno in Francia, fu particolarmente evidente con la legge del 17 luglio 1984 che spezzò il legame esistente tra l'esercizio di un impiego e il riconoscimento del diritto di soggiorno, creando una carta di residenza, valida dieci anni e rinnovabile automaticamente, per ogni straniero residente regolarmente in Francia da più di tre anni, che gli consentiva di esercitare in tutto il territorio nazionale una professione a sua scelta. Nonostante tali importanti innovazioni, la lotta contro l'immigrazione irregolare mantenne comunque un carattere prioritario, come risulta dal rafforzamento dei controlli alle frontiere e, soprattutto, dal mantenimento della dimensione repressiva sottesa alla legge Bonnet, data principalmente dalla facoltà di accompagnare alla frontiera lo straniero espulso e dalla possibilità di trattenere gli stranieri in attesa di partenza forzata in "*centres de rétention*", posti sotto il controllo di polizia.

In un contesto caratterizzato da un aumento della pressione migratoria, dopo la prima legge Pasqua adottata nel 1986 allo scopo di contrastare l'immigrazione clandestina e favorire gli accompagnamenti alla frontiera³³⁴, e in seguito alla parentesi legislativa realizzata con la legge Joxe del 1989, il ritorno della destra al potere nel marzo 1993 fu accompagnato dalla

³³⁴ Legge n. 86-1025 del 9 settembre 1986 relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno degli stranieri in Francia, in JO n. 86 del 12 settembre 1986, p. 11035.

presentazione, da parte dell'allora Ministro dell'Interno Charles Pasqua, di un disegno di legge - approvato dal Parlamento nel luglio 1993 - avente quale obiettivo “*l’immigration zéro*”, da raggiungere mediante un’efficace repressione delle violazioni della procedura di ammissione al soggiorno e un effettivo allontanamento degli stranieri in posizione irregolare o che costituivano una minaccia per l’ordine pubblico³³⁵. Nonostante la dichiarazione d’illegittimità costituzionale di ben otto disposizioni e le numerose riserve d’interpretazione emesse al riguardo dal *Conseil Constitutionnel*³³⁶, la legge Pasqua segnò comunque un vero e proprio *tournant* nella politica francese in materia di immigrazione, introducendo una serie di misure volte all’allontanamento dal territorio degli stranieri in posizione irregolare, quali l’allungamento della durata della detenzione, l’introduzione dell’interdizione amministrativa o ancora la restrizione delle categorie di stranieri sottratti alla procedura di accompagnamento alla frontiera. L’inasprimento della lotta contro l’immigrazione comportò inoltre una limitazione nel diritto di soggiorno riconosciuto a diverse categorie di stranieri, mediante l’aumento delle ipotesi di ritiro o mancato rinnovo del permesso di soggiorno e l’inasprimento delle condizioni per ottenere il ricongiungimento familiare.

In questa prospettiva, la legge DEBRE del 24 aprile 1997 accentuò ulteriormente la dimensione repressiva sottesa alla legislazione sugli stranieri, attraverso la previsione del sequestro del passaporto per gli stranieri in posizione irregolare, l’introduzione di nuove possibilità di ritiro del permesso di soggiorno e l’eliminazione di alcune garanzie procedurali quali la “*commission de séjour*”³³⁷. Un anno dopo vi fu un’altra importante riforma in materia di immigrazione, rappresentata dalla legge CHEVENEMENT dell’11 maggio 1998, detta anche legge Reseda (*loi relative à l’entrée, au séjour des étrangers en France et au droit d’asile*), che, sebbene presentata in campagna elettorale come un testo equilibrato, suscettibile di introdurre una politica ragionevole in materia di immigrazione, fu però aspramente criticata in quanto, lungi dall’abrogare le precedenti leggi Pasqua e Debré, si limitò ad apportare a queste delle modifiche irrisorie al fine di renderle più presentabili, collocandosi così in una prospettiva di continuità con la politica precedente³³⁸.

Nonostante le campagne presidenziali e legislative del 2002, contrariamente alle precedenti, non diedero luogo ad alcun dibattito sull’immigrazione, lasciando presagire un

³³⁵ Legge n. 93-1027 del 24 agosto 1993 relativa al controllo dell’immigrazione e alle condizioni d’ingresso, d’accoglienza e di soggiorno degli stranieri in Francia, in JO n. 220 del 29 agosto 1993.

³³⁶ Corte Cost., 13 agosto 1993, n. 93-325 DC, JO del 18 agosto 1993.

³³⁷ Legge n. 97-396 del 24 aprile 1997 contenente diverse disposizioni relative all’immigrazione, in JO n. 97 del 25 aprile 1997, p. 6268.

³³⁸ Legge n. 98-349 dell’11 maggio 1998 relativa all’ingresso e al soggiorno degli stranieri in Francia e al diritto di asilo, in JO n. 109 del 12 maggio 1998.

rallentamento della frenesia legislativa in tale materia, tuttavia, qualche mese dopo l'insediamento del governo, la proposta di creazione di una procedura d'asilo unica per il riconoscimento della qualità di rifugiato e il rilascio dell'asilo territoriale, presentata dall'allora Ministro degli Affari Esteri Dominique de Villepin, contribuì a riportare il tema dell'immigrazione al centro dell'attenzione dell'opinione pubblica. Allo stesso modo, la questione migratoria fu posta nuovamente in primo piano nell'agenda politica del governo francese dal Ministro dell'Interno, Nicolas Sarkozy, che, presa coscienza delle persistenti falle nel dispositivo di controllo dei flussi migratori, decise di intraprendere un'importante riforma del diritto degli stranieri che, nonostante le considerevoli novità introdotte, costituì tuttavia una risposta ancora insufficiente di fronte ai numerosi punti deboli delle legislazioni precedenti.

Di conseguenza, nel 2006, il governo propose all'Assemblea Nazionale l'adozione di una nuova legge sull'immigrazione e l'integrazione, che, sebbene anch'essa finalizzata, secondo la medesima filosofia delle leggi che l'avevano preceduta, a contrastare l'immigrazione irregolare e a reprimere le violazioni di carattere procedurale, presentava però al tempo stesso un carattere fortemente innovativo, intendendo disciplinare l'immigrazione regolare mediante la promozione di un'immigrazione controllata e di un'integrazione riuscita³³⁹. La prospettiva dell'integrazione s'inscriveva dunque ormai pienamente nell'ambito della politica adottata dalla Francia in tale materia, rivelando il passaggio da un'*immigration subie*, dettata essenzialmente da ragioni familiari, a un'*immigration choisie*, più in linea con le esigenze dell'economia e della società complessivamente considerata, e mostrando come non fosse più perseguibile l'obiettivo dell'immigrazione zero mediante una chiusura delle frontiere.

Sebbene quest'idea non fosse del tutto originale, avendo il Primo Ministro Dominique de Villepin già utilizzato queste espressioni in un suo discorso di politica generale nel giugno 2005, la sua attuazione ad opera della nuova legge sull'immigrazione e l'integrazione segnò una vera e propria svolta rispetto alla politica dei governi precedenti, consacrando ufficialmente l'idea di una ripresa dell'immigrazione dei lavoratori in funzione delle esigenze dell'economia francese. In effetti, l'assenza di una politica migratoria era ritenuta suscettibile di avere gravi conseguenze per la competitività dell'economia francese, a causa dell'elevato numero d'immigrati presenti sul territorio per motivi familiari, che di certo non

³³⁹ Legge n. 2006-911 del 24 luglio 2006 relativa all'immigrazione e all'integrazione, in JO n. 170 del 25 luglio 2006, p. 11047. Sottoposta alla Corte Costituzionale, la legge Sarkozy II è stata oggetto di una sola riserva d'interpretazione, mentre tutte le altre disposizioni sono state dichiarate conformi alla Costituzione. In tal senso, cfr. Corte Cost., 20 luglio 2006, n. 2006-539 DC, JO del 25 luglio 2006, p. 11066.

corrispondevano ai reali bisogni dell'economia del paese, bensì aumentavano il numero delle persone in cerca di un impiego. La rapidità con cui la nuova legge venne adottata testimonia ancora una volta il carattere prioritario assegnato all'elaborazione di una politica di immigrazione più rigorosa nei confronti degli stranieri in posizione irregolare. Oltre a una maggiore severità del legislatore nei confronti dell'immigrazione familiare - tradottasi in un inasprimento delle condizioni per il rilascio dei titoli di soggiorno e nella limitazione delle possibilità di ottenere il raggruppamento familiare - e alla previsione dell'obbligo di lasciare il territorio come nuova misura di allontanamento degli stranieri in posizione irregolare, la riforma del 2006 ha accentuato la dimensione repressiva della lotta contro il lavoro illegale, aggravando le sanzioni previste nei confronti dei datori di lavoro nelle ipotesi di recidiva e penalizzando le condizioni di lavoro incompatibili con la dignità umana.

Il quadro della politica francese in materia di immigrazione prosegue poi con la legge del 20 novembre 2007, che disciplina l'integrazione degli stranieri entrati regolarmente in Francia, modificando, in senso più restrittivo, le condizioni relative alle risorse necessarie per il raggruppamento familiare, senza tuttavia modificare l'impianto repressivo adottato dalle riforme del 2003 e del 2006, che costituiscono dunque il punto d'arrivo della politica condotta dal governo francese dagli inizi degli anni Novanta al fine di contrastare più efficacemente l'immigrazione irregolare³⁴⁰. Anche la recente legge del 16 giugno 2011 che ha modificato in più parti il diritto degli stranieri, dando attuazione alle direttive europee sul rimpatrio degli stranieri in posizione irregolare, sulla carta blue e sull'impiego di lavoratori senza titolo di soggiorno, non ha apportato modifiche sostanziali al dispositivo repressivo, limitandosi piuttosto a modificare le disposizioni sull'acquisto della nazionalità francese e sulle zone d'attesa, fissando inoltre nuove esigenze di integrazione e di rispetto dei valori della Repubblica francese in materia di rinnovo dei permessi di soggiorno³⁴¹.

Le tendenze contraddittorie insite nell'evoluzione della legislazione francese in materia di immigrazione mostrano dunque l'ambiguità che caratterizza la relativa politica, sempre più orientata a stabilire una netta separazione tra gli immigrati regolarmente residenti in Francia, da integrare progressivamente nella società, e coloro che si trovano invece in condizione irregolare, la cui presenza sempre più significativa rischia di costituire una minaccia per l'economia francese e l'ordine pubblico, richiedendo dunque un inasprimento della lotta contro l'immigrazione irregolare, da realizzare mediante un rafforzamento dei

³⁴⁰ Legge n. 2007-1631 del 20 novembre 2007 relativa al controllo dell'immigrazione, all'integrazione e all'asilo, in JO n. 270 del 21 novembre 2007, p. 18993.

³⁴¹ Legge Besson n. 2011-672 relativa all'immigrazione, l'integrazione e la nazionalità, in JO del 17 giugno 2011, p. 10290.

controlli all'ingresso nel territorio francese (§ 1) e una maggiore effettività delle procedure di allontanamento (§ 2).

§ 1. Il rafforzamento dei controlli all'ingresso nel territorio francese

L'evoluzione della politica francese in materia di immigrazione rende evidente come, a partire dagli anni Ottanta, la lotta contro l'immigrazione irregolare sia divenuta una priorità anche per la Francia, essendo uno dei principali obiettivi perseguiti dalla legge del 26 novembre 2003, che illustra chiaramente la volontà del legislatore di ristabilire una piena capacità di controllo dei flussi migratori e, più in generale, la credibilità del concetto stesso di immigrazione. La presa di coscienza del fatto che la riuscita di una tale politica è indissociabilmente legata all'efficacia delle procedure volte a controllare l'ingresso degli stranieri in Francia ha indotto il legislatore ad adottare delle misure volte al rafforzamento di tale controllo, come risulta dalle numerose modifiche apportate dalla legge del 26 novembre 2003 al regime di ingresso nel territorio francese (A), fra cui riveste senz'altro un'importanza fondamentale l'istituzione di banche volte alla registrazione dei dati biometrici degli stranieri in situazione irregolare (B).

A. Le novità introdotte dalla legge del 26 novembre 2003

La legge del 26 novembre 2003 relativa al controllo dell'immigrazione, al soggiorno degli stranieri in Francia e alla nazionalità (MISEFEN), entrata in vigore il 29 novembre 2003, si propone innanzitutto di lottare contro l'immigrazione irregolare, di rinnovare la politica d'integrazione degli stranieri nella società francese e infine di riformare il regime della "double peine"; obiettivi, questi, complessivamente perseguiti mediante varie modifiche all'ordinanza del 2 novembre 1945 e diversi adattamenti sia al codice civile sia al codice penale in materia di nazionalità e di pene³⁴². La portata innovativa di tale legge in effetti è tale che essa, a differenza delle precedenti, non può considerata alla stregua di una mera modifica dell'ordinanza del 1945, bensì «costituisce la prima tappa verso la definizione di una vera e propria politica di immigrazione, apportando notevoli cambiamenti all'impostazione di fondo

³⁴² Legge n. 2003-1119 del 26 novembre 2003 relativa al controllo dell'immigrazione, al soggiorno degli stranieri in Francia e alla nazionalità, in JO n. 274 del 27 novembre 2003, p. 20136. Per un esame dettagliato delle disposizioni della legge in questione, cfr. N. GUIMEZANES, *La loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, in JCP, 2003, n. 50, p. 2169; D. TURPIN, *La loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, in RD, 2004, n. 5, p. 283.

finora adottata dalla Francia nei confronti degli stranieri»³⁴³. Come rilevato dallo stesso Sarkozy, la legge del 2003 è un testo programmatico che tenta di non essere prigioniero dei dogmi di cui la politica migratoria francese ha per molto tempo sofferto, proponendo per ogni problema una soluzione ispirata a criteri di realismo, efficacia e giustizia, nella costante ricerca di strumenti direttamente operativi³⁴⁴.

Com'è stato rilevato in dottrina, la volontà del governo di definire un'effettiva politica in materia di immigrazione e, soprattutto, di controllarne l'attuazione risulta già dall'inserimento, nell'ambito dell'ordinanza del 2 novembre 1945, di un articolo preliminare volto a prevedere la presentazione, ogni anno, da parte del governo di un rapporto sugli orientamenti pluriennali della politica di immigrazione, contenente delle indicazioni quantitative e dettagliate sui diversi aspetti di tale politica, quali i permessi di soggiorno rilasciati e rifiutati, gli stranieri ammessi a titolo di ricongiungimento familiare, le *attestations d'accueil* convalidate, le misure di allontanamento eseguite rispetto alle decisioni pronunciate, gli indicatori che consentono di rilevare il numero di stranieri in situazione irregolare, etc³⁴⁵. Era inoltre disposto che la presentazione di tale rapporto fosse seguita da un dibattito, ma la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima tale previsione, ritenendo che non rientra nella competenza del legislatore imporre un dibattito pubblico, potendo tale obbligo fare ostacolo alle prerogative che secondo la Costituzione spettano al governo e a ogni assemblea per la fissazione dell'ordine del giorno³⁴⁶.

Più in generale, partendo dal presupposto che una politica di regolarizzazione dell'immigrazione regolare è priva di significato se non si accompagna a un controllo dei flussi irregolari, la riforma del 2003 persegue l'obiettivo di una più incisiva lotta contro l'immigrazione clandestina, da realizzare mediante il miglioramento dei controlli all'ingresso degli stranieri in Francia, una maggior effettività nell'esecuzione delle misure di allontanamento e, infine, la previsione di procedure d'allontanamento degli stranieri in posizione irregolare. Se si esclude la nuova protezione, nettamente rafforzata, per alcune categorie di stranieri sottratti all'espulsione - sinteticamente descritta come abolizione della

³⁴³ Cfr. THIERRY MARIANI (UMP), rapporto davanti all'Assemblea Nazionale, n. 2986 del 26 aprile 2006, p. 13.

³⁴⁴ N. SARKOZY, *La loi MISIFEN du 26 novembre 2003: présentation générale*, in *AJP* 2004, n. 3, p. 93.

³⁴⁵ J. JULIEN-LAFERRIERE, *La loi n. 2003-119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, in J.Y. CARLIER - P. DE BRUYCKER, *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, 2005, p. 530.

³⁴⁶ Decisione della Corte Costituzionale n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003, relativa alla legge sul controllo dell'immigrazione, il soggiorno degli stranieri in Francia e la nazionalità, che nel complesso ha pronunciato tre censure ed emesso due riserve d'interpretazione. Sul punto, cfr. C. ZARKA, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité: le Conseil constitutionnel a prononcé trois censures et émis deux réserves d'interprétation*, in *JCP*, 2003, n. 51-52, p. 2249.

“*double peine*” -, le disposizioni della nuova legge contribuiscono nel complesso a un inasprimento del diritto degli stranieri mediante una penalizzazione che coinvolge diversi aspetti di tale disciplina. Per quanto riguarda l’ingresso e il soggiorno, la legge del 2003 ha ampliato la lista dei documenti di cui devono essere muniti gli stranieri per entrare nel territorio francese, prevedendo, innanzitutto, che lo straniero venuto in Francia per motivi familiari o turistici sia munito di un’assicurazione destinata a fornire le garanzie per il suo rimpatrio oltre che a coprire le spese mediche e ospedaliere, ivi compreso l’aiuto sociale, risultanti da eventuali cure che si potranno rendere necessarie durante il suo soggiorno in Francia. Tale previsione, anche se volta a evitare che lo straniero, privo di ogni copertura sociale - per la quale occorre invece essere titolare di un permesso di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi - sia, in caso di malattia o ricovero in ospedale, a carico della sicurezza sociale, rischia però di costituire un ostacolo per la venuta in Francia degli stranieri meno abbienti, che non potranno sostenere gli elevati costi dell’assicurazione.

Inoltre, il nuovo articolo 5-3 dell’ordinanza del 1945 ripropone, sotto il nome di “*attestation d’accueil*”, il certificato di alloggio che era stato soppresso dalla legge dell’11 maggio 1998 e il cui regime era molto simile a quello istituito dalle leggi Pasqua del 1993 e Debré del 1997, disponendo, in particolare, che tale *attestation* sia firmata dalla persona che si propone di assicurare l’alloggio allo straniero, per essere poi validata dal sindaco, al fine di garantire che lo straniero possa essere accolto “*dans des conditions normales de logement*”, precisate con decreto del Consiglio di Stato. È inoltre previsto che il sindaco possa rifiutare di convalidare l’*attestation* ove questa non sia accompagnata dai documenti giustificativi richiesti, le indicazioni su cui si basa siano inesatte o vi sia il sospetto di una violazione della procedura, cioè se questa appaia volta a consentire allo straniero di installarsi in Francia anziché soggiornarvi per un breve periodo. In caso di dubbio, il sindaco può chiedere all’OMI di procedere, con il consenso del titolare dell’alloggio, a una visita dello stesso, ritenendosi, in caso di rifiuto, che non siano soddisfatte le condizioni richieste per un alloggio normale. L’assenza di convalida nel mese che segue il deposito dell’*attestation* vale come rifiuto implicito e tale decisione, così come il rifiuto espresso, può essere contestata mediante un ricorso amministrativo al prefetto, obbligatorio prima di ogni altro ricorso contenzioso.

Alla luce della complessità di tale procedura, che rischia di impedire la venuta in Francia degli stranieri che non sono stati in condizione di programmare il viaggio molto tempo prima, l’ultimo alinéa, a differenza delle leggi del 1996 e del 1997, dispensa dall’*attestation d’accueil* coloro che vengono in Francia per un «soggiorno dettato da ragioni umanitarie o di scambio culturale, o [...] per un motivo medico urgente o a causa della morte

o malattia grave di un parente».

L'*attestation* deve inoltre essere accompagnata dall'impegno di colui che fornisce l'alloggio di prendere in carico, per tutta la durata di validità del *visa* o per una durata di tre mesi dall'ingresso dello straniero nel territorio degli Stati parte della Convenzione di Schengen, e nel caso in cui lo straniero accolto non possa, le spese del suo soggiorno in Francia. Nel testo adottato dal Parlamento, questa presa in carico doveva anche comprendere le spese del rimpatrio se lo straniero non disponeva, alla fine di questo periodo, di risorse sufficienti per lasciare il territorio francese; tuttavia, la Corte Costituzionale ha dichiarato tale disposizione incompatibile con la Costituzione in quanto, mettendo a carico dell'alloggiatore le spese di rimpatrio eventuale dello straniero accolto, senza prevedere un *plafonnement* di tali spese, senza tenere conto della buona fede dell'alloggiatore né del comportamento dell'alloggiato e senza fissare un termine di prescrizione adatto, il legislatore ha violato l'uguaglianza dei cittadini davanti ai pubblici poteri³⁴⁷.

Per quanto riguarda in particolare la dimensione prevalentemente repressiva sottesa alla riforma, questa è inoltre evidente laddove si consideri l'inasprimento, conformemente agli *standard* posti dall'Unione europea, delle sanzioni amministrative o penali a carico dei *passeurs* e dei *transporteurs*, oltre che delle sanzioni penali per l'impiego di stranieri senza titolo di soggiorno³⁴⁸. In particolare, la legge del 2003, se da un lato lascia invariato il delitto di ingresso e soggiorno irregolare in Francia, dall'altro interviene sull'art. 21 dell'ordinanza, che prevede l'aiuto all'ingresso e soggiorno irregolare, modificando sia l'ambito applicativo della fattispecie sia il profilo sanzionatorio³⁴⁹. Sotto il primo profilo, non si precisa più che l'autore dell'infrazione deve trovarsi in Francia, ma è invece previsto che possa trovarsi sul territorio di uno Stato parte della Convenzione Schengen o anche sul territorio di uno Stato parte del Protocollo contro il traffico illecito di migranti, addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale. Inoltre, se l'incriminazione era stata finora limitata alle sole ipotesi in cui l'aiuto fosse fornito a una persona che si trovasse in Francia o nello spazio internazionale delle zone aeroportuali situate nel territorio nazionale, tale esigenza della presenza fisica dello straniero sul territorio francese è ormai eliminata, estendendo l'alinéa 3 dell'art. 21 la pena di 5 anni di reclusione e l'ammenda di 30.000 euro a

³⁴⁷ Decisione della Corte Costituzionale n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003, cit.

³⁴⁸ Come si vedrà meglio in seguito, le disposizioni della legge del 26 novembre 2003 tendono a dare attuazione alla direttiva 2002/90 CE del 28 novembre 2002 che definisce le infrazioni relative all'aiuto all'ingresso, circolazione e soggiorno irregolari e alla decisione-quadro del Consiglio dell'Unione europea, dello stesso giorno, volta a rafforzare il quadro penale per la repressione di tali infrazioni.

³⁴⁹ J. JULIEN-LAFERRIERE, *Les dispositions répressives de la loi du 26 novembre 2003*, in *AJP*, 2003, n.1, p. 97.

colui che favorisca o tenti di favorire l'ingresso, la circolazione o il soggiorno irregolare di uno straniero sul territorio di uno Stato parte della Convenzione di Schengen³⁵⁰.

A tal proposito, si precisa che, se l'interessato è entrato o ha soggiornato irregolarmente in uno Stato diverso dalla Francia, la situazione irregolare è valutata con riguardo alla legislazione di tale Stato. Questa previsione è stata considerata conforme alla Costituzione, in quanto la Corte Costituzionale, nella stessa decisione del 20 novembre 2003, ha ritenuto che essa si limiti a definire un elemento costitutivo inerente a ogni infrazione transnazionale d'aiuto al soggiorno irregolare di uno straniero e che sia dunque perfettamente applicabile il principio affermato all'art. 121-3 del codice penale secondo cui non vi è delitto senza l'intenzione di commetterlo.

Dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, la legge del 2003 se, da una parte, non modifica le pene principali previste in relazione alle persone fisiche (5 anni di reclusione e 30.000 euro di ammenda), dall'altra aggrava le pene complementari, prevedendo la possibilità di pronunciare un'interdizione al soggiorno per 5 anni (anziché 3) e di sospendere la patente di guida per 5 anni anziché 3 (10 in caso di recidiva anziché 6)³⁵¹. Allo stesso modo, sono aumentate le aggravanti per il delitto di aiuto all'ingresso e al soggiorno irregolari; in particolare, l'art. 21 *bis* prevede la pena di 10 anni di reclusione e un'ammenda di 750.000 euro se l'infrazione è commessa in gruppo organizzato o in condizioni che espongono direttamente gli stranieri a un rischio immediato di morte o di lesione tale da comportare un'infermità permanente; se ha per effetto di sottoporre gli stranieri a condizioni di vita, di trasporto, di lavoro o di alloggio incompatibili con la dignità della persona umana o se è stata commessa mediante un'abilitazione o un titolo di circolazione in zona riservata di un aeroporto o di un porto.

Ai sensi dell'art. 20 *bis* dell'ordinanza, inoltre, l'ammontare dell'ammenda contro i *transporteurs* che favoriscono l'ingresso nel territorio francese di stranieri in situazione irregolare è invece aumentato da 1.500 a 5.000 euro e l'infrazione è estesa anche alle zone di transito; tale somma può essere tuttavia diminuita se il *transporteur* ha fatto ricorso ai dispositivi di numerazione rilasciati dalle autorità francesi. Inoltre, se lo straniero condotto in Francia è un minore senza rappresentante legale, la somma di 5.000 euro deve essere immediatamente consegnata al funzionario che ha redatto il processo verbale dell'infrazione,

³⁵⁰ Sull'estensione dell'ambito applicativo del delitto di aiuto all'ingresso, alla circolazione o al soggiorno irregolari, cfr. più ampiamente J-F. SEUVIC, *La loi 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, in *RSC*, 2004, p. 407.

³⁵¹ Tali pene complementari sono state istituite per la prima volta dalla legge del 10 luglio 1974 e da allora la lista stata progressivamente ampliata e inasprita.

inducendo in tal modo i *transporteurs* a rifiutare il trasporto dei minori non accompagnati e rendendo la loro situazione estremamente delicata, in quanto, privi di rappresentanti legali, sono esposti al rischio che il ritorno nel loro paese avvenga senza le adeguate misure di protezione.

In una prospettiva volta a mettere in luce gli aspetti repressivi della riforma del 2003, è da rilevare che questa ha introdotto il delitto di *mariage de complaisance* e ha inoltre previsto sanzioni più severe per le ipotesi di impiego di uno straniero privo di autorizzazione al lavoro. L'articolo 14 *bis* della legge in esame introduce infatti una novità nei confronti dei lavoratori stranieri senza autorizzazione di lavoro, suscettibili di vedersi applicata un'ammenda di 3.750 euro, accompagnata da un'interdizione dal territorio francese per tre anni. Precedentemente, l'art. L.314-4 del Codice del lavoro si limitava a imporre allo straniero l'obbligo di procurarsi un'autorizzazione di lavoro per esercitare un'attività salariata, non prevedendo alcuna sanzione penale nelle ipotesi in cui ne fosse privo e prevedendo addirittura una protezione legale sul piano civile per il lavoratore irregolare. In caso di controlli, solamente il datore di lavoro incorreva in sanzioni penali, in quanto il legislatore considerava il salariato pur sempre come una vittima anziché come coautore dell'infrazione (anche se consenziente). Nell'ottica di un'adeguata protezione della manodopera straniera in situazione precaria dallo sfruttamento, mentre significativi passi avanti erano stati fatti con la riforma del codice penale del 1994 - che aveva previsto la criminalizzazione delle condizioni di lavoro e di alloggio contrarie alla dignità umana -, lo stesso non può dirsi per la legge del 26 novembre 2003, che sembra piuttosto segnare una ridefinizione della politica penale in materia, favorendo la considerazione di tale categoria di lavoratori stranieri alla stregua di delinquenti, anziché di vittime meritevoli di particolare protezione. Sebbene la nuova previsione tenda, da un lato, a garantire l'applicazione delle norme sociali minime e, dall'altro, a favorire la denuncia della situazione illegale da parte del lavoratore, è tuttavia poco probabile, se non addirittura illogico, ritenere che i lavoratori clandestini che non dispongono di alcuna altra fonte di reddito al di fuori di quella derivante dalla loro attività illegale, possano denunciare il datore di lavoro che gli fornisce i mezzi di sussistenza necessari per continuare a soggiornare in Francia. È evidente inoltre la dimensione discriminatoria insita in tale previsione, che riguarda solamente gli stranieri che violano il diritto del lavoro, punendo tali persone e rendendo ancora più precaria la situazione di debolezza in cui si trovano di fronte al loro datore di lavoro.

La legge del 2003, oltre a introdurre nuove ipotesi di ritiro del permesso di soggiorno, modifica le condizioni di esecuzione delle decisioni di rifiuto di ingresso in Francia,

prevedendo che la notificazione di tali decisioni menzioni il diritto di rifiutare di essere rimpatriato prima che sia decorso il termine di un giorno franco e invitando lo straniero a indicare sulla notifica se intende beneficiare o meno del giorno franco. Tale sistema comporta, da un lato, che il beneficio del giorno franco debba ormai essere espressamente richiesto; dall'altro, che il silenzio dell'interessato valga come rinuncia al giorno franco, permettendo dunque di ritenere che lo straniero, contrariamente ai principi di diritto amministrativo, rinunci implicitamente a tale diritto.

Per quanto riguarda invece l'espulsione, è modificato il regime della "protezione relativa", non potendosi più procedere all'espulsione delle categorie di stranieri elencate all'art. 25 dell'ordinanza del 1945 in caso di semplice minaccia per l'ordine pubblico, richiedendosi invece una «*nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique*». Inoltre, l'art. 26, al fine di rafforzare la protezione degli stranieri che hanno forti legami familiari o una residenza di lunga durata in Francia, prevede la "protezione quasi assoluta" - che rappresenta uno degli aspetti della cd. "abolizione della doppia pena" -, autorizzando l'espulsione degli stranieri che rientrano in queste categorie solo in caso di comportamenti tali da mettere in pericolo gli interessi fondamentali dello Stato, o legati ad attività di carattere terroristico, o che costituiscono atti di provocazione alla discriminazione, all'odio o alla violenza in ragione dell'origine o della religione delle persone.

In effetti, è da rilevare che, se si esclude la "protezione totale" del minore contro ogni misura di allontanamento, non vi è stata alcuna "abolizione della doppia pena", in quanto anche gli stranieri più protetti possono ancora essere espulsi, dopo aver scontato la pena di reclusione che sanziona l'infrazione che hanno commesso o che costituisce il motivo principale, se non unico, della loro espulsione. È vero che esistono quattro categorie di stranieri che in seguito a tale legge potranno essere espulsi molto difficilmente, ma si tratta pur sempre di categorie marginali, essendo persone residenti in Francia da più di 20 anni, nelle quali non rientra di certo la maggior parte della popolazione immigrata che vive in Francia. Nonostante gli stranieri siano dunque sottoposti a un trattamento diverso rispetto ai cittadini, per i quali non è prevista l'espulsione, la Corte Costituzionale non ha accolto le censure di incostituzionalità formulate al riguardo, anche perché, essendo tale regime nettamente più favorevole rispetto a quello risultante dalle leggi precedenti, sarebbe stato poco opportuno dichiararlo contrario alla Costituzione³⁵².

³⁵² Cfr. J. JULIEN-LAFERRIERE, *La loi n. 2003-119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cit., p. 550.

Nel complesso, sebbene la legge del 2003 abbia tentato di raggiungere un equilibrio tra, da un lato, una serie di misure rigorose destinate a limitare gli ingressi e a favorire l'allontanamento e, dall'altro, delle disposizioni più "généreuses" nei confronti degli stranieri regolarmente inseriti nella società francese, non si può negare però il carattere eccessivamente severo e talvolta stigmatizzante di alcune sue disposizioni che sembrano muoversi nel senso di una riduzione dei diritti degli stranieri residenti in Francia e di un aumento dei controlli sui visti e le dichiarazioni di ospitalità, proseguendo in tal modo quella politica di immigrazione avviata negli anni Novanta volta ad accentuare il "volet policier" sotteso alla legislazione sugli stranieri.

B. I nuovi fichiers d'étrangers

Tra le disposizioni repressive della legge del 26 novembre 2003 volte a rafforzare la lotta contro l'immigrazione irregolare meritano particolare attenzione quelle relative alla creazione di diversi "fichiers d'étrangers" che, inserite tra le misure sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri in Francia, servono a dare maggior efficacia alle sanzioni previste per la loro violazione. In particolare, l'introduzione di tali fichiers consente di svolgere un controllo più sofisticato sui dispositivi di convalida delle attestations d'accueil, di rilascio dei visa e di allontanamento degli stranieri irregolari, permettendo in tal modo di «agir sur l'ensemble de la chaîne des filières criminelles» e di «renforcer la lutte contre l'immigration clandestine»³⁵³. In effetti, tale "fichage intégral des étrangers" riguarda esclusivamente gli stranieri non comunitari ammessi regolarmente nel territorio, essendo esclusi da tale procedura gli stranieri che entrano clandestinamente in Francia - almeno fin tanto che non vengano controllati e siano oggetto di una misura di espulsione - e coloro ai quali è negato l'ingresso nel territorio.

In particolare, in base al nuovo alinéa inserito all'articolo 5-3 dell'ordinanza del 1945, «le richieste di convalida delle attestations d'accueil possono essere memorizzate e fare oggetto di un trattamento automatizzato al fine di lottare contro le violazioni della procedura». Tali fichiers, disposti dai sindaci, sono volti a consentire l'effettiva attuazione della disposizione dell'articolo 5-3 dell'ordinanza, nella parte in cui autorizza il sindaco a rifiutare la convalida dell'attestation d'accueil laddove quelle precedentemente firmate dalla stessa persona abbiano di fatto comportato una violazione della procedura.

³⁵³ Questi gli obiettivi fissati nella Relazione al progetto di legge.

Un altro *fichier*, previsto dal nuovo alinea 1 inserito all'articolo 8-3 dell'ordinanza, contiene invece le impronte digitali e la fotografia degli stranieri, che non siano cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea o della Confederazione elvetica, che richiedono il rilascio di un titolo di soggiorno, che si trovano in situazione irregolare in Francia, che sono oggetto di una misura di allontanamento dal territorio francese, o ancora di coloro che, essendo stati controllati all'attraversamento della frontiera in provenienza da un paese terzo, non soddisfano le condizioni d'ingresso previste all'art. 5 della Convenzione di Schengen o all'art. 5 dell'ordinanza del 1945. Si tratta dunque delle stesse ipotesi in cui lo straniero può essere sottoposto a una misura di accompagnamento alla frontiera in applicazione dell'articolo 22 dell'ordinanza del 1945. Le impronte e le foto così rilevate sono poi memorizzate e sottoposte a un trattamento automatizzato alle condizioni fissate dalla legge n. 78-17 del 6 gennaio 1978.

La creazione di tale *fichier* è dunque destinata, come afferma lo stesso articolo 8-3, a intensificare la lotta contro l'ingresso e il soggiorno irregolare degli stranieri in Francia, in quanto, la conservazione per diversi anni in apposite banche dati delle impronte digitali depositate al momento della presentazione di una domanda di *visa* consente di prevenire eventuali comportamenti fraudolenti che rivestono oggi un carattere sempre più diversificato. Il confronto tra le varie impronte digitali facilita inoltre l'identificazione dei richiedenti, contribuendo a diffondere una maggiore certezza sull'identità dei detentori dei *visa*, in quanto ogni impronta non può che corrispondere a un solo richiedente, permettendo di realizzare in tal modo un controllo più efficace sulle usurpazioni di identità.

Nella stessa prospettiva, il nuovo articolo 8-4 dell'ordinanza del 1945 crea un terzo *fichier* contenente le impronte digitali e la fotografia dei cittadini stranieri che richiedono il rilascio, presso un consolato o alla frontiera esterna degli Stati parte della Convenzione di Schengen, di un *visa* al fine di soggiornare in Francia o sul territorio di un altro Stato parte di tale Convenzione, vale a dire un *visa* di lungo periodo e non un *visa* d'ingresso per un soggiorno inferiore a tre mesi. Anche in questo caso, le impronte e le foto sono rilevate, memorizzate e sottoposte a un trattamento automatizzato. L'articolo 8-4 precisa inoltre che tali dati siano obbligatoriamente rilevati nelle ipotesi di rilascio di un *visa*, lasciando presumere che tale procedura sia facoltativa in caso di rifiuto. Non vi è dubbio, infatti, che il rilevamento sistematico nel caso in cui venga rilasciato un *visa* permetta di verificare se lo straniero ha abbandonato il territorio francese, o comunque il territorio Schengen, alla scadenza del suo *visa*; ma, com'è stato rilevato in dottrina, l'applicazione della medesima

procedura ai casi di rifiuto permetterebbe di evitare le numerose violazioni della procedura³⁵⁴. Si può tuttavia facilmente comprendere come l'alto numero di richieste di *visa* (diverse decine di milioni ogni anno) abbia indotto a non prevedere il rilevamento sistematico anche nei casi di diniego.

Per tutti tali *fichiers*, è previsto che un decreto del Consiglio di Stato, adottato dopo il parere della CNIL, stabilisca in ogni caso la durata del periodo in cui i dati devono essere conservati e le condizioni per procedere all'aggiornamento delle informazioni registrate, oltre che le modalità d'abilitazione delle persone che possono accedervi e, se necessario, le condizioni in cui le persone interessate possono esercitare il loro diritto di accesso. Può apparire strano che la legge attribuisca al decreto il compito di precisare in ogni caso gli aspetti relativi alla conservazione e all'aggiornamento di tali dati, limitando invece soltanto alle ipotesi in cui sia necessario la definizione delle condizioni alle quali le persone interessate possono esercitare il loro diritto di accesso. Aldilà di tale considerazione, la Corte Costituzionale non ha comunque approfittato della decisione del 20 novembre 2003 per chiarire il senso e la portata da attribuire a tale previsione³⁵⁵.

Nel complesso, l'introduzione della biometria nei *visa* presenta senza dubbio diversi vantaggi, consentendo la tracciabilità degli spostamenti dei portatori di *visa* biometrico, in quanto il confronto tra impronte digitali rilevate in diversi momenti e in diversi luoghi permette di meglio controllare quei richiedenti che per vari motivi possono aver attirato l'attenzione dei servizi interessati; inoltre, consente di realizzare un controllo più efficace dei rimpatri nei paesi di origine, poiché i controlli d'identità all'uscita dal territorio francese permettono di esaminare meglio i movimenti degli stranieri, specie se in situazione irregolare, e di facilitare il loro allontanamento verso i paesi di origine. Alla luce di tali considerazioni, ben si comprende perché il dispositivo francese, oltre a esser stato generalizzato a livello europeo, sia stato perfezionato dalle leggi successive al 2003 e dalla pubblicazione dei relativi decreti di attuazione, che hanno introdotto altri tipi di *fichiers* che, insieme a quelli creati nel 2003, compongono un quadro piuttosto articolato.

Lo straniero che arriva in Francia con un *visa* di corto o lungo periodo è dal 2007 schedato, dal momento della domanda del *visa*, nel cd. *Visabio*, il *fichier biométrique français des visas*, destinato a essere collegato, per i *visa* di breve periodo, con il sistema centralizzato

³⁵⁴ Cfr. J. JULIEN-LAFERRIERE, *La loi n. 2003-119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cit., p. 546.

³⁵⁵ Decisione della Corte Costituzionale n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003, cit. Sul punto, cfr. O. LECUCQ, *L'examen par le Conseil constitutionnel de la nouvelle législation sur l'immigration*, in *AJDA*, 2004, p. 599.

europeo VIS. Il rilascio di un *visa* di breve periodo richiede inoltre, in via preliminare, la convalida dell'*attestation d'accueil*, che risulta dalla registrazione dello straniero e di chi lo ospita nel "*fichier des hébergeants d'étrangers*", introdotto nel 2005, che permette di realizzare un vero e proprio controllo di polizia su chi ospita un parente o amico straniero, in quanto, se costui permane irregolarmente nel territorio, si può sospettare che colui che l'ha ospitato abbia organizzato tale soggiorno irregolare e, di conseguenza, il sindaco può vietargli di accogliere altre persone.

Ove si tratti di un richiedente asilo, costui è iscritto nel *fichier* dell'Ofra, l'*Office français de protection des réfugiés et apatrides*, oltre che nella banca dati europea Eurodac. Fuori dai casi di breve periodo, lo straniero è invece registrato nel *fichier* "Application de gestion des ressortissants étrangers en France" (Agdref, dal 1993), con l'attribuzione del numero Agdref; comparando anche nel *fichier* Immi2 de l'Ofii (dal 2004), che consente in particolare di gestire la convalida delle visita medica necessaria al rilascio del permesso di soggiorno. Nel caso in cui lo straniero divenga destinatario di una misura di allontanamento, è dal 2007 iscritto nel *fichier* Eloi; mentre se beneficia di un aiuto al ritorno è dal 2009 registrato nel *fichier* Oscar.

Ovviamente, durante il suo soggiorno in Francia, lo straniero può essere iscritto, così come i cittadini, nei vari *fichiers policiers*; inoltre, in caso di soggiorno irregolare, è prevista la registrazione in alcuni *fichiers* amministrativi, oltre all'attribuzione di un numero di sicurezza sociale, o più esattamente un numero di iscrizione al repertorio nazionale d'identificazione delle persone fisiche (Nir), dal momento in cui un'associazione abilitata ne avrà fatto la domanda.

Per quanto riguarda i minori, essi sono iscritti nell'Eloi insieme ai loro genitori, con i rischi di stigmatizzazione che tale registrazione può comportare, in quanto, rendendo noto all'amministrazione e alla polizia il fatto che il minore risiede o ha risieduto in Francia con i suoi genitori in condizione irregolare, aumenta le probabilità che venga allontanato al raggiungimento della maggiore età, compromettendo la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno.

In generale, comunque, diverse associazioni hanno rilevato il carattere eccessivo e inadeguato della conservazione dei dati nella maggior parte di tali *fichiers*, proponendo ricorso al Consiglio di Stato al fine di ottenere l'annullamento delle disposizioni su cui essi si basano. Dopo il rigetto del ricorso contro il *fichier des hébergeants d'étrangers*, sono invece state annullate alcune disposizioni del decreto istitutivo dell'Eloi in ragione della durata eccessiva (3 anni) del periodo di conservazione dei dati dalla fine della procedura di

allontanamento e delle inique conseguenze che potevano derivare dall'attribuzione del numero Agdref, avendo inoltre il Consiglio di Stato raccomandato “*l'innocuité*” di un eventuale uso futuro delle statistiche stabilite relativamente alle misure di allontanamento e alla loro esecuzione.

§ 2. Il miglioramento dell'efficacia delle procedure di allontanamento

L'evoluzione della politica francese in materia di immigrazione mostra come il legislatore abbia ben presto preso coscienza del fatto che l'incisività del controllo dei flussi migratori e il rispetto delle condizioni alle quali i cittadini dei paesi terzi sono ammessi a entrare e a soggiornare sul territorio nazionale dipendono in larga misura dall'efficacia delle procedure di allontanamento degli stranieri irregolari. Infatti, nell'ambito della legge del 26 novembre 2003, la “*maitrise des flux migratoires*” è perseguita non solo mediante la definizione delle regole per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri in Francia, bensì anche attraverso la previsione di una serie di misure volte a consentire l'effettiva esecuzione delle decisioni giudiziarie o amministrative di allontanamento degli stranieri che si trovano in posizione irregolare o che costituiscono una minaccia per l'ordine pubblico. In effetti, la legge del 2003 non ha modificato lo spirito dei testi anteriori che, nel rispetto del principio della separazione delle competenze tra i diversi ordini giurisdizionali, limitavano il potere dell'autorità giudiziaria al solo esame del prolungamento della detenzione amministrativa o dell'assegnazione a residenza dello straniero, bensì, confermando il carattere amministrativo della procedura di allontanamento o di una decisione di accompagnamento alla frontiera, ha ribadito l'intervento del giudice ordinario, precisandone i confini³⁵⁶.

In particolare, al fine di rafforzare la lotta contro la clandestinità, tale legge prevede innanzitutto, in alcune ipotesi tassativamente elencate, un allungamento della durata massima della detenzione amministrativa da 12 a 32 giorni, al fine di consentire lo svolgimento degli adempimenti di carattere preliminare - quali l'identificazione degli stranieri in situazione irregolare, la presentazione della domanda di visto consolare, la prenotazione dei biglietti aerei, l'organizzazione di voli di gruppo - che si rivelano indispensabili per l'organizzazione materiale dell'allontanamento. In particolare, l'art. 35 *bis* dell'ordinanza prevede che, decorso un termine di 48 ore dalla decisione del prefetto che dispone la messa in detenzione, il giudice delle libertà e della detenzione possa prolungare tale termine di 15 giorni, rinnovabili per altri

³⁵⁶ Cfr. A. PÜTZ, *Le juge des libertés et de la détention et la loi du 26 novembre 2003*, in *AJP*, 2003-2004, n. 1, p. 100.

15 o più in caso di urgenza assoluta o di una minaccia di particolare gravità per l'ordine pubblico o quando l'impossibilità di eseguire la misura di allontanamento derivi dalla perdita o distruzione dei documenti di viaggio dell'interessato, dalla dissimulazione della sua identità o dall'ostruzione volontaria fatta al suo allontanamento³⁵⁷. Com'era logico prevedere, tale scelta, dettata dalla necessità di adeguarsi alla legislazione degli altri paesi europei e volta essenzialmente a un miglioramento dell'effettività delle misure di allontanamento, ha avuto notevoli risvolti pratici, consentendo di raddoppiare nel giro di tre anni il tasso di esecuzione delle misure di accompagnamento alla frontiera, passato dal 22,5 % nel 2002 (10.067 misure eseguite su 49.124 misure pronunciate) a più del 40 % nel 2005 (sono stati eseguiti quasi 20.000 accompagnamenti)³⁵⁸.

Per quanto riguarda invece le procedure giurisdizionali relative alle misure di allontanamento, la legge del 2003 introduce la possibilità per il pubblico ministero di chiedere al primo presidente della corte d'appello di sospendere l'appello presentato verso le decisioni rese dal giudice della libertà e della detenzione, quando sia evidente che l'interessato non disponga delle garanzie di rappresentanza o in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico; si consente inoltre che la trattazione delle relative udienze avvenga in aule appositamente predisposte in prossimità dei luoghi di detenzione, come avviene ad esempio a Coquelles, Marsiglia e Tolosa.

Inoltre, il giudice può decidere, su proposta del prefetto e con il consenso dello straniero, che l'udienza si svolga con l'utilizzazione di mezzi di telecomunicazione audiovisiva che garantiscano la riservatezza della trasmissione. Tali disposizioni sono state molto criticate dai magistrati dei tribunali di grande istanza e dagli avvocati interessati in quanto, a loro avviso, avrebbero posto il giudice della libertà sotto la pressione della polizia, in locali difficilmente accessibili, senza adeguate garanzie di pubblicità per le udienze, rischiando in tal modo di violare i diritti della difesa³⁵⁹. La Corte Costituzionale, nella sua decisione del 20 novembre 2003, ha rigettato tali obiezioni, considerando, da un lato, che il ricorso ad aule d'udienza predisposte in prossimità dei luoghi di detenzione o a mezzi di telecomunicazione audiovisiva consente di evitare dei trasferimenti contrari alla dignità degli stranieri coinvolti; dall'altro, che lo svolgimento di un'udienza in un'aula posta

³⁵⁷ Il *juge des libertés et de la détention* (JLD), istituito dalla legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000, è l'unico organo competente a esaminare le domande di allungamento della detenzione amministrativa di uno straniero oggetto di una misura di allontanamento. Al fine di permettere a tale giudice di verificare il rispetto dei diritti dello straniero, la Corte di Cassazione ha ampliato il suo ambito d'intervento, attribuendogli il potere di controllare la validità degli atti della procedura anteriore al mantenimento in detenzione o in zona d'attesa.

³⁵⁸ Rapporto d'informazione n. 2922, depositato da Thierry Mariani, assemblea Nazionale, marzo 2006.

³⁵⁹ Tali critiche sono state mosse in particolare da magistrati del Tribunale di Grande Istanza di Bobigny e dagli avvocati del *barreau* della Seine-Sant Denis, dipartimento in cui si trova l'aeroporto Roissy-Charles de Gaulle.

nell'immediata prossimità di un luogo di detenzione non è contrario ad alcun principio costituzionale, specie ove si consideri che il legislatore ha espressamente previsto che tale aula sia “*spécialement aménagée*” per garantire la sicurezza e l'attendibilità dei dibattiti e permettere al giudice di “*statuer publiquement*”.

Al fine di conciliare il rispetto del diritto di asilo con la necessità di garantire l'esecuzione delle misure di allontanamento, l'art. 35 *bis* dispone inoltre che, arrivato al centro di detenzione, lo straniero venga informato del fatto che ha a disposizione 5 giorni per presentare una domanda di asilo, decorsi i quali questa non sarà più ricevibile, evitando in tal modo la presentazione di domande a carattere dilatorio. Tali previsioni della legge del 2003 illustrano chiaramente la difficoltà di disciplinare le misure di allontanamento degli stranieri in posizione irregolare, trovandosi il legislatore costretto tra due esigenze contrapposte, rappresentate, da un lato, dall'interesse dello Stato a regolare la presenza degli stranieri sul proprio territorio; dall'altro, dal diritto di ogni persona al rispetto delle proprie libertà fondamentali. Per tali ragioni, nonostante le sostanziali modifiche apportate nel 2003, la legge del 24 luglio 2006, al fine di far fronte al considerevole aumento del contenzioso amministrativo concernente il diritto degli stranieri, ha ulteriormente riformato la procedura in materia di allontanamento degli stranieri irregolari, introducendo la nuova misura di “*obligation de quitter le territoire français*” (A), che si aggiunge alle altre misure esistenti nell'ordinamento francese, contribuendo ad alimentare una notevole confusione circa i presupposti applicativi e i confini di ognuna di esse (B).

A. *L'obligation de quitter le territoire français*

Nonostante l'ambizioso progetto di dotare la Francia di una “*véritable politique migratoire*”, il sistema introdotto dall'allora Ministro dell'Interno, Nicolas Sarkozy, non era riuscito a risolvere il problema della mancanza di efficacia nell'allontanamento degli stranieri in posizione irregolare, registrandosi un costante aumento del relativo contenzioso davanti alle giurisdizioni amministrative. La presa di coscienza dell'impossibilità di una gestione controllata dei flussi migratori, in assenza di procedure tali da consentire di “*sanctionner*” gli stranieri che si sottraggono alle regole stabilite dalla legge, ha indotto il legislatore del 2006 a istituire un sistema più efficace in materia di allontanamento degli stranieri irregolari, allo scopo di colmare le lacune dei dispositivi precedenti, mediante la creazione dell'*obligation de quitter le territoire français* (OQTF).

Ai sensi del nuovo articolo L.511-1 paragrafo 1 del Codice dell'ingresso e soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo (CESEDA), la nuova procedura d'OQTF può essere adottata nei confronti dello straniero che si veda rifiutare il rilascio o il rinnovo di un permesso di soggiorno, o al quale venga comunque ritirato il permesso di soggiorno, la ricevuta della domanda di carta di soggiorno o l'autorizzazione provvisoria al soggiorno per un motivo diverso dall'esistenza di una minaccia per l'ordine pubblico; la stessa misura è prevista anche nei confronti di un cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea o di un altro Stato parte all'Accordo sullo Spazio economico europeo o della Confederazione elvetica che non giustifichi più alcun diritto al soggiorno. Tutte queste ipotesi - che prima rientravano nella misura di accompagnamento alla frontiera - sono accomunate dal fatto di dipendere da una decisione presa dall'autorità amministrativa, in seguito a una richiesta dello straniero volta a ottenere l'ammissione al soggiorno.

Nonostante tale misura di allontanamento degli stranieri irregolari avesse suscitato numerose controversie al momento della sua adozione in Parlamento, secondo i relatori del progetto di legge davanti all'Assemblea Nazionale e al Senato, la sua introduzione era perfettamente coerente con la "*nouvelle politique volontariste*" condotta da Nicolas Sarkozy in materia di immigrazione, settore in cui occorre porre al più presto fine alla "*inflation contentieuse*", causata dal precedente sistema³⁶⁰. In quest'ottica, la legge del 2006 ha profondamente modificato la procedura amministrativa applicabile al soggiorno e all'allontanamento degli stranieri in condizione irregolare, instaurando la nuova misura di *obligation de quitter le territoire français*, che accompagna ogni decisione di non ammissione al soggiorno, al fine di garantire una maggiore semplificazione, rapidità ed efficacia nel trattamento amministrativo e contenzioso delle misure di allontanamento.

Fino al 2006, lo straniero che si vedeva rifiutare, ritirare o non rinnovare il suo permesso di soggiorno era semplicemente invitato ad abbandonare il territorio francese, potendo in seguito ricevere via posta la notifica di una misura di accompagnamento alla frontiera. In questo sistema, le probabilità di vedere lo straniero abbandonare il territorio francese erano davvero molto basse, a causa anche dell'inadeguatezza di tale pratica di notifica al domicilio dello straniero, senza che questi fosse sottoposto ad alcuna sorveglianza da parte dell'amministrazione. L'inconveniente dell'*invitation à quitter le territoire français*

³⁶⁰ Nel 2004, quasi una richiesta su quattro registrate dai tribunali amministrativi è stata depositata da una persona straniera destinataria di una decisione amministrativa sfavorevole. Secondo il sindacato della giurisdizione amministrativa, nel 2004, 38.636 richieste concernenti il diritto degli stranieri sono state depositate su un totale di 162.412 richieste, cioè una percentuale di 23,78%. Nel primo semestre del 2005, è stato registrato un aumento del 3,31% rispetto al 2004. Cfr. il sito: www.sja.juradm.org.

era dunque quello di essere privo di forza esecutiva, in quanto, invitando semplicemente lo straniero ad abbandonare il territorio francese, la prefettura non lo costringeva ad abbandonare obbligatoriamente il paese nel termine di un mese, bensì lo informava della data a partire dalla quale si sarebbe trovato in posizione irregolare. Solo dopo che fosse decorso tale termine, l'amministrazione poteva prendere nei confronti dell'interessato delle sanzioni penali³⁶¹ o, più spesso, una decisione di accompagnamento alla frontiera. Inoltre, considerando che la decisione di rifiuto del titolo di soggiorno poteva essere oggetto di contestazione nel termine di due mesi dalla sua notifica, ben si comprende come la decisione del prefetto di accompagnamento alla frontiera interveniva troppo tardivamente per assicurare uno svolgimento semplice e rapido della procedura amministrativa.

La legge del 24 luglio 2006 cambia sostanzialmente il regime esistente in materia, consentendo all'amministrazione di accompagnare ogni decisione di rifiuto di soggiorno, non più con un semplice invito a lasciare il territorio, bensì con un obbligo rivolto nella medesima direzione. Le due decisioni, quella di rifiuto di soggiorno e quella di allontanamento dello straniero, sono inoltre riunite nell'ambito di uno stesso atto, prevedendo che, dalla notifica congiunta di tali decisioni, lo straniero disponga del termine di un mese per lasciare il territorio, decorso il quale, se egli non ha ancora abbandonato il territorio francese, la misura può essere eseguita d'ufficio dall'amministrazione, senza che il prefetto debba prendere un'decisione supplementare al fine di ordinare l'accompagnamento alla frontiera.

Il vantaggio apportato da tale riforma è dunque duplice, in quanto, da un lato, le prefetture non sono più tenute ad adottare un'altra decisione dopo quella resa sul titolo di soggiorno; dall'altro, essendo il giudice oramai investito di una sola richiesta tendente all'annullamento sia del *volet "refus de séjour"* sia del *volet "éloignement"*, la fusione delle decisioni sembra porre fine a una procedura senz'altro pesante per le giurisdizioni amministrative, riducendo in tal modo il numero dei ricorsi davanti al giudice. Inoltre, per effetto di tale fusione, la procedura di allontanamento degli stranieri irregolari è semplificata, permettendo alle giurisdizioni amministrative e alle prefetture di migliorare la loro efficienza, oltre che di meglio tutelare i diritti degli stranieri, la cui richiesta è ormai istruita da una formazione collegiale³⁶². Insieme all'eliminazione della notifica per via postale delle decisioni di accompagnamento, questo nuovo dispositivo sembra dunque rimediare ai

³⁶¹ L'art. 19 dell'ordinanza del 1945 si applica a ogni straniero in situazione irregolare e può dar luogo alla pronuncia di una pena di un anno di reclusione; l'art. 27 della stessa ordinanza si riferisce invece soltanto agli stranieri nei cui confronti è stata emessa una misura di allontanamento che non ha potuto essere applicata a causa del comportamento dello straniero e può comportare la condanna a una pena di tre anni di reclusione.

³⁶² Sul punto, cfr. più diffusamente M. MERINO, *La réforme du contentieux des étrangers. Aspects positifs et négatifs d'une réforme contestée*, in *Dadm*, 2008, p. 17.

fallimenti del passato, nell'ambito di una riforma di "bon sens", volta a «*simplifier les démarches administratives et désengorger le prétoire du juge administratif*»³⁶³.

Tuttavia, essendo ormai trascorsi cinque anni dall'introduzione della riforma, l'obiettivo del governo non è stato raggiunto, non essendosi adeguatamente sviluppata nella pratica la prospettiva di semplificazione della procedura amministrativa né quella di riduzione del contenzioso, entrambe sottese all'introduzione dell'OQTF. Infatti, nonostante la concentrazione dei diversi atti amministrativi in un'unica decisione, questa continua a essere accompagnata da misure accessorie - quali la decisione che individua il paese di rinvio o quella che dispone il collocamento in detenzione amministrativa - che, pur essendo formalmente indipendenti, costituiscono dei passaggi obbligati per assicurare l'esecuzione dell'allontanamento dello straniero in situazione irregolare.

È da rilevare inoltre che, nell'ambito dei tribunali amministrativi, l'applicazione della nuova misura solleva diverse difficoltà che, sebbene inizialmente legate a dei problemi di transizione dalla vecchia alla nuova procedura di allontanamento, hanno in realtà delle ragioni più profonde, legate anche agli incerti confini tra l'*obligation de quitter le territoire français* e l'accompagnamento alla frontiera; misure, queste, in relazione alle quali la riforma del 2006 non ha previsto alcun regime di transizione, contribuendo a creare uno stato di confusione e di incertezza, nell'ambito delle prefetture e delle giurisdizioni amministrative, al fine di stabilire se la nuova misura di OQTF doveva essere applicata anche ai rifiuti di permesso di soggiorno anteriori all'entrata in vigore del decreto di applicazione della legge del 2006.

Nel complesso, la valutazione dello stato di attuazione degli obiettivi perseguiti dalla riforma che ha introdotto la misura di *obligation de quitter le territoire français* è dunque nel senso di un'efficacia relativa della nuova misura di allontanamento degli stranieri in posizione irregolare. A ciò si aggiunge che la fusione delle diverse decisioni di rifiuto di ingresso, allontanamento e individuazione del paese di rinvio dello straniero è destinata a rimanere "lettre morte"³⁶⁴ in seguito alla decisione del Consiglio di Stato che ha precisato che l'atto unico contiene pur sempre tre decisioni giuridicamente distinte, rispetto alle quali il giudice deve dunque esaminare separatamente l'operato e il merito degli strumenti³⁶⁵. La portata della riforma sembra quindi notevolmente ridursi, non riuscendo di fatto l'*obligation de quitter le territoire français* a realizzare quell'agognata concentrazione dei vari ricorsi su una sola

³⁶³ Rapporto di M. Mariani del 26 aprile 2006, p. 27.

³⁶⁴ Cfr. S. SLAMA, *Obligation de motivation des OQTF: un avis du Conseil d'Etat pour rien?*, Il blog di diritto amministrativo, 14-10-2007.

³⁶⁵ Consiglio di Stato, 19 ottobre 2007, M. Youssef Hammou et M. Mohamed Benabdelhak, n. 306821 e n. 306822.

misura. La creazione di tale misura è stata dunque un fallimento tanto nella prospettiva di semplificazione della procedura amministrativa, quanto in quella di diminuzione del contenzioso, avendo piuttosto la riforma del 2006 contribuito ad aumentare il numero di ricorsi in materia di allontanamento degli stranieri irregolari. Se dal punto di vista dei tribunali amministrativi, la situazione è diventata ancora più difficile di quanto già non fosse; anche gli stranieri hanno subito notevoli limitazioni nell'esercizio dei loro diritti per effetto della creazione dell'*obligation de quitter le territoire français*.

Al fine di porre fine alle difficoltà riscontrate dall'amministrazione nell'applicazione dell'OQTF, ma anche per dare attuazione alla direttiva UE del 16 dicembre 2008 in materia di rimpatri, la riforma del 16 giugno 2011 ha modificato l'OQTF, procedendo alla riunione dei motivi che possono dar luogo all'OQTF e alla *reconduite*. In particolare, l'OQTF non è più legata a una decisione di rifiuto di soggiorno, potendo essere adottata tutte le volte in cui lo straniero si trovi in posizione irregolare. Tale decisione deve essere motivata, precisare il paese di destinazione e dare allo straniero un termine di 30 giorni per lasciare il territorio, termine durante il quale egli può sollecitare un aiuto che gli consenta di tornare nel suo paese d'origine.

La legge prevede inoltre che l'autorità amministrativa possa decidere che lo straniero sia obbligato a lasciare il territorio senza la fissazione di alcun termine nel caso in cui il suo comportamento costituisca una minaccia per l'ordine pubblico, o si veda rifiutare un titolo di soggiorno in ragione della manifesta infondatezza o natura fraudolenta della sua domanda ed esista un rischio che lo straniero si sottragga all'OQTF. In queste ultime ipotesi, può essere disposta nei suoi confronti una misura di detenzione amministrativa ed egli non può inoltre beneficiare di alcun aiuto al ritorno. Dall'altro lato, invece, l'amministrazione può accordare un termine superiore a 30 giorni, tenendo conto della situazione personale dello straniero.

B. Le altre misure di allontanamento

Le misure di allontanamento rivestono una notevole importanza per il diritto degli stranieri, essendo quest'ultimo caratterizzato da atti di polizia amministrativa volti a regolare, in base a considerazioni di ordine pubblico, l'accesso al territorio (*visa*, controlli alle frontiere) e il soggiorno (permesso di soggiorno, autorizzazione al lavoro); atti, questi, il cui rifiuto o ritiro impongono agli stranieri di lasciare il territorio. Il diritto francese si basa, in effetti, su una distinzione di principio tra atti volti a garantire la partenza obbligatoria di uno straniero il cui comportamento rischia di recare pregiudizio all'ordine pubblico (interdizione

dal territorio, espulsione) e misure destinate a porre fine al soggiorno irregolare di una persona in Francia (rifiuto d'ingresso, riammissione, accompagnamento alla frontiera, *obligation de quitter le territoire français* e, dal 2011, l'interdizione amministrativa di ritorno). Al fine di comprendere quale tra le diverse misure esistenti debba di volta in volta essere applicata al fine di allontanare gli stranieri irregolari dal territorio francese, appare opportuno procedere a una breve analisi dei vari dispositivi di allontanamento, cercando di chiarire l'ambito applicativo e i confini di ciascuno di essi.

L'interdizione dal territorio francese (*interdiction judiciaire du territoire français*), prevista all'art. 131-30 c.p., permette ai giudici penali di pronunciare una pena, principale o accessoria, volta a impedire allo straniero che ha commesso dei reati di accedere, per una durata determinata o a titolo definitivo, al territorio francese. Si tratta senz'altro di un importante strumento di politica migratoria, rappresentando dal 1998 - anno in cui è stato abolito il divieto amministrativo di soggiorno - al 2011 - anno in cui è stata invece introdotta l'interdizione amministrativa di ritorno - l'unica misura che consentiva di impedire l'accesso degli stranieri al territorio francese.

Nonostante ciò, l'*interdiction du territoire français* è stata più volte criticata in dottrina, in quanto, se da un lato reca pregiudizio alla vita familiare degli stranieri - specie di quelli che non hanno più alcun legame con i loro paesi d'origine -, dall'altro, espone gli stranieri irregolari a una doppia sanzione, rendendo applicabile nei loro confronti, in primo luogo, una pena detentiva o pecuniaria (reclusione o multa), cui si aggiunge l'interdizione dal territorio³⁶⁶. Mentre la differenza tra tale misura e la *reconduite à la frontière* risiede essenzialmente nel diverso organo competente ad adottarle (essendo l'*interdiction* disposta dal giudice e la *reconduite* dal prefetto), ben più profonda, invece, è la distanza che separa la *reconduite* dall'espulsione.

L'espulsione, primo atto di polizia nei confronti degli stranieri a essere formalizzato³⁶⁷, ai sensi dell'art. 511-1 8° del CESEDA, può essere adottata dall'Amministrazione nei confronti dello straniero che costituisce una minaccia per l'ordine pubblico. Contrariamente a quanto avviene in materia di *reconduite*, la persona colpita da un'espulsione deve passare davanti alla *Commission des étrangers* e il ricorso che può intentare contro la decisione presa è privo di effetto sospensivo. Inoltre, l'espulsione, può avere delle conseguenze più gravi rispetto alla *reconduite*, impedendo il ritorno dello straniero

³⁶⁶ Cfr. D. LOCHAK, *L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence*, in *AJDA*, 1989, p. 596.

³⁶⁷ La misura sarà disciplinata per la prima volta dalla legge del 3 dicembre 1849 che continuerà ad applicarsi fino all'ordinanza del 2 novembre 1945.

nel territorio francese fin tanto che la misura sia in vigore, sebbene tale aspetto sia stato mitigato dalla legge del 26 novembre 2003 che ha introdotto ogni cinque anni un riesame sistematico delle decisioni di espulsione³⁶⁸. Da quanto detto risulta dunque evidente come la procedura di *reconduite à la frontière* sia più rapida e meno pesante rispetto a quella di espulsione.

Se le misure fin qui considerate obbediscono a un particolare regime giuridico che consente di evitare ogni confusione al riguardo, più incerti erano invece i confini che, fino al 2011, separavano l'accompagnamento alla frontiera dall'*obligation de quitter le territoire français*, in quanto, pur avendo le due misure ambiti applicativi *a priori* distinti, nell'applicazione pratica tali strumenti rischiavano di sovrapporsi, elencando l'art. L. 511-4 del CESEDA ben dieci categorie di stranieri che non potevano fare oggetto di una misura di allontanamento, fosse essa l'OQTF o la *reconduite*. Fino all'entrata in vigore della legge del 24 luglio 2006, il 3° comma di tale articolo prevedeva la protezione dello straniero che giustificasse con ogni mezzo di risiedere abitualmente in Francia da più di 15 anni; tale disposizione era stata poi abrogata per lo straniero colpito dall'OQTF o da una misura di *reconduite*. Il 7° comma dello stesso articolo proteggeva allo stesso modo lo straniero da almeno 3 anni; tale termine era stato aumentato di un anno per entrambe le misure. Infine, era stato aggiunto un 11° comma che garantiva la protezione contro le due misure di allontanamento per ogni cittadino dell'Unione europea, di un altro Stato parte dell'Accordo sullo Spazio economico europeo o la Confederazione elvetica, mostrando ancora una volta come i due dispositivi intervengano in ipotesi estremamente simili.

A ciò si aggiungeva un'ulteriore complessità che deriva dal fatto che, in occasione della riforma del 2006, il governo aveva preferito mantenere l'ipotesi prevista dall'art. 22-I-7° dell'ordinanza del 1945, in base alla quale i rifiuti o ritiri di un permesso di soggiorno fondati su una minaccia per l'ordine pubblico dovevano essere accompagnati, anziché dall'OQTF, da una misura di *reconduite*. Tuttavia, al fine di dare attuazione alla direttiva dell'Unione europea in materia di rimpatri degli stranieri in posizione irregolare³⁶⁹, la riforma del 16 giugno 2011 ha introdotto importanti modifiche in materia, per effetto delle quali, se come si è visto l'OQTF è stata generalizzata, la *reconduite à la frontière* non indica più una misura specifica di allontanamento, bensì l'atto materiale che, ai sensi del nuovo art. 533-1 del

³⁶⁸ Art. 23 dell'ordinanza del 2 novembre 1945, come modificato dalla legge del 26 novembre 2003. Per quanto riguarda le altre modifiche introdotte da tale legge in merito alle categorie di stranieri protetti dall'espulsione, si rinvia *infra* § 1 (A).

³⁶⁹ Direttiva UE 2008/115 sul rimpatrio dei cittadini dei paesi terzi in posizione irregolare del 16 dicembre 2008, in GUUE del 24 dicembre 2008, L 348/98.

CESEDA, dispone che debba essere accompagnato alla frontiera ogni straniero il cui comportamento costituisce una minaccia per l'ordine pubblico o che abbia violato le disposizioni dell'art. L. 5221-5 del codice del lavoro.

Una delle principali novità della legge è inoltre la creazione dell'interdizione amministrativa di ritorno, prevista all'art. 11 della direttiva, che può accompagnare l'OQTF per escludere un ritorno a breve termine dello straniero sul territorio dell'Unione europea, la cui durata dipende dal fatto che l'OQTF sia stata o meno presa con un termine di partenza volontaria. Nella prima ipotesi, infatti, la nuova misura di polizia amministrativa può essere adottata per due anni (così pure se l'interessato è stato oggetto di segnalazione al SIS); nella seconda, invece, la durata dell'interdizione è di tre anni³⁷⁰.

In entrambi i casi, la misura deve essere adottata tenendo conto in particolare della durata della presenza dello straniero in Francia, dei legami con tale paese, dei precedenti e della minaccia per l'ordine pubblico che lo straniero può rappresentare. Inoltre, il prefetto può in ogni momento abrogare l'interdizione se lo straniero risiede fuori dalla Francia; tale abrogazione è accordata di pieno diritto se lo straniero è oggetto di una misura di OQTF con un termine di partenza volontaria accompagnata da un'interdizione al ritorno e che si esegue nei due mesi³⁷¹. Inoltre, la nuova legge, oltre all'estensione territoriale dei luoghi di trattenimento amministrativo degli stranieri, ne ha previsto anche l'estensione temporale, portando da trentadue a quarantacinque giorni il termine massimo della durata della *retention administrative*, ossia il trattenimento finalizzato all'allontanamento coattivo degli stranieri dal territorio nazionale. A ciò si aggiunga che le garanzie dello straniero in situazione irregolare cui sia stata applicata una misura restrittiva della libertà sono notevolmente ridotte, essendo previsto che il *juge des libertés et de la détention* si pronunci solo allo scadere dei cinque giorni dall'emissione del provvedimento con cui viene disposto il trattenimento e solo dopo che il giudice amministrativo si sia pronunciato sulla legittimità dell'ordine di rimpatrio. Com'è stato rilevato, gli stranieri in questione sono sottoposti a un trattamento peggiore rispetto a quello previsto per gli indiziati di crimini più gravi, come i partecipanti ad un'organizzazione criminale, per cui la legge prevede l'intervento del giudice ordinario entro le quarantotto successive al trattenimento in *garde à vue*³⁷².

³⁷⁰ Sul punto, cfr. più diffusamente N. GUIMEZANES, *Création de l'interdiction administrative de retour. À propos de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, in *La Semaine Juridique*, del 27 giugno 2011, n. 26, p. 744.

³⁷¹ Corte Cost., sentenza n. 2011-631 DC, 9 giugno 2011, cons. 45 a 56.

³⁷² Così Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers*, 19 novembre 2009.

È dunque evidente come la riorganizzazione delle misure di allontanamento degli stranieri in posizione irregolare, sia pure realizzata al fine - in alcuni casi pretestuoso - di dare attuazione ai nuovi impulsi provenienti dall'Unione europea per contrastare la lotta contro l'immigrazione clandestina, abbia di fatto provocato un arretramento, in termini di rispetto dei diritti e delle garanzie degli stranieri, rispetto al sistema precedentemente applicabile.

Sezione 2. - La politica francese di repressione dell'immigrazione irregolare

L'inasprimento della lotta contro l'immigrazione regolare è una tendenza condivisa da diversi Stati membri dell'Unione europea, specie in seguito agli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, che hanno contribuito a diffondere un senso di insicurezza tra i cittadini, legato a una crescente ostilità nei confronti degli immigrati irregolari, spesso percepiti, a causa anche dell'immagine che di essi è stata veicolata dai media, come una minaccia da cui difendersi.

La Francia, dal canto suo, non si è sottratta al processo di penalizzazione che ha accompagnato l'attuale evoluzione del diritto degli stranieri, adottando delle politiche sempre più repressive che hanno di fatto privilegiato il ricorso alla sanzione penale a scapito di quella amministrativa. Il raggio d'azione delle disposizioni in materia di immigrazione si è dunque progressivamente esteso, passando da una dimensione concernente esclusivamente lo straniero (§ 1) a una prospettiva più ampia, volta a punire tutti coloro che, a prescindere dalla loro nazionalità, violano o contribuiscono a violare le regole in materia di ingresso, circolazione e soggiorno degli stranieri in Francia (§ 2).

§ 1. I reati commessi dagli stranieri

Le disposizioni che sanzionano la violazione delle regole in materia di ingresso e soggiorno in Francia si applicano innanzitutto agli stranieri; dal 1974, la loro situazione si è però progressivamente aggravata, sia sul piano amministrativo sia su quello penale. Che si tratti di ingresso e soggiorno irregolare in Francia (A), sottrazione all'esecuzione di una misura di allontanamento (B), contrazione di matrimonio o riconoscimento di un figlio al solo scopo di ottenere un titolo di soggiorno (C), gli stranieri non sono più esposti soltanto a una

misura di polizia amministrativa, bensì anche alla sanzione penale, che interviene in alcuni casi in via cumulativa.

A. Il delitto di *entrée ou séjour irréguliers*

Nell'ordinamento francese, l'ingresso e il soggiorno irregolari sul territorio nazionale costituiscono infrazioni, e più precisamente delitti, che espongono il loro autore a diverse sanzioni³⁷³. In particolare, ai sensi dell'art. L. 621-1 del CESEDA, lo straniero che è entrato o ha soggiornato in Francia senza essere in possesso dei documenti richiesti per legge, oppure che si è trattenuto sul territorio nazionale oltre il termine previsto dal visto è punito con la pena di un anno di detenzione e 3750 euro di ammenda. In questi casi, il giudice penale può anche pronunciare una pena di interdizione dal territorio francese per un periodo di tempo non superiore a 3 anni, che comporta automaticamente l'accompagnamento del condannato alla frontiera, se del caso al termine dell'esecuzione della pena della detenzione.

In seguito all'entrata in vigore della Convenzione Schengen, le stesse sanzioni sono applicabili allo straniero che non abbia rispettato le norme previste per i soggiorni di durata non superiore a tre mesi dall'art. 5 di tale Convenzione - oggi sostituito dall'art. 5 del Codice frontiere Schengen -, vale a dire allo straniero che non sia in possesso di documenti di viaggio, di visto o di risorse economiche sufficienti al suo sostentamento, o ancora che sia stato segnalato ai fini della non ammissione in applicazione di una decisione esecutiva assunta da un altro Stato parte della Convenzione. Per quanto riguarda l'ambito applicativo, tali disposizioni concernono esclusivamente i cittadini di uno Stato terzo dell'Unione europea, in quanto il processo di penalizzazione che sta investendo ormai da diversi anni la lotta condotta dalla Francia contro l'immigrazione irregolare non coinvolge ovviamente i cittadini comunitari i quali, in caso di soggiorno in Francia in violazione delle esigenze di registrazione, incorrono in una semplice contravvenzione di 4° classe³⁷⁴.

Allo stesso modo, i familiari di uno straniero titolare di un permesso di soggiorno in Francia che si astengono dal sollecitare entro due mesi una carta di soggiorno sono, in applicazione della direttiva del 29 aprile 2004, puniti con una contravvenzione di 5° classe, non essendo disposta nei loro confronti la misura dell'accompagnamento alla frontiera³⁷⁵. Lo stesso vale *a fortiori* per i familiari di un cittadino comunitario che abbiano regolarmente

³⁷³ Ai sensi dell'art. 111-1 del Codice penale francese, il termine infrazione comprende i crimini, i delitti e le contravvenzioni.

³⁷⁴ Decreto n. 2007-371 del 21 marzo 2007 (art. R 621-1 del CESEDA parte regolamentare).

³⁷⁵ CESEDA, art. R. 621-2.

risieduto in Francia per un periodo ininterrotto di almeno cinque anni e che si astengano dal richiedere una carta di soggiorno³⁷⁶.

Una vera e propria immunità è prevista all'art. 31 della Convenzione di Ginevra del 1951 a favore di coloro che godono dello *status* di rifugiati, i quali non possono essere sottoposti a sanzioni penali a motivo della loro entrata o soggiorno irregolari sul territorio di uno degli Stati Contraenti. La giurisprudenza francese ha tuttavia fornito un'interpretazione restrittiva di tale articolo, richiedendo che i rifugiati provengano direttamente dal territorio in cui la loro vita o la loro libertà siano minacciate e negando l'immunità nelle ipotesi in cui lo straniero, pur essendo cittadino di detto Stato, provenga però da un paese diverso³⁷⁷. Inoltre, essendo richiesto dall'art. 31 che i rifugiati, al fine di beneficiare dell'immunità in questione, si presentino senza indugio alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari, il giudice penale ritiene che un candidato allo *status* di rifugiato che abbia depositato tardivamente la sua richiesta possa essere condannato per soggiorno irregolare in Francia. Allo stesso modo, il giudice può punire con le pene previste dall'art. L. 621-1 del CESEDA il candidato allo *status* di rifugiato la cui domanda sia stata respinta; o può ancora ritenere che la qualità di rifugiato non possa essere invocata da uno straniero il cui *status* sia stato riconosciuto dopo la commissione del delitto di soggiorno irregolare³⁷⁸.

Chiarito l'ambito applicativo del delitto in questione, è da precisare che il fatto di entrare e soggiornare irregolarmente sul territorio francese è sanzionato anche sotto il profilo amministrativo, potendo essere adottata in tal caso dal prefetto una misura di accompagnamento alla frontiera³⁷⁹. In caso di conflitto d'interpretazione, il giudice amministrativo è competente a valutare se sussistono le condizioni per applicare una misura di allontanamento forzata, non essendo vincolato dalla decisione del giudice penale che, ritenendo illegittima la misura di accompagnamento disposta, ha rilasciato lo straniero perseguito a titolo dell'art. L. 621-1 del CESEDA³⁸⁰. Invece, quando il giudice amministrativo annulla la misura di accompagnamento alla frontiera prima della pronuncia del giudice penale, lo straniero non può più essere condannato.

Al fine di evitare l'instaurazione di un doppio contenzioso per fatti materiali identici, sarebbe comunque opportuno che i pubblici ministeri rinunciassero a esercitare l'azione penale qualora sia stata disposta in via amministrativa una misura di accompagnamento alla

³⁷⁶ CESEDA, art. R. 621-3.

³⁷⁷ Cass. Pen., 9 dicembre 1987, Bazencir: D. 1988, jurispr. p. 346.

³⁷⁸ Cass. Pen., 28 aprile 1997, pourvoi c/ T. corr. Nice: Juris-Data n. 1997-002445; DP 1997, comm. 112. - Cass. Pen., 28 aprile 1997, ricorso in revisione c/ CA Paris: Juris-Data n. 1997-002446; DP 1997, comm. 112.

³⁷⁹ CESEDA, art. L. 611-1.

³⁸⁰ CE, 29 dicembre 1993, n. 137883, Zouaouki: Juris-Data n. 1993-050486.

frontiera. In tal senso, una circolare del Ministro di Giustizia del 21 febbraio 2006 raccomanda di esperire l'azione penale per ingresso e soggiorno irregolari esclusivamente nei confronti degli stranieri che abbiano commesso un'altra infrazione penale o che sono comunque oggetto di ricerche giudiziarie o di convocazioni in giustizia per altri motivi³⁸¹. Inoltre, secondo la stessa circolare, si può far ricorso al procedimento penale quando è provato che lo straniero sia entrato nel territorio dopo esser stato oggetto di una procedura di accompagnamento alla frontiera o quando ha dei precedenti penali; al di fuori di queste ipotesi, sarebbe preferibile procedere all'archiviazione.

Nella prassi, quindi, ove in seguito ai controlli d'identità si accerti che lo straniero è in posizione irregolare, costui viene arrestato e condotto al posto di polizia dove è tenuto in stato di fermo per 48 ore; dello stato di fermo la polizia dà notizia al Pubblico Ministero che, in base al principio *d'opportunité des poursuites*, può perseguire lo straniero per il reato di ingresso e soggiorno irregolare oppure seguire la procedura amministrativa, vale a dire comunicare il fermo al prefetto, che dispone contro di lui un provvedimento di espulsione o un'altra misura di allontanamento, collocandolo in un *Centre de rétention administrative* in cui può essere trattenuto per 32 giorni. In quest'ottica, il ricorso allo strumento penale serve dunque solo a legittimare lo stato di fermo e il controllo d'identità, entrambi esperibili soltanto in ambito penale, essendo di fatti riservata all'autorità amministrativa competente la scelta della misura di allontanamento da applicare³⁸².

Nonostante riceva scarsa applicazione pratica, l'art. L. 621-1 del CESEDA continua tuttavia ad essere presente nel sistema francese, ponendo problemi di compatibilità con l'ordinamento europeo, specie in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia del 28 aprile 2011, che ha affermato la contrarietà alla direttiva UE del 16 dicembre 2008 della normativa italiana che prevede la pena detentiva per il solo fatto che uno straniero in situazione irregolare continui a soggiornare, in violazione di una misura coercitiva, nel territorio di un paese membro senza giustificato motivo³⁸³.

A fortiori, applicando l'art. L. 621-1 che autorizza il ricorso alla pena detentiva tutte le volte in cui sia accertato il carattere irregolare della presenza di uno straniero nel territorio, le autorità francesi contravverrebbero alla decisione della Corte, in quanto esse, disponendo la

³⁸¹ Circ. Intermin. n. NOR: JUSD0630020C.

³⁸² Cfr. G. COUSIN, *Sanzioni penali e condizione dell'immigrato in Francia: tra funzione amministrativa e finalità politiche*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 4, p. 76.

³⁸³ Corte di giustizia dell'Unione europea, 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *Procedimento penale a carico di Hassan El Dridi*.

garde a vue degli stranieri indiziati di tale reato, si asterebbero dal procedere preliminarmente all'allontanamento dello straniero in via amministrativa.

In quest'ottica, i giudici del Tribunale di Grande Istanza di Nîmes hanno prospettato dei dubbi circa la legittimità della *garde à vue* degli stranieri indiziati del reato di ingresso e soggiorno irregolare, essendo tale procedura possibile solo se un individuo sia sospettato di un reato e non essendo più - secondo il diritto dell'Unione europea - l'ingresso e il soggiorno irregolare passibili di pena detentiva³⁸⁴. La Corte di Appello di Nîmes, tenendo conto dell'esigenza, riconosciuta dalla Corte, di procedere a una gradazione delle misure da prendere per dare esecuzione alle decisioni di rimpatrio, si è spinta oltre, sottolineando l'illegittimità della prassi seguita dalle forze di polizia di trattenere in *garde à vue* - fino a *quarantotto ore* - gli stranieri irregolari al fine di emettere una decisione di rimpatrio, a fronte della possibilità di ricorrere a una misura privativa della libertà personale - il fermo di *quattro ore* - meno afflittiva, ma non per questo meno idonea a consentire l'effettuazione dei controlli di identità degli stranieri e l'eventuale adozione di una decisione di rimpatrio³⁸⁵.

Secondo altri Tribunali, invece, la legittimità della *garde à vue* degli stranieri indiziati di aver violato le norme in materia di ingresso e soggiorno in Francia non verrebbe in alcun modo inficiata, in quanto, concernendo la direttiva esclusivamente le norme e le procedure comuni in materia di rimpatrio, la sua eventuale violazione può essere invocata solo dopo che sia stata adottata una decisione di rimpatrio, con la conseguenza che «le modalità con cui lo straniero venga trattenuto prima della decisione di rimpatrio resteranno escluse dall'ambito di applicazione della direttiva e disciplinate unicamente dalla legislazione nazionale»³⁸⁶.

Tale impostazione è in palese contrasto con i principi affermati dalla Corte di Giustizia che, pur non escludendo, in linea di principio, la facoltà per gli Stati membri di adottare misure coercitive, anche penali, ammette la loro applicazione solo dopo aver tentato di allontanare lo straniero nel rispetto della procedura prevista dalla direttiva³⁸⁷. Per tali ragioni, la Corte di Appello di Parigi, con ordinanza del 29 giugno 2011, ha rimesso alla Corte la questione pregiudiziale, da trattarsi secondo la procedura di urgenza, in merito alla «compatibilità con la direttiva rimpatri della pena detentiva, prevista dall'art. L. 621-1 del

³⁸⁴ Tribunale di Grande Istanza di Nîmes, *Ordonnance sur demande de prolongation de rétention administrative*, 5 maggio 2011.

³⁸⁵ Corte d'Appello di Nîmes, *Ordonnance de Référé rendue au fond*, 6 maggio 2011.

³⁸⁶ Corte d'Appello d'Aix en Provence, ordinanza n. 11/00128 9 maggio 2011; Corte d'Appello di Parigi n. 11/02050, 9 maggio 2011.

³⁸⁷ Punto 52 della decisione.

CESEDA, a carico del cittadino di paese terzo, in ragione della mera irregolarità del suo ingresso o soggiorno nel territorio francese³⁸⁸.

Al fine valutare gli effetti che la sentenza *El Dridi* ha avuto sui rapporti tra il diritto dell'Unione europea e la legislazione penale francese in materia di immigrazione irregolare, non resta dunque che attendere una nuova pronuncia della Corte di Giustizia.

B. La sottrazione all'esecuzione di una misura di allontanamento

La presenza irregolare dello straniero sul territorio francese è punita anche ai sensi dell'art. L. 624-1 del CESEDA, che prevede una pena detentiva di 3 anni nei confronti dello straniero che si è sottratto o ha provato a sottrarsi all'esecuzione di una misura dell'Amministrazione o del giudice in materia di espulsione o di rifiuto di ingresso, o che, espulso per motivi di ordine pubblico o di una condanna penale, rientra senza autorizzazione. La stessa pena è applicabile allo straniero che rifiuti di presentare all'autorità amministrativa competente i documenti di viaggio per permettere l'esecuzione di una misura di espulsione o, se non ha documenti, che abbia comunicato delle informazioni inesatte o imprecise sulla sua identità. Lo stesso articolo punisce con la medesima pena lo straniero che soggiorni in Francia in violazione di una decisione di riammissione nel proprio paese o che non rispetti l'obbligo di controllo o di abbandono della residenza che gli è stata assegnata a causa dell'impossibilità di eseguire la misura di accompagnamento alla frontiera in seguito all'annullamento della decisione che individua il paese di rinvio.

Come per l'ingresso e il soggiorno irregolari, anche in materia di mancata esecuzione di una misura di allontanamento si è ben presto compreso come il ricorso allo strumento penale rischiasse di apparire sproporzionato e inadeguato a garantire una maggior effettività della procedura. Per tali ragioni, già nel 1997 il rapporto Weil propose di separare nettamente i metodi e le procedure di allontanamento seguiti in ambito amministrativo da quelli adottati dal giudice penale, individuando diversi ambiti soggettivi di applicazione, al fine di garantire una maggiore efficacia in materia di allontanamento nel rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri³⁸⁹. In particolare, nella terza parte di tale rapporto, si auspicava che la semplice violazione delle regole sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri potesse trovare una risposta sul piano amministrativo che fosse al tempo stesso efficace e rispettosa dei diritti degli stranieri, al fine di organizzare un ritorno rapido nel loro paese; si proponeva, inoltre, che la

³⁸⁸ Corte d'Appello di Parigi, ordinanza 29 giugno 2011, *Procédure pénale contre M. Achughbadian*.

³⁸⁹ Il diritto di nazionalità e gli stranieri. Rapporto al Primo ministro, Doc. fr. 1997, p. 100.

pena della reclusione fosse applicata soltanto agli stranieri, regolari o irregolari, che avessero commesso altri delitti o ostacolato un primo tentativo di allontanamento in via amministrativa. In questa prospettiva, il periodo di incarcerazione doveva essere finalizzato a consentire l'identificazione degli stranieri al fine di favorire il loro l'effettivo allontanamento, al termine del periodo di reclusione.

Nonostante gli ambiziosi progetti di riforma, l'art. L. 624-1 del CESEDA continua a essere presente nell'ordinamento francese; tuttavia, nella prassi, tale articolo è scarsamente applicato, preferendo le autorità francesi far ricorso alle misure amministrative di allontanamento, che prevedono una privazione della libertà personale di gran lunga inferiore e un regime di trattenimento più liberale rispetto alla reclusione, evitando tra l'altro di porre a stretto contatto due categorie di persone - gli stranieri irregolari e i delinquenti - meritevoli di un trattamento differenziato.

L'atteggiamento adottato nella pratica dalle autorità competenti, poiché limitato a circoscrivere l'ambito applicativo delle sanzioni penali che accedono alla mancata esecuzione delle misure di allontanamento, non è però sufficiente a escludere il contrasto della fattispecie prevista dall'art. L. 624-1 CESEDA con la direttiva rimpatri, specie in seguito alla sentenza *El Dridi* del 28 aprile 2011, in cui la Corte di Giustizia ha chiarito che tale direttiva deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di uno Stato 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, permanga in tale territorio senza giustificato motivo³⁹⁰.

Com'era prevedibile, tale sentenza ha sollevato in Francia un acceso dibattito sulla compatibilità agli *standard* europei del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento. In effetti, può apparire singolare che il legislatore, al fine di dare attuazione alla direttiva rimpatri, abbia, da un lato, modificato l'art. L. 624-1 CESEDA in modo da sanzionare penalmente l'inottemperanza alla nuova misura amministrativa di allontanamento (*interdiction administrative de retour*); dall'altro, non abbia invece colto l'occasione di una riforma di tale articolo per eliminare dal suo ambito la pena detentiva. A tal proposito, dopo una prima dichiarazione con cui il Ministro dell'Interno aveva tentato di "salvare" tale pena dagli effetti neutralizzanti della decisione della Corte di giustizia, una successiva Circolare del Ministro della giustizia del 12 maggio 2011 ha invece riconosciuto l'inapplicabilità della pena

³⁹⁰ Punto 62 della decisione.

detentiva prevista dall'art. L. 624-1 CESEDA per le ipotesi di sottrazione a una misura coercitiva di allontanamento. In tal senso, diversi giudici hanno riconosciuto che la decisione della Corte di Giustizia rimetta in discussione l'applicabilità, ai casi concreti sottoposti al loro esame, dell'art. L. 624-1 CESEDA³⁹¹.

Profondamente diversa, invece, è la posizione della Corte Costituzionale, la quale, basandosi su una concezione restrittiva di "legge di attuazione", ha affermato di non poter valutare la conformità al diritto e alla giurisprudenza dell'Unione europea della fattispecie prevista dall'art. L. 624-1 CESEDA, non essendo questa stata adottata al fine di dare attuazione alla direttiva 2008/115/CE³⁹². Tuttavia, come indicato nella memoria di replica presentata da 60 senatori, seguendo tale ragionamento si giungerebbe ad assimilare la violazione dell'obbligo di attuazione a una mancata attuazione, spettando invece alla Corte il compito di verificare che la legge di attuazione non sia in contrasto né con le disposizioni né con l'obiettivo generale della direttiva che la legge intende attuare³⁹³. Al fine di risolvere le contraddizioni e le ambiguità presenti nell'ordinamento francese in materia di allontanamento degli stranieri in posizione irregolare, non resta che attendere che le disposizioni manifestamente contrarie al diritto dell'Unione europea e all'art. 88-1 della Costituzione siano dichiarate incostituzionali.

C. Il delitto di *mariage e reconnaissance d'enfants de complaisance*

Fino al 1993 uno straniero che contraeva matrimonio con un cittadino francese poteva immediatamente ottenere una carta di soggiorno della durata di dieci anni, acquistando sei mesi dopo la nazionalità francese. Di fronte alla crescita del fenomeno dei *mariages blancs*, la legge Pasqua del 24 agosto 1993 cercò di contemperare le istanze sottese a una politica volta a favorire l'accoglienza e l'integrazione degli stranieri con l'esigenza di prevenire e lottare più efficacemente contro tali pratiche. In quest'ottica, laddove vi fossero seri indizi che lasciassero presumere che il matrimonio era stato contratto per uno scopo diverso dall'unione coniugale, l'ufficiale di stato civile poteva adire il pubblico ministero, spettando a

³⁹¹ Corte d'Appello di Parigi, 13 maggio 2011, n. B11/02110; Corte d'Appello di Aix en Provence, 16 maggio 2011, n. 11/00131.

³⁹² Corte Costituzionale, decisione n. 2011-631 DC del 9 giugno 2011. Cfr. S. SLAMA, *Statut constitutionnel des étrangers: nouvelle illustration de la faiblesse de la protection constitutionnelle des étrangers*, in *Actualité Droits-Libertés* du Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF) de l'Université Paris Ouest Nanterre-La Défense, 13 giugno 2011.

³⁹³ Replica di 60 senatori, 2011-631-DC.

quest'ultimo la decisione di rinviare la celebrazione del matrimonio per una durata non superiore a tre mesi, al fine di consentire lo svolgimento dei necessari accertamenti.

Poiché tali previsioni furono dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale, in quanto ritenute in contrasto con il principio della libertà di matrimonio, elemento essenziale della libertà individuale³⁹⁴, la legge del 30 dicembre 1993, al fine di meglio conciliare la salvaguardia dell'ordine pubblico con il rispetto della libertà matrimoniale, inserì nel codice civile un nuovo articolo 175-2, prevedendo ben tre ordini di modifiche. Innanzitutto, l'ufficiale di stato civile aveva l'obbligo e non più la mera facoltà di adire il pubblico ministero; il rinvio stabilito non poteva durare che due mesi al massimo; la decisione del pubblico ministero poteva essere contestata davanti al presidente del Tribunale di Grande Istanza, che statuiva in dieci giorni. La previsione di tali garanzie supplementari fu dalla Corte considerata idonea a tutelare la libertà di matrimonio, evitando il rischio di un'eccessiva esposizione a pericolo di tale importante componente della libertà individuale. Tale sistema non mancò, però, di sollevare delle critiche anche in relazione ad altri aspetti, poiché si riteneva che l'indagine del pubblico ministero non consentisse di accertare realmente la presenza o meno di una seria intenzione matrimoniale da parte dei futuri coniugi, specie nei casi in cui emergevano ramificazioni tali da richiedere ulteriori e più approfondite investigazioni³⁹⁵.

La legge dell'11 maggio 1998 ha apportato diverse modifiche che hanno di fatto favorito i matrimoni misti, rendendo più elastiche le regole della loro organizzazione e i criteri per ottenere i titoli di soggiorno da parte degli stranieri coniugati con cittadini francesi, lasciando inoltre l'ufficiale di stato civile privo di risorse adeguate di fronte allo sviluppo del fenomeno, accentuato tra l'altro dallo sviluppo di vere e proprie filiere di organizzazione dei "*mariages de complaisance*". Sebbene fino al 2003 non esistesse una figura di reato *ad hoc* volta a punire lo straniero che avesse contratto matrimonio con un cittadino al solo scopo di ottenere la nazionalità francese, la giurisprudenza penale, al fine di lottare contro la pratica dei *mariages de complaisance*, era solita ricorrere a due diverse fattispecie incriminatrici, rappresentate, da un lato, dal rilascio illegittimo di un documento amministrativo, dall'altro, dal favoreggiamento dell'ingresso, circolazione e soggiorno irregolari. Sotto la vigenza del codice penale del 1810, in particolare dell'art. 154 di tale codice, la Corte di Cassazione ha ritenuto che si appropriava di *fausse qualité* lo straniero che, dopo aver contratto un matrimonio

³⁹⁴ Decisione n. 93-325 DC del 13 agosto 1993 (cons. 107), Rec. Cons. const. p. 224; RJC I-539.

³⁹⁵ Risposta del Ministro della Giustizia a una richiesta scritta di M. Fenech, JO delle richieste, AN, 10 marzo 2003, p. 1857.

simulato, si avvalga della qualità di coniuge di una cittadina francese. Nel caso di specie, una cittadina aveva accettato di partecipare a un matrimonio simulato con un cittadino di nazionalità turca, dietro il pagamento di una somma di denaro, al solo scopo di permettere a quest'ultimo di entrare irregolarmente in Francia, privo di titolo di soggiorno, per regolarizzare successivamente la sua situazione sul territorio nazionale³⁹⁶.

A conferma della continuità della sua giurisprudenza, la Corte di Cassazione, con una sentenza del 29 aprile 1997, ha ritenuto che risulta, tanto dal vecchio art. 154 del codice penale che dall'art. 441-6 di tale codice, che il rilascio di un documento amministrativo è illegittimo quando è stato ottenuto con un mezzo fraudolento, caratterizzato, nel caso di specie, dal fatto di valersi della qualità di coniuge di una cittadina francese, posto in essere da uno straniero che aveva contratto un matrimonio simulato³⁹⁷. Inoltre, sotto la vigenza del vecchio art. 21 dell'ordinanza del 1945, la camera penale della Corte di Cassazione si spingeva al punto di censurare i giudici di merito che avessero rilasciato l'imputato, sebbene avessero accertato che l'unione da essa contratta era un *mariage de complaisance*³⁹⁸.

L'evoluzione della giurisprudenza antecedente al 2003 rende dunque evidente come fosse da tempo avvertita l'esigenza di completare il dispositivo giuridico in materia di *mariages de complaisance*, dando allo stesso una dimensione repressiva: tale esigenza è stata soddisfatta nel 2003. La necessità di un controllo dei flussi migratori e il rispetto per la solennità dell'istituzione matrimoniale hanno infatti indotto il legislatore francese a intervenire nuovamente in materia, al fine di rafforzare la lotta contro i matrimoni fraudolenti, mediante la creazione di un nuovo delitto, che permette di sanzionare nell'ambito della medesima disposizione tanto lo straniero che contrae un matrimonio simulato quanto il cittadino francese con cui questo matrimonio è contratto³⁹⁹. La creazione di tale delitto consente inoltre, secondo il legislatore, di rafforzare la legittimità dei matrimoni misti

³⁹⁶ Cass. crim., 4 nov. 1992 : Juris-Data n. 1992-003031 ; *Bull. crim.* 1992, n. 357 ; DP 1993, comm. 59, note M. Véron ; RSC 1994, p. 115, obs. P. Bouzat ; RSC 1994, p. 566, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire. – Cass. crim., 8 juin 1993 : Juris-Data n. 1993-002012. – Cass. crim., 5 oct. 1993, n. 92-85.770. – Cass. crim., 13 avr. 1994, n. 93-83.651. – Cass. crim., 26 oct. 1994 : Juris-Data n. 1994-002770 ; *Bull. crim.* 1994, n. 341 ; D. 1995, somm. p. 187, obs. F. Julien-Laferrière ; RSC 1995, p. 593, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire.

³⁹⁷ Cass. crim., 29 avr. 1997, n. 95-85.689. – adde Cass. crim., 14 juin 1995 : Juris-Data n. 1995-002311. – Cass. crim., 23 avr. 1997 : Juris-Data n. 1997-003207. – comp. CA Agen, 11 sept. 1997 : Juris-Data n. 1997-049265 ; DP 1998, comm. 116, note J.-H. Robert.

³⁹⁸ Cass. crim., 4 nov. 1992, préc. – adde Cass. crim., 24 févr. 1998, n° 97-81.861. – CA Paris, 3 sept. 2001 : Juris-Data n° 2001-160101. – CA Aix-en-Provence, 7 avr. 2003 : Juris-Data n° 2003-223159. – CA Riom, 3 déc. 2003 : Juris-Data n° 2003-235126. – CA Rouen, 12 sept. 2005 : Juris-Data n° 2005-301695. – CA Douai, 21 juin 2006 : Juris-Data n° 2006-316847.

³⁹⁹ Sul punto, cfr. più ampiamente F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Les dispositions répressives de la loi du 26 novembre 2003*, cit., p. 96.

contratti senza intenzione fraudolenta e di eliminare i sospetti su questi tipi di unione, che tendevano a essere sempre più radicati nelle autorità incaricate di celebrarli.

In questa prospettiva, l'articolo 31 della legge del 26 novembre 2003 ha inserito nell'ordinanza del 1945 l'articolo 21 *quater*, secondo cui il fatto di contrarre un matrimonio al solo fine di ottenere o di far ottenere un titolo di soggiorno, di acquistare o di far acquistare la nazionalità francese è punito con la pena di 5 anni di reclusione e 15.000 euro di multa. Al fine di punire, oltre i contraenti, anche i complici che organizzano o tentano di organizzare per sé o per altri tali matrimoni, è previsto che le stesse pene siano applicabili in caso di organizzazione o tentativo di organizzazione di un matrimonio agli stessi fini. In entrambi i casi, si è particolarmente insistito sul "*dol spécial*", richiedendosi che i fini fraudolenti siano esclusivi (*seules fins*); per cui, com'è stato rilevato in dottrina, laddove vi sia "*un peu d'amour*", il reato in questione non sarà applicabile⁴⁰⁰. La legge del 24 luglio 2006 ha inserito tale reato all'art. L. 623-1 CESEDA, permettendo di sanzionare nell'ambito della medesima disposizione anche il riconoscimento di un minore al solo fine di ottenere o di far ottenere un titolo di soggiorno o di far acquistare la nazionalità francese.

Laddove tali reati siano commessi in banda organizzata, la pena è di 10 anni di reclusione e di 750.000 euro di multa, con la possibilità di ricorrere alla confisca di tutta o parte dei beni⁴⁰¹. Inoltre, possono applicarsi le pene complementari dell'interdizione di soggiorno, *interdiction du territoire français*, interdizione dall'esercizio di un'attività professionale o sociale nel cui ambito è stato commesso il reato. Infine, l'art. L. 623-3 CESEDA adatta tale dispositivo repressivo alle persone giuridiche che incorrono in una multa cinque volte superiore rispetto a quella di cui sono passibili le persone fisiche; è inoltre previsto nei loro confronti lo scioglimento, l'interdizione dall'esercizio della professione, la sorveglianza giudiziaria e le altre pene di cui all'art. 131-39 del codice penale, oltre che le confisca di tutta o parte dei beni, quale che sia la loro natura.

A fronte dell'introduzione nel 2003 del reato di *mariage de complaisance*, i deputati dell'opposizione presentarono ricorso davanti alla Corte Costituzionale, censurando la mancanza di sufficiente determinatezza nella definizione della fattispecie, che rimetteva al giudice penale il difficile compito di accertare la reale intenzione per cui le persone coinvolte avevano contratto matrimonio, e il carattere manifestamente sproporzionato delle sanzioni

⁴⁰⁰ Cfr. J-F. SEUVIC, *La loi 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cit., p. 406.

⁴⁰¹ Tale aggravante dà attuazione alla logica del Rapporto Weil del 1997, che auspicava l'introduzione della circostanza aggravante di "banda organizzata" per il reato di favoreggiamento all'ingresso e al soggiorno irregolare, prevedendo la pena di 10 anni di reclusione e 5 milioni di franchi di multa; tale dispositivo è stato integrato nell'art. 21 dell'ordinanza del 1945 dall'art. 12 della legge dell'11 maggio 1998.

previste. Entrambe le eccezioni sono state però rigettate dalla Corte Costituzionale⁴⁰². Sotto il primo profilo, secondo la Corte, il legislatore aveva determinato gli elementi costitutivi del reato (la partecipazione volontaria al *mariage de complaisance* e l'organizzazione o il tentativo di organizzare tale matrimonio) in termini chiari e precisi, tali da soddisfare le esigenze sottese all'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, relativo al principio di legalità dei delitti e delle pene. Circa il secondo profilo, la Corte ha ritenuto che, rientrando tali sanzioni nella prospettiva di una più efficace repressione del delitto di favoreggiamento all'ingresso e al soggiorno irregolari, era difficile considerarle manifestamente sproporzionate, tanto più ove si consideri che il giudice costituzionale non esercita che un controllo limitato in materia⁴⁰³.

Tale decisione conferma come il giudice costituzionale abbia mantenuto il suo orientamento volto a riconoscere agli stranieri, a prescindere dal carattere regolare o meno della loro presenza sul territorio francese, la libertà di matrimonio, giungendo a qualificarla come un elemento della libertà personale. Tale considerazione è particolarmente importante, poiché tende a compensare l'impressione di un arretramento nella protezione costituzionale dei diritti degli stranieri, che potrebbe risultare da una prima lettura della sentenza in questione. La Corte, in effetti, non rifiuta in linea di principio l'idea della lotta contro i *mariages de complaisance*, ammettendo la possibilità di istituire un controllo preliminare sulla validità dei matrimoni contratti dagli stranieri, purché questo si svolga nel rispetto di certe condizioni; inoltre, offrendo un nuovo appiglio costituzionale alla libertà di matrimonio, si oppone a che il carattere irregolare del soggiorno di uno straniero possa da solo giustificare l'esercizio di un tale controllo⁴⁰⁴.

§ 2. I reati volti a favorire l'ingresso e il soggiorno irregolari in Francia

La gestione efficace dei flussi migratori, obiettivo costante della politica francese in materia di immigrazione, richiede al tempo stesso di intraprendere una lotta contro tutti quei comportamenti che, a prescindere dalla nazionalità degli autori, permettono di favorire indirettamente l'ingresso e il soggiorno irregolari degli stranieri sul territorio francese. A tal proposito, è da rilevare che la Francia è allineata alle esigenze europee nel campo della lotta

⁴⁰² Decisione n. 2003-484 DC del 20 novembre 2003.

⁴⁰³ La Corte Costituzionale ha più volte affermato che in assenza di una manifesta sproporzione tra il reato e la pena prevista, non spetta alla Corte sostituire la sua valutazione a quella del legislatore (decisione n. 80-127 DC del 19 e 20 gennaio 1981; decisione n. 92-316 DC del 20 gennaio 1993; decisione n. 99-411 DC del 16 giugno 1999).

⁴⁰⁴ Cfr. O. LECUCQ, *La liberté de mariage des étrangers en situation irrégulière*, in *RD*, 2004, p. 1405.

contro ogni forma di incoraggiamento dell'immigrazione irregolare, avendo rispettato le obbligazioni europee volte a rafforzare la lotta contro il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. In effetti, la decisione-quadro del 10 luglio 2002 sulla tratta di esseri umani è stata attuata dalla legge del 18 marzo 2003 per la sicurezza interna (A). La direttiva e la decisione-quadro del 28 novembre 2002 in materia di aiuto all'ingresso, al transito e al soggiorno irregolari sono state trasposte nell'ordinamento francese con la legge del 26 novembre 2003 relativa al controllo dell'immigrazione, al soggiorno degli stranieri in Francia e alla nazionalità (B). La violazione delle obbligazioni a carico delle imprese di trasporto è invece prevista dagli artt. da L. 625-1 a L. 625-6 CESEDA che prevedono, conformemente alla direttiva, l'applicazione di sanzioni pecuniarie che vanno da 3.000 a 5.000 euro (C).

A. La tratta di esseri umani

Nonostante l'ampiezza raggiunta dal fenomeno di tratta di esseri umani negli ultimi decenni e gli sforzi intrapresi dalla comunità internazionale per contrastare questa nuova forma di criminalità organizzata, è solo nel 2003 che la Francia è intervenuta in materia, introducendo nel codice penale un'apposita figura di reato volta a incriminare i comportamenti in questione. Tale ritardo nella penalizzazione della tratta di esseri umani può essere spiegato considerando l'orientamento prevalente in giurisprudenza, volto a far rientrare le condotte di tratta nelle fattispecie penali esistenti nell'ordinamento francese.

Fino al 2003, in effetti, la repressione dei comportamenti sussumibili nella tratta avveniva indirettamente attraverso il ricorso a delle infrazioni che non erano concepite a tal fine, come lo sfruttamento della prostituzione, la sottoposizione a condizioni di lavoro e di alloggio contrarie alla dignità umana o il favoreggiamento dell'ingresso e soggiorno irregolari di uno straniero sul territorio. L'inadeguatezza di tali infrazioni e l'inefficacia dell'azione repressiva che ne derivava indussero la Francia, anche sotto l'impulso delle obbligazioni internazionali da essa assunte in seguito alla ratifica del Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000⁴⁰⁵, a modificare la sua legislazione, inserendo il reato di tratta agli artt. 225-461 ss. del codice

⁴⁰⁵ Il Protocollo addizionale alla Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale volto a prevenire reprimere e punire la tratta di esseri umani, in particolare donne e bambini, firmato dalla Francia il 12 dicembre 2000 a Palermo, è stato ratificato con la legge n. 2002-1041 del 6 agosto 2002, in JO n. 183, 7 agosto 2002.

penale, sezione 1 *bis* del capitolo V, intitolato «*Des atteintes à la dignité de la personne*», del libro II, creato dalla legge del 18 marzo 2003 sulla sicurezza interna⁴⁰⁶.

Com'è stato rilevato in dottrina, tale nuova incriminazione si caratterizza per la sua “essenza fondamentale internazionale”, derivante dalla necessità di adeguare l'ordinamento francese agli *standard* non solo internazionali, ma anche europei, avendo l'Unione europea adottato la decisione-quadro del 19 luglio 2002, che richiedeva agli Stati membri di sanzionare penalmente le condotte di tratta entro il 10 agosto 2004⁴⁰⁷.

In particolare, ai sensi dell'art. 225-4-1 c.p., la tratta di esseri umani è il fatto, in cambio di una remunerazione in denaro o di un qualsiasi altro vantaggio o promessa di remunerazione o vantaggio, di reclutare una persona, di trasportarla, di trasferirla, di darle alloggio o accoglierla, per metterla a sua disposizione o a disposizione di un terzo, anche non identificato, al fine sia di permettere la commissione contro questa persona delle infrazioni di aggressione o violenza sessuale, di sfruttamento della mendicizia o della prostituzione, di condizioni di lavoro o di alloggio contrarie alla sua dignità, sia di costringere questa persona a commettere qualsiasi reato.

A tal proposito, la dottrina ha posto l'accento sulla “*généralité*” della nozione di tratta, comprendendo questa le diverse fasi che possono condurre a porre la vittima in uno stato di soggezione; di conseguenza, ai fini della consumazione del reato di tratta, non è necessario che vengano realizzate dall'autore tutte le varie tappe (trasporto, reclutamento, accoglienza, etc.), essendo sufficiente che venga posta in essere anche una sola di esse⁴⁰⁸. Da ciò deriverebbe il carattere formale dell'infrazione, riducendosi questa al solo atto materiale iniziale, posto in essere al fine di porre la vittima a disposizione di un terzo (*but immédiat*); in seguito (*but final*), la vittima di tratta è vittima di ulteriori infrazioni (*double victimisation*) o è costretta a commettere dei reati. È da rilevare, inoltre, che inizialmente la definizione di tratta era circoscritta alle ipotesi in cui l'autore perseguisse il fine di mettere la vittima a disposizione di un terzo; solo con la legge del 20 novembre 2007 l'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice è stato ampliato, comprendendo oggi anche i casi in cui la vittima

⁴⁰⁶ Legge n. 2003-239 del 18 marzo 2003, in JO del 19 marzo 2003. In argomento, cfr. C. CUTAJAR, *La loi pour la sécurité intérieure*, in *Dalloz*, 2003, chron., p. 1106; C. LIENHARD, *La loi n. 2003-239 du 19 mars 2003 pour la sécurité intérieure*, in *JCP*, G 2003, act. 185.

⁴⁰⁷ Cfr. M. POELEMANS, *La transposition en France de la décision-cadre 2002/629/JAI du 19 juillet 2002 sur la traite des êtres humains*, in *The evaluation of European criminal law. The example of the Framework Decision on combating trafficking in human beings*, A. WEYEMBERGH - V. SANTAMARIA (a cura di), Bruxelles, 2007, p. 85.

⁴⁰⁸ Cfr. C. CHARDONNEAU - P. J. PANSIER, *Présentation de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure: de la LSQ à la LSI*, in *GP*, 26-27 marzo 2003.

sia posta a disposizione dello stesso autore, al fine sia di rafforzare la lotta contro la schiavitù moderna sia di adeguarsi agli *standards* internazionali ed europei.

Al fine di valutazione la conformità all'ordinamento europeo della legislazione penale francese in materia di tratta, non si può prescindere dal considerare la direttiva UE del 5 aprile 2011 che ha sostituito la precedente decisione-quadro del 2002. Per quanto riguarda la condotta che integra il delitto di tratta, la definizione data dal legislatore francese non pone alcuna distorsione rispetto a quanto previsto a livello europeo, rientrando in essa tutti gli atti materiali descritti all'art. 2 della direttiva. In particolare, il passaggio o il trasferimento dell'autorità sulle persone è indicato nel testo francese con l'espressione di "*mise à disposition d'un tiers*", che ricopre il medesimo ambito materiale, costituendo l'elemento caratterizzante del reato.

Anche i mezzi previsti dalla direttiva sono ripresi nella legislazione francese, tuttavia, mentre alcuni sono elementi costitutivi del reato, altri costituiscono delle circostanze aggravanti. In particolare, l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha l'autorità su un'altra si ritrova nello "*échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou de promesse de rémunération ou d'avantage*", elemento costitutivo del reato di tratta; invece, l'uso della forza o di altre forme di coercizione, l'abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità costituiscono, *ex art. 225-4-2*, delle aggravanti.

Riguardo agli obiettivi di sfruttamento, l'art. 225-4-1 c.p. offriva senz'altro una tutela più completa rispetto a quanto previsto nella decisione-quadro e negli altri testi internazionali, rientrando nel reato di tratta, oltre alle condotte realizzate ai fini di sfruttamento del lavoro e della prostituzione altrui, anche quelle volte a costringere le vittime alla commissione di "*tout crime ou délit*". Oggi, il punto 3 dell'art. 2 della direttiva dà una più ampia elencazione delle pratiche di sfruttamento, in cui, oltre alle varie forme di sfruttamento sessuale, lavoro forzato, accattonaggio e prelievo di organi, è incluso anche lo "sfruttamento di attività illecite", espressione che può essere interpretata come il fatto di indurre taluno a commettere, a proprio vantaggio, dei reati, in senso analogo a quanto previsto nel codice penale francese.

A differenza di quanto previsto nella direttiva, l'art. 225-4-1 c.p. non afferma espressamente che il consenso della vittima allo sfruttamento sia irrilevante, essendo tale precisazione superflua, poiché nel diritto penale francese il consenso della vittima non è una causa di giustificazione e, di conseguenza, la sua eventuale presenza non elimina il carattere delittuoso dell'infrazione. A differenza della direttiva volta ad armonizzare le legislazioni penali dei vari Stati membri, il legislatore francese non ha ritenuto opportuno precisare,

nell'ambito l'art. 225-4-1 c.p., che per minore si intende la persona di età inferiore ai diciotto anni, essendo questa una regola generale nell'ordinamento francese, limitandosi a prevedere, senza ulteriori precisazioni, che ove il delitto di tratta sia commesso nei confronti di un minore si applichi una circostanza aggravante.

Dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, le sanzioni previste nel diritto francese ben corrispondono ai canoni di efficacia, proporzionalità e dissuasività richiesti dall'Unione europea. In particolare, la pena di sette anni di reclusione e 150.000 euro di multa, prevista dal testo francese per le ipotesi ordinarie, soddisfa senz'altro gli *standard* europei, richiedendo l'art. 4 della direttiva almeno cinque anni di reclusione. La stessa valutazione di compatibilità vale per le ipotesi aggravate, per le quali l'art. 225-4-2 c.p. prevede dieci anni di reclusione e 1.500.000 euro di multa, in senso conforme alla direttiva che richiede almeno dieci anni di reclusione. In questo quadro, l'art. 225-4-3 c.p. punisce con 20 anni di reclusione e 3.000.000 euro di multa i casi in cui la tratta sia commessa in *bande organisée*; mentre, l'art. 225-4-4 c.p. sanziona con l'ergastolo e 4.500.000 euro di multa le ipotesi in cui sia commessa ricorrendo alla tortura o ad atti di barbarie.

Alle persone fisiche colpevoli delle infrazioni previste alla sezione 1 *bis* sono inoltre applicabili, se stranieri, l'interdizione dal territorio francese (art. 225-21 c.p.) e, in generale, le pene complementari elencate all'art. 225-20 c.p., a conferma del ricorso sempre più frequente alla confisca generale, è stata anche introdotta la confisca di tutta o parte dei beni, quale che sia la loro natura, nei confronti delle persone fisiche e giuridiche, colpevoli delle infrazioni di tale sezione 1 *bis* e della sezione 2. Inoltre, vale per il reato di tratta la regola generale, secondo cui la complicità punibile è sanzionata con le stesse pene previste per l'autore. Nessuna disposizione riguarda, invece, l'istigazione e la partecipazione, non essendo queste incriminate a titolo autonomo nel diritto penale francese; in particolare, l'istigazione è una forma di complicità, mentre la partecipazione permette, se principale, di reprimere autori o coautori e, se accessoria, di punire i complici.

Al fine di una più efficace repressione del delitto in questione, è prevista la pena di 7 anni di reclusione e di 200.000 di multa nei confronti degli individui che non siano in grado di giustificare le loro risorse, qualora essi abbiano delle relazioni abituali con le vittime di tratta. Sebbene il legislatore francese sia solito ricorrere a delle presunzioni basate sul rapporto tra stile di vita non giustificato e relazioni abituali con gli autori di certe infrazioni, quella introdotta in materia di tratta si caratterizza poiché, per la prima volta, riguarda, non soltanto la frequentazione di delinquenti (autori di traffico di stupefacenti, associazione a delinquere,

riciclaggio, ricettazione, etc.) o di devianti (consumatori di stupefacenti, prostitute), ma anche delle vittime di un reato⁴⁰⁹.

Se la legge del 18 marzo 2003 ha attuato la decisione-quadro dell'Unione europea in materia di tratta, per certi aspetti essa ha anche anticipato le disposizioni della direttiva del 29 aprile 2004 sulla tutela delle vittime di tratta che collaborano con la giustizia, inserendo all'art. 316-1 CESEDA una procedura specifica al fine di concedere un permesso temporaneo di soggiorno a favore degli stranieri in situazione irregolare che testimoniano o presentano denuncia contro gli autori di tratta⁴¹⁰. Nonostante tale importante previsione, diverse organizzazioni non governative chiedono che vengano apportate delle modifiche al fine di migliorare la tutela delle vittime, poiché la legge, pur prevedendo il rilascio di una carta di soggiorno temporaneo, non stabilisce a loro favore alcuna forma di assistenza sociale in termini di accesso alla giustizia, tutela della salute, etc., confermando di essere in primo luogo volta alla salvaguardia dell'ordine pubblico e, solo in seconda istanza, alla tutela dei diritti delle persone coinvolte nella tratta⁴¹¹. Inoltre, si rileva che la legge del 18 marzo 2003, essendo stata essenzialmente concepita per la repressione delle reti criminali di prostituzione, è difficilmente applicabile ad altre forme di tratta.

Nel complesso, la riforma del 2003 non ha suscitato grandi cambiamenti in giurisprudenza, continuando i giudici a far ricorso alla ben nota fattispecie di sfruttamento della prostituzione che consentiva di raggiungere gli stessi risultati in termini di efficacia repressiva. Anche in dottrina non si riscontra una notevole produzione specifica in materia di tratta, essendo per lo più tale fenomeno trattato nella prospettiva generale della dignità della persona o della legislazione sugli stranieri. Se la risposta penale data nell'ordinamento francese alle istanze europee in materia di lotta alla tratta di esseri umani resta ancora poco effettiva dal punto di vista della sua applicazione pratica, essa ha quanto meno il merito di esistere, consentendo alla Francia di adempiere alle obbligazioni assunte a livello europeo e internazionale. Dal confronto analitico dei vari testi è, in effetti, emerso come la Francia non si sia limitata a una mera attuazione di tali obblighi, bensì sia andata oltre agli *standard* posti a livello sovranazionale, elevando a circostanze aggravanti taluni elementi - quali la minore età, la particolare vulnerabilità della vittima o l'uso della forza - che, nei documenti internazionali o nella decisione-quadro, si limitano invece a integrare il reato di tratta. Non

⁴⁰⁹ Cfr. J.F. SEUVIC, *De la traite des êtres humains*, in RSC, 2003, p. 833.

⁴¹⁰ Il dispositivo, introdotto nel 2003, è stato perfezionato dal decreto n. 2007-1352 del 13 settembre 2007 (in JO n. 214 del 15 settembre 2007), che ha sostituito il rilascio di un'autorizzazione provvisoria di soggiorno con una carta di soggiorno temporanea che porta la menzione «*vie privée et familiale*».

⁴¹¹ Sul punto, cfr. più diffusamente G. VAZ CABRAL, *La traite des êtres humains. Réalités de l'esclavage contemporain*, La Découverte, Parigi, 2006, p. 194.

resta dunque che attendere che l'ordinamento francese, complessivamente considerato, sia in grado di cogliere e la reale portata della riforma realizzata con la legge del 18 marzo 2003 in materia di tratta di esseri umani.

B. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare

Il delitto di favoreggiamento dell'ingresso, circolazione e soggiorno irregolari degli stranieri in Francia, previsto fin dall'entrata in vigore dell'ordinanza del 2 novembre 1945, è rimasto inalterato nei suoi elementi costitutivi fino alla legge n. 94-1136 del 27 dicembre 1994, allorché una nuova redazione dell'art. 21 dell'ordinanza appariva necessaria al fine di adeguare l'ordinamento francese all'art. 27 della Convenzione di applicazione degli Accordi Schengen. Se all'origine la pena prevista per tale delitto era simile a quella prevista a carico degli stranieri dal delitto di ingresso e soggiorno irregolari, questa è stata però progressivamente aumentata e sono state introdotte diverse pene complementari.

La legge n. 98-349 dell'11 maggio 1998 relativa all'ingresso e al soggiorno degli stranieri in Francia e al diritto di asilo ha previsto una circostanza aggravante per le ipotesi in cui l'infrazione sia commessa in gruppo organizzato e ha esteso l'immunità familiare per l'aiuto al soggiorno irregolare di uno straniero in Francia, ma non per l'aiuto all'ingresso. Le più importanti novità in materia risalgono alla legge del 26 novembre 2003, cui si deve l'attuazione nell'ordinamento francese del Protocollo addizionale alla Convenzione Onu contro il traffico illecito di migranti, oltre che della direttiva e della decisione-quadro del 28 novembre 2002 in materia di favoreggiamento all'ingresso, al transito e al soggiorno irregolari. Si concentrerà dunque l'attenzione sulle modifiche che tale legge ha apportato al delitto di aiuto all'ingresso, alla circolazione o al soggiorno irregolari, previsto agli artt. L 622-1 ss del CESEDA.

Le disposizioni della legge del 2003 hanno come principale obiettivo di reprimere in maniera più efficace le filiere d'immigrazione clandestina che trasportano i migranti, senza alcun rispetto per la loro dignità umana, esponendoli anche a un pericolo di morte. A una prima lettura, gli obiettivi sanzionatori perseguiti dalla direttiva europea appaiono pienamente soddisfatti dalla legge francese di attuazione. In particolare, le novità che essa introduce sono l'ampliamento dell'ambito applicativo del delitto in questione e il rafforzamento del livello delle sanzioni previste.

Come già precisato, in effetti, fino al 2003, l'aiuto doveva essere fornito a una persona mentre questa si trovava in Francia o nello spazio internazionale delle zone aeroportuali

situate nel territorio nazionale. Tale esigenza di una presenza sul territorio francese, riconducibile al rispetto del principio di territorialità, è ormai eliminata. Inoltre, non si richiede più che per la realizzazione del reato l'autore si trovi in Francia, precisandosi che questi possa anche trovarsi sul territorio di uno Stato parte della Convenzione Schengen diverso dalla Francia o anche di uno Stato parte della Convenzione delle Nazioni Unite.

In una prospettiva di rafforzamento della lotta contro l'immigrazione clandestina, la legge del 2003 ha anche attuato il principio secondo cui uno Stato può intentare delle *poursuites* per conto di un altro Stato, sul territorio del quale il delitto di favoreggiamento al soggiorno irregolare (in base alla sua legislazione) è stato commesso⁴¹². Per rispettare la sovranità degli Stati interessati e garantire i diritti delle persone suscettibili di essere perseguite, la legge dispone che, quando l'infrazione è stata commessa dallo straniero, le *poursuites* non potranno essere esercitate nei confronti dell'autore dell'infrazione che sulla base di una denuncia ufficiale o di un'attestazione delle autorità competenti dello Stato membro o dello Stato parte interessato. Nessuna denuncia è dunque possibile per il privato, che non sia ufficializzata da un'autorità pubblica straniera.

Se l'estensione del campo geografico dell'infrazione risponde alle esigenze dei testi internazionali, si deve però rilevare che la legge francese supera le previsioni che si propone di attuare. Rifacendosi allo scopo di lucro previsto dalla direttiva, senza tuttavia introdurre la clausola umanitaria da essa prevista, l'art. L. 622-1 del CESEDA ben esprime la volontà del governo francese di non prevedere alcuna eccezione, la quale rischierebbe di attenuare la portata o comunque di limitare l'efficacia delle sanzioni previste in caso di favoreggiamento all'ingresso, alla circolazione o al soggiorno irregolari.

Tuttavia, al momento del dibattito in Parlamento per l'adozione della legge n. 2003-1119, alcuni deputati sottolinearono l'opportunità di non incriminare le persone che si limitano ad aiutare uno straniero in situazione irregolare in caso di necessità. L'alinea 3 dell'art. L. 622-4, inserito da tale legge, prevede, infatti, un'immunità, sottoposta a ben precise condizioni, a favore delle associazioni o delle persone fisiche che apportano un aiuto a uno straniero in situazione irregolare, senza tuttavia favorirne il soggiorno o senza trarne alcun beneficio. Nello stesso senso, l'ordinanza del 2 novembre 1945 disponeva che alcuni membri della famiglia dello straniero erano protetti dalle *poursuites* penali solamente in caso di aiuto al soggiorno irregolare, e non in caso di aiuto all'ingresso o alla circolazione. È da precisare che la legge del 24 luglio 2006 ha poi notevolmente limitato l'immunità familiare,

⁴¹² Art. L. 622-2 del CESEDA.

escludendola qualora lo straniero che beneficia dell'aiuto al soggiorno irregolare viva in stato di poligamia o quando tale straniero sia il coniuge di un poligamo residente in Francia con il primo congiunto.

Dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, è prevista a carico delle persone fisiche la pena di 5 anni di reclusione e 30.000 euro di multa; per le persone giuridiche, invece, l'introduzione di una loro responsabilità penale si traduce in una multa che può raggiungere i 150.000 euro, ai sensi dell'art. 131-38 c.p., al quale l'art. L. 622-8 rinvia. Tale *quantum*, conforme al livello delle sanzioni previste dai testi internazionali ed europei, risponde senz'altro ai canoni di proporzionalità, di effettività e di capacità dissuasiva. Sono anche state previste delle pene complementari, come l'interdizione di soggiorno, che va da tre a cinque anni o più; la sospensione di alcuni permessi, come la patente di guida; il sequestro dei mezzi di trasporto che hanno permesso la commissione dell'infrazione o ancora l'interdizione dal territorio francese per una durata di dieci anni o più, che comporta automaticamente l'accompagnamento dell'interessato alla frontiera, una volta espiata la pena della reclusione.

La legge del 2003 non si è limitata ad aumentare il numero delle circostanze aggravanti, bensì ha inasprito il relativo trattamento sanzionatorio, prevedendo la pena di dieci anni di reclusione e 750.000 euro di multa. In particolare, se l'aggravante del gruppo organizzato era già prevista dall'art. 21 dell'ordinanza del 1945, nuove disposizioni completano oggi l'art. L. 622-5 del CESEDA, essendo state inserite, al fine di rispondere alle esigenze del Protocollo di Palermo, le circostanze della messa in pericolo della vita degli stranieri e della loro sottoposizione a condizioni incompatibili con la dignità umana. Inoltre, l'Assemblea Nazionale ha aggiunto altre due circostanze aggravanti: la commissione di tale reato quando avrebbe come effetto di allontanare i minori stranieri dal loro ambiente familiare o abituale e la realizzazione dello stesso reato mediante un'abilitazione o un titolo di circolazione in una zona riservata di un aeroporto o di un porto. Quest'ultima previsione risulta dalla constatazione che le filiere traggono spesso vantaggio dalla complicità delle persone abilitate a muoversi in tali zone⁴¹³. Infine, questo dispositivo repressivo di lotta contro i *passeurs* è stato completato da pene accessorie che consistono essenzialmente nel sequestro dei beni delle persone, quale che sia la natura, applicabile sia nei confronti delle persone fisiche che giuridiche.

⁴¹³ Cfr. J-P. COURTOIS, *Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France*, Senato, n. 1, sessione ordinaria 2003-2004, p. 109 ss.

Inoltre, sulla scia della legge del 26 novembre 2003, l'art. 1 della legge del 9 marzo 2004 ha incluso nell'ambito applicativo della criminalità e della delinquenza organizzata i delitti di aiuto all'ingresso, alla circolazione e al soggiorno irregolari di uno straniero commessi in gruppo, come previsto dall'art. L. 622-1 del CESEDA⁴¹⁴. Per identificare gli autori di tali delitti, la legge prevede delle regole speciali in materia di indagini, di *poursuite*, d'istruzione e di giudizio, e riforma il regime della *garde à vue* e delle perquisizioni⁴¹⁵. Queste riforme hanno consentito di portare alla luce il coinvolgimento di un numero crescente di persone implicate nelle filiere d'aiuto all'immigrazione.

C. La responsabilità dei *transporteurs*

L'ordinanza del 2 novembre 1945 non prevedeva alcuna disposizione concernente i *transporteurs*. Sotto l'influenza del diritto europeo delle disposizioni specifiche nei confronti delle imprese di trasporto sono comparse nella legislazione sugli stranieri. In effetti, ai fini dell'attuazione dell'art. 26 della Convenzione di applicazione degli Accordi Schengen, la legge del 26 febbraio 1992 aveva inserito un art. 20 bis nell'ordinanza del 1945 che prevedeva un regime di sanzioni pecuniarie a carico dei *transporteurs* che conducevano stranieri privi dei documenti richiesti per entrare nel territorio. Tale dispositivo repressivo testimonia l'intento sancito nella Convenzione Schengen, e di conseguenza fatto proprio dagli Stati parte, di responsabilizzare i *transporteurs* nel loro obbligo di controllare i documenti di viaggio delle persone che trasportano. L'efficacia di tale meccanismo nella lotta contro l'immigrazione irregolare indusse ben presto la Presidenza francese a proporre al Consiglio dell'Unione europea l'adozione della direttiva 2001/51/CE del 28 giugno 2002, che integra le disposizioni del'art. 26 della Convenzione di Schengen.

L'attuazione di tale direttiva ad opera della legge del 26 novembre 2003 ha dato al legislatore francese l'occasione di procedere a un significativo rafforzamento delle obbligazioni a carico delle imprese di trasporto. In effetti, la legge francese non si è limitata ad attuare il *quantum* sanzionatorio stabilito dalla direttiva, ma ha esteso il campo di applicazione di tali sanzioni⁴¹⁶. In applicazione della direttiva, il legislatore ha proceduto a un considerevole aumento dell'ammontare dell'ammenda a carico dei *transporteurs*. Mentre

⁴¹⁴ CPP, art. 706-73, 13°.

⁴¹⁵ Sulla legittimità costituzionale di tale dispositivo, Corte Cost., decisione n. 2004-492 DC, 2 marzo 2004, cons. 5 e 6.

⁴¹⁶ Cfr. Y. PASCOUAU, *Rapport sur la transposition de la directive visant à compléter l'article 26 de la Convention de Schengen*, in *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, J-Y. CARLIER - P. DE BRUYCKER (a cura di), Bruylant, Bruxelles, 2005.

precedentemente il diritto francese puniva i comportamenti in questione con un'ammenda di 1.500 euro, oggi l'art. 20 *bis* punisce con un'ammenda di un ammontare massimo di 5.000 euro l'impresa di trasporto aereo o marittimo che conduce, sul territorio francese in provenienza da un altro Stato, uno straniero non cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea e privo dei documenti di viaggio e, se del caso, del *visa* richiesto dalla legge o dall'accordo internazionale applicabile a causa della sua nazionalità. Sono dunque escluse dal sistema repressivo le compagnie che hanno trasportato delle persone prive di documenti che siano di nazionalità francese o di un altro Stato membro. Si deve inoltre notare che non si tratta di sanzioni penali, bensì amministrative che sono applicate dal Ministero dell'Interno con la possibilità di contestarle davanti al Tribunale amministrativo di Parigi che statuisce come giudice di pieno contenzioso.

La legge fissa l'ammontare minimo dell'ammenda ma pone a carico dei *transporteurs* l'obbligo di dotarsi di una particolare attrezzatura: l'ammenda prevista è, in effetti, ridotta a 3.000 euro per passeggero quando l'impresa di trasporto ha utilizzato, sul luogo di imbarco dei passeggeri, un dispositivo di numerazione e trasmissione dei documenti di viaggio e dei *visa* alle autorità francesi incaricate del controllo alle frontiere. Tale dispositivo tende a dissuadere i viaggiatori dal distruggere i documenti di viaggio durante il tragitto, comportamento che renderebbe estremamente difficile, se non impossibile, procedere al loro allontanamento dal territorio francese. Mediante tale sistema, gli agenti della compagnia di trasporto «scannerizzano» dunque prima dell'imbarco i documenti di viaggio e li trasmettono alle autorità francesi. Tale meccanismo, se da un lato permette ai *transporteurs* di sfornire più facilmente la prova che i passeggeri erano muniti dei documenti di viaggio richiesti; dall'altro, pone la questione del ruolo delle società private, trasformate in ausiliari della politica di immigrazione dello Stato francese⁴¹⁷.

Se lo straniero condotto irregolarmente in Francia è un minore non accompagnato, l'ammontare dell'ammenda prevista è consegnato presso il capo del servizio di controllo alla frontiera e, in mancanza di tale consegna, l'ammontare è raddoppiato. Tale previsione risponde alla preoccupazione di rendere i *transporteurs* maggiormente attenti quando trasportano dei minori e di dissuaderli dal trasportare minori non accompagnati privi di passaporto o di *visa*. Secondo alcuni, è da temere che tale disposizione, anziché indurre i *transporteurs* a rifiutare il trasporto di tali minori, renda la loro situazione estremamente

⁴¹⁷ T. MARIANI, *Rapport relatif à maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France*, Assemblée Nationale, dodicesima legislatura, n. 949 (I Parte), p. 82.

delicate poiché, privi di rappresentante legale, corrono il rischio di un ritorno nei loro paesi d'origine, senza le adeguate misure di protezione⁴¹⁸.

Tale legge estende anche il campo d'applicazione delle sanzioni pecuniarie alle infrazioni commesse in occasione del transito da un'impresa di trasporto aerea o marittima, per cui prima non esisteva che un obbligo di presa in carico e di riaccompagnamento. Prima della riforma, se l'impresa di trasporto che doveva condurre lo straniero in un paese di destinazione ulteriore rifiutava di imbarcarlo o se le autorità del paese di destinazione rifiutavano l'ingresso dello straniero e lo rinviavano in Francia, l'impresa di trasporto aereo o marittimo era tenuto a ricondurre senza termine tale straniero nel punto in cui questi aveva iniziato a utilizzare il mezzo di trasporto o, in caso d'impossibilità, nello Stato che aveva rilasciato il documento di viaggio, o in qualsiasi altro luogo in cui questi poteva essere ammesso. Mentre la direttiva su questo aspetto si è chiaramente ispirata alla legislazione francese precedente, l'estensione dell'ammenda a tali situazioni di transito realizzata dalla legge del 2003 costituisce una novità rispetto al testo europeo. Tale modifica del dispositivo nazionale si spiega considerando quella che è la realtà degli scambi internazionali in cui la Francia tende sempre più a divenire un paese di transito privilegiato. L'estensione legale della sanzione all'ipotesi particolare del transito costituisce inoltre una consacrazione legislativa della giurisprudenza amministrativa francese relativa al campo di applicazione dell'art. 20 *bis* dell'ordinanza⁴¹⁹.

L'art. 20 *bis* II della legge francese contiene diverse cause di esonero dal pagamento dell'ammenda a favore delle compagnie di trasporto, relative ai richiedenti asilo e al controllo della regolarità dei documenti di viaggio. L'interesse legittimo degli Stati a controllare l'ingresso delle persone nel loro territorio è, in effetti, bilanciato con le obbligazioni sancite nella Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati. Ai sensi dell'art. 31 di tale Convenzione, gli Stati parte si impegnano a non sanzionare la persone che chiedono il riconoscimento del loro *status* di rifugiati e siano prive dei documenti normalmente richiesti per entrare nel territorio francese. In conformità a tale obbligazione internazionale, il diritto francese intende esonerare i *transporteurs* dalle ammende normalmente dovute. L'ordinanza del 1945 prevede dal 1992 l'eliminazione delle sanzioni inflitte ai *transporteurs* allorché la domanda d'asilo presentata dalla persona trasportata, priva dei documenti di viaggio, non è «manifestamente infondata». Spetta infatti ai *transporteurs* valutare al momento dell'imbarco il carattere fondato delle richieste di coloro che intendono viaggiare senza documenti.

⁴¹⁸ Cfr. F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *La loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003*, cit., p. 536.

⁴¹⁹ Corte amministrativa d'appello di Parigi, 26 ottobre 2000, n. 00PA00522 e n. 00PA00514.

Nonostante le critiche della dottrina, la legge del 26 novembre 2003 mantiene tale clausola di esonero fondata sul criterio delle domande «manifestamente infondate». La situazione è semmai complicata poiché tale criterio non è definito e la Corte Costituzionale francese, in occasione del controllo esercitato sulla legge del 26 novembre 2003, ha ignorato tale questione. Inoltre, mentre prima della legge del 1993 vi erano delle esenzioni se il *transporteur* stabiliva che i documenti richiesti gli erano stati presentati al momento dell'imbarco o quando i documenti presentati non contenevano alcun elemento di irregolarità manifesta, si richiede oggi che le due condizioni siano cumulativamente soddisfatte. È quindi molto più difficile per il *transporteur*, anche se in buona fede, sfuggire all'ammenda.

In conclusione, la legge del 2003, dando in effetti attuazione della direttiva dell'Unione europea, contribuisce a un significativo rafforzamento delle sanzioni a carico dei *transporteurs* colpevoli di aver violato i loro obblighi di controllo dei documenti di viaggio.

D. Il lavoro illegale

La direttiva 2009/52/CE del 18 giugno 2009 che introduce delle sanzioni nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare non dovrebbe suscitare particolari difficoltà circa la sua attuazione nell'ordinamento francese, essendo coerente con le scelte da tempo adottate dalla Francia in questo settore. La lotta contro il lavoro illegale degli stranieri è, in effetti, da tempo considerata un elemento essenziale della politica francese di controllo dei flussi migratori. Nel corso degli anni, vi sono state diverse riforme legislative e regolamentari, volte a inasprire il dispositivo di prevenzione e di repressione, mediante l'introduzione di nuove regole di gestione dei flussi di manodopera straniera presenti sul mercato del lavoro. In particolare, al fine di lottare più efficacemente contro tale fenomeno, il legislatore del 2003 ha aggravato le pene previste per i datori di lavoro, ampliando i mezzi procedurali messi a disposizione dei servizi di controllo.

Prima del 2003, il Codice del Lavoro conteneva già il divieto di assumere o impiegare, direttamente o per persona interposta, per una qualsiasi durata, uno straniero non munito di titolo che l'autorizzasse a esercitare un'attività salariata in Francia⁴²⁰. L'interdizione si applicava anche nel caso di impiego di uno straniero privo dei titoli richiesti per una categoria professionale o che venisse impiegato per una professione o una zona geografica diverse da quelle menzionate sul titolo di soggiorno dello straniero. Tale infrazione poteva concorrere

⁴²⁰ Art. L. 5221-8 del codice del lavoro; vecchio art. L. 341-6 al. 1er.

con il favoreggiamento al soggiorno irregolare, allorché il datore di lavoro fosse stato consapevole che lo straniero impiegato era privo di autorizzazione al lavoro.

In questo contesto, la giurisprudenza imponeva al datore di lavoro di verificare la nazionalità del suo impiegato, oltre che la regolarità dell'autorizzazione al lavoro. Secondo una formula costantemente ripresa, le disposizioni dell'art. 341-6 del Codice del lavoro implicavano necessariamente che il datore di lavoro s'informasse della nazionalità di colui che impiegava e verificasse, nel caso in cui si trattasse di uno straniero, la titolarità dell'autorizzazione a esercitare un'attività salariata in Francia»⁴²¹. In mancanza di tale verifica, si riteneva realizzato l'elemento intenzionale dell'infrazione dell'impiego di stranieri senza titolo, dato dalla conoscenza da parte del datore di lavoro della qualità di straniero dell'impiegato⁴²². Invece, l'adempimento dell'obbligo di verifica, sussistente anche nelle ipotesi di reclutamento per persona interposta, permetteva al datore di lavoro di andare esente dalla responsabilità penale.

Al fine di intensificare la lotta contro l'immigrazione irregolare, la legge del 26 novembre 2003, non solo ha aumentato le sanzioni previste per l'impiego di stranieri senza permesso di lavoro, ma ha introdotto una nuova fattispecie di impiego di stranieri in situazione irregolare. Sotto il primo profilo, ha aumentato le pene per ogni straniero irregolarmente impiegato da tre a cinque anni di reclusione e da 4.500 a 15.000 euro di multa, prevedendo inoltre le pene complementari di interdizione dall'esercizio dell'attività, esclusione dai mercati pubblici e, ove si tratti di persona giuridica, lo scioglimento ove questa sia stata creata allo scopo di commettere il reato in questione. Se l'infrazione è commessa in gruppo organizzato, ha introdotto una pena di dieci anni di reclusione e 100.000 euro di multa, oltre al sequestro di tutti o parte dei beni della persona interessata.

Riguardo al secondo profilo, la legge del 2003 ha introdotto una sanzione per le ipotesi di impiego di stranieri in situazione irregolare. L'art. L. 626-1 CESEDA prevede, infatti, a carico del datore di lavoro che impiega un lavoratore straniero in situazione di soggiorno irregolare un contributo forfettario rappresentativo delle spese di accompagnamento dello straniero nel suo paese di origine; vi è inoltre il ritiro della carta di residente ove si tratti di datore di lavoro di nazionalità straniera che impieghi uno straniero privo di autorizzazione al lavoro.

In questo quadro, è da precisare che gli artt. 225-13 ss c.p. sanzionano le condizioni di lavoro incompatibili con la dignità umana; in particolare, l'art. 225-14 c.p. prevede la pena di

⁴²¹ Crim. 29 marzo 1994, n. 93-82-178, Bull. Crim. N. 121.

⁴²² Crim. 24 aprile 1990, RJS 1990, 427, n. 639.

5 anni di reclusione e 150.000 euro di multa a carico del datore di lavoro che sottoponga una persona a delle condizioni di lavoro incompatibili con la dignità umana.

In materia di subappalto, la legge 13 agosto 2004 relativa all'assicurazione di malattia ha imposto ai *donneurs d'ordre* di verificare ogni sei mesi, e non più ogni anno, che i loro contraenti rispettino le condizioni previste fino alla completa esecuzione del contratto; in generale, tale legge ha previsto che gli agenti dei corpi di controllo, abilitati a verbalizzare l'infrazione specifica di lavoro dissimulato, siano autorizzati a chiedere alle persone presenti sui luoghi di lavoro di giustificare la loro identità e il loro indirizzo.

L'insieme di queste disposizioni ben riflette la volontà del legislatore francese di reprimere severamente i *trafiquants de main-d'œuvre étrangère*, i cd. "vendeurs de sommeil" e altri sfruttatori dei lavoratori stranieri in situazione irregolare, nella più ampia prospettiva di intensificare la lotta contro l'immigrazione irregolare. Di fronte alla severità delle pene previste nei confronti dei datori di lavoro, la legislazione francese non sanziona invece gli stranieri che lavorano senza autorizzazione. In realtà, nel 2003, la commissione di legge dell'Assemblea Nazionale aveva proposto l'introduzione di un nuovo delitto per sanzionare i lavoratori stranieri privi dell'autorizzazione richiesta dall'art. L. 341-4 del Codice del lavoro, punito con 3.750 euro di multa e una pena complementare d'interdizione dal territorio da tre anni in su. Adottata senza discussioni, tale disposizione fu poi scartata dalla commissione mista paritaria; attualmente, quindi, solo la mancanza della carta di commerciante è sanzionata dall'art. L. 122-1 del Codice del commercio con una pena di sei mesi di reclusione e una multa di 3.750 euro.

A parte quest'eccezione, se la legislazione francese in generale non sanziona lo straniero che lavora senza autorizzazione, questi può tuttavia essere punito con un anno di reclusione e 3.000 euro di multa ove si renda colpevole di frode o di falsa dichiarazione per ottenere l'autorizzazione a esercitare un'attività salariata in Francia (art. L. 364-2). Sul piano amministrativo, inoltre, in base a una modifica introdotta dall'art. 16 della legge del 26 novembre 2003, la carta di soggiorno temporanea può essere ritirata a ogni straniero che esercita un'attività professionale non salariata senza avere l'autorizzazione (art. L. 313-5 CESEDA). Questa è la prima ipotesi in cui uno straniero che lavora irregolarmente è oggetto di sanzione, anche se si tratta pur sempre di una sanzione amministrativa.

Non vi è dubbio, comunque, che i cittadini stranieri impiegati illegalmente possono essere costretti a lasciare il territorio francese laddove il loro ingresso o soggiorno appaiono irregolari.

Per quanto riguarda i diritti riconosciuti al lavoratore straniero irregolarmente impiegato, egli è assimilato, a partire dalla data di inizio del suo impiego, a un lavoratore regolarmente ingaggiato, per quanto riguarda sia le obbligazioni previste dal diritto del lavoro a carico del datore di lavoro (durata del lavoro, riposo settimanale, regole d'igiene e di sicurezza) sia la considerazione dell'anzianità nell'impresa (art. L. 341-6-1 codice del lavoro). In particolare, lo straniero per il periodo di impiego irregolare ha diritto al pagamento del salario e degli accessori, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali; in caso di scioglimento del rapporto di lavoro, ha invece diritto a un'indennità forfettaria uguale a un mese di salario, salvo disposizioni o clausole contrattuali più favorevoli. Tali disposizioni non escludono il diritto dell'impiegato di chiedere in giudizio un risarcimento supplementare ove risulti un pregiudizio non riparato da tali disposizioni.

Anche la giurisprudenza, in applicazione di tali previsioni, ritiene che lo straniero irregolarmente impiegato sia da assimilare al salariato regolarmente impiegato per quanto riguarda la disciplina, i vantaggi pecuniari e il regime risarcitorio in caso di fine del rapporto di lavoro⁴²³. In particolare, la Corte di Cassazione ha chiarito che, in caso di impiego di uno straniero non autorizzato a esercitare un'attività salariata in Francia, né la nullità assoluta del contratto, né la mancata realizzazione della condizione sospensiva della concessione dell'autorizzazione, sono sufficienti a privare l'interessato del diritto di chiedere le indennità afferenti alla fine del rapporto di lavoro⁴²⁴.

Inoltre, il datore di lavoro di uno straniero in situazione irregolare non può valersi del rifiuto di regolarizzazione opposto dall'autorità amministrativa al fine di non versare l'indennità prevista in caso di scioglimento del rapporto di lavoro⁴²⁵. Poiché un'impresa ha fatto lavorare uno straniero privo di autorizzazione al lavoro, questa ha tenuto un comportamento scorretto e di conseguenza non può invocare la situazione irregolare dello straniero per licenziarlo. Il salariato ha diritto all'indennità di preavviso, alle indennità di licenziamento e al risarcimento dei danni per licenziamento abusivo. Invece, la mancanza di autorizzazione al lavoro, non imputabile al datore di lavoro, costituisce un vero e proprio motivo di licenziamento⁴²⁶.

Al fine di assicurare al lavoratore straniero irregolarmente impiegato il rispetto dei suoi diritti, rilevano le seguenti disposizioni:

⁴²³ Cass. soc., 21 nov. 1984, Médusc/Guérand.

⁴²⁴ Cass. soc., 3 oct. 1985: DS 1986, 428, obs. J. Savatier.

⁴²⁵ Cass. soc., 8 juill. 1985: DS 1986, 428, obs. J. Savatier.

⁴²⁶ Corte d'Appello Douai, 23 juin 2004, n. 03/03105, SARL ASTIC c/ Ntsakala.

- le organizzazioni sindacali rappresentative possono agire in giudizio per far riconoscere i diritti dei lavoratori stranieri, senza dover provare l'esistenza di un mandato dell'interessato, a condizione che lo straniero non si opponga. L'interessato può sempre intervenire nel giudizio instaurato dal sindacato (art. L. 341-6-2);

- le associazioni regolarmente costituite da almeno cinque anni per la lotta contro le discriminazioni possono adire le organizzazioni sindacali rappresentative per chiedere loro di esercitare davanti ogni giurisdizione tutti i diritti riservati alla parte civile per le infrazioni sull'impiego di manodopera straniera (art. L. 341-6-3 cod. lav.).

Inoltre, secondo l'art. L. 364-4 dello stesso codice, un datore di lavoro non può ottenere da un lavoratore straniero il rimborso delle somme versate all'Agenzia nazionale dell'accoglienza degli stranieri e delle migrazioni o delle spese di viaggio sostenute al fine della sua venuta in Francia. La violazione di tale interdizione è punita con due anni di reclusione e 3.750 euro di multa dalla legge n. 2005-882 del 2 agosto 2005.

Nello stesso senso, l'art. L. 364-5 sanziona con una pena di tre anni di reclusione e di 45.000 euro di multa il datore di lavoro che si fa consegnare valori o beni mobiliari in vista o in occasione dell'introduzione in Francia di un lavoratore straniero. Se tale datore di lavoro è di nazionalità straniera, può inoltre essere interdetto dal territorio per dieci anni e anche a titolo definitivo se è stato condannato per le infrazioni di cui agli artt. L. 364-3 e L. 364-5 del Codice del lavoro (art. L. 364-9 cod. lav.).

Résumé

La lutte contre l'immigration clandestine est devenue une priorité politique même pour la France. Les mesures adoptées par les différents Gouvernements pour répondre à cet objectif montrent une tendance à la pénalisation de l'immigration clandestine, cohérente à l'approche sécuritaire propre de l'Europe. De ce point de vue, la loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003 constitue moins une révolution qu'une aggravation, certes de grande ampleur, d'un ciblage récurrent. Les dispositions de cette nouvelle loi contribuent au durcissement du droit relatif aux étrangers par une impressionnante pénalisation qui touche nombre de domaines fondamentaux de ce droit issu de l'ordonnance du 2 novembre 1945

Plusieurs moyens ont été mis en œuvre: mise en place du nouveau régime des attestations d'accueil, développement du recours aux empreintes digitales, augmentation du délai de rétention dans des locaux administratifs, relance des éloignement d'étrangers en situation irrégulière, nouvelles conditions du contrôle d'arrive à Roissy, réforme des procédures d'asile. Les autres volets de la réforme de 2003 se caractérisent par leur nature répressive, notamment en renforçant les sanctions administratives ou pénales contre les passeurs et les transporteurs, conformément aux engagements internationaux de la France; en affirmant la lutte contre l'utilisation frauduleuse du mariage pour obtenir le droit d'entrer et de séjourner en France; en aggravant les sanctions pénales en matière d'empli d'étrangers sans titre de travail.

Ce processus de pénalisation s'est exprimé essentiellement à travers la multiplication de personnes nouvellement visées par ce mouvement répressif. Le champ personnel des dispositions légales en matière d'immigration s'est en effet largement étendu, passant d'une répression administrative visant l'étranger, principal destinataire des règles d'entrée, de circulation et de séjour forgeant la base de toute politique d'immigration à une répression pénale touchant dans un premier temps ce même destinataire tout en s'étendant aux autres acteurs favorisant la violation des règles primaire de cette politique.

En ce qui concerne l'étranger, il a vu, depuis 1974, sa situation aggravée au plan administrative, et nouvellement visée sur le pénal. La transformation de certains actes, comme l'entrée et le séjour sans titre requis, ou le mariage pour obtenir un titre de séjour ou la nationalité française, en délit pénal ont largement contribué à faire de l'étranger un sujet de droit pénal. Notamment, la sanction du maintien sur le territoire sans titre de séjour vise l'étranger qui pénètre ou séjourne en France sans satisfaire aux formalités mentionnées par

l'article 5 du règlement n. 562/2006 du 15 mars 2006 relatif au régime de franchissement des frontières⁴²⁷.

Ensuite, depuis 2003, le législateur a souhaité réprimer spécialement « le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française »⁴²⁸. Applicable à l'étranger lui-même et à son conjoint, quelle que soit sa nationalité, ces peines concernent également l'organisation ou la tentative d'organisation d'un mariage et, depuis 2011, le fait de tromper son conjoint sur ses intentions (« mariage gris »).

Une dernière sanction vise l'étranger qui s'oppose à l'exécution d'une mesure de départ forcé. S'articulant avec l'action administrative qu'elle vise à faciliter en faisant appel à la collaboration au moins passive de l'étranger, elle concerne plus spécialement le fait de se soustraire à l'exécution d'un refus d'entrée, d'un arrêté d'expulsion ou de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire⁴²⁹. Il en est de même lorsqu'un étranger ne présente pas les documents de voyage permettant l'exécution d'une mesure d'éloignement forcé ou ne communique pas les renseignements adéquats ou exacts sur son identité. Ces sanctions peuvent être infligées à l'étranger qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction du territoire, pénètre de nouveau sans autorisation en France.

En ce qui concerne ceux qui d'une manière ou d'une autre apportent leur aide à l'immigration irrégulière, la France a bien rempli les engagements européens en matière, en développant une politique qui englobe des problématiques aussi sensibles que le régime particulier mis en place à l'égard des transporteurs, les mesures visant à lutter contre les filières d'immigration clandestine ou les passeurs. L'ensemble de ces dispositions reflètent la volonté du législateur français de réprimer sévèrement les « trafiquants de main d'œuvre étrangère », les « vendeurs de sommeil » et autres exploiters de travailleurs étrangers en situation irrégulière et par la même d'intensifier la lutte, par la voie pénale, contre l'immigration illégale. Le mouvement de pénalisation du droit des étrangers passe donc, après l'aggravation de la répression de l'entrée et du séjour irrégulier touchant dans un premier temps directement l'étranger, par la poursuite et la répression des « facilitateurs » de l'immigration clandestine: passeurs, transporteurs, employeurs.

En réalité, les principales mesures prises par l'Union européenne pour lutter contre l'aide à l'immigration clandestine ont été proposées par la France qui s'est largement inspirée

⁴²⁷ C. étrangers, art. L. 621-1.

⁴²⁸ C. étrangers, art. L. 623-1. Les poursuites judiciaires demeurent faibles.

⁴²⁹ C. étrangers, art. L. 624-1.

des dispositions existantes dans sa législation. Notamment, la décision-cadre du 19 juillet 2002 sur la traite des êtres humains a été transposée par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. La directive et la décision-cadre du 28 novembre 2002 définissent l'aide à l'entrée, au transit et séjour irréguliers ont été correctement transposés par la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. La méconnaissance des obligations incombant aux entreprises de transport fait l'objet des articles L 625-1 à L 625-6 du Ceseda qui prévoient, conformément à la directive, l'application de sanctions pécuniaires allant de 3000 à 5000 euros. Anticipant certaines initiatives de l'Union européenne, la France vient de prendre une certaine « avance » en ce domaine

A cet égard, on peut relever que les mesures prises par les institutions européennes pour combattre l'emploi des ressortissants étrangers en situation irrégulière et l'immigration clandestine, paraissent moins sévères que celles déjà adoptées par le législateur français. Elles procèdent cependant de la même philosophie, décourager les candidats à l'immigration illégale en s'attaquant à ceux qui sont susceptibles de leur fournir non seulement une aide à l'entrée et au séjour irréguliers mais aussi un travail sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Le système répressif mis en place par les institutions européennes et la France semble de nature à décourager l'aide à l'immigration illégale dans ses différentes formes. On peut alors attendre que cette logique de dissuasion conduise prochainement à de nouveaux développements.

En tout état de cause, la poursuite des efforts en matière de lutte contre l'immigration ne doit pas conduire à négliger la politique d'immigration légale, les mouvements migratoires pouvant avoir des retombées très positives tant pour les États membres que pour les États tiers. Il en va de même pour la politique d'asile, laquelle apparaît de plus en plus nécessaire eu regard aux nombreuses violations de droits de l'homme observées dans le monde.

Dans cette perspective, la France et l'Europe ont également pris position en faveur d'une « immigration choisie », censée à répondre à des besoins économiques spécifiques plus ou moins transitoires. Ainsi, la politique européenne de l'immigration devrait connaître une nette accélération grâce au traité de Lisbonne qui la fait passer de l'unanimité à la majorité qualifiée. L'article 63 *bis* de ce traité prévoit une politique commune de l'immigration, visant, notamment, la prévention et la lutte contre l'immigration illégale et la traite des êtres humains.

Dans un futur proche, l'un de plus grands défis que les pays auront à relever sera de combattre l'immigration par tous les moyens, pour des raisons de politique intérieure, avec les

besoins réels en migration, liés à l'évolution de leur économie et au vieillissement de leur population. La solution à la quadrature de ce cercle, si elle existe, ne peut être élaborée que dans le cadre de l'Union européenne.

CAPITOLO II. La politica italiana di contrasto dell'immigrazione irregolare

L'estrema sensibilità politica e sociale della disciplina dell'immigrazione, materia in cui convergono i problemi di regolamentazione dei flussi migratori, i profili di tutela dei diritti inviolabili della persona e le nuove prospettive delle moderne società multiculturali, impone un'attenta ricostruzione delle tappe fondamentali che hanno segnato l'evoluzione della normativa italiana in tale settore, al fine di individuare i tratti essenziali che caratterizzano oggi la condizione giuridica degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio. L'analisi delle normative adottate in materia dal legislatore italiano a partire dalla fine degli anni Ottanta mostra una strumentalizzazione dell'immigrazione, concepita dapprima come riserva di manodopera cui attingere per rispondere alle esigenze del mercato del lavoro e in seguito come fattore di rischio da arginare per soddisfare le istanze di sicurezza dei cittadini. Tale impostazione, subordinando la gestione del fenomeno migratorio ora alle necessità dell'economia nazionale ora alla tutela dell'ordine pubblico, ha di fatto ostacolato l'instaurazione di un efficace sistema di governo della presenza straniera in Italia, lasciando la discussione su tale tema alle semplificazioni del discorso politico e mediatico prevalente e facendo dell'immigrazione un tema di esclusiva propaganda politica. L'incapacità di considerare l'immigrazione come fenomeno strutturale ha determinato un'estensione dell'area dell'irregolarità, mantenendo centinaia di migliaia di persone nella precarietà, senza alcuna prospettiva di regolarizzazione né di tutela dei diritti fondamentali, favorendo allo stesso tempo l'instaurazione di un indissolubile nesso di contiguità tra la condizione di irregolarità dello straniero e la sua pericolosità sociale. Tale concezione del fenomeno migratorio, spesso alimentata dai mass-media, anziché favorire l'integrazione nel tessuto sociale, ha inciso negativamente sulla disponibilità da parte della società a cogliere il bagaglio di esperienze, di competenze e di valori propri degli stranieri, secondo una logica di esclusione che, sia pure latente nelle varie riforme che nel corso degli anni hanno interessato la disciplina dell'immigrazione, ha trovato la sua più compiuta espressione nei pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, che hanno realizzato un deciso ampliamento dei divieti sanzionati penalmente previsti a carico dello straniero che risieda in Italia senza un valido titolo di soggiorno.

La politica italiana in tema di immigrazione si è quindi nel complesso contraddistinta per il potenziamento del ricorso allo strumento penale e per l'inasprimento dell'apparato sanzionatorio, soluzioni entrambe fallimentari sia sotto il profilo dell'efficacia che del rispetto

delle garanzie individuali, la cui introduzione suscita notevole preoccupazione, rischiando di trasformare lo Stato di diritto in uno Stato di prevenzione, in cui il diritto penale si spoglia dei suoi connotati classici per assumere profili marcatamente preventivi, ritenuti indispensabili a contrastare talune forme di criminalità, sulle quali convergono le paure collettive. Per tali motivi, si procederà innanzitutto all'analisi dell'evoluzione della politica italiana in materia di immigrazione, concentrando in particolare l'attenzione sull'*escalation* penalistica del ruolo dello straniero in condizione irregolare che, mentre nel Testo Unico del 1998 era autore di delitti legati pur sempre all'inosservanza dei decreti o degli ordini di espulsione e dei divieti di reingresso, con le modifiche introdotte dalle ultime riforme in materia di sicurezza è stato invece penalizzato *tout court* in virtù del mero ingresso o soggiorno irregolare, prima e a prescindere dall'emanazione di un provvedimento di espulsione (sezione 1). Tale politica di stigmatizzazione dello straniero irregolare ha di fatto favorito comportamenti di diffidenza, di rifiuto e di ostilità verso ogni migrante che, trovandosi ai margini della società, è progressivamente divenuto facile preda di gruppi criminali, capaci di sfruttare a pieno la debolezza di persone alla ricerca di un lavoro e di condizioni di vita migliori. Ed è proprio in relazioni a tali condotte che il complesso rapporto tra diritto penale e immigrazione mostra l'altro volto dell'immigrato che, da autore di delitti connessi all'ordine pubblico, diviene persona offesa delle nuove forme di schiavitù purtroppo ancora diffuse nella società globalizzata, quali le pratiche di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di tratta di donne e minori a fini di prostituzione e di sfruttamento della forza lavoro. In ragione della crescente diffusione di fenomeni sempre più allarmanti sotto il profilo della violazione dei diritti umani, si esaminerà con particolare attenzione anche la normativa italiana in materia di repressione delle fattispecie connesse all'immigrazione irregolare, al fine di accertare la conformità di tale disciplina agli *standard* elaborati a livello sovranazionale, volti a ostacolare lo sfruttamento a qualsiasi fine di persone che versano in condizioni umane di estrema vulnerabilità (sezione 2).

Sezione 1. L'evoluzione della normativa italiana in materia di immigrazione irregolare

L'evoluzione della disciplina italiana in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare è stata contrassegnata da un importante spartiacque, dato dalla penalizzazione della mera violazione delle norme sull'ingresso e il soggiorno, realizzata ad opera della legge n. 94 del 2009, che ha suscitato serie perplessità tanto sotto il profilo dell'opportunità politico-

criminale della sua introduzione, quanto sotto quello della sua compatibilità con il dettato costituzionale. Fino ad allora, la materia dell'immigrazione era stata oggetto di ben tre normative generali (la cd. legge Martelli, n. 39/1990, la cd. legge Turco-Napolitano, n. 40/1988, la cd. legge Bossi-Fini, n. 189/2002) che, sia pure espressione di diverse sensibilità politiche, sociali e culturali, avevano optato per una dimensione non penalistica nel trattamento della condizione giuridica del migrante irregolare, assoggettandolo a misure - quali l'espulsione - che, pur avendo natura amministrativa, si rivelavano comunque profondamente incisive sulla libertà personale dei soggetti coinvolti. Tali misure facevano parte di un vero e proprio diritto amministrativo e penale (parzialmente) speciale per gli stranieri, caratterizzato da una notevole riduzione delle garanzie sostanziali e procedurali normalmente previste, indice dell'esistenza di un doppio livello di cittadinanza, avvalorato dall'accentuazione dei processi di amministrativizzazione della condizione giuridica degli stranieri. La disciplina restrittiva in materia di ingresso, subordinato all'incontro a livello mondiale tra domanda e offerta di lavoro, la precarietà del soggiorno e le fattispecie incriminatrici dell'inosservanza dell'ordine di espulsione non favorivano di certo una gestione efficace del fenomeno migratorio, contribuendo solo ad esasperare le torsioni della disciplina dell'immigrazione rispetto alle garanzie fondamentali della persona e ai principi dell'ordinamento penale (§ 1).

In linea di continuità con le modifiche già apportate nel 2002 e nel 2004 al Testo Unico del 1998, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia di immigrazione con i pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, che hanno realizzato una criminalizzazione dello *status* di immigrato regolare, introducendo dapprima un'aggravante per i reati commessi dagli stranieri in condizione di irregolarità, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale, e in seguito la contravvenzione di ingresso e soggiorno irregolare, segnando un arretramento del diritto penale, da un diritto penale del fatto a un diritto penale d'autore. Tali modifiche allo statuto penale degli stranieri hanno in effetti contribuito a ridurre gli spazi interpretativi elaborati nel corso del tempo dalla giurisprudenza costituzionale al fine di mitigare le rigidità introdotte nel sistema dalla legge Bossi-Fini. Il risultato che ne è derivato è una pericolosa inversione nella gerarchia dei valori tra i beni originari dell'individuo e quelli strumentali della politica, che rischia di anteporre la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico alla protezione dei diritti fondamentali che, in virtù del loro carattere universale, dovrebbero essere riconosciuti anche agli stranieri (§ 2).

§ 1. Verso un inasprimento del trattamento riservato agli stranieri

L'Italia, con il ritardo che ha caratterizzato tutti gli Stati che si sono trasformati da paesi di emigrazione in meta di destinazione dei flussi migratori, ha iniziato ad adottare i primi provvedimenti legislativi in materia di immigrazione solo a partire dalla metà degli anni Ottanta, ponendo fine a una prassi amministrativa ritenuta dalla stessa Corte Costituzionale inadeguata, sia sotto il profilo dell'efficienza che sotto quello della compatibilità con le fondamentali libertà umane connesse all'ingresso e al soggiorno degli stranieri in Italia. Nel quadro tracciato dalle indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale, sotto la spinta degli impulsi comunitari, il legislatore ha dato vita a un convulso susseguirsi di normative che, pur presentando notevoli differenze su aspetti specifici della disciplina introdotta, sono comunque riconducibili alla medesima impostazione di fondo, basata su un netto discrimine tra immigrati regolari e irregolari che, se nel Testo Unico del 1998, si è tradotto in una logica binaria che concedeva, sia pure formalmente, qualche spazio all'integrazione (A), nella legge Bossi-Fini del 2002 ha invece condotto all'adozione di un approccio sostanzialmente proibizionistico verso l'immigrazione, rinvenibile nel carattere estremamente restrittivo della disciplina degli ingressi e del soggiorno e nell'inasprimento della disciplina in materia di espulsione (B). In questa prospettiva, l'evoluzione della politica migratoria italiana è stata dunque caratterizzata da un «peggioramento nella continuità», che si è manifestato, da un lato, attraverso la progressiva riduzione degli spazi dell'integrazione e il crescente deterioramento dei diritti dei migranti, dall'altro, avvalorando sempre più la filosofia dell'ordine pubblico e la visione degli immigrati quali potenziali delinquenti.

A. La costruzione di una politica organica dell'immigrazione

La forte crescita economica e la crisi demografica che interessarono l'Italia tra il 1950 e il 1980 contribuirono a modificare la collocazione del nostro paese nel sistema migratorio internazionale, determinando un'inversione dei flussi migratori che, finora costituiti dai cittadini italiani costretti ad abbandonare il proprio paese alla ricerca di migliori condizioni di vita e di lavoro, cominciarono a essere formati da stranieri provenienti dai paesi in via di sviluppo, che giungevano in Italia per lavoro o comunque con l'intenzione di rimanervi in maniera relativamente stabile. In effetti, con lo sviluppo dell'istruzione e della qualificazione professionale degli italiani, le loro aspettative di reddito e di qualità del lavoro aumentarono, provocando un aumento della domanda di lavoratori immigrati in settori considerati

socialmente poco desiderabili, perché scarsamente retribuiti, precari e pericolosi, aumento che ha di fatto favorito un precario inserimento economico di lavoratori stranieri, spesso senza autorizzazione, agevolato anche dalla crisi dello Stato sociale di fronte all'invecchiamento della popolazione italiana.

Tuttavia, di fronte alle prime manifestazioni dell'immigrazione tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta, le politiche pubbliche tardarono ad adattarsi a tali cambiamenti, continuando a concentrare l'attenzione sugli emigranti che lasciavano il paese piuttosto che su quelli che vi entravano, senza un vero dibattito sulla trasformazione dell'Italia in paese di immigrazione, né un disegno di legislazione organica e coerente⁴³⁰. La gestione del fenomeno migratorio era di fatto rimessa alle varie amministrazioni pubbliche che, attraverso la cd. «disciplina per circolari», pur senza avere alcuna consapevolezza della trasformazione in atto né alcun disegno unitario, adottavano misure di tipo settoriale, spesso a carattere emergenziale, svolgendo un ruolo decisivo quale fonte integrativa del diritto dell'immigrazione⁴³¹.

Tale prassi si inseriva in un quadro legislativo per lo più limitato alla previsione di strumenti di controllo amministrativo e penale, che ben rifletteva una concezione dello straniero come soggetto potenzialmente pericoloso, da tenere costantemente sotto controllo una volta giunto nel territorio dello Stato. In particolare, la disciplina delle varie ipotesi di respingimento alla frontiera, allontanamento mediante foglio di via obbligatorio, rimpatrio ed espulsione, contenuta nel titolo V capo II del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza⁴³², oltre che negli artt. 267-271 del regolamento e nell'art. 25 della legge n. 152 del 1975, mostrava chiaramente come tali misure fossero caratterizzate da un'ampia discrezionalità, senza essere assistite da adeguate garanzie sotto il profilo della tutela giurisdizionale degli stranieri che ne venivano colpiti. A tal proposito, la dottrina non aveva mancato di rilevare lo spropositato potere in capo all'Autorità di pubblica sicurezza, rimasto immutato nonostante le innumerevoli lotte per il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Costituzione⁴³³. Dal canto suo, anche la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 142 del t.u.l.p.s. che, ad avviso del giudice *a quo*, rimetteva all'assoluta discrezionalità dell'autorità di pubblica sicurezza la revoca o il mancato rinnovo del permesso di soggiorno nei confronti dello straniero colpito da espulsione e rimpatrio, pur respingendo la

⁴³⁰ Sul punto, cfr. più diffusamente L. EINAUDI, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Roma-Bari, 2007, p. 101.

⁴³¹ Sui caratteri generali della normativa italiana, cfr. A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari. Norme interne ed internazionali*, Bologna, 1992, p. 11.

⁴³² Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773 e relativo regolamento di attuazione di cui al Regio Decreto 635/1940.

⁴³³ T. SORRENTINO, *L'espulsione dello straniero*, in *Giust. pen.*, 1990, I, p. 216.

questione di legittimità per violazione degli artt. 3 e 10 Cost., aveva tuttavia riconosciuto come la materia in esame, per la delicatezza degli interessi coinvolti, meritasse un riordino da parte del legislatore, che tenesse conto dell'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 Italia⁴³⁴.

Sebbene fosse evidente l'inadeguatezza della prassi amministrativa a fungere da fonte principale del diritto dell'immigrazione, tanto sotto il profilo dell'efficienza quanto sotto quello della compatibilità con le libertà fondamentali sancite dalla Costituzione, la disciplina che ne derivò rivestì tuttavia una notevole importanza storica, presentando dei tratti che caratterizzeranno l'intera evoluzione della legislazione italiana in materia. La tendenza a considerare l'immigrazione quale problema di ordine pubblico, l'ampia discrezionalità amministrativa e l'amministrativizzazione dei diritti dei migranti sono, in effetti, elementi costanti delle varie riforme che si sono susseguite nel corso degli anni, secondo una logica securitaria che, sebbene esasperata dalle riforme del 2008 e del 2009, è sempre stata sottesa a ogni intervento volto a regolare la condizione giuridica degli stranieri.

Un'eccezione fu rappresentata dalla legge 30 dicembre del 1986, n. 943, cd. legge Foschi, che, al fine di dare attuazione alla Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) n. 143 del 24 giugno 1975, introdusse la prima disciplina di rango legislativo sull'accesso al lavoro dei lavoratori subordinati extracomunitari, secondo il modello della cd. "chiamata nominativa", basato sull'incontro preventivo tra domanda di lavoro interna e offerta di lavoro extracomunitaria, subordinato al previo «accertamento di indisponibilità di lavoratori italiani e comunitari», effettuato dagli uffici provinciali del lavoro a norma dell'art. 8, comma 3⁴³⁵. Tale legge si rivelò ben presto profondamente contraddittoria poiché, pur prevedendo notevoli garanzie a favore dei lavoratori stranieri, soltanto pochi erano in grado di usufruirne, risolvendosi per la maggior parte di questi in un meccanismo di chiusura, in ragione della subordinazione della possibilità di ulteriori ingressi regolari a improbabili norme di funzionamento degli uffici di collocamento all'estero⁴³⁶. Nonostante la portata innovativa di tale legge, essa presentò tuttavia il grave limite di continuare a concepire l'immigrazione come fenomeno transitorio, senza prevedere adeguate garanzie di stabilizzazione delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini extracomunitari, considerati alla stregua di una mera riserva di manodopera cui attingere per far fronte alle esigenze del mercato nazionale.

⁴³⁴ Corte Cost., 20 gennaio 1977, n. 46, in *Giur. Cost.*, 1977, p. 184.

⁴³⁵ Legge 30 dicembre 1986, n. 943, *Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*, in GU del 21 gennaio 1987.

⁴³⁶ Cfr. M. A. MACIOTI - E. PUGLIESE, *Gli immigrati in Italia*, Roma-Bari, 1993, p. 45.

Se si esclude la legge n. 943 del 1986, che rappresentò il primo approccio della politica italiana nei confronti degli immigrati, i successivi interventi del legislatore in materia mostrarono di sottindendere uno stretto legame tra specifiche situazioni di allarme sociale e la disciplina da essi introdotta, provocando un progressivo irrigidimento nel trattamento degli stranieri presenti sul territorio italiano. In senso cronologico, la prima legge che viene in rilievo è la cd. legge Martelli, del 28 febbraio 1990 n. 39, che segnò il passaggio fondamentale della disciplina in materia di immigrazione da un'ottica volta principalmente a soddisfare le esigenze del mercato del lavoro a una diversa prospettiva di tutela dell'ordine pubblico, resa necessaria a causa della sempre più massiccia e pericolosa presenza di stranieri in posizione irregolare⁴³⁷.

La logica di fondo sottesa a tale riforma risultava particolarmente evidente laddove si analizzasse la disciplina dell'espulsione, settore in cui, nonostante i notevoli progressi realizzati sul terreno delle garanzie riconosciute agli stranieri destinatari di tale provvedimento, si assisteva a un ampliamento di tutte le forme di espulsione, mediante l'introduzione di una figura di espulsione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, di competenza del Ministro dell'Interno, anziché del Prefetto, e l'estensione del novero dei reati-presupposto dell'espulsione quale misura di sicurezza, oltre che dell'ambito applicativo dell'espulsione amministrativa, attraverso il riferimento a tutte le violazioni delle disposizioni in materia di ingresso e soggiorno e alla violazione *grave* di una serie di normative, alcune delle quali prive della idoneità a suscitare un particolare allarme sociale⁴³⁸. A tal proposito, è da rilevare come tali forme di espulsione, pur mantenendo un *nomen iuris* di tipo amministrativo, non avessero natura sanzionatoria, bensì preventiva, assolvendo a una funzione di surrogato della repressione penale, laddove quest'ultima non fosse stata attuabile per la mancanza dei presupposti probatori.

Dall'analisi delle fattispecie di espulsione risultava evidente, oltre agli eccessivi spazi di discrezionalità attribuiti alla pubblica amministrazione, la particolare ampiezza dei presupposti giustificativi di tale misura, a conferma dell'assoluta centralità che questa rivestiva nella gestione dei fenomeni migratori. Tuttavia, lo scopo del legislatore di rendere effettiva l'espulsione dello straniero non lo rendeva esente dal rispetto dei principi costituzionali, come si evince dalla sentenza n. 34/1995 con cui la Corte Costituzionale

⁴³⁷ D.L. 30 dicembre 1989, n. 416 - recante «*norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato*» - convertito, con modificazioni, nella legge 28 febbraio 1990, n. 39. Sulla legge Martelli e sulle modifiche che essa ha subito nel corso del tempo, cfr. B. NASCIMBENE (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997.

⁴³⁸ In argomento, cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 5.

dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 7-bis della legge Martelli (introdotto dall'art. 8 del decreto-legge n. 187 del 1993, cd. decreto Conso, convertito in legge n. 296 del 1993), che puniva con la reclusione da sei mesi a tre anni lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che non si fosse adoperato per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente, fattispecie, questa, ritenuta dalla Corte in contrasto sia con l'art. 25, secondo comma, della Costituzione, data l'indeterminatezza della fattispecie espressa nella norma incriminatrice, sia con l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, per lesione del diritto di difesa⁴³⁹. Da tale sentenza si evince come il giudice delle leggi si sia mostrato sempre particolarmente attento nell'evitare che i delicati interessi sottesi alla disciplina dell'immigrazione potessero sconfinare in una violazione dei principi garantiti a livello costituzionale.

Nel complesso, comunque, la legge Martelli, cercò di coniugare le esigenze della regolamentazione di un fenomeno in costante aumento con le istanze di integrazione di coloro che risiedevano nel territorio nazionale, come emerge chiaramente dalla graduale stabilizzazione degli immigrati, posta in essere attraverso il miglioramento della situazione dei lavoratori stranieri, specie autonomi, dei familiari e dei richiedenti asilo. Tale ambiguità di fondo risultava evidente anche dall'introduzione di utili strumenti di gestione degli ingressi, quali i visti e la programmazione dei flussi, strumento, quest'ultimo, che consentiva di fissare, per mezzo di decreti annuali, quote d'ingresso al fine di stabilire il numero massimo di lavoratori extracomunitari ammessi sul territorio italiano⁴⁴⁰.

Il fallimento di tale meccanismo e la mancanza di effettività dei provvedimenti di allontanamento condusse a un giudizio di inadeguatezza della legge Martelli a fronteggiare il crescente fenomeno migratorio, alimentando una continua polemica su quali nuove misure adottare per rispondere a quella che veniva sempre più percepita come un'emergenza. Per tali motivi, il legislatore nel 1995 fece nuovamente ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza, con il cd. "decreto Dini", più volte reiterato, che, nella medesima ottica poliziesca che aveva caratterizzato le disposizioni del T.u.l.p.s., continuò a intervenire sulle misure di

⁴³⁹ Corte Cost., 6 febbraio 1995, n. 34, in *Foro it.*, 1995, I, p. cc. 2773, con nota di C. VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie e bilanciamento degli interessi*.

⁴⁴⁰ L'art. 2, comma 3, della legge Martelli demandava ai Ministri degli affari esteri, dell'interno, del bilancio e della programmazione economica, del lavoro e della previdenza sociale, sentiti i Ministri di settore eventualmente interessati, il CNEL, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e la conferenza Stato-regioni, di definire entro il 30 ottobre di ogni anno la programmazione dei flussi di ingresso in Italia per ragioni di lavoro degli stranieri extracomunitari e del loro inserimento socio-culturale, nonché le sue modalità, sperimentando l'individuazione di criteri omogenei anche in sede comunitaria. Con gli stessi decreti veniva altresì definito il programma degli interventi sociali ed economici atti a favorire l'inserimento socio-culturale degli stranieri, il mantenimento dell'identità culturale ed il diritto allo studio e alla casa.

controllo amministrativo e penale, prevedendo in particolare un'articolata tipizzazione delle ipotesi di espulsione e delle modalità procedurali della stessa, senza però introdurre una politica di integrazione a favore degli stranieri né il riconoscimento dei diritti civili e sociali⁴⁴¹. A tal proposito, sui rischi connessi a tale prassi di ricorso smodato al decreto legge e alla sua reiterazione, risultava emblematica una pronuncia della Corte Costituzionale, che sebbene resa nella diversa materia del riutilizzo dei residui e dello smaltimento dei rifiuti, presentava profili significativi in questa sede, avendo la Corte affermato che la prassi della reiterazione - specie se diffusa e prolungata nel tempo - era suscettibile di incidere sugli equilibri istituzionali, intaccando anche la certezza del diritto nei rapporti tra i diversi soggetti, per l'impossibilità di prevedere sia la durata nel tempo delle norme reiterate che l'esito finale del processo di conversione, con conseguenze ancora più gravi laddove il decreto reiterato venisse a incidere nella sfera dei diritti fondamentali o nella materia penale o fosse, comunque, tale da produrre effetti non più reversibili nel caso di una mancata conversione finale⁴⁴². In particolare, come affermato dalla Corte nell'ordinanza n. 197/1996 avente ad oggetto il D.L. n. 269/1996, il parametro di cui all'art. 77 Cost. «deve essere valutato anche in relazione all'ambito nel quale intervengono le norme impugnate, assumendo una particolare pregnanza ove queste attengano alla sfera dei diritti fondamentali della persona e siano suscettibili di produrre effetti irreversibili in tale sfera, come avviene laddove prevedano una particolare forma di espulsione dello straniero dal territorio dello Stato»⁴⁴³.

La volontà di abbandonare la logica emergenziale che aveva fin ad allora caratterizzato gli interventi legislativi in materia di immigrazione, a favore di un «approccio positivo, aperto, realistico verso l'immigrazione, alieno da velleità di chiusure e da complessi di timore e di rifiuto», come si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo, fu invece alla base della legge 6 giugno 1998, n. 40, c.d. Napolitano-Turco, poi confluita nel Testo Unico di cui al D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che, dopo anni di prassi amministrativa e decreti legge, rappresentò il primo intervento organico del legislatore in materia di immigrazione e condizione giuridica dello straniero, sollecitato anche dall'esigenza di adempiere agli obblighi derivanti dall'adesione dell'Italia alla Convenzione applicativa

⁴⁴¹ Nonostante la decadenza per mancata conversione del d.l. 18 novembre 1995, n. 489, cd. decreto Dini, reiterato ben cinque volte (18 gennaio 1996, n. 22; 19 marzo 1996, n. 132; 17 maggio 1996, n. 269; 16 luglio 1996, n. 376; 13 settembre 1996, n. 477), la legge del 9 dicembre 1996, n. 617, ne fece salvi gli effetti *medio-tempore* prodotti.

⁴⁴² Corte Cost., 24 ottobre 1996, n. 360, in *Foro It.*, I, 1996, p. 3269.

⁴⁴³ Corte Cost., ordinanza del 14 luglio 1996, n. 197.

degli Accordi di Schengen⁴⁴⁴. Tale riforma risultava chiaramente ispirata a una logica binaria, coerentemente con la maggior parte delle politiche migratorie elaborate dai paesi europei negli anni Novanta, basata sulla contrapposizione tra, da un lato, la politica di integrazione a favore degli stranieri regolarmente presenti sul territorio italiano e, dall'altro, il trattamento di estremo rigore nei confronti degli stranieri irregolari; impostazione, questa, che tentava di tradurre nella pratica un approccio simbolico, fondato sulla pretesa illusoria di individuare un netto discrimine tra regolari e irregolari.

L'unica previsione che pareva superare tale logica era quella contenuta all'art. 2, comma 1, TU laddove si afferma (ancora oggi) che allo straniero comunque presente alla frontiera, a prescindere dalla regolarità del suo ingresso, sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. Com'è stato rilevato in dottrina, il "dispositivo di adattamento automatico" posto in essere da tale norma consente di adeguare il diritto di rango primario all'evoluzione del diritto costituzionale e sovranazionale, assicurando agli stranieri irregolarmente presenti la titolarità dei diritti fondamentali che vengano progressivamente enucleati dalla normativa e dalla giurisprudenza costituzionale e internazionale⁴⁴⁵.

Per quanto riguardava in generale le politiche migratorie, il Testo Unico, ripropose il principio della programmazione periodica dei flussi secondo il sistema delle quote, vale a dire un meccanismo di regolazione degli ingressi per motivi di lavoro basato sul bilanciamento di interessi contrapposti, quali le esigenze di manodopera, i costi socio-assistenziali e il controllo sui fenomeni connessi ai movimenti migratori⁴⁴⁶. Al fine di garantire una maggiore efficienza a tale sistema di programmazione, fu inoltre confermata la possibilità di ingresso dietro chiamata nominativa del datore di lavoro o tramite apposite liste di collocamento, subordinando dunque la possibilità di ingresso regolare in Italia all'incontro a livello planetario tra domanda e offerta di lavoro. A fronte dell'estrema macchinosità di tale procedura, un certo tasso di flessibilità alla disciplina sugli ingressi fu assicurata dall'istituto della prestazione di garanzia (il cd. *sponsor*), che consentiva a un cittadino italiano o a uno straniero regolarmente soggiornante di farsi garante dell'ingresso di uno straniero, al fine di

⁴⁴⁴ Sulla disciplina introdotta dal testo unico in materia di immigrazione, cfr. più diffusamente 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 *Leg. Pen.*, 1999, p. 261; B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004.

⁴⁴⁵ Cfr. L. MIAZZI - G. PERIN, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 203.

⁴⁴⁶ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA - P. COGNITI, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2005, p. 109.

consentirgli l'inserimento nel mercato del lavoro, assicurando a questi il sostentamento e l'alloggio nel tempo che gli era necessario per trovare un'occupazione.

Sotto il profilo della lotta contro l'immigrazione irregolare, il Testo Unico si pose in linea di continuità con l'impianto repressivo della legge Martelli, confermando i medesimi strumenti d'intervento, costituiti dal respingimento alla frontiera, l'espulsione amministrativa e il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, e avvalorando la visione di fondo del migrante quale soggetto pericoloso per l'ordine pubblico. In particolare, si ampliò l'ambito di operatività del respingimento, previsto all'art. 8 TU, che riguardava non solo gli stranieri che si presentavano alla frontiera senza avere i requisiti per l'ingresso, ma anche, su ordine del questore, coloro che si erano sottratti ai controlli di frontiera e quelli che, pur non avendo i requisiti per l'ingresso, erano stati temporaneamente ammessi per necessità di pubblico soccorso. A differenza di quanto avveniva all'art. 5 della legge Martelli, non furono previste dal Testo Unico adeguate garanzie in materia di tutela giurisdizionale contro i provvedimenti di diniego d'ingresso e di respingimento alla frontiera. La previsione di diverse forme di espulsione, in particolare due di natura amministrativa (una di competenza ministeriale e una prefettizia) e due di natura giudiziaria (una a titolo di misura di sicurezza e una a titolo di sanzione sostitutiva alla detenzione) confermava come tale provvedimento costituisse ancora la risposta principale ad ogni forma di irregolarità, indipendentemente da qualsiasi valutazione sulla gravità dell'infrazione o sul percorso personale dell'autore⁴⁴⁷. Anche in tal caso, le garanzie giurisdizionali apparivano notevolmente ridotte, non essendo prevista l'efficacia sospensiva automatica del provvedimento di espulsione in seguito all'impugnazione davanti al giudice amministrativo. Inoltre, qualora non fosse possibile l'immediata espulsione o respingimento, perché occorreva prestare soccorso o procedere ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità, ovvero il mezzo di trasporto era indisponibile, il Questore poteva disporre il trattenimento dello straniero presso il centro di permanenza temporanea (CPT) per il tempo strettamente necessario (al massimo 20 giorni, prorogabili di altri 10).

In seguito all'introduzione ad opera del Testo Unico del 1998 della detenzione amministrativa, numerose furono le questioni di legittimità costituzionale relative a tale istituto, rispetto alle quali la Corte Costituzionale, intervenendo con una sentenza interpretativa di rigetto, affermò che, sussistendo nel caso del trattenimento quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni ipotesi di assoggettamento fisico

⁴⁴⁷ Cfr. A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, n. 5, 2002, p. 967.

all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale, occorre rispettare le garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione che comportavano, diversamente da quanto ritenuto dai giudici remittenti, la necessità che il controllo del giudice investisse non solo il trattenimento, ma anche l'espulsione amministrativa nella sua specifica modalità di esecuzione, consistente nell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica⁴⁴⁸.

La medesima "filosofia dell'ordine pubblico", sottesa all'istituto della detenzione amministrativa, emergeva anche dall'analisi delle fattispecie penali, da cui risultava un inasprimento dei livelli edittali previsti per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, accompagnato dall'introduzione di nuove ipotesi di reato.

Nel complesso, dunque, dall'analisi dei principali contenuti della legge Turco-Napolitano risultano palesi le distorsioni della logica binaria cui la stessa si ispirava. In effetti, dal "lato buono" del trattamento dell'immigrazione regolare, tale logica si è rivelata sostanzialmente falsa, essendosi di fatto tradotta in uno strumento di preclusione dei canali di ingresso legale. La normativa in tema di ingressi, attraverso il sistema della chiamata nominativa, ha infatti continuato a subordinare l'ingresso legale nel nostro paese alle esigenze del mercato del lavoro, lasciando in secondo piano la possibilità di ingresso per ricerca di lavoro e subordinando l'ingresso e il soggiorno alla disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno, secondo una visione degli immigrati regolari come "ospiti in prova perpetua"⁴⁴⁹. Inoltre, nonostante le dichiarazioni programmatiche, la scarsa considerazione delle politiche di integrazione, a tutto vantaggio dell'azione repressiva, ha indotto la dottrina a ravvisare un "doppio livello di cittadinanza", vale a dire un trattamento differenziato dello straniero, evidente dalla preclusione di quest'ultimo dal godimento dei diritti politici - che, tranne rare eccezioni, costituisce ancora oggi il principale ostacolo a un pieno inserimento degli immigrati nel tessuto sociale - e dall'estrema difficoltà per lo straniero di ottenere la cittadinanza italiana, ancora legata al cd. *jus sanguinis*⁴⁵⁰. Un ulteriore indice di tale inserimento differenziato risulta dall'esistenza di un diritto amministrativo e penale (parzialmente) speciale per gli stranieri, il cui risvolto più significativo non può che essere l'introduzione di quella forma di detenzione amministrativa sconosciuta al nostro sistema, quale il trattenimento nei centri di permanenza temporanea, istituto sanzionatorio *ad hoc*, privo di reale efficacia ai fini dell'esecuzione dei provvedimenti espulsivi.

⁴⁴⁸ Corte Cost., 10 aprile 2001, n. 105.

⁴⁴⁹ Cfr. L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto (note a margine della legge n. 40/1998)*, in *Quest. giust.*, 1999, n. 1, p. 14.

⁴⁵⁰ Cfr. L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto (note a margine della legge n. 40/1998)*, cit., p. 13.

B. Rottura e continuità nella legge Bossi-Fini del 2002

Le insufficienze del Testo Unico del 1998 e l'aumento dei flussi migratori verso l'Italia determinato dalle crisi balcaniche contribuirono a diffondere tra i cittadini un senso di insicurezza e di insoddisfazione rispetto alle politiche migratorie fino a quel momento adottate, alimentato anche dall'enfasi posta dai *mass-media* sul tema della criminalità straniera, generando timore e insofferenza nei confronti degli immigrati. In questo contesto socio-politico, il «pericolo di una vera invasione dell'Europa da parte di popoli che sono alla fame, in preda ad una inarrestabile disoccupazione», evidenziato nella relazione di accompagnamento al nuovo disegno di legge governativo, rendeva inaccettabile la logica binaria formalmente sottesa al Testo Unico, spingendo verso una formalizzazione del rifiuto dell'immigrazione, vale a dire verso l'opzione "immigrazione zero", abbandonando qualsiasi seria pretesa di integrazione.

Per tali motivi, fallito il tentativo, portato avanti dalla Lega Nord, di un referendum abrogativo relativo al Testo Unico, dichiarato inammissibile dalla Corte Costituzionale⁴⁵¹, il governo presentò un'iniziativa legislativa volta a integrare e correggere la disciplina dell'immigrazione contenuta nel Testo Unico, sfociata poi nell'emanazione della legge 30 luglio 2002, n. 189, cd. Bossi-Fini, che rappresentò senz'altro una delle riforme più importanti in materia di immigrazione, che, pur ponendosi in una logica di continuità con le precedente legge Turco-Napolitano, segnò al tempo stesso un passo in avanti nel segno di un'ulteriore stretta nei confronti degli immigrati, riducendo gli spazi per l'integrazione dell'immigrazione regolare e delineando una "dimensione sempre più marcatamente servile" nella condizione giuridica dei migranti⁴⁵².

La percezione, reale o immaginaria che fosse, ma senz'altro esasperata dai toni della campagna elettorale del 2001, di uno stretto nesso tra immigrazione e sicurezza indusse il legislatore della Bossi-Fini a restringere ulteriormente i flussi sul piano quantitativo, attraverso un irrigidimento dei presupposti di ingresso e delle procedure di espulsione. Sotto il profilo dell'ingresso, l'atteggiamento di chiusura verso gli stranieri risultava evidente dalla soppressione del cd. *sponsor*, vale a dire la prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro, oltre che dal ridimensionamento del diritto al ricongiungimento familiare e dall'abrogazione

⁴⁵¹ Corte Cost., 7 febbraio 2002, n. 31. Per un commento, cfr. P. BONETTI, *Il referendum abrogativo del testo unico sulle disposizioni sull'immigrazione di fronte alla Corte Costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, p. 77.

⁴⁵² Cfr. A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, cit., p. 972.

della norma che consentiva la reiterazione automatica, ove non si procedesse all'emissione di nuovi decreti, delle quote di ingresso previste per l'anno precedente⁴⁵³.

Inoltre, con l'introduzione del "contratto di soggiorno", previsto all'art. 6 della nuova legge, il soggiorno venne ulteriormente precarizzato, essendo subordinato all'instaurazione e alla conservazione di un rapporto di lavoro, condizione questa che presupponeva l'incontro a livello planetario tra domanda e offerta di lavoro, secondo la medesima impostazione accolta dal Testo Unico, rispetto alla quale, però, il datore di lavoro era tenuto a garantire non solo l'alloggio, ma anche le spese per l'eventuale rimpatrio. Com'è stato sottolineato, questo stretto legame tra permesso di soggiorno e contratto di soggiorno, confermato dal fatto che avevano entrambi la stessa durata, accentuava la subordinazione insita nel rapporto di lavoro, codificando *ex lege* una condizione di interiorizzazione del migrante, sottoposto a un vero e proprio dominio del datore di lavoro⁴⁵⁴. Tali previsioni rischiavano, tra l'altro, di introdurre una razionalizzazione dei flussi meramente teorica, favorendo il ricorso alle prestazioni di intermediari, con il rischio di sostenere l'attività di reclutamento della manodopera e il traffico di migranti⁴⁵⁵.

La visione dell'immigrazione come variabile dipendente dal mercato si accompagnava a una considerazione del fenomeno migratorio come problema di ordine pubblico, con pesanti conseguenze sul piano del trattamento del migrante, percepito come potenziale delinquente, sottoposto a rilievi fotodattiloscopici, indipendentemente dalla sua condizione di regolarità, sollevando serie perplessità circa la compatibilità della disciplina ivi prevista con il principio di uguaglianza. Nello stesso senso delle norme sulle impronte digitali si muoveva la disciplina introdotta in materia di allontanamenti che aumentava il termine massimo di trattenimento nei centri di permanenza temporanea (da 30 a 60 giorni), affidando a una procedura meramente cartolare la tutela giurisdizionale contro i provvedimenti di espulsione, per i quali era prevista l'immediata esecutività, con accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica nella quasi generalità dei casi, accentuando in tal modo l'amministrativizzazione dei diritti dei migranti.

La medesima impronta segregazionista si ritrova nelle norme penali che, pur senza giungere alla criminalizzazione del mero ingresso e soggiorno irregolare, colpivano comunque gli immigrati, quali le fattispecie introdotte in materia di violazione dell'ordine di

⁴⁵³ Per ulteriori apprendimenti delle modifiche introdotte dalla legge Bossi-Fini in materia di ingressi, cfr. M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini"*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, n. 11, p. 1343; B. NASCIBENE, *Nuove norme in materia di immigrazione, la legge Bossi-Fini: perplessità e critiche*, in *Corr. Giur.*, 2003, n. 4, p. 532.

⁴⁵⁴ Cfr. A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, cit., p. 973.

⁴⁵⁵ In tal senso, cfr. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011, p. 190.

espulsione, per le quali era prevista la pena della reclusione da uno a quattro anni, oltre che l'arresto obbligatorio e il procedimento per direttissima, previsioni, queste, introdotte al fine di evitare che si avesse un effetto perverso di "immunità dalla punizione" proprio per quei reati volti al rafforzamento della disciplina di controllo della presenza sul territorio di extracomunitari⁴⁵⁶. In particolare, il legislatore, laddove fosse impossibile il trattenimento dello straniero nel centro *ad hoc* o fosse decorso il termine massimo di permanenza, al fine di procedere rapidamente all'espulsione, aveva previsto all'art. 14 comma 5-*bis* TU un nuovo istituto, il cd. ordine del questore, volto a intimare allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni dalla notificazione del provvedimento, punendo, al successivo comma 5-*ter*, con l'arresto da sei mesi a un anno lo straniero che si fosse trattenuto nel territorio nazionale, in violazione dell'ordine ricevuto, senza giustificato motivo. Più volte la Corte Costituzionale intervenne in merito a tale disposizione, con delle sentenze che rivestono una notevole importanza per la successiva evoluzione della disciplina in materia di immigrazione e meritano pertanto una sia pur breve considerazione. In effetti, la Corte, pur dichiarando infondate le questioni di legittimità sollevate in relazione all'ampiezza della formula «senza giustificato motivo», offrì dapprima interessanti spunti interpretativi, volti a ridurre l'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice, affermando che l'utilizzo di clausole elastiche non comportava la violazione del principio di tassatività, laddove la descrizione complessiva del fatto consentisse comunque al giudice di stabilire il significato dell'elemento negativo, mediante un'ordinaria operazione interpretativa volta a verificare la corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta⁴⁵⁷. Successivamente, invece, la Corte, dichiarò l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 13, comma 3, Cost., dell'art. 14 comma 5-*ter* TU, che prevedeva l'arresto obbligatorio per la contravvenzione di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore, ritenendo che, nel caso di specie, si trattava di una misura senza alcuna copertura costituzionale, fine a se stessa e priva di qualsiasi sbocco sul terreno processuale, non potendosi mai trasformare nella custodia cautelare in carcere, né in qualsiasi altra misura coercitiva; la funzionalizzazione dell'arresto all'espulsione era dunque considerata dalla Corte impropria sul piano dei principi e inutile su quello dell'ineffettività dei provvedimenti di allontanamento⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Cfr. E. ROSI, *Regolari, irregolari e clandestini. Le novità del testo sull'immigrazione*, in *Diritto e Giustizia*, 2002, n. 31, p. 12.

⁴⁵⁷ Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 5, sul punto cfr. G. SAVIO, *La riscrittura della Legge Bossi-Fini attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Studium iuris*, 2005, n. 12, p. 1492.

⁴⁵⁸ Corte Cost., 15 luglio 2004, n. 223, sul punto cfr. E. CALCAGNO, *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 3, p. 299.

Tornando all'esame delle novità introdotte dalla legge Bossi-Fini, sempre sotto il profilo penalistico, è da rilevare un generale inasprimento dell'impianto repressivo e sanzionatorio per i reati connessi all'immigrazione clandestina, sia attraverso la previsione di nuove fattispecie, sia attraverso l'introduzione di meccanismi, che pur senza incidere sui limiti edittali, si traducevano di fatto in un maggior rigore punitivo. Per quanto riguarda il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, disciplinato all'art. 12 TU, a differenza della precedente fattispecie, che al comma 1 si limitava a reprimere soltanto il compimento di atti diretti a procurare l'ingresso irregolare nello Stato italiano, con le modifiche apportate dalla Bossi-Fini si intendeva contrastare anche il passaggio di clandestini dal territorio nazionale verso altri Paesi della comunità europea, ossia le cd. "migrazioni di transito", in senso conforme a quanto previsto dal Protocollo alla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale, relativo al traffico di migranti. Le esigenze di tutela della pubblica sicurezza indusse inoltre il legislatore del 2002 ad ampliare il catalogo delle aggravanti di cui all'art. 12, comma 3, TU, elevando ad aggravanti alcuni elementi che prima erano elementi costitutivi del reato, quali l'esposizione delle persone a pericolo per la vita o l'incolumità, o a trattamenti inumani e degradanti. L'unica attenuante era prevista per il ravvedimento operoso dell'imputato che si adoperava per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori, aiutando l'autorità di polizia e giudiziaria a raccogliere elementi di prova decisivi, ai fini della cattura degli autori del reato o per sottrarre risorse rilevanti alla consumazione dei delitti.

L'analisi delle principali novità introdotte dalla legge Bossi-Fini desta non poche perplessità in ragione, soprattutto, dei segnali culturali, prima ancora che giuridici, di cui la stessa si fece espressione, contribuendo a delineare una concezione dello straniero quale soggetto ontologicamente estraneo alla realtà, quasi naturalmente votato alla delinquenza, ospite in prova perpetua, da tenere costantemente sotto controllo con gli strumenti previsti dalla legge, che mostrava così di aver perso la funzione promozionale propria dello Stato sociale di diritto per assecondare finalità di ordine pubblico. Il totale disinteresse per gli aspetti relativi all'integrazione e alla tutela dei diritti formalmente riconosciuti agli stranieri mostra come il legislatore del 2002, lungi dal riequilibrare le distorsioni della logica binaria cui l'applicazione del Testo Unico aveva dato luogo, propendesse invece per un approccio proibizionista verso l'immigrazione, accentuando gli aspetti repressivi del diritto degli stranieri, secondo un'impostazione che si è rivelata di fatto inadeguata a ridurre l'area dell'immigrazione irregolare, in ragione sia della mancata previsione di strumenti di assorbimento della clandestinità sia della chiusura dei canali di ingresso regolare.

A fronte di tale illusione punitiva, quella che emerge è una precarizzazione dell'immigrazione regolare, subordinata agli interessi e alle contingenze economiche nazionali, che non poteva che tradursi in un'ulteriore spinta verso l'amministrativizzazione della condizione giuridica del migrante, codificando l'inferiorizzazione socio-economica degli stranieri, destinatari di un diritto speciale di stampo segregazionista. Le modifiche in senso peggiorativo alla disciplina sul permesso di soggiorno, la scarsa tutela nel rapporto di lavoro, l'esclusione dai diritti politici e sociali, il prelievo generalizzato delle impronte digitali, l'estrema difficoltà di acquisizione della cittadinanza e il trattamento deteriore sia sul piano amministrativo che su quello penale confermano l'esistenza di un doppio livello di cittadinanza per gli stranieri rispetto ai cittadini italiani, secondo una logica di esclusione che costituisce un attacco durissimo ai valori di equità, solidarietà e democrazia⁴⁵⁹.

L'apparato penal-amministrativo previsto dalla legge del 2002, se da un lato ha pienamente soddisfatto le esigenze di sicurezza dei cittadini, fomentate dai mass-media e da alcuni partiti politici desiderosi di ricavarci uno spazio nella scena politica nazionale, dall'altro, inserendosi in quel processo involutivo del diritto penale che ne ha fatto registrare il passaggio dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, ha rivelato una profonda torsione rispetto ai principi dell'ordinamento penale, subordinati all'attività amministrativa volta all'allontanamento dello straniero dal territorio italiano⁴⁶⁰. Con la legge Bossi-Fini si è dunque verificata nell'ordinamento italiano una definitiva consacrazione della filosofia dell'ordine pubblico e della visione del migrante come potenziale delinquente che, nonostante i molteplici interventi correttivi della Corte Costituzionale, accompagnerà la successiva evoluzione della politica italiana in materia di immigrazione.

§ 2. Le novità introdotte dai pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009 in materia di immigrazione

Le preoccupazioni securitarie prevalse negli ultimi anni in Italia hanno determinato una legislazione di carattere emergenziale, in quanto tale lungi dall'individuare soluzioni ponderate e razionali, e di contro essenzialmente mossa dall'obiettivo di rassicurare un'opinione pubblica sempre più "ansiosa"; o più precisamente di mostrare l'impegno a contrastare fenomeni ritenuti all'origine di un generalizzato sentimento di insicurezza, in

⁴⁵⁹ Cfr. L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 3, p. 9.

⁴⁶⁰ Cfr. A. CAPUTO, *Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, 2003, n. 1, p. 126.

verità spesso variamente alimentato a fini di consenso elettorale⁴⁶¹. Tale perdita di razionalità politico-criminale dell'intervento penale può essere inquadrata tra gli effetti indesiderabili di una "democrazia d'opinione", in cui il ricorso allo strumento penale, divenuto uno dei principali "oggetti" di scambio politico-elettorale, rischia di sfuggire a ogni criterio razionale per rientrare nell'ambito di una logica in cui le abilità affabulatorie e di persuasione prevalgono sull'effettiva capacità di affrontare i problemi attraverso l'adozione di misure e strategie solide che consentano di giungere a delle soluzioni la cui concreta efficacia sia verificabile⁴⁶². Il risultato che ne è derivato è una disciplina frammentaria e caotica, volta all'attribuzione di rilevanza penale direttamente alla condizione di irregolarità dello straniero, prima e indipendentemente dall'emanazione di un provvedimento di espulsione, sancendo un'insanabile rottura rispetto all'impostazione precedente, nel cui ambito tale condizione di irregolarità non aveva alcuna rilevanza penale, potendo tutt'al più essere presa in considerazione dal giudice in sede di commisurazione della pena, rientrando le condizioni di vita individuale e sociale del reo tra i criteri di cui all'art. 133 c.p. dai quali desumere la capacità a delinquere del colpevole.

Per comodità espositiva si è preferito distinguere le novità introdotte dai pacchetti sicurezza del 2008 e 2009 in due diverse aree tematiche, analizzando innanzitutto le previsioni volte ad attribuire *tout court* rilevanza penale alla condizione di irregolarità dello straniero e le censure di illegittimità costituzionale sollevate al riguardo (1), per esaminare successivamente gli altri reati attinenti alla condizione di irregolarità in cui lo straniero si trova (2).

1) *La rilevanza penale della condizione di irregolarità dello straniero*

La nuova opzione politico-criminale volta a penalizzare il mero *status* di immigrato irregolare si è tradotta nel 2008 nell'introduzione della cd. circostanza aggravante della "clandestinità", già dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale (A), e nel 2009 nella previsione del reato di ingresso e soggiorno irregolare (B), ponendo notevoli problemi interpretativi, forti dubbi di legittimità costituzionale e serie perplessità circa

⁴⁶¹ Sul rapporto tra politiche securitarie e disciplina dell'immigrazione, cfr. A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Quest. Giust.*, 2004, n. 2-3, p. 359; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 10, p. 3558; M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2007, n. 4, p. 684; P. PISA, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 1, p. 5.

⁴⁶² Sul punto, cfr. M. PAVARINI, *Insicurezza da criminalità, riforma del sistema di giustizia criminale e scienza penale*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, n. 1, p. 24. Per stimolanti riflessioni sul punto, cfr. D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 9, p. 1081.

l'effettiva utilità degli strumenti previsti rispetto all'obiettivo finale di contrastare l'immigrazione irregolare e aumentare il senso di sicurezza dei cittadini. Tale inasprimento della normativa in materia di immigrazione ha peraltro comportato un trattamento unitario delle varie situazioni in cui lo straniero possa trovarsi, senza tener conto delle peculiarità della condizione umana e soggettiva del minore coinvolto nelle vicende migratorie. La mancata o superficiale considerazione dello *status* del minore straniero nelle ultime riforme in materia di pubblica sicurezza impone un'attenta riflessione nel quadro dei più generali principi di tutela del minore, che non solo sono sanciti da diverse fonti sovranazionali, ma che appartengono ai principi ispiratori della disciplina del minore dettata a tutti i livelli nel nostro ordinamento (C).

A. L'illegittimità costituzionale della cd. circostanza aggravante della clandestinità

Con la sentenza n. 249 del 2010 la Corte Costituzionale, ponendo fine all'atteggiamento di *self-restraint* assunto negli ultimi anni nel settore della politica criminale in materia di immigrazione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della cd. circostanza aggravante della "clandestinità", introdotta all'art. 61, numero 11-*bis*, c.p. dall'art. 1 lett. *f* del decreto-legge 23 maggio 2008 n. 92, così come modificato dalla legge di conversione del 24 luglio 2008 n. 125, consistente nell'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale⁴⁶³.

Tuttavia, ai fini di una piena comprensione della pronuncia della Corte e di un'attenta valutazione degli effetti che la stessa è suscettibile di produrre, non si può prescindere da una rapida analisi delle principali caratteristiche dell'aggravante in questione, che, considerate nel loro insieme, rivelano l'intenzione del legislatore di inasprire il trattamento riservato agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale, al fine di contrastare la spinta criminogena connessa all'immigrazione irregolare e trasmettere ai consociati un maggior senso di sicurezza sociale⁴⁶⁴. In particolare, la scelta di collegare l'aumento di pena alla situazione di irregolarità in cui si trova l'autore al momento del fatto mostra che, per il

⁴⁶³ Per un'approfondita analisi della norma, cfr. G. L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, n. 2, p. 8; L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, p. 6; A. PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 1, p. 42; V. PLANTAMURA, *La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale*, in S. LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, p. 271; F. SIRACUSANO, *La clandestinità, "condizione" della circostanza aggravante e "condotta" del reato proprio*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 7-8, p. 2925.

⁴⁶⁴ Comunicato del Consiglio dei Ministri e Ministero dell'Interno, Il "Pacchetto sicurezza", in www.governo.it.

legislatore, la mera qualifica formale di straniero irregolare fosse indice di una maggiore propensione a delinquere. Nei lavori parlamentari, in effetti, tale maggiore capacità a delinquere dell'immigrato irregolare era motivata alla luce della considerazione che, essendosi questi reso autore anche di un grave illecito amministrativo contro le regole in materia di soggiorno in Italia, avrebbe dimostrato una "insensibilità verso i valori del vivere in società" superiore a quella di un cittadino o di un immigrato regolare che delinque. In quest'ottica, secondo i sostenitori della riforma, la previsione di tale aggravante si giustificava in ragione dell'affinità con altre due circostanze previste all'art. 61 c.p., quali la latitanza e la recidiva, accomunate anch'esse da una condizione soggettiva di ribellione alle regole essenziali di uno Stato democratico, tale da comportare un inasprimento del trattamento sanzionatorio previsto per la realizzazione del reato-base.

Nonostante la legge n. 94 del 2009 avesse circoscritto la riferibilità dell'aggravante di clandestinità ai cittadini dei paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi che, al momento del fatto, non fossero in possesso di un valido titolo di soggiorno⁴⁶⁵, l'ambito soggettivo di applicazione di tale circostanza continuava a essere piuttosto vario, comprendendo le diverse ipotesi dello straniero che aveva fatto irregolarmente ingresso in Italia, o di colui che, entrato nello Stato in base a un titolo legittimo, vi si era trattenuto illegalmente dopo che quel titolo era venuto meno, o ancora di colui che, espulso coattivamente, aveva fatto ritorno nel nostro Paese in violazione del divieto di reingresso. Sebbene nella formulazione della norma queste diverse ipotesi di violazione della normativa in materia di ingresso e soggiorno fossero equiparate, nella pratica, trattandosi di circostanza ad effetto comune, spettava in via discrezionale al giudice il compito di graduare l'aumento di pena secondo le concrete modalità con cui si era configurata l'irregolarità⁴⁶⁶.

Dal punto di vista oggettivo, invece, l'aumento di pena connesso alla clandestinità poteva accedere a qualsiasi figura di reato, ad esclusione, in virtù del *ne bis in idem* sostanziale, di quelle fattispecie in cui la presenza illegale dello straniero sul territorio nazionale fosse elevata a elemento costitutivo del reato o a circostanza aggravante speciale (ipotesi che, almeno *de iure condito*, non si prospetta). Inoltre, essendo la *ratio* dell'aggravante individuata nella più intensa volontà di ribellione alla potestà statale

⁴⁶⁵ L'originario intento del Governo era quello di comprendere tra i destinatari dell'aggravante anche gli stranieri comunitari, in particolare i *rumeni*; tuttavia, in seguito alle pressioni politiche degli organi comunitari, che hanno da subito denunciato la contrarietà al diritto comunitario dell'aggravante in esame (cfr. parere del Servizio giuridico del Parlamento europeo del 15 settembre 2008, pubblicato in www.stranieriinitalia.it, 2008), il legislatore del 2009, con una norma di interpretazione autentica ha eliminato ogni incertezza, escludendo l'applicabilità dell'aggravante nei confronti dei cittadini comunitari.

⁴⁶⁶ Cfr. L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 8.

manifestata da chi commette un reato trovandosi già in posizione di irregolarità, era da escludere l'applicazione del relativo aumento di pena rispetto ai reati colposi e alle contravvenzioni commesse con colpa, fattispecie rispetto alle quali manca per definizione l'intenzione di commettere il reato⁴⁶⁷.

Fin dalla sua introduzione, tale disposizione ha suscitato seri dubbi di legittimità costituzionale sul piano dell'art. 3 Cost., per la disparità di trattamento che sarebbe derivata - sotto il profilo della determinazione della pena - tra soggetti responsabili del medesimo reato in ragione della mera sussistenza della *condizione personale* di "clandestino", alla quale si correlava in via meramente presuntiva un indice di maggiore pericolosità sociale, secondo i canoni del "tipo normativo d'autore", scarsamente compatibili con una concezione del diritto penale ispirata al principio della necessaria offensività⁴⁶⁸. Inoltre, la mancata previsione di un qualsiasi nesso di collegamento tra la condizione di straniero illegalmente presente sul territorio nazionale e il reato commesso induceva la dottrina a ravvisare nell'introduzione dell'aggravante in questione una forma di responsabilità oggettiva.

Prima ancora che il decreto legge venisse convertito, le prime esperienze applicative della circostanza aggravante in procedimenti penali a carico di stranieri irregolari non avevano avuto lo stesso esito, assistendosi al tempo stesso alla sua automatica applicazione da parte dei giudici di merito⁴⁶⁹ come alla sua esclusione⁴⁷⁰, oltre che alla prospettazione di eccezioni di incostituzionalità da parte delle difese⁴⁷¹. Sotto tale profilo, un giudice di merito, seguito poco dopo da altri giudici, ha ritenuto di sollevare questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte, al fine di accertare se la previsione dell'aumento fino ad un terzo della pena-base per tutti i reati da commessi dagli stranieri privi di un valido titolo di soggiorno fosse o meno compatibile con gli artt. 3, 13, 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma della Costituzione⁴⁷².

⁴⁶⁷ Cfr. G. L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit., p. 8.

⁴⁶⁸ Cfr. G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1634; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 1, p. 129. Perplessità sulla nuova previsione furono avanzate anche da esponenti delle istituzioni internazionali, cfr. in tal senso il *Memorandum* del Commissario per i diritti umani presso il Consiglio d'Europa, Thomas Hammarberg, in *www.coe.int* (in particolare, punto 72).

⁴⁶⁹ Trib. Napoli, Sez. I, 3 giugno 2008, inedita, ove si dichiara l'equivalenza dell'aggravante con le attenuanti generiche.

⁴⁷⁰ Si tratta di due pronunce del Tribunale di Torino del maggio 2008, riportate dalla stampa, relative all'ipotesi di uno straniero extracomunitario che aveva chiesto asilo politico e al caso di un extracomunitario in attesa della cittadinanza dopo aver sposato una cittadina italiana.

⁴⁷¹ Anche di questa eventualità per un caso giudicabile dal Tribunale di Milano ha dato notizia la stampa.

⁴⁷² Cfr. Trib. Latina, ord. 1 luglio 2008, in *Corr. Merito*, 2008, p. 1175, con nota di L. MASERA, *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*; Trib. Livorno, ord. 9 luglio 2008, in *Corr. Merito*, 2009, p. 280, in GU n. 53 del 24 dicembre 2008 (Serie Corte Costituzionale);

Sebbene il compito si prospettasse tutt'altro che agevole, essendo tale disposizione uno dei capisaldi della politica di contrasto dell'immigrazione irregolare, basata, come accennato, sulla necessità massmediatica della figura dell'immigrato criminale da colpire per ripristinare l'ordine pubblico violato, la Corte Costituzionale ha dichiarato la norma censurata costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 3, primo comma, e 25, secondo comma, della Costituzione, nonché in via consequenziale l'illegittimità di altre norme⁴⁷³.

Il punto di partenza del ragionamento seguito dalla Corte è l'irriducibilità dei diritti umani, il cui universalismo si contrappone ai momenti di discriminazione talvolta insiti nei diritti di cittadinanza, che, oltre ad assumere una rilevanza di carattere generale ai fini della tutela giurisprudenziale dei diritti fondamentali degli stranieri, riveste un'importanza maggiore se collegata al rispetto del principio di uguaglianza e di offensività. Sotto il primo profilo, la Corte, richiamando la precedente giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 62 del 1994), esplicitamente afferma come tale principio non tolleri alcuna discriminazione tra la posizione del cittadino e quella dello straniero, accogliendo in tal modo, oltre alle censure sollevate in proposito dai giudici *a quibus*, le critiche mosse dai primi commentatori, secondo cui la nazionalità del colpevole, *ceteris paribus*, non poteva determinare una variazione nella risposta punitiva al commesso reato. Se la dottrina aveva già posto in evidenza come il fatto di essere un cittadino, o un europeo, o un extracomunitario regolare o irregolare non potesse comportare una diversa gravità oggettiva del reato commesso, né una diversa misura della colpevolezza, ove vi fosse stata pari intensità del dolo e della colpa e parità delle condizioni personali e sociali diverse dallo *status civitatis*⁴⁷⁴, allo stesso modo la Corte precisa come la condizione giuridica dello straniero non possa condurre, specie laddove siano in gioco le libertà fondamentali della persona come nell'ambito del diritto penale, a trattamenti diversificati e peggiorativi. Inoltre, partendo dall'assunto che il contenuto di valore di un diritto inviolabile non possa essere limitato se non in ragione «dell'inderogabile

Trib. Ferrara, 15 luglio 2008, in Corr. Merito, 2008, p. 1283, in GU n. 42 dell'8 ottobre 2008 (Serie Corte Costituzionale). Dopo la conversione in legge del d.l. n. 92/2008, v. Trib. Livorno, ord. 3 novembre 2008, in GU n. 12 del 25 marzo 2009 (Serie Corte costituzionale).

⁴⁷³ Per un interessante commento della pronuncia in esame, cfr. D. PERRONE, *L'aggravante della clandestinità: un ritorno alle presunzioni di pericolosità sociale scongiurato dalla Corte Costituzionale*, in *Leg. Pen.*, 2010, n. 3, p. 317; G. RICCARDI, *La doppia percezione della clandestinità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2010, n. 1-3, p. 81.

⁴⁷⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, cit., p. 1080, ove l'Autore precisa che le diverse condizioni personali e sociali collegate alla condizione di immigrato possono semmai rilevare ai fini del giudizio prognostico sulla capacità a delinquere, agli effetti che questo può comportare sulla commisurazione della pena.

soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante»⁴⁷⁵, al fine di individuare il rango costituzionale dell'interesse in comparazione, occorre, secondo la Corte, svolgere un vaglio positivo di ragionevolezza, secondo un metro più stringente di quello minimo della non manifesta irragionevolezza, normalmente impiegato in simili ipotesi⁴⁷⁶.

Premesso che l'aggravante è costituzionalmente legittima solo ove vi siano delle ragioni, diverse dallo *status* di straniero irregolare, che giustificano l'inasprimento del trattamento sanzionatorio, la Corte espressamente esclude che tale aumento di pena rientri nella logica del «maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati», scartando al tempo stesso l'idea che la finalità di contrastare l'immigrazione irregolare sia sufficiente a rendere ragionevole la previsione di un'aggravante. Com'è stato rilevato in dottrina, la prospettiva sviluppata dalla Corte in tale sentenza è suscettibile di tradursi in un'indicazione di carattere generale sui limiti alle forme di tutela penale anticipata e indiretta dei beni giuridici, escludendo la legittimità di tale forma di intervento laddove venga meno ogni collegamento tra fatto e bene giuridico e la sanzione penale si riduca a colpire un mero *status* del soggetto⁴⁷⁷.

La natura discriminatoria e irragionevole della norma censurata, secondo la Corte, è *a fortiori* evidente in seguito alle modifiche legislative apportate dal "Pacchetto sicurezza" del 2009: da un lato, dal punto di visto soggettivo, l'esclusiva riferibilità ai cittadini extracomunitari mostra chiaramente come essa sia basata sul mero *status* soggettivo del reo, essendo esclusa la sua applicazione ai cittadini comunitari anche nella più grave ipotesi dell'inottemperanza a un provvedimento di allontanamento; dall'altro, l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno irregolare lascia spazio a possibili moltiplicazioni o duplicazioni sanzionatorie, originate dalla qualità acquisita con un'unica violazione delle leggi sull'immigrazione, che, oltre a far scattare un'incriminazione *ex art. 10-bis* TU, espone lo straniero a una o più punizioni ulteriori, determinate dalla persistenza della condizione di irregolarità, in rapporto a violazioni «che pregiudicano interessi che nulla hanno a che vedere con la problematica del controllo dei flussi migratori». A tal proposito, la Corte, considerando gli strumenti a disposizione dell'interprete per evitare tale duplicazione sanzionatoria, conclude che, nelle ipotesi in cui l'aggravante acceda a un reato diverso da quelli in materia di

⁴⁷⁵ Corte Costituzionale, sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994.

⁴⁷⁶ Sui profili di "anomalia" della scelta operata dalla Corte Costituzionale circa il parametro in base al quale valutare la conformità dell'aggravante al principio di uguaglianza-ragionevolezza, cfr. L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, n. 3, p. 1381.

⁴⁷⁷ M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte Costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2010, n. 4, p. 148.

immigrazione, sia da escludere il ricorso al reato complesso, «la cui costruzione deve essere opera del legislatore e non può risultare dalla combinazione, in sede di applicazione giurisprudenziale, tra le singole figure criminose e le circostanze aggravanti comuni»⁴⁷⁸. Inoltre, secondo la Corte, la formulazione letterale della norma esclude la possibilità di limitare il suo ambito applicativo alle ipotesi in cui vi sia stato un qualsivoglia nesso funzionale o agevolatorio tra la presenza illegale dello straniero sul territorio nazionale e la condotta criminosa posta in essere, attribuendo alla circostanza in esame una «portata generale e indifferenziata» che rende evidente il contrasto con i principi costituzionali. Esclusa dunque la possibilità di un'interpretazione correttiva della cd. aggravante della clandestinità, la sua *ratio* non può che essere ravvisata in una «presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere»⁴⁷⁹.

Per tali ragioni, la circostanza in esame, non sarebbe idonea, secondo la Corte, a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, limitandosi soltanto a connotare una presunta qualità negativa del suo autore, con grave violazione del principio di offensività, di cui all'art. 25, comma 2, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e richiede, pertanto, che un soggetto venga sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Né vale *a contrario* argomentare sulla base di una comparabilità della clandestinità con altre circostanze comuni di natura soggettiva, ove il giudizio di maggiore pericolosità trova comunque fondamento nel fatto di sottrarsi deliberatamente all'esecuzione di un provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria (nel caso della latitanza) o nell'"insensibilità" all'ammonimento della precedente condanna (nel caso della recidiva)⁴⁸⁰.

Nonostante la combinazione, in alcune parti scarsamente lineare, di profili attinenti al principio di uguaglianza con considerazioni più propriamente attinenti a quello di offensività, la sentenza in esame è particolarmente importante per la rilevanza dei principi non soltanto

⁴⁷⁸ In senso critico su questa parte del percorso motivazionale della Corte, cfr. L. DEGLI INNOCENTI - S. TOVANI, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 10, p. 1180, ove gli Autori espongono le loro perplessità sul fatto che le recenti modifiche normative possano essere utilizzate dalla Corte Costituzionale a conferma dell'irragionevolezza dell'aggravante.

⁴⁷⁹ Vengono qui in rilievo le medesime ragioni alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcuni articoli dell'ordinamento penitenziario, ove interpretati nel senso che allo straniero in posizione irregolare sia sempre precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione. Cfr. Corte Cost., 16 marzo 2007, n. 78, ove si afferma che tale preclusione costituisce una violazione degli artt. 2, 3 e 27 Cost., poiché «collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva - il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato - che, di per sé, non è univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale».

⁴⁸⁰ Così G. L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit., pag. 23.

“*astrattamente*” affermati, ma anche “*concretamente*” applicati ai fini del sindacato di costituzionalità, riuscendo a ripristinare, in una materia delicata quale l’immigrazione, l’“uguaglianza calpestata” dal legislatore, aprendo nuove prospettive per il riconoscimento dei diritti degli stranieri⁴⁸¹. Come ha riconosciuto la stessa Corte Costituzionale in una precedente sentenza, per quanto siano molteplici e rilevanti gli interessi pubblici che entrano in gioco nella disciplina dei flussi migratori e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e ordine pubblico a questi connessi, non possono risultare minimamente scalfiti i diritti inviolabili, i quali spettano ai singoli, non in quanto partecipino di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani⁴⁸². Quella che sembra emergere dalla giurisprudenza costituzionale è dunque una tendenza a valutare le misure adottate nei confronti degli stranieri alla luce di un nuovo concetto di nazionalità, inteso non più in senso formale come legame giuridico tra un individuo e lo Stato, bensì in senso sostanziale come appartenenza a una determinata comunità in cui l’individuo è inserito e in cui ha sviluppato tutta una serie di rapporti personali e familiari.

A questo punto, viene spontaneo domandarsi quali saranno le conseguenze prodotte dalla sentenza della Corte costituzionale sui procedimenti pendenti e su quelli conclusi con una sentenza irrevocabile di condanna, in cui tale aggravante ha influito sulla determinazione della pena; questione rispetto alla quale la Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi, affermando che, poichè la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 61, n. 11-*bis*, c.p. determina una modifica in senso favorevole del complessivo trattamento sanzionatorio ai sensi dell’art. 2, comma 4, c.p., laddove la valutazione dell’ipotesi circostanziale abbia influito sulla determinazione del trattamento sanzionatorio, l’imputato ha interesse a far valere la sopravvenuta illegittimità parziale della contestazione in seguito all’effetto abolitivo prodotto da tale pronuncia⁴⁸³. Tuttavia, non essendo del tutto condivisibile il ragionamento seguito dalla Corte in tale sentenza, non resta che auspicare che il legislatore, mediante

⁴⁸¹ L’espressione “uguaglianza calpestata” è stata usata da S. RODOTÀ in un articolo pubblicato sulla Repubblica del 22 maggio 2008, come citato da G. L. GATTA, op. ult. cit., nt. 142.

⁴⁸² Corte Cost., 10 aprile 2001, n. 105 con cui si rigetta la questione di legittimità costituzionale in relazione ai centri di permanenza per i clandestini, ma nello stesso tempo si precisa che, trattandosi di diritti che riguardano la libertà personale, è il giudice che deve sindacare la legittimità dell’espulsione. Particolarmente significativa anche la sentenza Corte Cost., 27 giugno 2000, n. 376 con cui la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 19, comma 2, lett. d) TU nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Per una ricostruzione della più risalente giurisprudenza costituzionale in tema di condizione dello straniero, cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L’esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, cit., p. 120; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 166.

⁴⁸³ Cass. pen. sez. VI, 17 novembre 2010, n. 40836, Nasri. Per un commento, cfr. M. GAMBARELLA, *Le conseguenze della declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 61, n. 11-bis, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 4, p. 1350.

l'introduzione di una nuova disposizione, ovvero la stessa Corte Costituzionale, attraverso una declaratoria di illegittimità parziale dell'art. 673 c.p.p., intervengano al fine di attribuire al giudice dell'esecuzione, anche nell'ipotesi dell'aggravante ritenuta incostituzionale, il potere di rimettere in discussione il giudicato, revocando la sentenza di condanna e rideterminando la pena inflitta, senza tener conto dell'aggravante invalida.

B. Il reato di ingresso e soggiorno irregolare

Al fine di contrastare l'immigrazione irregolare e aumentare il senso di sicurezza dei cittadini, il "Pacchetto sicurezza" del 2009 ha realizzato il definitivo e controverso passaggio alla penalizzazione della violazione delle norme sull'ingresso e il soggiorno, prima sanzionata in via amministrativa con lo strumento dell'espulsione prefettizia, confermando la tendenza a un irrigidimento della normativa sulla condizione dello straniero. In particolare, con l'introduzione all'art. 10-*bis* del Testo Unico, ad opera della legge 15.07.2009 n. 94, del reato di ingresso e soggiorno illegale, che punisce con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del Testo Unico (nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68), il legislatore mostra la sua propensione a favore di una concezione dell'immigrazione, smentita dalla prassi ma non per questo estranea all'opinione pubblica, basata sulla differenza ontologica tra immigrazione regolare e irregolare, ove quest'ultima è sempre più intesa come sinonimo di pericolosità sociale, da arginare e controllare attraverso il ricorso allo strumento penale⁴⁸⁴.

Emblematica, in tal senso, la scelta di introdurre una figura di reato congegnata come strumentale all'espulsione, secondo una logica di asservimento del diritto alle politiche di governo, in cui lo strumento penale è soltanto un mezzo di contrasto, di difesa e di lotta, ove la pena è già in partenza concepita come premessa di una successiva espulsione, ben lontana dalla prospettiva di risocializzazione o rieducazione richiesta dalla Costituzione⁴⁸⁵. In effetti,

⁴⁸⁴ Per un'analisi approfondita della norma, cfr. A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 237; G. L. GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 11, p. 1327; 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, 39; P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 1, p. 5; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 38.

⁴⁸⁵ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 127.

pur essendo di fronte a una contravvenzione punita con la sola pena dell'ammenda, il legislatore ha previsto la possibilità per il giudice di sostituire la pena pecuniaria con l'espulsione dal territorio dello Stato, suscitando più di un motivo di perplessità la scelta di una sanzione sostitutiva più grave di quella sostituita. Del resto, l'esclusione del ricorso all'oblazione e l'impossibilità di applicare la sospensione condizionale della pena, conseguente alla scelta di devolvere la cognizione del reato al giudice di pace, sono tutti fattori che mostrano come il fine ultimo perseguito dal legislatore con l'introduzione di tale fattispecie di reato sia proprio l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato⁴⁸⁶.

Dal punto di vista soggettivo, si è in presenza di un reato proprio che, in applicazione del criterio generale posto all'art. 1 TU, può essere commesso solo dallo straniero non appartenente all'Unione europea e dall'apolide che fa ingresso o si trattiene illegalmente sul territorio italiano, escluso lo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento alla frontiera e sempre che il fatto costituisca più grave reato. A tal proposito, è da rilevare che ingresso e soggiorno irregolare costituiscono due modalità alternative di un unico reato (cd. norma penale mista), la cui realizzazione cumulativa non incide sul trattamento sanzionatorio, né tantomeno rende applicabile la disciplina sul concorso di reati. Quanto alla natura giuridica, prendendo le mosse dall'ingresso illegale, la formulazione del comma 1 dell'art. 10-*bis* TU, che descrive il fatto tipico con il «fare ingresso», consente di affermare la natura istantanea del reato in esame, che si consuma nel momento e nel luogo in cui si verifica l'attraversamento irregolare dei confini dello Stato⁴⁸⁷. Per ciò che riguarda invece il soggiorno illegale, si tratta di reato omissivo proprio, di natura permanente, poiché, essendo il fatto tipico costituito dal trattenimento nel territorio dello Stato una volta che le condizioni della permanenza regolare siano venute meno, il giudizio di disvalore non è incentrato sulla condotta attiva di trattenimento, bensì nel mancato allontanamento dal territorio italiano in violazione delle norme che vietano la permanenza⁴⁸⁸. A tal proposito, diversamente da quanto avviene rispetto alle fattispecie previste all'art. 14, comma 5-*ter*, TU, la mancata previsione di un termine per l'osservanza dell'azione prescritta rivelerebbe, secondo parte della dottrina, un

⁴⁸⁶ Di ciò prende atto anche la più volte citata sentenza della Corte costituzionale (n. 249/2010) laddove afferma che «da una contravvenzione punita con la sola pena pecuniaria può scaturire una serie di pene aggiuntive, anche a carattere detentivo, che il criterio di computo su base percentuale può condurre a valori elevatissimi, dando luogo a prolungate privazioni di libertà».

⁴⁸⁷ Ai sensi dell'art. 4 TU è illegale l'ingresso che abbia luogo a) sottraendosi ai controlli dei valichi di frontiera, salvo che esso sia determinato da una situazione di forza maggiore; b) senza che lo straniero fosse munito di passaporto o di un documento equipollente, o comunque avvalendosi di documenti ottenuti illecitamente; c) senza visto, nei casi in cui sia richiesto.

⁴⁸⁸ Cfr. C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, cit., p. 46.

profilo di insanabile contrasto rispetto al principio di personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, comma 1, Cost., nella forma dell'esigibilità del comportamento doveroso, secondo la pregnante accezione del principio di colpevolezza accolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 364/1988⁴⁸⁹; tuttavia, in senso contrario, altra parte della dottrina evidenzia che lo straniero diligente, venuto a conoscenza dell'introduzione della nuova fattispecie, avrebbe dovuto da subito lasciare il territorio dello Stato, evitando ogni rischio di incriminazione⁴⁹⁰. Un ulteriore problema che si pone sotto il profilo della violazione del principio di inesigibilità è dato dall'assenza della clausola di non punibilità del "giustificato motivo", prevista invece rispetto al reato di inottemperanza all'ordine di espulsione del questore di cui all'art. 14 TU, la cui mancata previsione finirebbe per rendere punibili anche condotte di illecito trattenimento non rimproverabili all'agente per valide ragioni oggettive e soggettive⁴⁹¹.

Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, trattandosi di contravvenzione, in base alla regola generale di cui all'art. 42, comma 4, c.p., questa può essere indifferentemente punita a titolo di dolo o colpa; più problematica risulta, invece, l'ipotesi dell'eventuale mancata o inesatta conoscenza, da parte del soggetto attivo, della situazione giuridica che fonda la propria situazione di irregolarità. A tal proposito, trattandosi di un errore che ricade su una legge extrapenale integratrice del precetto penale, si applicherà l'art. 5 c.p. che, in base all'interpretazione che ha dato la Corte Costituzionale nella stessa sentenza del 1988, considera l'errore scusabile soltanto laddove non sia stato originato da colpa. Tale problematica contribuisce a rendere la norma scarsamente efficace, poiché è impensabile che un soggetto proveniente da un diverso ordinamento possa conoscere, anche in via potenziale, le disposizioni del TU, nonché quelle di cui alla legge n. 68 del 2007.

Il reato di ingresso e soggiorno irregolare, di cui si è tentato di delineare i tratti essenziali, ha da subito suscitato molti dubbi di legittimità costituzionale riguardanti, oltre a specifiche articolazioni della disciplina da esso introdotta, la sua conformità ai principi generali del diritto penale. Per tali ragioni, il Giudice di pace di Lecco ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 27 e 117 Cost., ben presto seguito dal

⁴⁸⁹ Così A. Caputo in F. GIUNTA - A. CAPUTO - M. CICALA, *Opinioni a confronto. Il resto di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 399; nello stesso senso, C. RENOLDI, op. ult. cit., p. 46 che ravvisa nella mancata previsione del termine un "elemento di profonda distonia" rispetto ai principi fondamentali su cui si regge l'architettura delle fattispecie omissive.

⁴⁹⁰ Cfr. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 374.

⁴⁹¹ Sul punto, vanno richiamate le affermazioni del Presidente della Repubblica, contenute nella lettera inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Presidenti delle Camere in data 15.7.2009: «suscita in me forti perplessità la circostanza che la nuova ipotesi di trattenimento indebito non prevede l'esimente della permanenza determinata da "giustificato motivo"».

Giudice di pace di Torino, che ha ravvisato il contrasto della normativa in questione con ulteriori principi costituzionali, quali l'art. 2, 3, 24 comma 2, 25 comma 2, e 97 comma 1 Cost⁴⁹².

Sotto il profilo della legittimità costituzionale della scelta di penalizzazione espressa dalla norma impugnata, la Corte Costituzionale ha dichiarato infondate le eccezioni di illegittimità prospettate, ritenendo in particolare che oggetto dell'incriminazione, la cui introduzione rientra nella discrezionalità del legislatore, non sia un modo di essere della persona (come invece ritenuto dalla stessa Corte nella sentenza dell'8 luglio 2010 con cui ha dichiarato l'illegittimità della circostanza aggravante comune introdotta dal legislatore all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p.), bensì la commissione di un fatto materiale, oggettivamente antiggiuridico e offensivo di un bene giuridico meritevole di tutela, quale l'interesse dello Stato all'ordinata gestione dei flussi migratori, la cui salvaguardia si presenta strumentale alla protezione di un complesso di beni pubblici finali, di rilevanza costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata⁴⁹³. In altri termini, dato che il controllo giuridico dell'immigrazione non può che comportare la configurazione come fatto illecito della violazione delle regole su cui lo stesso è basato, determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata, e in particolare stabilire se essa debba assumere carattere penale, anziché meramente amministrativo, rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale può modulare diversamente nel tempo la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia.

A tal proposito, a sostegno delle sue argomentazioni la Corte richiama il diritto penale complementare, settore in cui è frequente il ricorso alla sanzione penale a fronte dell'inosservanza di prescrizioni amministrative volte a disciplinare determinate materie ove, per gli interessi coinvolti, è più pregnante l'esigenza di un controllo pubblico (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Tuttavia, secondo parte della dottrina, tale riferimento alla tutela penale delle funzioni amministrative non sarebbe idoneo a garantire il rispetto del principio di offensività, per il quale è decisivo il "grado di prossimità" della condotta tipica rispetto al bene finale alla

⁴⁹² Ordinanza del Giudice di pace di Lecco, sezione distaccata di Missaglia, del 1 ottobre 2009 e ordinanza del Giudice di pace di Torino del 6 ottobre 2009, rispettivamente pubblicata in GU n. 49 e 51, prima serie speciale, dell'anno 2009.

⁴⁹³ Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 250; nello stesso senso cfr. Corte Cost., ordinanza, 11 novembre 2010, n. 231. Per comprendere meglio la *ratio* del ragionamento della Corte, cfr. A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 10, p. 1187; L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 1373; M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte Costituzionale*, cit., p. 147.

cui salvaguardia sono volte le funzioni stesse; svincolato dalla misurazione di tale "grado di prossimità", il principio di offensività rischia di privarsi di qualsiasi attitudine selettiva, degradando da principio di rango costituzionale a mero criterio orientativo di politica criminale⁴⁹⁴. In altri termini, a rendere scarsamente compatibile il reato in esame con il principio di necessaria lesività sarebbe proprio l'incolmabile distanza tra la condizione di irregolarità in cui si trova lo straniero e i beni pubblici finali alla cui tutela tale fattispecie è preordinata.

Tali considerazioni consentono alla Corte di ancorare il disvalore della fattispecie incriminatrice alla realizzazione di uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti, quale il «fare ingresso» e «trattenersi» nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del TU, disattendendo le censure in base alle quali si tratterebbe di un illecito di mera disobbedienza, secondo i canoni del diritto penale d'autore, dietro il quale si celerebbe una presunzione assoluta di pericolosità sociale dell'immigrato irregolare. Tuttavia, le argomentazioni utilizzate dalla Corte non convincono buona parte della dottrina secondo cui la norma impugnata costituirebbe un'ipotesi di "colpa d'autore" o "per la condotta di vita", in palese contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., sotto il duplice profilo della carenza di materialità e offensività, essendo priva di un bene giuridico, di ascendenza costituzionale, che la legittimi⁴⁹⁵.

Per quanto riguarda invece la contrarietà a Costituzione di specifici aspetti della disciplina sostanziale e processuale del reato in esame, la Corte innanzitutto esclude la violazione del principio di uguaglianza, prospettata dal Giudice di pace di Torino, sostenendo che spetta comunque al giudice, in sede di commisurazione della pena, tener conto della diversa gravità dell'infrazione commessa, fatta salva la possibilità di ricorrere all'improcedibilità per particolare tenuità del fatto. A tal proposito, la dottrina ha però posto in evidenza come tale istituto serva a non rendere punibili reati bagatellari impropri, escludendo che possa salvare dalla dichiarazione di illegittimità una norma priva di offesa in quanto manchevole di un bene giuridico degno di protezione dal punto di vista penalistico⁴⁹⁶.

La Corte ha inoltre disatteso la censura relativa al mancato inserimento, rispetto alla condotta dell'illegale trattenimento, della clausola del "giustificato motivo", ritenendo che, ai fini del rispetto del principio di colpevolezza sia comunque sufficiente il ricorso alle

⁴⁹⁴ A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, cit., p. 1199.

⁴⁹⁵ Cfr. A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 2, p. 454.

⁴⁹⁶ A. MANNA, op. ult. cit., 456.

scriminanti comuni e alle cause di esclusione della colpevolezza, oltre che in generale al principio *ad impossibilia nemo tenetur*, valevole per i reati omissivi propri. A tal proposito, è da rilevare che la Corte, nella successiva sentenza n. 359 del 13 dicembre 2010, riconoscendo l'idoneità della clausola del "giustificato motivo" a fungere da "valvola di sicurezza" del meccanismo repressivo, in modo da impedire l'applicazione della sanzione penale laddove - anche in assenza di vere e proprie cause di giustificazione - l'osservanza del precetto sia in concreto inesigibile, ha, da un lato, dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 14, comma 5-*quater*, TU nella parte in cui non prevede tale clausola; dall'altro, ha ribadito la legittimità della mancata previsione di tale clausola all'art. 10-*bis* TU, poiché mancherebbe, secondo la Corte, in tale fattispecie la dipendenza dell'obbligo di allontanamento da un ordine mirato ed individualizzato dell'Autorità, la cui inosservanza entro il termine indicato comporti un netto "salto di qualità" nella risposta punitiva.

Infondata è pure, secondo la Corte, la violazione dell'art. 2 Cost. poiché, in materia di immigrazione, le ragioni della solidarietà umana non sono *a priori* in contrasto con le regole che precludono o limitano l'ingresso o la permanenza degli stranieri nel territorio dello Stato, bensì richiedono un corretto bilanciamento dei valori in gioco che rientra nella discrezionalità del legislatore, il cui esercizio trova espressione nella disciplina complessivamente prevista dal Testo Unico in materia di divieti di espulsione e ricongiungimento familiare, oltre che nella normativa sul soccorso al rifugiato e la protezione internazionale di cui al d. lgs. 19 novembre 2007 n. 251.

Uno dei punti in cui la pronuncia della Corte presenta una debolezza sostanziale è l'analisi del rapporto tra il reato di ingresso e soggiorno illegale e la direttiva rimpatri, a proposito del quale la Corte si trincerava dietro la mancata scadenza del termine (24 dicembre 2010) previsto dalla direttiva per l'adeguamento degli ordinamenti nazionali, escludendo in tal modo la violazione dell'art. 117 Cost. A tal proposito, pur essendo condivisibili le considerazioni della Corte nella parte in cui evidenzia che la contrarietà agli obblighi derivanti dall'Unione europea non riguarderebbe il reato in esame, quanto più in generale il mantenimento delle norme interne preesistenti che individuano nell'accompagnamento coattivo alla frontiera la modalità normale di esecuzione dei provvedimenti espulsivi; al tempo stesso tali considerazioni non esauriscono i profili problematici emersi nel dibattito che ha accompagnato l'*iter* parlamentare di approvazione della legge n. 94 del 2009, incentrati sulla reale finalità perseguita con l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale, volta a consentire all'ordinamento italiano di avvalersi della facoltà prevista all'art. 2, comma 2, della direttiva rimpatri, che prevede la possibilità per ogni Stato di sottrarsi all'applicazione

della direttiva per gli stranieri per i quali il rimpatrio sia sanzione penale o conseguenza di una sanzione penale. Com'è stato rilevato in dottrina, l'art. 10-*bis* TU permetterebbe all'Italia di eludere quasi totalmente l'obbligo di attuare la Direttiva rimpatri, poiché, essendo l'espulsione una conseguenza della condanna per tale reato (espulsione disposta dal giudice quale sanzione sostitutiva della pena pecuniaria), è evidente che la norma nazionale prescinderebbe, per ogni straniero espulso, dall'applicazione delle disposizioni della Direttiva che invece privilegiano il rimpatrio volontario anziché quello coattivo e prevedono che ogni forma di trattenimento sia soltanto un rimedio eccezionale e residuale agli impedimenti di esecuzione dei provvedimenti di rimpatrio⁴⁹⁷.

Allo stesso modo, in modo non del tutto convincente è stato risolto il riferimento all'art. 97 Cost., la cui violazione deriverebbe secondo i giudici remittenti dall'inutile duplicazione di procedimenti - penale e amministrativo - aventi il medesimo scopo che sarebbe derivata dall'introduzione di tale reato; secondo la costante giurisprudenza costituzionale che la Corte ha cura di richiamare, il buon funzionamento dei pubblici uffici riguarderebbe solo il funzionamento degli uffici giudiziari e non l'attività giurisdizionale in senso stretto.

Nel complesso, la sentenza sul reato in esame, pur essendo connotata da una struttura argomentativa rigorosa, non appare condivisibile, né tantomeno coerente con la posizione precedentemente assunta dalla stessa Corte in relazione all'aggravante di clandestinità. In particolare, il criterio del "vaglio positivo di ragionevolezza", affermato nella sentenza n. 249 laddove siano in gioco altri principi costituzionali oggetto di bilanciamento, nella pronuncia in oggetto viene a essere sostituito dal diverso e più elastico parametro dell'"arbitrarietà" o della "manifesta irragionevolezza" della scelta legislativa. Inoltre, sorprende che, pur essendo di fronte a due opzioni politico-criminali espressione della medesima logica securitaria, la Corte, da un lato, ritenga l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p. costituzionalmente illegittima in quanto basata su una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale dell'immigrato irregolare; dall'altro, individui la *ratio* della penalizzazione dell'immigrazione irregolare, la cui introduzione rientra nell'insindacabilità delle scelte politiche del legislatore, nel rimuovere, rendendo effettivo il provvedimento di espulsione, situazioni di illiceità o di pericolo correlate alla presenza dello straniero nel territorio dello Stato. L'impressione che si ha è che, posta di fronte a due norme che, pur presentando profili diversi, riflettono entrambe

⁴⁹⁷ P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 125.

l'intento legislativo di criminalizzare lo *status* di immigrato in condizione irregolare, la Corte consideri una delle due previsioni espressione del diritto penale d'autore, ritenendo invece l'altra rispettosa dei principi costituzionali del diritto penale del fatto e di offensività, laddove ragioni di coerenza interna all'ordinamento avrebbero richiesto una pronuncia di parziale illegittimità costituzionale o, quantomeno, una sentenza interpretativa di rigetto.

L'elevato impatto politico della normativa censurata ha dunque indotto la Corte ad adottare, al fine anche di evitare uno scontro politico-istituzionale, una soluzione di compromesso che, se da una parte, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'aggravante di clandestinità, dall'altra "salva" una figura di reato di enorme valore simbolico, ma dal modestissimo contenuto afflittivo e di scarsissimo impatto nella prassi, segnando il ritorno a un atteggiamento di estrema prudenza nel sindacato di costituzionalità in materia di immigrazione.

C. La posizione del minore straniero tra ordine pubblico e superiore interesse del fanciullo

Le ultime riforme in materia di pubblica sicurezza, caratterizzate da un generale inasprimento del trattamento riservato agli stranieri in posizione irregolare, sollecitano un'attenta riflessione circa la compatibilità della disciplina ivi prevista con il regime di favore adottato nel nostro ordinamento riguardo ai minori.

In effetti, l'inquadramento giuridico della condizione dei minori stranieri si presenta particolarmente complesso, ponendo la necessità di contemperare le istanze proprie e specifiche sottese a due legislazioni speciali, la cui *ratio* è profondamente diversa: da un lato, la disciplina degli stranieri, ispirata innanzitutto al soddisfacimento di esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale; dall'altro, la legislazione minorile, complessivamente concepita a partire dall'idea di fondo, tendenzialmente assorbente eventuali contrapposte esigenze, di strutturate istanze di protezione dei soggetti minori che, a causa della condizione di immaturità fisica e psichica in cui si trovano, si ritengono non possedere la piena capacità di individuare e di far valere i propri diritti e di curare i propri interessi; un'impostazione, questa, cui dovrebbe logicamente aggiungersi, nel caso di specie dei minori stranieri, un particolare impegno dello Stato per scongiurare fenomeni di marginalizzazione e, in generale, l'esposizione alle conseguenze deteriori di una politica legislativa pressoché esclusivamente dettata per rispondere a istanze di ordine pubblico.

In particolare, le riforme del 2008 e del 2009 in materia di sicurezza non prevedono alcuna deroga esplicita né disposizione specifica per quei soggetti stranieri che non abbiano raggiunto la maggiore età, rivolgendosi a tutti gli stranieri irregolarmente presenti sul nostro territorio, siano essi adulti o minori, indistintamente percepiti, a causa anche dell'immagine che di essi viene veicolata dai media⁴⁹⁸, come fattori di rischio, da arginare e controllare attraverso il ricorso allo strumento penale, utilizzato spesso in chiave simbolica e con notevole accentuazione dei suoi profili preventivi⁴⁹⁹. Ciò che emerge dall'analisi della normativa in vigore è la palese incoerenza del diritto degli stranieri, che impone un'attenta lettura della disciplina alla luce dei diritti del minore, al fine di evitare che un'applicazione letterale delle leggi si traduca in una palese violazione di quei diritti.

In un quadro in cui l'effettiva tutela dei diritti fondamentali rischia di essere vanificata proprio per quei soggetti per i quali dovrebbe essere più garantita, occorre riflettere attentamente circa la possibilità di individuare, anche alla luce dei vari documenti internazionali ed europei⁵⁰⁰, soluzioni interpretative idonee ad assicurare (fin dove possibile) una configurazione dello *status* del minore straniero nell'ordinamento italiano compatibile con la logica di protezione alla base del diritto dei minori e più a monte coerente con i principi ispiratori del nostro sistema. In quest'ottica, si concentrerà l'attenzione dapprima sui problemi di compatibilità con il *favor minoris* che l'aggravante di clandestinità poneva prima della sua dichiarazione di illegittimità costituzionale (a), per considerare in un secondo momento l'applicabilità del reato di ingresso e soggiorno irregolare al minore straniero (b).

⁴⁹⁸ I media nel corso degli anni hanno dedicato sempre maggiore attenzione alle notizie, perlopiù negative, relative ai fenomeni migratori, alimentando il senso di insicurezza collettiva e alterando la percezione della complessa realtà ad essi collegata. In particolare, sul rapporto tra paure collettive, sensazionalismo dei media e strumentalizzazioni degli organi di governo, cfr. A. DAL LAGO, *La tautologia della paura*, in *Rass. it. soc.*, 1999, n. 1, p. 5, in cui si ritiene che la paura, straordinario meccanismo di assestamento della vita sociale e funzionale alla sua innovazione, sia alimentata oggi prevalentemente dagli stranieri irregolari, i quali svolgono il medesimo ruolo sociale che, per diversi secoli della storia europea, è stato incarnato da ebrei e zingari. In generale, sulla rappresentazione mediatica della criminalità, cfr. M. BERTOLINO - G. FORTI (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005.

⁴⁹⁹ Questo nuovo utilizzo dello strumento penalistico, sempre più frequente nella società postindustriale e sintomo di una crisi di legittimazione del diritto penale, rivela il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato di prevenzione, ove il fine principale è proprio la prevenzione del rischio, anziché la punizione di un evento di danno. Sul punto, cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 101; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 9.

⁵⁰⁰ Ad esempio, nel *Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo*, adottato dal Consiglio europeo del 15 e 16 ottobre 2008 (doc. 13440/08), le migrazioni organizzate e legalmente inquadrate sono considerate un'opportunità di sviluppo, in quanto favoriscono gli scambi umani ed economici e consentono alle persone di concretare le loro aspirazioni; contribuiscono in modo decisivo alla crescita economica dell'Unione europea e degli Stati membri, migliorando la loro situazione demografica e del mercato del lavoro; apportano risorse ai migranti e ai loro paesi d'origine, contribuendo in tal modo al loro sviluppo.

a) Il minore straniero e l'aggravante della clandestinità

Un problema che si presentava prima della sentenza 249/10, con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'aggravante per i reati commessi dallo straniero irregolare, era quello relativo all'eventuale applicazione di tale circostanza nei confronti dei minori stranieri. L'introduzione della circostanza aggravante comune all'art. 61, n. 11-*bis*, c.p. lasciava infatti ancora una volta all'interprete il difficile compito di individuare i soggetti cui si riferiva.

Coma già rilevato, la formulazione definitiva della norma lasciava intendere che essa potesse trovare applicazione nei confronti di tutti i cittadini extracomunitari e gli apolidi che, al momento della commissione del fatto, non fossero in possesso di un valido titolo di soggiorno. Un approfondito esame della questione portava però, nel silenzio del legislatore, a escludere l'applicazione dell'aggravante di clandestinità ai minori stranieri per diversi ordini di ragione⁵⁰¹. Innanzitutto, tale conclusione era imposta da ragioni di coerenza interna all'ordinamento, in quanto occorreva evitare che la medesima condizione di permanenza irregolare sul territorio di soggetti minori, se da un lato si riteneva non integrasse gli estremi del reato di immigrazione clandestina di cui all'art. 10-*bis* TU (come si dimostrerà nel paragrafo successivo), dall'altro comportasse comunque l'applicazione dell'aggravante della clandestinità. A ragionare diversamente, ne sarebbe derivato un diverso trattamento sanzionatorio per condotte materiali identiche, con un'ingiustificata disparità di trattamento tra i minori che avevano già ottenuto il permesso di soggiorno e coloro che dovevano ancora ottenerlo, con conseguenze paradossali nel caso in cui questi soggetti si fossero resi responsabili, in concorso tra loro, del medesimo fatto di reato. Tale situazione risultava nello specifico caso dello straniero minore inaccettabile, considerando che la concessione del permesso di soggiorno è per lo Stato un atto dovuto, trattandosi di un diritto che per il solo fatto della minore età è sottratto alla discrezionalità dell'autorità amministrativa e non è soggetto a revoca.

In questo quadro, applicare l'aggravante avrebbe significato far dipendere il trattamento sanzionatorio del minore dalla solerzia degli organi amministrativi competenti, con grave violazione del principio di uguaglianza. Inoltre, la logica presuntiva su cui era fondata l'aggravante, ampiamente criticata anche in relazione agli immigrati irregolari

⁵⁰¹ Nello stesso senso, cfr. A. DELLA BELLA, *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, p. 4792, L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 10.

adulti⁵⁰², risultava ancora meno accettabile alla luce delle caratteristiche dell'immigrato minore d'età. In altri termini, il presupposto su cui si basava l'aumento di pena, cioè l'idea che la clandestinità fosse indice di una maggiore pericolosità del soggetto insita nel fatto stesso di aver violato regole essenziali dello Stato (quali quelle relative all'ingresso)⁵⁰³, risultava inammissibile con riguardo ai minori. Rispetto a essi, "l'involontarietà" dell'immigrazione, nella maggior parte dei casi dettata dalla necessità o quantomeno condizionata dai genitori, avrebbe dovuto arginare le gravi conseguenze che l'aggravante voleva far discendere dal carattere irregolare del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato. Sarebbe parso, infatti, irragionevole applicare al minore irregolare la stessa logica che vale per il latitante o per il recidivo. Se il nuovo comportamento posto in essere da questi soggetti esprime una particolare determinazione nella devianza e può essere considerato indice di maggiore pericolosità, lo stesso discorso non può farsi in relazione a persone che, spinte dalla necessità o da difficoltà burocratiche contingenti, violano prescrizioni relative all'ingresso nel territorio, a prescindere dalla natura amministrativa o penale che le stesse hanno. La "clandestinità", in quanto basata su una qualità personale del soggetto derivante dal compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato, non può comportare per gli adulti né *a fortiori* per i minori un aumento di pena, anche in virtù del principio di offensività, che nella sua accezione astratta costituisce «*un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio della Corte Costituzionale*»⁵⁰⁴. Inoltre, ammettendo l'applicazione dell'aggravante ai minori stranieri, il relativo aumento di pena avrebbe comportato una palese violazione dei principi fondamentali in materia di giustizia penale minorile, inserendosi in un quadro in cui il minore straniero è già sottoposto a misure cautelari maggiormente restrittive rispetto a quello italiano, con l'effetto di circoscrivere ai minori italiani gli obiettivi della riforma processuale minorile del 1988⁵⁰⁵.

⁵⁰² Sul punto, cfr. *infra* par. A.

⁵⁰³ In particolare, sui rischi di uno statuto penale speciale dello straniero fondato su una presunzione di pericolosità, cfr. M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, cit., p. 696.

⁵⁰⁴ Corte Cost., 17 giugno 2002, n. 354, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 688, comma 2, c.p. che prevedeva un aggravamento della pena per il fatto commesso in condizioni di ubriachezza da chi avesse già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale delle persone.

⁵⁰⁵ Nonostante la Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di accoglimento abbia in linea di principio escluso che la condizione di irregolarità precluda l'accesso alle misure alternative alla detenzione (Corte Cost., 16 marzo 2007, n. 78), il ricorso ad esse può risultare complicato ove si tratti di soggetti, quali i minori stranieri irregolari, che all'esterno non hanno né una casa, né una famiglia, né un lavoro. Queste difficoltà pratiche spiegano la ragione per cui i provvedimenti di custodia cautelare in carcere sono applicati in misura superiore ai minori stranieri rispetto a quelli italiani.

Né è sufficiente addurre in senso contrario la conclusione cui è giunta la sentenza della Corte di Cassazione, ove si afferma che la sussistenza di un divieto di immediata espulsione nei confronti degli stranieri minorenni non esclude il carattere illegale della loro permanenza nel territorio dello Stato⁵⁰⁶. A conferma della diversità esistente sul piano ontologico tra la condizione illegale dello straniero e il divieto di espulsione, la Corte argomenta nel senso che il minore straniero, illegalmente presente sul territorio dello Stato, in difetto di fatti sopravvenuti, al momento del raggiungimento della maggiore età e della conseguente scadenza del permesso di soggiorno, è tenuto a lasciare il territorio dello Stato. Il rigore ermeneutico della Corte si spiega alla luce del caso concreto sottoposto al suo esame, in cui all'imputato si contestava il reato di cui all'art. 12, comma 5, TU, per aver favorito la permanenza in Italia di tre minorenni di nazionalità egiziana, avendo fornito loro ospitalità presso la propria abitazione, al fine di trarre un ingiusto profitto, rappresentato dalla somma che l'imputato aveva richiesto ai parenti dei minori per vitto e alloggio. Partendo dalla *ratio* dell'art. 12, comma 5, TU (ravvisata non tanto nell'esigenza d'impedire l'ingresso di immigrati irregolari nel territorio dello Stato, quanto nella necessità di proteggere tali soggetti da eventuali condotte di sfruttamento poste in essere nei loro confronti), la Corte giunge quindi a sancire il discrimine tra l'esistenza del divieto di espulsione e la condizione di irregolarità dello straniero. In altri termini, il divieto di espulsione rende legale la permanenza in Italia dei minori, a prescindere dal fatto che abbiano ottenuto o meno il permesso di soggiorno, ma non esclude la rilevanza penale della condotta di chi approfitta di cittadini stranieri, adulti o minorenni che siano, i quali, a causa della loro clandestinità, vengano a trovarsi in una posizione di debolezza che li espone a comportamenti vessatori e discriminatori.

Se queste erano le ragioni che complessivamente inducevano a escludere l'applicazione dell'aggravante della clandestinità nei confronti dei minori stranieri, dai primi orientamenti attuativi dell'art. 61, n. 11-*bis*, c.p. emergeva però un quadro frammentario e disomogeneo, che può essere spiegato solo considerando la complessità della materia relativa al trattamento dei minori stranieri. La coesistenza di disposizioni disorganiche e in parte contrastanti tra loro aveva infatti dato luogo ad enormi difficoltà di orientamento e, di conseguenza, a prassi giudiziarie differenti tra loro, con il concreto rischio che, se non fosse intervenuta la Corte Costituzionale dichiarando illegittima la disposizione in materia, si sarebbe creata una prassi incompatibile con i fondamentali principi della Convenzione ONU.

⁵⁰⁶ Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 2008, n. 17305.

In particolare, sarebbe stato violato l'art. 2, che impone agli Stati parte di adottare ogni misura appropriata per assicurare che il fanciullo sia protetto contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivata dallo *status*, dalle attività, dalle opinioni espresse o il credo dei suoi genitori, dei suoi tutori o dei membri della sua famiglia. Tale prassi si sarebbe inoltre posta in contrasto con l'art. 3 della Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 26 giugno 1997, che riconosce ai minori non accompagnati, indipendentemente dal loro *status* giuridico, il diritto alla protezione e alla cure elementari necessarie, in conformità del diritto interno dello Stato membro in questione.

Dalle considerazioni sopra esposte deriva dunque che, già prima che la Corte Costituzionale dichiarasse l'illegittimità costituzionale dell'aggravante, se ne doveva escludere l'applicazione al minore straniero, poiché costui, anche se irregolare, non può mai essere considerato una minaccia da cui difendersi, essendo un soggetto vulnerabile di cui i vari ordinamenti devono prendersi cura, anche mediante la predisposizione nei suoi confronti di interventi assistenziali, ben lontani dalla minaccia dell'espulsione⁵⁰⁷.

b) Il minore straniero e il reato di ingresso e soggiorno irregolare

A conferma di quanto le ultime riforme in materia di contrasto dell'immigrazione irregolare abbiano inciso in senso negativo sulla condizione giuridica dei minori stranieri, basti considerare gli effetti che l'introduzione all'art. 10-*bis* TU del reato di ingresso e soggiorno irregolare ha avuto sull'applicazione pratica dei principi volti alla tutela del minore. Innanzitutto, l'indiscriminata penalizzazione della violazione delle norme sull'ingresso e il soggiorno, realizzata ad opera della legge n. 94 del 2009, ha dato vita a significativi ostacoli e restrizioni alla piena attuazione del principio del superiore interesse del minore ove riferito ai minori stranieri⁵⁰⁸. A titolo esemplificativo, basti pensare all'evidente conflittualità che viene a prodursi rispetto all'adempimento dell'obbligo scolastico, di cui sono responsabili *ex art.*

⁵⁰⁷ Nello stesso senso, nel Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE C 115 del 4 maggio 2010, p. 1, adottato dal Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2009, che ha il compito di sviluppare nei cinque anni successivi l'azione dell'Unione nell'area di libertà, sicurezza e giustizia, i minori non accompagnati sono considerati un *gruppo particolarmente vulnerabile*, cui va prestata speciale attenzione con risposte adeguate, in particolare nel caso dei minori a rischio.

⁵⁰⁸ Sul punto, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Procedimenti minorili, reato di clandestinità e reinserimento sociale del minore straniero deviante*, relazione svolta al XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia, tenutosi a Milano il 13 e 14 novembre 2009, sul tema *Infanzia e diritti al tempo della crisi: verso una nuova giustizia per i minori e la famiglia*, reperibile sul sito www.minoriefamiglia.it. In generale, sulle conseguenze che la legge n. 94 del 2009 ha avuto sui minori stranieri (es. in tema di conversione del permesso di soggiorno alla maggiore età), cfr. L. MIAZZI - G. PERIN, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, cit., p. 178.

731 c.p. e art. 331 c.p.p. i genitori di un minore straniero, a fronte del rischio in cui incorrono i genitori stessi di segnalazione della posizione di irregolarità da parte del personale scolastico in possesso delle qualifiche di cui agli artt. 361 e 362 c.p., che venga a conoscenza della loro condizione di irregolarità. A tal proposito, se è vero che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, TU come modificato dalla stessa legge del 2009, lo straniero non è tenuto a presentare alla pubblica amministrazione alcun documento attestante la regolarità del suo soggiorno ai fini dell'iscrizione dei propri figli a scuola⁵⁰⁹, tuttavia non sussiste alcuna previsione che espressamente escluda la segnalazione all'autorità in caso di accesso alle strutture scolastiche da parte dello straniero non in regola⁵¹⁰. È logico dunque ritenere che il timore di una condanna per il reato di ingresso e soggiorno irregolare possa rappresentare un deterrente rispetto all'assolvimento dell'obbligo scolastico, vanificando così un obbligo che è al tempo stesso diritto fondamentale del minore e interesse primario della collettività, con un ulteriore possibile effetto indesiderato di un avvio anticipato al lavoro⁵¹¹.

Ancora più gravi le conseguenze dell'introduzione della nuova fattispecie sulla previsione dell'autorizzazione *ex art. 31, comma 3, TU*: la presentazione da parte dei genitori del minore dell'istanza a permanere nel territorio italiano verrebbe ad attestare la condizione di irregolarità in cui essi si trovano, in violazione del principio *nemo tenetur se detegere*. A differenza di quanto previsto dall'art. 10-bis, comma 6, TU per i casi di presentazione di domanda di protezione internazionale, nelle ipotesi di inoltro dell'istanza *ex art. 31 TU* non opera infatti né la sospensione del procedimento penale, né la declaratoria di non luogo a procedere in caso di accoglimento della domanda. La scelta legislativa di sanzionare penalmente il mero *status* di immigrato irregolare e la costante prevalenza della logica espulsiva avrebbe dunque, tra gli effetti collaterali, quello di rendere più difficile l'accesso a

⁵⁰⁹ Per effetto della riforma, le prestazioni scolastiche obbligatorie sono oggi, insieme alle prestazioni sanitarie e alle attività sportive e ricreative temporanee, le uniche materie nell'ambito delle quali lo straniero, che intenda chiedere un atto o un provvedimento alla PA, non è obbligato a esibire il permesso di soggiorno.

⁵¹⁰ Tale esclusione è stata invece mantenuta dall'art. 35, comma 5, TU nelle ipotesi di accesso alle strutture sanitarie da parte degli stranieri non in regola, salvi i casi in cui sia obbligatorio il referto a parità di condizioni con il cittadino italiano. Nell'ottica del legislatore del 1998, tale divieto di segnalazione era volto ad evitare che l'esercizio di un diritto fondamentale così importante, quale il diritto alla salute, potesse essere pregiudicato dal possesso o meno di un titolo di soggiorno. In sede di riforma, il tentativo di abrogazione del divieto di segnalazione, approvato in prima battuta in Senato, aveva suscitato la ferma protesta di associazioni e ordini professionali che rappresentano le principali categorie di operatori impegnati nell'assistenza socio-sanitaria agli immigrati. I dubbi e le polemiche sono stati risolti con l'emanazione di una circolare del Ministero dell'Interno n. 12 del 27 novembre 2009 che ha confermato la sussistenza del divieto di segnalazione degli stranieri non in regola con le norme sul permesso di soggiorno. Sul punto, cfr. P. OLIVANI - D. PANIZUT, *Diritto alla salute. Recenti novità*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 89.

⁵¹¹ In merito, cfr. E. CODINI, *L'iscrizione alla scuola dei minori stranieri*, in *Minorigiustizia*, 2008, n. 3, p. 102.

vari servizi della pubblica amministrazione, con il conseguente “tradimento” della filosofia alla base della giustizia minorile volta al sostegno e al recupero dei minori.

A fronte di tale quadro normativo, i principi sanciti dalla Convenzione ONU e ribaditi dai più recenti atti dell’Unione europea, lungi dal rappresentare esclusivamente una mera impalcatura di diritti insuscettibili di applicazione pratica, costituiscono il punto di partenza per individuare possibili soluzioni interpretative in grado di superare (almeno in parte) alcune questioni problematiche che l’introduzione del reato di ingresso e soggiorno irregolare ha sollevato con specifico riferimento alla posizione del minore. Innanzitutto, si rende necessaria una riflessione sui presupposti applicativi di tale nuova figura di reato, alla luce della quale possano poi prospettarsi chiavi di lettura in grado di assicurare la complessiva coerenza con le linee di fondo del nostro ordinamento e, più in generale, con i principi enunciati a livello europeo e internazionale circa la situazione del minore migrante⁵¹². Una prima precisazione si impone con riguardo ai possibili soggetti attivi del reato. In verità, fermo restando che, in ragione dell’impossibilità di applicare il testo unico in materia di immigrazione ai cittadini dell’Unione europea, soggetto attivo di tale reato può essere esclusivamente un cittadino extracomunitario o un apolide, la lettera dell’art. 10-*bis* sembrerebbe ritenere configurato il reato laddove un qualsiasi soggetto appartenente a tali due categorie ponga in essere le condotte descritte dalla fattispecie incriminatrice (con l’unica eccezione prevista al comma 6 per coloro che hanno presentato domanda di protezione internazionale). Nessuna esclusione è stata quindi espressamente sancita dal legislatore con riguardo a quei soggetti che non abbiano raggiunto la maggiore età, salvo per quanto concerne ovviamente i minori stranieri infraquattordicenni, in relazione ai quali deve ritenersi operante la presunzione assoluta di inimputabilità di cui all’art. 97 c.p. La questione si pone, dunque, solo per gli ultraquattordicenni ed è resa più problematica dalle difficoltà che l’accertamento dell’imputabilità solitamente pone in relazione ai minori stranieri. Infatti, l’età adolescenziale, il diverso ambiente culturale di provenienza, la vulnerabilità, lo sfruttamento cui spesso sono sottoposti e, in alcuni casi, la mancanza di figure adulte di riferimento possono alterare in questi soggetti la capacità di percezione del disvalore sociale dell’atto commesso.

Tuttavia, rispetto a tali soggetti, l’esclusione dal novero dei soggetti attivi del reato in questione parrebbe poter essere dedotta dalle previsioni del divieto di espulsione e del diritto

⁵¹² Tale *actio finium regundorum* si rivela tanto più indispensabile oggi, in seguito alla recente sentenza con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato infondate le eccezioni di illegittimità prospettate; cfr. *infra* par. B.

al permesso di soggiorno riconosciuto al minore dal Testo Unico⁵¹³, come si tenterà di dimostrare esaminando distintamente le due diverse ipotesi della permanenza e dell'ingresso illegali.

In particolare, per quanto riguarda la permanenza illegale, sono diverse le ragioni per cui tale fattispecie, che ha come logico presupposto la regolarità dell'ingresso e che consiste nel trattenersi nel territorio dello Stato dopo che le condizioni del soggiorno regolare siano venute meno, non possa ritenersi integrata dal minore straniero. A tal proposito, non vi è alcun dubbio che la condotta di trattenimento nel territorio dello Stato attuata dal minore straniero integri la tipicità del reato in esame; tuttavia, ciò che manca per la punibilità del fatto è l'antigiuridicità, in quanto la protezione assicurata dall'ordinamento italiano al minore straniero, come già rilevato, si spinge fino a riconoscere un vero e proprio diritto del minore, indipendentemente dalla regolarità della sua condizione, a ottenere il permesso di soggiorno, diritto il cui esercizio è riconducibile alla dinamica della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., in presenza della quale viene meno il contrasto tra un fatto conforme a una fattispecie incriminatrice e l'intero ordinamento giuridico. Tale qualificazione giuridica della situazione di non espellibilità del minore in termini di scriminante, condivisa dalla dottrina prevalente⁵¹⁴, è preferibile a un eventuale inquadramento della medesima situazione tra le cause personali di esenzione della pena, in quanto, in presenza di una condotta penalmente rilevante posta in essere dal minore, la mancata punibilità del fatto non deriva da ragioni di politica criminale estrinseche al fatto e connesse alla condizione di minorenni, bensì dalla presenza di una norma, quale l'art. 28 dpr 394/99, che, prevedendo il rilascio del permesso di soggiorno a favore del minore straniero, facoltizza, se non addirittura impone, quel medesimo fatto che costituirebbe reato, vale a dire la permanenza del minore nel territorio italiano in violazione delle norme contenute nel Testo Unico, escludendo in tal modo il disvalore etico-sociale di un soggiorno che avvenga in violazione della disciplina sui flussi migratori⁵¹⁵.

La mancanza di antigiuridicità nella condotta del minore impedisce dunque di configurare a suo carico il reato di permanenza irregolare. Del resto, non sarebbe l'unico caso

⁵¹³ Nello stesso senso, cfr. A. DELLA BELLA, *Il minore straniero e il reato di immigrazione clandestina*, in *Corriere del merito*, 2010, n. 4, p. 424, ove si evidenzia "l'incompatibilità" tra il reato di ingresso e soggiorno irregolare e la condizione di minorenni.

⁵¹⁴ Propendono per questa tesi, A. DELLA BELLA, *op. ult. cit.*, p. 427; E. SEMINARA, *Minori stranieri non accompagnati*, relazione svolta al XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia, cit.

⁵¹⁵ Proprio la palese contraddittorietà tra la logica di protezione prevista in relazione ai minori dalla legislazione italiana e gli interventi di punizione introdotti dalla riforma hanno indotto il G.I.P. di Bari (Trib. Minor. Bari, decr. 11 dicembre 2009) a disporre l'archiviazione del procedimento a carico di un minore non accompagnato, nel senso richiesto dal Pubblico Ministero, sulla base di una lettura coordinata delle norme costituzionali e convenzionali, dell'art. 37-bis della legge n. 184/83, dell'art. 19 TU e dell'art. 28 dpr n. 394/99.

in cui il giudice fa ricorso alle scriminanti generiche di cui agli artt. 50, 51 e 54 c.p. per ovviare all'inadeguata modulazione del presidio penale in materia di immigrazione. A tal proposito, un'altra fattispecie che potrebbe dar luogo a un analogo atteggiamento dei giudici al fine di porre rimedio ad alcuni degli esiti più discutibili delle scelte compiute dal legislatore per contrastare l'immigrazione irregolare è quella di favoreggiamento prevista all'art. 12, comma 1, TU, laddove tale disposizione (che nei commi successivi introduce aumenti di pena per i casi in cui la condotta avvenga a scopo di lucro o sia comunque caratterizzata da ulteriori aggravanti) non prevede alcuna attenuante per i familiari che si siano limitati ad aiutare un loro congiunto, specie ove si tratti del figlio minore di età. In effetti, in relazione a tale figura di reato, proprio l'applicazione da parte della Corte di Cassazione della causa di giustificazione *ex art. 54 c.p.* ha consentito di escluderne la configurabilità nei confronti dello straniero che, costretto dalla necessità di evitare l'abbandono nel paese di origine della figlia minore, ne aveva favorito l'ingresso irregolare in Italia⁵¹⁶.

Più complesso si presenta invece il discorso sull'ingresso irregolare di minore straniero, per il quale occorre distinguere tra le diverse situazioni che si possono configurare. Ove si tratti di minore accompagnato, la presenza dei genitori sotto la cui responsabilità egli ricade esclude la colpevolezza, essendo in tal caso il minore incapace di autonoma determinazione (situazione, questa, che deve ritenersi *a fortiori* sussistente in caso di soggiorno irregolare di minore accompagnato). Il problema di una possibile responsabilità del minore non si pone nemmeno laddove sia stata presentata domanda di asilo, in quanto in tali ipotesi lo straniero - adulto o minore che sia - esercita un diritto fondamentale che nel proprio Stato gli viene negato e sussiste, dunque, nei suoi confronti la causa di giustificazione dello stato di necessità o dell'esercizio del diritto e, peraltro, nel caso in cui la domanda di asilo non venisse accolta, potrebbe comunque ritenersi sussistente una causa di giustificazione putativa⁵¹⁷. La rilevanza dell'eventuale presentazione di una domanda di protezione internazionale ai fini della determinazione della responsabilità per il reato in esame è confermata dall'art. 10-*bis*, comma 6, TU, che prevede rispetto a tali ipotesi la sospensione

⁵¹⁶ Cass. pen., 23 ottobre 2008, n. 44048. In argomento, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto dell'immigrazione ed i malintesi sensi (degli obblighi) dell'integrazione*, in *Corriere giuridico*, 2009, n. 4, p. 441. Di recente, la Cassazione è andata oltre, riconoscendo, nella sentenza n. 23872 del 3 giugno 2010, che il figlio minore non può essere considerato soggetto terzo ai fini della contestazione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, in quanto i genitori che fanno illegalmente ingresso in uno Stato portando con sé un bambino in tenera età pongono in essere una condotta che, da un lato, è addirittura resa doverosa dalla necessità di non abbandonare l'incapace a loro affidato; dall'altro, è interamente loro "imputabile" come fatto proprio, in quanto per il principio di responsabilità che accede alla potestà genitoriale, detta condotta non si presta ad essere ricondotta all'ipotesi del favoreggiamento dell'immigrazione di un terzo.

⁵¹⁷ In tal senso, cfr. E. SEMINARA, *Minori stranieri non accompagnati*, cit., p. 19.

del procedimento penale e la successiva sentenza di non luogo a procedere in caso di riconoscimento della protezione internazionale o di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari⁵¹⁸.

Più difficile la situazione per il minore non accompagnato e non richiedente asilo, per cui l'ingresso potrebbe configurare in astratto un reato completo di tutti i suoi elementi costitutivi. Occorre però rilevare che, se per i minori il soggiorno in Italia può essere solo legale - con ciò intendendo più precisamente far riferimento al diritto alla regolarizzazione della loro posizione anche in caso di iniziale violazione della normativa sancito dal Testo Unico -, non dovrebbe logicamente poter essere perseguito l'antefatto naturale di quel soggiorno, vale a dire l'ingresso. Del resto, l'art. 2 TU riconosce i diritti fondamentali, fra cui quelli di tutela della persona minore d'età, non solo allo straniero "presente sul territorio", ma anche allo straniero "comunque presente alla frontiera", rendendo chiaro che il dovere dello Stato di dare protezione al minore straniero comincia già al momento del suo ingresso nel territorio.

Deve peraltro rilevarsi come già un'attenta lettura dell'art. 10-*bis* consenta di escluderne l'applicazione al minore. La possibilità per il giudice di sostituire la pena pecuniaria dell'ammenda con l'espulsione, l'esclusione del ricorso all'oblazione e l'impossibilità di applicare la sospensione condizionale della pena dimostrano come il fine ultimo perseguito dal legislatore con l'introduzione di tale fattispecie di reato sia l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, obiettivo assolutamente inconciliabile - e anzi evidentemente antitetico - rispetto all'esplicito divieto di espulsione previsto dal legislatore all'art. 19 TU, con riguardo ai minori. La conclusione che si può dunque trarre è che, nonostante il silenzio della normativa circa l'esclusione del minore, costui non possa rientrare nel novero dei soggetti attivi del reato di ingresso e soggiorno irregolare, senza che ciò si traduca in una palese violazione dei principi fondatori posti alla base della giustizia minorile.

⁵¹⁸ Sul punto cfr. P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, cit., p. 100, in cui l'Autore distingue in base alla circostanza che la presentazione della domanda di protezione internazionale sia antecedente o meno a un provvedimento di allontanamento dal territorio dello Stato: nel primo caso, il procedimento penale non deve essere neppure avviato perché la tempestività della domanda regolarizza fin dall'inizio la presenza dello straniero; nel secondo caso, invece, il procedimento può essere avviato, ma dovrà essere sospeso al momento della presentazione della domanda e archiviato dopo il riconoscimento di una qualsiasi forma di protezione prevista dall'attuale legislazione.

2) *Gli altri reati connessi alla condizione di irregolarità dello straniero*

La sgradevole impressione di un accanimento legislativo tendente a creare un diritto penale "speciale" nei confronti del cittadino extracomunitario che si trovi irregolarmente nel territorio italiano è confermata dalla previsione di ulteriori reati connessi a tale condizione di irregolarità, che sono stati introdotti dalle ultime riforme in materia di sicurezza, come il reato di utilizzo di documenti di ingresso e soggiorno alterati o contraffatti (A), ovvero sono stati da queste notevolmente inaspriti, come l'inottemperanza all'ordine di esibizione documentale (B) e i reati connessi all'ordine di allontanamento del Questore (C).

A. L'utilizzo di documenti di ingresso e soggiorno alterati o contraffatti

L'art. 1, comma 22, lett. f) della legge n. 94 del 2009 ha modificato l'art. 5, comma 8-*bis*, TU estendendo la pena della reclusione da uno a sei anni introdotta dalla legge Bossi-Fini per le condotte di contraffazione e alterazione dei documenti relativi all'ingresso e soggiorno degli stranieri nel territorio italiano anche a colui che utilizzi tali documenti, prima non considerato dalla fattispecie incriminatrice. Secondo parte della dottrina, tale modifica interverrebbe, in effetti, a colmare una lacuna di tutela derivante dalla difficoltà di applicare ai reati di falso previsti dalla legislazione speciale l'art. 489 c.p., che, nonostante punisca chiunque, fuori dai casi di concorso nella falsità, faccia uso di atto falso, rinvia per la determinazione della sanzione applicabile «alle pene stabilite negli articoli precedenti, ridotte di un terzo»⁵¹⁹. Altri autori ritenevano invece pacificamente applicabile la norma codicistica all'utilizzatore dei documenti contraffatti o alterati, che beneficiava dunque del "privilegio" derivante dalla riduzione della pena prevista per il falsificatore⁵²⁰. La riforma del 2009 elimina ogni dubbio al riguardo, introducendo una fattispecie speciale di uso di atto falso, punita con la medesima pena prevista per la contraffazione.

A tal proposito, dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. sono stati espressi in merito all'equiparazione sotto il profilo del trattamento sanzionatorio delle condotte di utilizzo a quelle di contraffazione o alterazione, diversamente da quanto disposto dall'art. 489 c.p. che, alla luce del diverso disvalore di tali condotte, come già rilevato,

⁵¹⁹ Così L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, cit., p. 58.

⁵²⁰ Cfr. P. PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, cit., p. 7.

prevede una significativa riduzione di pena per le ipotesi di mero utilizzo del documento falso. Tali perplessità si aggiungono a quelle già formulate in relazione alla pena prevista per la contraffazione e alterazione, ritenuta particolarmente elevata laddove si consideri che, nonostante tali condotte siano realizzate da un privato, sono punite con la stessa pena prevista dall'art. 476 c.p. per la falsità materiale commessa da pubblico ufficiale in atto pubblico, anziché con quella di cui all'art. 482 c.p., inerente la falsità materiale commessa dal privato. Sempre sul piano sanzionatorio, è da rilevare che la seconda parte del comma 8-*bis* prevede una circostanza aggravante ad effetto speciale, stabilendo che, se la falsità concerne un atto o parte di un atto che faccia fede fino a querela di falso, la reclusione è da tre a dieci anni; inoltre, la pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale.

I documenti cui la norma attribuisce rilevanza sono, da un lato, il visto di ingresso o reingresso, il permesso di soggiorno, il contratto di soggiorno o la carta di soggiorno; dall'altro, tutti i documenti utili al fine di determinare il rilascio di un visto di ingresso o di reingresso, di un permesso di soggiorno, di un contratto di soggiorno o di una carta di soggiorno. Sebbene la collocazione dell'inciso che attribuisce rilevanza penale all'utilizzo di «uno di tali documenti contraffatti o alterati» potrebbe indurre a ritenere che la punibilità sia limitata soltanto alle ipotesi di utilizzo di documenti della seconda categoria, pare preferibile l'interpretazione che estende tale inciso anche ai documenti indicati nella prima parte della norma. Per quanto riguarda poi la natura di tali atti, mentre è senz'altro atto pubblico il permesso di soggiorno, il visto di ingresso e quello di reingresso hanno carattere di autorizzazione amministrativa e il contratto di soggiorno ha natura giuridica di documento privato⁵²¹; a tal proposito, è però opportuno precisare che oggetto della condotta può essere qualsiasi atto che, a prescindere dalla sua natura, venga contraffatto o alterato, al fine di conseguire il rilascio di uno di tali documenti.

La condotta tipica è costituita *in primis* dalla contraffazione o alterazione di tali documenti; a tal proposito, la Corte di Cassazione ha precisato che il reato introdotto all'art. 5, comma 8-*bis*, TU è una fattispecie speciale rispetto al reato di cui all'art. 477 c.p. e ne riproduce le condotte, riferendosi sia alla contraffazione che all'alterazione e, pertanto, comprende sia il caso di creazione di un permesso di soggiorno interamente falso, sia il caso di falsificazione di un permesso di soggiorno vero, avendo il legislatore voluto punire più severamente il falso materiale che interviene su quel tipo di documento rispetto ad altri

⁵²¹ Per la definizione di tali nozioni si rinvia a A. NAPPI, *Falsità in atti*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, 1.

certificati o autorizzazioni amministrative⁵²². Per quanto riguarda invece l'utilizzazione del documento da parte dello straniero, sebbene la norma non precisi, diversamente dall'art. 489 c.p., che la condotta di utilizzazione sia punibile fuori dai casi di concorso nella falsità, tale requisito, in applicazione del generale principio di consunzione, deve ritenersi implicito in quanto, ove vi sia stato concorso dello straniero nella falsificazione, il successivo utilizzo del documento falsificato costituirebbe un mero *post factum* non punibile, con il quale l'agente mira a conseguire i vantaggi del primo reato, nel quale il secondo resterebbe assorbito⁵²³. Inoltre, facendo la norma riferimento soltanto alle falsificazioni materiali di documenti funzionali al rilascio di un titolo di soggiorno, ne deriva che, laddove la medesima condotta venga posta in essere per ottenere il rinnovo o la variazione dei documenti in materia di ingresso e soggiorno, l'applicazione dell'art. 5, comma 8-*bis*, sconfinerebbe in un'inammissibile analogia *in malam partem*.

Per quanto riguarda il bene giuridico tutelato dal reato in esame, mentre parte della dottrina lo individua nella fede pubblica, intesa come fiducia della collettività nella veridicità e genuinità dei documenti concernenti la regolarità dell'ingresso e della permanenza dei cittadini extracomunitari nel territorio dello Stato⁵²⁴; altra parte della dottrina lo identifica nel buon andamento della pubblica amministrazione *sub specie* di regolarità dei procedimenti di emanazione degli atti abilitativi considerati⁵²⁵. L'inclusione dell'utilizzo di documenti di soggiorno alterati o contraffatti nell'ambito della condotta tipica permette di far rientrare nell'oggettività giuridica del reato in esame anche il controllo della regolare presenza degli stranieri nel territorio dello Stato, in una prospettiva di tutela marcatamente anticipata dell'ordine pubblico, minacciato dal mero uso di un atto falso, a conferma di un vero e proprio accanimento repressivo nei confronti del "clandestino".

B. Il reato di inottemperanza all'ordine di esibizione di documenti

L'art. 1, comma 22, lett. h) della legge n. 94 del 2009 ha modificato l'art. 6, comma 3, TU, introdotto dal legislatore del 1998 al fine di punire lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non esibisce, senza giustificato motivo, il passaporto o un altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno; già nella

⁵²² Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2008, n. 24420.

⁵²³ Cfr. G. L. GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, cit., p. 1336.

⁵²⁴ Così A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 145; L. DEGL'INNOCENTI, *Contraffazione ed alterazione di documenti di ingresso e soggiorno*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2008, p. 2.

⁵²⁵ Cfr. M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini"*, cit., p. 1347.

formulazione originaria, si trattava chiaramente di una contravvenzione strutturata secondo un modello omissivo a consumazione istantanea, consistente nell'inosservanza di un ordine dell'autorità, punibile anche a titolo di colpa, per cui l'errore colposo sul fatto che costituiva reato non aveva alcuna efficacia scusante⁵²⁶.

Rimasta invariata la struttura del reato, le modifiche da ultimo introdotte hanno riguardato invece il trattamento sanzionatorio, notevolmente inasprito per effetto del raddoppio della pena detentiva, e la condotta tipica, meglio delineata rispetto sia alla modalità di realizzazione sia all'oggetto. Sotto il primo profilo, salve le ipotesi ricollegabili a giustificati motivi, la contravvenzione in esame non incrimina più la mancata esibizione, bensì l'inottemperanza a un ordine di esibizione impartito dall'ufficiale o agente di pubblica sicurezza, rendendo in tal modo necessaria una chiara ed esplicita richiesta proveniente dal pubblico ufficiale, al fine di scongiurare il rischio di contestazioni "automatiche" del reato. Quanto ai documenti da esibire, la sostituzione della locuzione "e" alla disgiunzione "ovvero" relativamente alle due categorie di documenti che lo straniero è tenuto a presentare, vale a dire quelli d'identificazione e quelli attestanti la regolarità del soggiorno nel territorio dello Stato, contribuisce a tipizzare la condotta nel senso che, ai fini dell'adempimento del precetto normativo, è necessaria la concorrente esibizione da parte dello straniero dei documenti d'identità unitamente a quella del titolo di soggiorno, non potendo più tali adempimenti essere considerati equipollenti.

Tale interpretazione, accolta da una recente sentenza delle Sezioni Unite⁵²⁷, supera il precedente orientamento delle stesse Sezioni Unite che, intervenute nel 2003 al fine di risolvere il contrasto giurisprudenziale esistente al riguardo, avevano individuato due diversi ambiti soggettivi di applicazione della norma, basati sul tipo di documento di cui si fosse omessa l'esibizione. In particolare, si riteneva, da un lato, che il reato in questione fosse configurabile laddove la mancata esibizione, senza giustificato motivo, da parte dello straniero, regolare o non, riguardasse il passaporto o un altro documento di identificazione, poiché tali documenti rientrano nella sfera di disponibilità dello straniero prima ancora del suo ingresso in Italia; dall'altro lato, si considerava il reato non sussistente nei casi di omessa esibizione, da parte dello straniero irregolare, del permesso o della carta di soggiorno, essendo il possesso di uno di tali documenti inconciliabile ed ontologicamente escluso dalla

⁵²⁶ Per un'esatta ricostruzione della norma prima della riforma del 2009 e dei suoi precedenti nel TULPS, cfr. M. CALDERANI, *Il reato di mancata esibizione del documento di identificazione*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 15; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 151.

⁵²⁷ Cass. pen., Sez. Un., 27 aprile 2011, n. 16453. Per un commento, cfr. A. PALMA, *Inottemperanza all'obbligo di esibizione di documenti*, in *Studium Iuris*, 2011, n. 9, p. 968.

condizione stessa di straniero in posizione irregolare⁵²⁸. A fronte della soluzione prospettata dalle Sezioni Unite di applicare la norma anche allo straniero irregolare, parte della dottrina, al fine di contemperare l'interesse alla corretta identificazione degli stranieri, funzionale alla salvaguardia dell'ordine pubblico, con l'esigenza di rispettare il principio della personalità della responsabilità penale, riteneva necessario far ricorso a un'interpretazione bilanciata del concetto di «giustificato motivo», da ricostruire caso per caso, nel senso che occorreva verificare che, nel caso concreto, che non ricorresse alcuna circostanza, situazione o avvenimento, tale da giustificare la mancata esibizione del documento da parte dello straniero, e rendere dunque lecito un comportamento che diversamente sarebbe stato penalmente sanzionato⁵²⁹.

La sottile modifica apportata nel 2009 alla formulazione della norma impone una diversa ricostruzione dell'oggetto della condotta tipica, che comporta rilevanti conseguenze in ordine all'individuazione del bene giuridico tutelato oltre che del soggetto attivo, posto che si tratti di reato proprio. Come ritenuto dalle Sezioni Unite nel 2011, infatti, l'interesse protetto dalla norma non è più soltanto l'esatta e compiuta identificazione dello straniero, ma anche la verifica, *illico et immediate*, attraverso l'esibizione di uno di quei documenti, della regolarità o meno della presenza dello straniero nel territorio nazionale, al fine di procedere al confronto tra dati identificativi e dati risultanti dai documenti concernenti la legalità dell'ingresso e del soggiorno, in modo da far subito emergere l'eventuale non corrispondenza tra essi o l'utilizzazione di documenti falsi. Di conseguenza, secondo le Sezioni Unite, il novero dei soggetti attivi della norma in questione, a differenza di prima, è circoscritto agli stranieri «legittimamente» soggiornanti nel territorio dello Stato, con conseguente *abolitio criminis* per gli stranieri extracomunitari «irregolari», cui è preclusa la possibilità di esibire il permesso o la carta di soggiorno. A ragionare diversamente, per effetto dell'introduzione all'art. 10-*bis* TU del c.d. reato di clandestinità, ove lo straniero irregolare fosse tenuto a esibire al pubblico ufficiale i documenti da cui emerge il suo *status* di irregolarità, tale dovere di esibizione

⁵²⁸ Cass. pen., Sez. Un., 29 ottobre 2003, n. 45801, Mesky, in *Cass. pen.*, 2004, p. 770. Per la ricostruzione del contrasto esistente in giurisprudenza prima dell'intervento delle Sezioni Unite, cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 158; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 419. In senso conforme alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2003, nonostante il mutamento lessicale intervenuto nella descrizione della fattispecie, cfr. Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157, Camus, secondo cui è esigibile nei confronti dello straniero, che pure abbia fatto irregolare ingresso nel territorio dello Stato, l'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione e dei documenti di soggiorno, poiché il problema relativo al valore correlativo ovvero alternativo della congiunzione "e", posta tra le classi dei documenti di identificazione e dei documenti di soggiorno da esibire, non può incidere sulla condizione di esigibilità dell'ottemperanza che è implicita nella clausola del giustificato motivo, né in ogni caso sulle situazioni pregresse.

⁵²⁹ In tal senso, cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 163; M. GAMBARDILLA, *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 792.

configurerebbe un vero e proprio obbligo di autoincolpazione, in contrasto con il principio del *nemo tenetur se detegere*, configurando così in capo allo straniero che non ottemperi all'ordine quel "giustificato motivo" evocato dalla norma⁵³⁰.

L'impostazione accolta dalle Sezioni Unite nel 2011 è dunque nel complesso più coerente con la *ratio* delle modifiche da ultimo apportate al Testo Unico, quali non solo la penalizzazione dell'ingresso e soggiorno irregolare, ma anche l'inserimento nell'art. 5, comma 8-*bis*, TU della punizione dell'utilizzazione dei documenti di soggiorno falsi o contraffatti, modifiche queste volte a stabilire un netto *discrimen* tra le due categorie di stranieri (regolari e irregolari), all'interno di un sistema "a doppio binario" che mostra di privilegiare lo strumento espulsivo rispetto a quello sanzionatorio per quanto concerne gli stranieri irregolari, essendo a ciò funzionale lo stesso art. 6, comma 3, come novellato, nella misura in cui protegge direttamente l'interesse alla pronta verifica della regolarità della presenza dello straniero sul territorio nazionale.

C. I reati di inottemperanza all'ordine di allontanamento del Questore

Il notevole interesse che i reati di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore rivestono nell'ambito della disciplina in materia di contrasto all'immigrazione irregolare è dimostrato dalla particolare attenzione ad essi rivolta sia dalla Corte costituzionale sia dal legislatore, che, fin dalla loro introduzione ad opera della legge Bossi-Fini nel 2002, sono più volte intervenuti al riguardo, sia pure in una logica contrapposta, volta, da un lato, ad adeguare la disciplina di tale istituto ai principi costituzionali, dall'altro, a migliorare l'effettività dei provvedimenti di espulsione. Emblematica del "non dialogo" tra la Consulta e il legislatore in materia è l'emanazione della legge 271/04 che, successivamente alla sentenza n. 223 del luglio 2004 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della previsione dell'arresto obbligatorio in flagranza dello straniero inottemperante, senza giustificato motivo, all'ordine del questore⁵³¹, ha trasformato la contravvenzione *de qua* in delitto, prevedendo una cornice edittale tale da consentire l'adozione della misura cautelare della custodia in carcere e da legittimare, conseguentemente, la rinnovata previsione dell'arresto obbligatorio. Attraverso tale discutibile "trasposizione di

⁵³⁰ In tal senso, prima dell'intervento delle Sezioni Unite del 2011, la dottrina aveva escluso l'applicazione del reato *de quo* agli stranieri irregolari. Sul punto, cfr. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 426; L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, cit., p. 61.

⁵³¹ Corte Cost, 15 luglio 2004, n. 223, in *Cass. pen.*, 2004, n. 1387, p. 3990.

un'esigenza processuale nel diritto penale sostanziale", tradottasi nella pratica in un significativo incremento, per specie e quantità, della pena prevista, il legislatore ha dunque voluto riproporre quel congegno penal-amministrativo che proietta il diritto penale dell'immigrazione verso un modello in cui i principi e gli scopi dell'ordinamento penale vengono asserviti all'attività amministrativa preordinata all'allontanamento dello straniero, percepito come nemico della società⁵³². Inoltre, l'impressione che emerge fin dai primi interventi legislativi in materia di esecuzione degli allontanamenti degli stranieri irregolari è di una non conformità agli orientamenti dell'Unione europea, come risulta evidente laddove si confronti la *ratio* della normativa italiana, volta ad assicurare l'effettività dei provvedimenti di espulsione attraverso il ricorso a misure amministrative coercitive della libertà personale oltre che a sanzioni penali, con l'impostazione di fondo accolta dal Libro Verde, presentato dalla Commissione europea nel 2002, che, da un lato, distingue tra ipotesi di rimpatrio obbligatorie e facoltative, e dall'altro accorda una netta preferenza alle forme di rimpatrio volontarie rispetto a quelle coercitive⁵³³.

Com'era prevedibile, l'assetto normativo delineato dal legislatore nel 2004 ha indotto diversi giudici di merito a sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dei principi di uguaglianza e di necessaria finalizzazione rieducativa della pena, a fronte della quale la Corte Costituzionale, pur dichiarando inammissibile la questione, non potendo essa sostituirsi al legislatore nella scelta della pena, ha tuttavia offerto significativi spunti interpretativi, precisando che la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime la Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie esistenti nella disciplina del reato in questione⁵³⁴.

Sia pure non nel senso auspicato dalla Consulta, il legislatore è intervenuto nel 2009, modificando in senso ulteriormente repressivo le fattispecie legate all'inottemperanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio italiano⁵³⁵. Innanzitutto, la prima innovazione riguarda il presupposto di tale inottemperanza, vale a dire l'ordine del questore di cui all'art.

⁵³² Cfr. A. CAPUTO, *Dubbi di legittimità costituzionale del nuovo delitto di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 4, p. 88.

⁵³³ Libro Verde della Commissione europea «*sulla politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri*», presentato il 10 luglio 2002, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 2, con scheda di S. BRIGUGLIO.

⁵³⁴ Corte Cost., 22 gennaio 2007, n. 22, in *Dir. imm. citt.*, 2007, n. 1, p. 173. In senso critico, cfr. G. SAVIO, *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte Costituzionale: una resa del giudice delle leggi?*, *ivi*, p. 81.

⁵³⁵ Sul punto, cfr. A. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, in S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit., p. 272; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 279.

14, comma 5-bis, TU, che, mentre prima veniva impartito nelle ipotesi di impossibilità di disporre il trattenimento o di decorrenza dei termini massimi dello stesso, per effetto della novella n. 94/09 può essere emanato quando non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di identificazione o espulsione ovvero la permanenza in tale struttura non abbia consentito l'esecuzione con l'accompagnamento alla frontiera dell'espulsione o del respingimento. In altri termini, l'ordine, rivolto allo straniero, di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni può essere impartito dal questore, salve le ipotesi eccezionali di divieto di espulsione, in tutti i casi in cui la permanenza nel C.I.E., indipendentemente dalla sua durata, si sia rivelata inutile rispetto allo scopo per cui era stata disposta, vale a dire l'espulsione dello straniero dal territorio italiano. Il provvedimento del questore non richiede dunque alcun accertamento del caso concreto, essendo basato su una presunzione assoluta - di dubbia ragionevolezza - che individua nello straniero irregolare che non abbia osservato l'ordine di allontanamento, perpetuando in tal modo la propria clandestinità, un soggetto pericoloso⁵³⁶. Dal punto di vista formale, l'ordine è dato con provvedimento scritto e, oltre all'indicazione delle conseguenze sanzionatorie della permanenza illegale, può anche contenere, per effetto della modifica del 2009, le informazioni utili al destinatario per poter fare effettivamente ritorno nel proprio paese, previsione questa che sembra finalizzata a ridurre l'ambito di applicazione giurisprudenziale della clausola del giustificato motivo⁵³⁷.

Qualora lo straniero, senza giustificato motivo, non avesse ottemperato all'ordine, avrebbe commesso il delitto di cui all'art. 14, comma 5-ter, TU punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione o il respingimento erano stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale ai sensi dell'art. 13, comma 2, lettere a) e c), 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; si applicava, invece, la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l'espulsione era stata disposta perché il permesso di soggiorno era scaduto da più di sessanta giorni e non ne era stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno era stata rifiutata, ovvero se lo straniero si era trattenuto nel territorio italiano in violazione dell'art. 1, comma 3, della legge n. 68 del 2007 in tema di disciplina dei soggiorni di breve durata. Mentre la condotta tipica prima della novella del 2009 consisteva nel

⁵³⁶ Cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 120.

⁵³⁷ In seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 5/04, molti giudici di merito hanno assolto gli stranieri inottemperanti all'ordine di allontanamento in ragione delle difficoltà, pratiche ed economiche, a reperire in soli 5 giorni la documentazione necessaria all'espatrio.

trattenimento nel territorio italiano, in violazione dell'ordine del questore, l'attuale formulazione fa riferimento alla «permanenza illegale», introducendo un elemento di illiceità speciale, da intendere come contrarietà all'insieme delle disposizioni del Testo Unico relative all'ingresso e al soggiorno. Tale modifica, secondo alcuni, potrebbe limitare notevolmente il sindacato giurisdizionale sulla legittimità dell'ordine del questore, sussistendo il reato in tutte le ipotesi di permanenza illegale dello straniero nel territorio italiano, a prescindere dalla legittimità formale del provvedimento del questore, con conseguente ampliamento della sfera di tipicità della fattispecie incriminatrice⁵³⁸.

Sempre sotto il profilo della condotta tipica, la maggiore tassatività della norma - in particolare, l'esplicito riferimento al respingimento, a fianco alle ipotesi di espulsione amministrativa - permette di risolvere la questione interpretativa, affrontata dalla giurisprudenza sotto la vigenza della precedente formulazione della norma, relativa ai possibili presupposti dell'ordine di allontanamento del questore. In effetti, sebbene nell'assetto normativo delineato dal legislatore del 2004 venissero in considerazione solo le ipotesi di espulsione *ex art. 13, comma 2, TU*, la giurisprudenza di legittimità, partendo dall'assunto che l'omessa, specifica, menzione del "respingimento" non avesse alcun rilievo ai fini dell'interpretazione logico-sistematica della norma, riteneva il reato di cui all'art. 14, comma 5-*ter*, TU integrato anche nelle ipotesi di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore che avessero come presupposto il respingimento di cui all'art. 10 dello stesso TU, secondo un'esegesi considerata in dottrina lesiva del principio di legalità⁵³⁹. La nuova formulazione della norma consente invece di ampliare l'ambito applicativo della fattispecie, senza necessità di ricorrere a interpretazioni estensive della giurisprudenza, nonostante l'improprietà del riferimento normativo che si limita a citare l'art. 13, comma 2, TU dedicato all'espulsione, e non anche l'art. 10 TU che disciplina invece il respingimento.

Il legislatore del 2009 ha inoltre risolto un'altra problematica, trattata dalla giurisprudenza, circa l'eventuale configurabilità del reato in esame nelle ipotesi di illegale permanenza dello straniero in Italia in seguito al rifiuto del rinnovo del permesso di soggiorno. A tal proposito, in effetti, prima della riforma, sia la giurisprudenza di merito sia quella di legittimità avevano escluso in tali ipotesi la sussistenza del reato, poiché, non

⁵³⁸ Cfr. G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/09*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 77.

⁵³⁹ Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2007, n. 9826, in *Cass. pen.*, 2008, n. 6, p. 2598. Nello stesso senso, cfr. Cass. pen., sez. I, 17 luglio 2007, n. 28480, in *Cass. pen.*, 2008, n. 7-8, p. 3030; Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2006, Mestur Abdelrahim, in *C.E.D. Cass.*, n. 235999; Cass. pen., sez. I, 21 giugno 2006, Sharradi, *ivi*, n. 235257. Tale orientamento si risolveva secondo alcuni autori in un'inammissibile analogia in *malam partem*; in tal senso cfr. A. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, cit., p. 274.

essendo il rifiuto del titolo di soggiorno previsto dalla legge - che, nella formulazione originaria, si limitava a contemplare le ipotesi di ingresso illegale, omessa richiesta del permesso di soggiorno, ovvero revoca e annullamento dello stesso -, l'eventuale applicazione della norma anche a questi casi si sarebbe tradotta in un'analogia *in malam partem*, con violazione del principio di legalità⁵⁴⁰. Al fine di rendere tali ipotesi pacificamente sussumibili nella fattispecie incriminatrice, il legislatore del 2009 le ha espressamente previste quali condizioni legittimanti l'ordine del questore nel secondo periodo dell'art. 14, comma 5-ter, TU, in cui vengono disciplinate le ipotesi di reato più lievi, che in precedenza configuravano una mera contravvenzione e che oggi sono invece punite con la reclusione da sei mesi a un anno. Tuttavia, parte della dottrina ha criticato tale scelta, rilevando che, poiché il rifiuto del permesso di soggiorno non configura, a differenza delle altre ipotesi considerate dalla norma, una causa di espulsione, non si comprende la ragione di annoverarlo tra i presupposti del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento (che presuppone l'emanazione di un provvedimento di espulsione), dato che sarà comunque necessario procedere ad individuare le basi su cui è stata disposta l'espulsione⁵⁴¹.

Riguardo alla natura giuridica del reato, la dottrina è concorde nel ritenere si tratti di reato omissivo proprio, in quanto, nonostante la condotta tipica sia rappresentata dal fatto di "permanere", il perfezionamento della fattispecie si realizza con la mancata osservanza, nel termine di cinque giorni, dell'ordine impartito dal questore, non essendo richiesto un comportamento di resistenza attiva all'allontanamento dal territorio⁵⁴². L'utilizzo del verbo "permanere" nella descrizione della condotta tipica conferma inoltre la natura permanente del reato in esame, la cui consumazione inizia quando, alla scadenza del termine del quinto giorno, lo straniero non abbia ancora ottemperato all'ordine del questore e cessa quando egli si allontani, o l'allontanamento non sia più possibile o quando intervenga sentenza irrevocabile di condanna. Circa le conseguenze sanzionatorie, ai sensi del comma 5-ter, qualora si accerti che, nonostante siano decorsi cinque giorni, lo straniero non abbia ancora abbandonato l'Italia, l'Amministrazione, salvo che egli si trovi in stato di detenzione in carcere, dispone, a prescindere dall'eventuale sussistenza del giustificato motivo, un nuovo provvedimento di espulsione, da eseguire con accompagnamento coattivo alla frontiera, o previo trattenimento in un C.I.E. (possibilità prevista anche prima della novella del 2009),

⁵⁴⁰ Cass. pen., sez. I, 11 maggio 2006, n. 31426, Zouhir, in *Dir. giust.*, 14 ottobre 2006, n. 37, p. 93.

⁵⁴¹ Cfr. L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, cit., p. 64.

⁵⁴² In tal senso, cfr. M. CALDERANI - S. TOVANI, *I reati di illecito trattenimento e di illecito reingresso nel territorio dello Stato previsti dall'art. 14 T.U.*, in L. DEGL'INNOCENTI (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., p. 291; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit. p. 211.

ovvero con un nuovo ordine del questore. Quest'ultima previsione, che costituisce una novità, risolve la questione relativa alla reiterabilità, ai fini penali, dell'ordine *ex art. 14, comma 5-bis*, TU, rispetto alla quale la giurisprudenza prevalente, sulla base della precedente formulazione del comma *5-ter* ultimo periodo, era orientata nel senso di escludere il ricorso a un nuovo ordine del questore, ritenendo che non avrebbe avuto alcun senso affidarsi nuovamente alla spontanea osservanza di tale ordine da parte dello straniero⁵⁴³. In base al nuovo comma *5-quater*, invece, qualora lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma *5-ter* e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma *5-bis*, continui a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, a prescindere dalla sussistenza o meno di un giustificato motivo⁵⁴⁴, è punito con la reclusione da uno a cinque anni; l'ultima parte del comma *5-quater* prevede inoltre l'applicazione delle disposizioni di cui al comma *5-ter*, terzo e ultimo periodo. Tale tecnica basata su "rinvii incrociati" a diverse disposizioni, oltre ad essere discutibile sotto il profilo del rispetto del principio di sufficiente determinatezza della norma penale, si rivela particolarmente pericolosa, in quanto consentirebbe, al verificarsi di quanto descritto dalla prima parte del comma *5-quater*, l'adozione di un nuovo ordine di allontanamento *ex art. 14, comma 5-bis*, espressamente richiamato dal comma *5-ter*. Com'è stato rilevato in dottrina, qualora l'inottemperanza a questo nuovo ordine di allontanamento fosse punibile ai sensi dello stesso comma *5-quater*, secondo un'interpretazione letterale della norma assolutamente coerente alla *ratio legis*, si legittimerebbe l'incriminazione in perpetuo dello straniero inottemperante ad ordini di allontanamento emessi in successione, in una "spirale di condanne" in contrasto con il principio di proporzionalità della pena, che, se da un lato costituisce espressione del principio di uguaglianza, dall'altro trova la sua più compiuta formulazione nel collegamento con il finalismo rieducativo⁵⁴⁵. Sul piano processuale, invece, è previsto che per i reati di cui al primo periodo del comma *5-ter* e al comma *5-quater* sia obbligatorio l'arresto e si proceda con rito direttissimo, che prima della riforma riguardava anche le ipotesi meno gravi di inottemperanza per le quali non era previsto l'arresto.

Nel complesso, può affermarsi che, essendo il disvalore dei reati di inottemperanza incentrato nella violazione dell'ordine del questore, il bene giuridico da essi tutelato è

⁵⁴³ Cass. pen., sez. I, 14 dicembre 2005, n. 580/06, in *Dir. imm. citt.*, 2006, n. 1, p. 165.

⁵⁴⁴ Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 359 del 13 dicembre 2010, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma *5-quater*, TU nella parte in cui non prevede che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento sia punita solo nelle ipotesi in cui si verifichi senza un giustificato motivo. Sul punto, cfr. D. GUIDI, *La Corte Costituzionale torna a pronunciarsi sul testo unico dell'immigrazione*, in *Giust. pen.*, 2011, n. 3, p. 65.

⁵⁴⁵ Cfr. A. CAPUTO, *Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore*, cit., p. 281.

costituito in prima battuta dall'autorità della pubblica amministrazione, *sub specie* di effettività del provvedimento di espulsione, in una dimensione ideale di «tutela avanzata» della normativa sull'immigrazione, volta a garantire la legalità della presenza dello straniero nel territorio dello Stato, al fine di contrastare, in termini del tutto astratti, le situazioni di pericolo ad essa correlate⁵⁴⁶. Tale dimensione marcatamente ideale dell'oggetto della tutela rivela senz'altro un primo profilo di criticabilità della fattispecie in questione, cui si aggiunge quello connesso alla manifesta incompatibilità delle norme incriminatrici di cui all'art. 14, comma 5-ter e 5-quater, TU e più in generale della normativa italiana in materia di espulsioni, con quanto previsto dalla direttiva 2008/115 UE in tema di rimpatri di cittadini di Paesi terzi soggiornanti illegalmente (in particolare agli artt. 15 e 16).

A tal proposito, un primo motivo di contrasto riguardava innanzitutto la procedura di espulsione e la disciplina del trattenimento nei C.I.E., dato che il TU prevedeva come modalità di esecuzione regolare dell'espulsione l'accompagnamento coattivo alla frontiera e disponeva il trattenimento come unica misura coercitiva adottabile nelle more dell'allontanamento coattivo (art. 14, comma 1, TU); mentre la direttiva impone di concedere allo straniero espulso un termine compreso tra i sette e i trenta giorni per la partenza volontaria e concepisce il ricorso al trattenimento come *ultima ratio*, utilizzabile solo quando altre misure meno afflittive siano inadeguate ad assicurare il rimpatrio. Ma l'incompatibilità riguarda soprattutto i delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, che comportano una sostanziale elusione delle garanzie previste a livello europeo, attinenti la durata della privazione della libertà personale dello straniero in attesa dell'esecuzione dell'espulsione, consentendo di prolungare tale periodo oltre il termine massimo di 18 mesi previsto dalla direttiva, mediante un'alternanza potenzialmente illimitata di periodi di detenzione amministrativa nei C.I.E. e periodi di privazione della libertà personale conseguenti alla commissione dei delitti di cui all'art. 14, comma 5-ter e 5-quater, TU.

Per tali ragioni, la dottrina, fin dall'emanazione del pacchetto sicurezza del 2009, ha ritenuto che tali fattispecie incriminatrici violassero l'obbligo di fedeltà comunitaria che incombe sugli Stati membri dell'UE, pregiudicando l'effetto utile, perseguito dalla direttiva, in termini di tutela dei diritti fondamentali dello straniero sottoposto a procedura di espulsione⁵⁴⁷. Scaduto il 24 dicembre 2010 il termine per dare attuazione della direttiva,

⁵⁴⁶ Cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 211.

⁵⁴⁷ Sui profili di contrasto tra i delitti di inosservanza degli ordini di allontanamento del questore e gli obblighi discendenti dalla direttiva rimpatri, cfr. più diffusamente F. VIGANÒ - L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, n. 2, p. 560;

l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito è stato quello di procedere alla disapplicazione delle norme in questione per contrasto con la direttiva UE, ritenuta fonte di diritto dotata di primazia rispetto al diritto nazionale e di effetto diretto, da cui discendono tra l'altro effetti giuridici favorevoli all'individuo, mirando questa a garantire allo straniero una sfera non comprimibile di libertà personale, diversamente dalle allora vigenti norme incriminatrici in materia di espulsione⁵⁴⁸. Risultava, invece, minoritaria la tesi che, escludendo il carattere chiaro e incondizionato delle norme contenute nella direttiva, negava che la stessa potesse avere efficacia diretta nel nostro ordinamento; tuttavia, essendo innegabile il contrasto tra la normativa interna e la direttiva, secondo tale orientamento, si sarebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte delle leggi, per violazione degli artt. 11 e 117 della Costituzione⁵⁴⁹.

A fronte di un complessivo quadro interpretativo ancora instabile, la Corte d'Appello di Trento ha rimesso alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale di interpretazione *ex art. 267 TFUE*, al fine di stabilire se gli artt. 15 e 16 della direttiva fossero d'ostacolo alla possibilità di sanzionare penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, oltre che alla possibilità di punire con la reclusione sino a quattro anni la mancata cooperazione dell'interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare l'ipotesi di inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa⁵⁵⁰. Al riguardo, la Corte, pur riconoscendo la competenza penale degli Stati membri in materia di immigrazione clandestina, ha tuttavia precisato che questi ultimi devono fare in modo che la propria legislazione rispetti il diritto dell'Unione, non potendo applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva; nel ragionamento della Corte, tale impostazione comporta che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive

id. Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e «direttiva rimpatri» UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano, in *Cass. pen.*, 2010, n. 5, p. 1710.

⁵⁴⁸ Trib. di Nola, 17 febbraio 2011, Giud. Napolitano; Tribunale di Aosta 28 gennaio 2011 (dep. 25 febbraio 2011), Giud. Tornatore; Trib. Torino, III sez pen., 20 gennaio 2011, Giud. Natale, imp. El B.M.; Trib. Milano, sez. direttissime, 19 gennaio 2011, Giud. Interlandi; Trib. Reggio Calabria, sez. I, 13 gennaio 2011 (dep. 11 febbraio 2011), Pres. Costabile, Est. Minniti; Trib. Torino, 8 gennaio 2011, Giud. Salvadori; Trib. Torino, 5 gennaio 2011, Giud. Bosio; Trib. Torino, 4 gennaio 2011, Giud. Minucci; Trib. Torino, 3 gennaio 2011, Giud. La Gatta. In senso analogo, cfr. Procura della Repubblica di Rovereto, decr. 17 gennaio 2011; Procura della Repubblica di Pinerolo, 13 gennaio 2011 (rich. di archiviazione); Procura della Repubblica di Firenze, decr. 7 gennaio 2011, che ha disposto l'immediata liberazione dello straniero arrestato in flagranza del delitto di cui all'art. 14 comma 5-ter TU.

⁵⁴⁹ In tal senso, cfr. F. FOCARDI, *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all'art. 14 co. 5-ter e 5-quater d.lgs. 286/1998*, in www.penalecontemporaneo.it. Nel senso di escludere, non solo la natura autoapplicativa della direttiva rimpatri, ma anche l'asserito contrasto con le incriminazioni di cui all'art. 14 TU., cfr. Trib. Verona, 20 gennaio 2011, Giud. Piziali; Trib. di Milano, 18 gennaio 2011, Giud. Tremolada; Trib. di Pavia, 18 gennaio 2011; Trib. di Verona, 18 gennaio 2011.

⁵⁵⁰ Corte d'Appello di Trento, 2 febbraio 2011, imp. El Dridi Hassen.

adottate per procedere all'allontanamento coattivo, una pena detentiva, quale quella prevista dall'art. 14, comma 5-ter, TU, solo perché un cittadino extracomunitario, scaduto il termine di cinque giorni per ottemperare all'ordine di allontanamento del questore, permanga irregolarmente nel territorio italiano⁵⁵¹.

Per effetto di tale sentenza, i giudici italiani, come sostenuto da una parte della dottrina prima ancora dell'intervento della Corte di Giustizia, dovranno quindi disapplicare la norma incriminatrice di cui all'art. 14, comma 5-ter, TU poiché in contrasto con la direttiva UE - le cui previsioni sono state ritenute dalla Corte di Giustizia sufficientemente dettagliate -, assolvendo gli imputati con la formula "perché il fatto non sussiste" o "perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato", in base alla circostanza che l'ordine del questore sia stato antecedente o successivo al 24 dicembre 2010, data entro la quale l'ordinamento italiano avrebbe dovuto dare attuazione alla direttiva⁵⁵². Laddove invece sia stata emessa sentenza definitiva di condanna per tale delitto, il giudice dell'esecuzione, facendo applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p., deve procedere alla revoca del giudicato, disponendo la conseguente scarcerazione del detenuto, ove questa non sia già stata disposta dal p.m.⁵⁵³. L'impatto della sentenza della Corte di Giustizia nell'ordinamento italiano ha inoltre riguardato anche il reato di cui all'art. 14, comma 5-quater, TU, la cui "abolito" è stata di recente riconosciuta dalla stessa Corte di Cassazione, secondo la quale tale norma incriminatrice, basandosi su una perdurante mancanza di "cooperazione" all'allontanamento volontario e presupponendo l'esistenza di una precedente contestazione ex art. 14, comma 5-ter, TU, risponde meno ancora alle esigenze di proporzionalità e ai criteri di adeguatezza, sanciti dalla direttiva, con riguardo alla durata della restrizione della libertà personale⁵⁵⁴.

In un quadro in cui l'applicazione delle disposizioni penali connesse alla procedura di espulsione dello straniero rischiava di essere definitivamente paralizzata, il Governo ha scelto di ricorrere alla decretazione d'urgenza al fine di rendere l'ordinamento interno conforme alla direttiva rimpatri, adeguando la disciplina amministrativa dell'espulsione alle regole previste

⁵⁵¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. 28 aprile 2011, Hassen El Dridi, causa C-61/11 PPU. Per un commento, cfr. C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della cd. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, n.7-8, p. 2786; A. DI MARTINO - R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, cit.; C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 7, p. 904; F. VIGANÒ - L. MASERA, *Addio articolo 14*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁵² In ordine alla disapplicazione dell'art. 14, comma 5-ter, TU, cfr. *Cass. pen.*, sez. I, 11 maggio 2011, n. 18586.

⁵⁵³ Trib. di Bari, Sez. dist. di Altamura, 10 maggio 2011, Giud. Galesi; Trib. Ravenna, 5 maggio 2011, Giud. Massini D'Agostini; Trib. di Milano, Sez. XI, 29 aprile 2011 (ord.), Est. Corbetta.

⁵⁵⁴ *Cass. pen.*, Sez. I, 28 aprile 2011 (dep. 1 giugno 2011), n. 22105, Tourghi; *Cass. pen.*, sez. I, 28 aprile 2011 (dep. 15 giugno 2011), Trajkovic.

a livello europeo e rimodulando le norme penali investite dalla sentenza della Corte di Giustizia⁵⁵⁵. Sotto il primo profilo, l'allontanamento volontario è divenuto la modalità ordinaria di esecuzione dell'espulsione, essendo l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica ormai circoscritto alle sole ipotesi specifiche di cui all'art. 13, comma 4, TU (dalla lett. a alla lett. g), relative ai casi di pericolo di fuga (secondo l'ampia definizione di cui al comma 4-*bis* dell'art. 13 TU), di respingimento della domanda di soggiorno perché manifestamente infondata o fraudolenta ovvero di pericolosità per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale, in senso conforme all'art. 7 § 4 della direttiva, oltre che di inosservanza del termine per la partenza volontaria o di mancata richiesta di tale termine. A tal proposito, è da rilevare che, conformemente a quanto previsto a livello europeo, il termine per la partenza volontaria varia da un minimo di sette ad un massimo di trenta giorni e deve essere fissato dal prefetto, che può anche prorogarlo, valutando il singolo caso; dubbi di conformità alla direttiva suscita invece la subordinazione della concessione di tale termine alla dimostrazione della disponibilità di risorse economiche sufficienti, derivanti da fonti lecite.

Laddove sia impossibile procedere all'accompagnamento coattivo alla frontiera o al respingimento «a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento», analogamente a quanto previsto in precedenza, il questore può disporre il trattenimento nei C.I.E; tuttavia, il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 14 TU, in senso conforme all'art. 15 della direttiva, dispone che il questore, in luogo del trattenimento, possa imporre una o più misure "alternative" non custodiali - quali la consegna del passaporto, l'obbligo di dimora ovvero l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso gli uffici di polizia -, alla condizione però - piuttosto discutibile - che lo straniero sia in possesso del passaporto e che non ricorra alcuna delle situazioni previste nei commi 1 e 2, lett. c) dell'art. 13 o si tratti espulsione per motivi di terrorismo. A tal proposito, sono state formulate delle perplessità rispetto alla legittimità della previsione di tali misure, dato che la limitazione della libertà personale, in maniera indiscriminata, di tutti gli stranieri che presentano richiesta di termine per la partenza volontaria sembra porsi in contrasto con i principi contenuti negli artt. 3 e 13 Cost.⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari, pubblicato in GU del 23 giugno 2011, n. 144.

⁵⁵⁶ L. PISTORELLI - G. ANDREAZZA, *Ancora sul d.l. 23 giugno 2011, n. 89 (modifiche al t.u. immigrazione)*, in www.penalecontemporaneo.it.

Riguardo alla rimodulazione delle norme penali collegate all'espulsione, il Governo, alla luce del severo monito della Corte di Giustizia, pare procedere a un ridimensionamento dei delitti in questione, realizzato mediante la previsione della pena pecuniaria in luogo della reclusione e la loro attribuzione alla competenza funzionale per materia del giudice di pace (ovviamente, viene a cadere sia la previsione dell'arresto in flagranza sia la possibilità di procedere con il rito direttissimo). In particolare, sono state introdotte nuove figure di delitto, punite con la multa da 3.000 a 18.000 euro, nelle ipotesi di violazione delle nuove misure custodiali volte ad evitare il rischio di fuga nelle more del procedimento espulsivo, e sono state riformulate le previsioni di cui all'art. 14, comma 5-ter e 5-quater, TU prevedendo la multa da 6.000 a 15.000 euro, per le ipotesi di violazione senza giustificato motivo dell'ordine di allontanamento del questore, e la multa da 10.000 a 20.000 euro, nei casi in cui l'espulsione sia stata disposta ai sensi dell'art. 13, comma 4, TU ovvero lo straniero si sia sottratto al rimpatrio volontario ed assistito di cui all'art. 14-ter.

Sotto il profilo del rapporto tra la precedente e l'attuale incriminazione, sia la dottrina che la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che tra le due norme sussista una relazione di "discontinuità sostanziale del tipo di illecito"⁵⁵⁷; in particolare, la Corte di Cassazione, di recente intervenuta in proposito, ha precisato, con una succinta motivazione, che l'attuale formulazione dei delitti di cui all'art. 14 non può dirsi in continuità normativa con la precedente versione, in tal modo confermando l'avvenuta *abolitio criminis*, non solo per il distacco temporale intercorso tra la sua emanazione e l'emissione della direttiva comunitaria, ma anche per la diversità strutturale dei presupposti e la differente tipologia della condotta richiesta per integrare l'illecito penale in esame⁵⁵⁸. Da tale impostazione deriva, da un lato, che l'art. 14, comma 5-ter, TU deve essere considerato, a tutti gli effetti, una nuova incriminazione, applicabile solo ai fatti verificatisi dopo la sua entrata in vigore; dall'altro, che l'imputato per il delitto di cui alla "vecchia" formulazione dell'art. 14, comma 5-ter, TU deve essere assolto "perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato" e devono essere revocate le sentenze definitive di condanna per tale reato pronunciate prima dell'entrata in vigore del d.l. 89/2011⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ Cfr., in dottrina, P. PISA, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare (D.l. 89/11)*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 7, p. 804, in cui l'Autore evidenzia la diversa natura delle nuove incriminazioni, di cui all'art. 14, comma 5-ter e 5-quater, TU in termini di reato istantaneo, anziché permanente; in giurisprudenza, cfr. Trib. Torino, 29 giugno 2011, Giud. Pironti; Trib. Torino, 27 giugno 2011, Giud. Natale.

⁵⁵⁸ Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2011 (dep. 10 ottobre 2011), n. 36446, Isoken.

⁵⁵⁹ Trib. Pisa, 11 ottobre 2011, Giud. Degl'Innocenti.

Nel complesso, dunque, pare che il Governo, ricorrendo ancora una volta alla decretazione d'urgenza per disciplinare una materia così delicata quale l'espulsione, si sia limitato a porre rimedio ai profili di incompatibilità più evidenti tra normativa interna e comunitaria, senza mettere però in discussione l'opzione penalistica in materia di immigrazione irregolare, continuando a qualificare come delitto tutte le forme di inottemperanza a provvedimenti amministrativi inerenti la procedura esecutiva dell'espulsione, nonostante le severe critiche formulate al riguardo dalla Corte di Giustizia.

Sezione 2. I reati di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare

Mentre l'intervento sul singolo straniero irregolare è stato solo di recente affidato al diritto penale, questo ha da sempre svolto un ruolo fondamentale ai fini della repressione delle condotte di favoreggiamento delle migrazioni *contra ius*, colpendo non solo coloro che si dedicano al traffico di esseri umani (§ 1), ma più in generale tutte quelle condotte che, anche in via indiretta, finiscono per agevolare l'ingresso o la permanenza irregolare degli stranieri nel territorio italiano (§ 2).

§ 1. Novità e limiti della legislazione italiana in materia di traffico di esseri umani

La particolare posizione geografica dell'Italia, l'estensione delle sue coste e l'instabilità che caratterizza i confini balcanici fanno di tale paese sia una meta di destinazione finale sia un luogo di transito per il traffico di esseri umani, fenomeno criminale che ha acquisito una particolare visibilità negli ultimi anni, a causa dei vantaggi derivanti dalla globalizzazione che, favorendo il contatto tra aeree del mondo caratterizzate da differenti condizioni economiche, facilita i processi migratori verso l'Occidente, contribuendo allo sviluppo di un vero e proprio mercato nel trasporto illegale di persone verso l'Europa. L'Italia è da sempre stata attraversata da tali flussi irregolari, la cui composizione è però cambiata negli anni, poiché, mentre nel passato questi concernevano essenzialmente migranti economici che, spinti dalla povertà dei loro paesi, emigravano alla ricerca di migliori condizioni di vita, negli ultimi anni, invece, si riscontra un aumento nella presenza in tali flussi di donne e minori che, costretti o indotti con minaccia o violenza ad abbandonare i loro paesi, una volta giunti in Italia divengono oggetto di uno sfruttamento economico e sessuale. L'estrema ampiezza dei fenomeni riconducibili al traffico di persone ha indotto il legislatore

italiano, in seguito anche agli impulsi provenienti dalla comunità internazionale, a individuare dei criteri distintivi tra le varie condotte accomunate dallo spostamento illegale di persone da un paese all'altro, elaborando diversi strumenti normativi al fine di pervenire a una più efficace repressione delle moderne forme di schiavitù. L'evoluzione della normativa italiana in materia rende evidente che, mentre l'immigrazione irregolare, concernendo la sicurezza e l'ordine pubblico, è da sempre stata una priorità politica nazionale, il traffico di persone a scopo di sfruttamento è venuto solo di recente all'attenzione del legislatore.

Infatti, l'art. 12 del Testo Unico del 1998, al fine di contrastare l'ingresso irregolare in Italia, puniva esclusivamente il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, fattispecie questa il cui ambito di operatività concerneva soltanto quelle condotte volte a favorire l'ingresso di stranieri in Italia in violazione delle disposizioni di cui allo stesso Testo Unico, senza che si richiedesse il perseguimento di una specifica finalità di sfruttamento (A). Nello stesso anno, con la legge n. 269 del 3 agosto 1998, il legislatore cominciò a prendere in considerazione alcune forme di sfruttamento delle persone oggetto di traffico, limitando però l'ambito applicativo della legge in questione ai minori, ritenuti meritevoli di una particolare protezione. Occorre dunque attendere i primi anni del Duemila affinché, sotto l'influenza dei protocolli addizionali alle Convenzioni delle Nazioni Unite del 2000 sulla criminalità organizzata transnazionale, si delineasse chiaramente l'esigenza di appropriate strategie di contrasto al traffico di esseri umani finalizzato allo sfruttamento, a prescindere dall'età delle vittime coinvolte e dalla specifica finalità di sfruttamento perseguita, esigenza questa che ha trovato espresso riconoscimento normativo con la legge n. 228 dell'11 agosto 2003, che ha introdotto all'art. 601 cp. il delitto di tratta di persone. La spinta alla riforma del 2003 è stata riconducibile alla duplice esigenza di adeguare, da un lato, le previsioni del codice Rocco alla nuova realtà dei fenomeni da contrastare, dall'altro di conformare l'ordinamento italiano al diritto internazionale ed europeo, incisivamente intervenuti in materia (B).

A. Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare

A partire dalla metà degli anni Ottanta, in seguito alla trasformazione dell'Italia in paese di immigrazione, cominciò ad avvertirsi l'esigenza di un controllo sui flussi migratori, che indusse ben presto il legislatore ad adottare un assetto normativo in cui era possibile individuare una netta distinzione tra l'intervento sul singolo straniero irregolare, attribuito alla disciplina amministrativistica, e l'azione di contrasto contro le condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, affidata invece alla norma penale. Contrariamente a quanto

potrebbe a prima vista sembrare, la scelta di penalizzare una condotta agevolatrice di un fatto penalmente irrilevante (quale si presentava allora l'ingresso e il soggiorno irregolare) non era basata sull'esigenza di apprestare protezione a un soggetto debole in relazione a condotte di quest'ultimo estranee alla sfera dell'illiceità penale, bensì si ricollegava alla prospettiva di tutela dell'ordine pubblico nel cui ambito era disciplinata la condizione giuridica dello straniero⁵⁶⁰.

In origine, l'art. 12, comma 1, della legge n. 943/86 puniva, con la reclusione da uno a cinque anni, chiunque avesse compiuto, in violazione di quella legge, «attività di intermediazione di movimenti illeciti o comunque clandestini di lavoratori migranti ai fini dell'occupazione»; tuttavia, essendo tale previsione circoscritta alla violazione della legge n. 943, non potevano essere punite condotte di agevolazione diverse, che fossero magari in contrasto con la disciplina sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri⁵⁶¹. Tale limite fu superato con la legge Martelli del 1990 che, all'art. 3, comma 8, puniva (con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a due milioni di lire) qualsiasi attività diretta a favorire l'ingresso irregolare degli stranieri nel territorio dello Stato, secondo una formula particolarmente ampia, di dubbia compatibilità sul piano del rispetto del principio di tassatività, che consentiva di incriminare non solo atti in concreto agevolanti, bensì qualsiasi condotta che fosse unicamente finalizzata all'ingresso dello straniero.

Come riconosciuto in dottrina, il delitto in esame rientrava dunque nella categoria dei delitti di attentato oppure, più in generale, dei reati a consumazione anticipata, in cui la punibilità non è collegata all'effettiva lesione del bene giuridico, essendo sufficiente la mera esposizione a pericolo, secondo un modello "estremo" che assegnava assoluta prevalenza al momento soggettivo⁵⁶². In particolare, sebbene la norma si limitasse a prevedere il requisito della direzione non equivoca degli atti, alcuni autori ritenevano fosse implicitamente richiamata anche l'idoneità funzionale della condotta alla realizzazione dell'ingresso dello straniero, da accertare secondo un giudizio di prognosi postuma, collocandosi nel momento in cui il soggetto ha posto in essere la sua attività e tenendo conto delle circostanze in cui egli ha operato (*ex ante* in concreto)⁵⁶³. Tuttavia, nonostante la particolare ampiezza della formula utilizzata nella descrizione della condotta tipica, era possibile individuare delle lacune nella

⁵⁶⁰ Cfr. A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento alle migrazioni illegali*, in *Dir. e Form.*, 2004, p. 56.

⁵⁶¹ Cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 47.

⁵⁶² Cfr. L. GIZZI, *Sulla natura giuridica del delitto di agevolazione dell'immigrazione clandestina*, in *Giur. it.*, 2003, n. 5, p. 1012; M. MENEGHELLO - S. RIONDATO, *Sub artt. 2, 3, 4. Profili penalistici*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero*, Padova, 1997, p. 237.

⁵⁶³ Cfr. A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 1, p. 20.

tutela del bene giuridico, non essendo ricomprese nell'area di rilevanza penale le condotte di favoreggiamento della permanenza irregolare, né quelle realizzate autonomamente e successivamente rispetto all'ingresso illegale che, secondo l'orientamento prevalente, integravano un mero *post factum* non punibile⁵⁶⁴. In effetti, la giurisprudenza richiedeva una connessione funzionale tra la condotta posta in essere nel territorio italiano e quella realizzata all'estero, subordinando la rilevanza penale delle condotte successive all'ingresso alla condizione che queste presentassero una rilevanza causale rispetto all'ingresso e sussistesse una cointeressenza tra l'attività di chi ha operato prima dell'ingresso all'estero e dopo di esso in Italia⁵⁶⁵.

La crescente rilevanza del fenomeno dell'immigrazione clandestina e l'esigenza di rispettare gli impegni derivanti dalla partecipazione dell'Italia agli accordi di Schengen fecero ben presto apparire inadeguata tale previsione, sollecitando l'intervento legislativo realizzato con la legge Napolitano-Turco, che all'art. 10 (poi trasfuso nell'art. 12 del Testo Unico), puniva il favoreggiamento dell'ingresso irregolare, secondo una formulazione sostanzialmente coincidente con l'art. 3 della legge Martelli, rispetto al quale le principali novità riguardavano il trattamento sanzionatorio, notevolmente inasprito, sia attraverso l'aumento della pena base (reclusione fino a tre anni e multa fino a trenta milioni di lire) che l'ampliamento del catalogo delle aggravanti, e l'introduzione al comma 5 di un autonomo delitto di favoreggiamento della permanenza irregolare, in funzione di completamento del sistema repressivo esistente in materia. A tal proposito, sono state formulate perplessità rispetto alla qualificazione di quest'ultima fattispecie come reato d'evento o a consumazione anticipata, in quanto, se una parte della dottrina propendeva per la tesi che individuava nel delitto in esame un reato di evento, anche al fine di fornire una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie, volta a ridurre le tensioni rispetto ai principi di tassatività e determinatezza⁵⁶⁶; alcuni giudici di merito - la giurisprudenza di legittimità non aveva ancora affrontato esplicitamente la questione - ritenevano invece si trattasse di un reato di mera condotta, essendo la fattispecie incentrata sull'attività di favoreggiamento in sé e per sé

⁵⁶⁴ Secondo Cass. pen., sez. I, 21 febbraio 1996, Montaforte, in *Riv. Pen.*, 1996, p. 1029, l'art. 3, comma 8, della legge Martelli «punisce esclusivamente l'ingresso clandestino di stranieri nel territorio dello Stato e non riguarda le attività successive a tale ingresso, quali il trasporto degli immigrati clandestini da una località all'altra. Si tratta, dunque, di reato istantaneo che si perfeziona con il compimento dell'attività favoreggiatrice, mentre non rivestono alcuna rilevanza penale quelle condotte poste in essere autonomamente e posteriormente al delitto già commesso».

⁵⁶⁵ Cass. pen., sez. I, 18 novembre 1992, Yenihayat, in *Cass. pen.*, 1994, n. 654, p. 1070; Cass. pen., sez. I, 1 dicembre 1999, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3131.

⁵⁶⁶ In tal senso, cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 95.

considerata, a prescindere dal fatto che lo scopo di tale attività, vale a dire la permanenza, si realizzasse o meno⁵⁶⁷.

In seguito alla riforma del 1998, un altro problema che si pose riguardava in generale i rapporti tra il nuovo assetto normativo introdotto dal legislatore e le precedenti figure di reato, problema rispetto al quale la Suprema Corte, in base alla diversa *ratio* della legge Martelli, che considerava la materia dei cittadini extracomunitari soltanto sotto il versante lavoristico, a confronto con la successiva legge Napolitano-Turo, ispirata prevalentemente a esigenze di tutela dell'ordine pubblico, riteneva che l'art. 12 TU comprendesse soltanto due tipologie di condotte (quella, appunto, diretta a favorire l'ingresso nello Stato del cittadino straniero ovvero quella di favorirne la permanenza), non considerando affatto le diverse "attività di intermediazione di movimenti illeciti o comunque clandestini di lavoratori migranti" che non si risolvessero nel favorire materialmente il loro ingresso o la loro permanenza nello Stato⁵⁶⁸.

Conformemente all'analisi elaborata in dottrina con riguardo alla fattispecie prevista dalla legge Martelli, anche il reato di favoreggiamento di cui all'art. 12 TU fu ricondotto alla categoria dei delitti di attentato, non essendo necessario per la sua integrazione l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, purché sussistesse l'idoneità dell'attività posta in essere rispetto al fine. Per quanto riguardava in particolare il favoreggiamento della permanenza di cui al comma 5 dell'art. 12 TU, al fine di circoscrivere l'area della rilevanza penale, da un lato, fu utilizzata la formula "favorisce la permanenza", che sembrava attribuire una più concreta potenzialità alla condotta incriminata; dall'altro, il dolo specifico fu trasformato da circostanza aggravante in elemento costitutivo della fattispecie. Nonostante gli apprezzabili sforzi del legislatore, anche tale previsione non si sottrasse a critiche sotto il profilo della compatibilità con il principio di tassatività, in quanto il favoreggiamento della permanenza irregolare, così come descritto nella fattispecie incriminatrice, rischiava di criminalizzare qualsiasi rapporto con gli stranieri irregolari, contribuendo alla loro emarginazione.

La legge Bossi-Fini ha apportato ulteriori modifiche al delitto in esame, innanzitutto sul piano della descrizione della condotta tipica, sostituendo l'inciso «attività dirette a favorire l'ingresso nel territorio italiano» con l'espressione «atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato...o in un altro Stato del quale la persona non è cittadina». A tal proposito, è da rilevare che tale modifica ha avuto, da un lato, l'effetto di limitare l'ambito applicativo della disposizione, in quanto il termine "attività" è più generico di "atti" e risulta

⁵⁶⁷ Trib. Monza, 6 dicembre 1999, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 2, p. 153.

⁵⁶⁸ Cass. pen., sez VI, 3 novembre 2000, n. 4060, in *Cass. pen.*, 2001, n. 1408, p. 2798.

applicabile anche ai comportamenti omissivi; dall'altro lato, invece, il riferimento al favoreggiamento dell'ingresso illegale anche in un altro Stato ha consentito di ampliare le tipologie di condotta meritevoli di sanzione. Inoltre, il dolo specifico di cui al comma 3 è stato reso di più difficile accertamento attraverso la sostituzione del «fine di lucro» con la più ampia formulazione del «fine di trarre profitto anche indiretto». Tali variazioni non hanno comunque inciso sull'identità strutturale della fattispecie, per cui si può ritenere che tra la versione precedente e quella introdotta dalla legge del 2002 sussista un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo, con conseguente applicazione dell'art. 2, comma 4, c.p.⁵⁶⁹. Sotto il profilo sanzionatorio, è stata aumentata la pena pecuniaria per il reato-base e alcuni elementi, come il fine di profitto, l'utilizzazione di servizi di trasporto internazionale o di documenti contraffatti, prima circostanze aggravanti, sono divenute fattispecie autonome di reato, ridimensionando così il ruolo della giurisprudenza nel bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti; ulteriori modifiche nel senso dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio sono state apportate dalla legge n. 271 del 2004, che ha, tra le altre cose, aumentato la pena detentiva prevista per il reato-base, prevedendo la reclusione da uno a cinque anni.

È in questo contesto normativo che si collocano le modifiche recentemente apportate all'art. 12 TU dalla legge n. 94/2009 che, nel tentativo di superare i limiti della precedente formulazione, specie sul piano del rispetto del principio di tassatività, attua una riscrittura meramente formale della fattispecie, non esente da incongruenze logiche, scarsamente influente ai fini dell'applicazione pratica della norma⁵⁷⁰. Quanto al reato-base di cui al comma 1, a parità di trattamento sanzionatorio, la descrizione della condotta tipica viene modificata attraverso l'inserimento delle attività di promozione, direzione, organizzazione, finanziamento ed effettuazione del trasporto di stranieri, prima pacificamente ricomprese nella clausola generale del «compiere atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso», clausola che tra l'altro viene riprodotta in tutta la sua ambiguità interpretativa come formula di chiusura anche nell'attuale versione. Sebbene la norma utilizzi ormai esclusivamente il plurale «stranieri» per indicare l'oggetto materiale della condotta, è da ritenere, alla luce della *ratio* dell'incriminazione, che la norma continui ad essere applicabile anche laddove il

⁵⁶⁹ In questo senso, cfr. M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini"*, cit., p. 1347.

⁵⁷⁰ Per un'analisi delle modifiche da ultimo apportate ai reati di procurato ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato, cfr. L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, cit., p. 67; L. PISTORELLI, *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: modifica della fattispecie*, in S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit., p. 259.

favoreggiamento abbia ad oggetto un singolo soggetto; risulta inoltre confermata la struttura di reato di pericolo e la relativa interpretazione giurisprudenziale, in quanto un'eventuale ricostruzione della norma in termini di reato di evento indurrebbe a richiedere l'effettivo verificarsi dell'ingresso ai fini della consumazione del reato, in contrasto con la logica repressiva che ha animato la riforma del 2009⁵⁷¹. La previsione di diverse modalità di realizzazione della condotta non incide sulla natura del reato, che rimane unico anche laddove lo stesso oggetto, per esempio, promuova ed effettui il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato. Per quanto riguarda il requisito di illiceità speciale dato dalla «violazione delle disposizioni del presente testo unico», conformemente alla giurisprudenza elaborata prima della riforma del 2009, è da ritenere che integra il reato di cui all'art. 12, comma 1, TU non solo l'attività diretta a favorire gli ingressi clandestini di stranieri nel territorio dello Stato, ma ogni tentativo di elusione delle disposizioni del suddetto Testo Unico e, dunque, anche i casi in cui il visto di ingresso sia richiesto ed eventualmente ottenuto fraudolentemente e mediante simulazione dei necessari presupposti⁵⁷². A tal proposito, possono ritenersi ancora valide le critiche espresse da una parte della dottrina sotto il profilo del rispetto del principio di determinatezza, trattandosi di una tecnica descrittiva assai generica e vaga, in ragione dell'estrema diversità delle previsioni contenute nel Testo Unico⁵⁷³.

Essendo i dubbi circa la compatibilità con il principio di tassatività *a fortiori* validi per il delitto di favoreggiamento all'emigrazione illegale, è da rilevare che la Corte Costituzionale ha di recente dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata al riguardo, affermando che non sussiste la violazione del principio di riserva di legge, in quanto, dato che questo non esclude che il legislatore possa introdurre nella descrizione del fatto incriminato il riferimento, con funzione integratrice del precetto, ad elementi "esterni" allo stesso - elementi che possono consistere anche in un richiamo a norme di ordinamenti stranieri -, nella specie, esiste una normativa extranazionale che concorre all'identificazione della condotta tipica, per cui sono rispettate tanto la condizione che sia il legislatore nazionale a individuare il nucleo di disvalore della condotta, quanto la condizione che risultino adeguatamente identificate le norme straniere chiamate ad integrare il precetto; né la disposizione censurata viola il principio di determinatezza, poiché è immediatamente percepibile quale sia la condotta repressa, intendendosi colpire chi agevoli in qualunque modo

⁵⁷¹ A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, cit., p. 21.

⁵⁷² Cass. pen., sez. I, 8 maggio 2002, n. 22741, Galgano, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2049.

⁵⁷³ Cfr. A. CALLAIOLI, *Sub art. 12*, in T. PADOVANI (a cura di), *Leggi penali d'udienza*, Milano, 2003, p. 1842.

un'altra persona a varcare i confini di altro Stato in violazione delle norme che in esso regolano l'ingresso degli stranieri⁵⁷⁴.

Sebbene il comma 3 dell'art. 12 TU sia sempre stato inteso quale norma speciale e autonoma rispetto all'ipotesi considerata al comma 1, per effetto della riforma del 2009 cambiano gli elementi specializzanti, prima ravvisabili esclusivamente nella particolare finalità di profitto, essendo oggi previste quali ipotesi alternative di realizzazione del favoreggiamento quelle che precedentemente costituivano delle aggravanti, come la commissione del fatto da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti; il procurato ingresso di almeno cinque persone; l'esposizione a pericolo per la vita o per l'incolumità o la sottoposizione a trattamento inumano o degradante della persona trasportata; la disponibilità di armi o materie esplosive da parte degli autori del fatto (ipotesi prima non prevista); il problema di un eventuale concorso tra tali fattispecie è risolto dal comma 3-*bis* che prevede per tali ipotesi un aumento di pena sotto forma di aggravante ad effetto comune. Ulteriori aggravanti sono previste al comma 3-*ter* qualora i fatti siano commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento, non solo sessuale ma per la prima volta nell'ambito del Testo Unico, anche lavorativo, ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento o siano commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto. Com'è stato rilevato in dottrina, per effetto della riforma del 2009 si assiste dunque ad un'inversione di tendenza, in quanto ciò che rappresentava l'elemento costitutivo del comma 3 rispetto all'ipotesi comune, vale a dire la finalità di profitto, si è trasformato in una circostanza aggravante, mentre le circostanze, precedentemente indicate al comma 3-*bis*, sono diventate elementi costitutivi alternativi della fattispecie⁵⁷⁵. Mentre risulta invariato il comma 3-*quater*, ai sensi del quale il giudice non potrà operare - in nessuna direzione - il bilanciamento ex art. 69 c.p. con le circostanze attenuanti eventualmente concorrenti⁵⁷⁶; del tutto innovativo è il comma 4-*bis*, che prevede l'obbligo di applicare la custodia cautelare in carcere, salvo che siano emersi elementi che escludano il ricorso di esigenze cautelari. Come nella precedente versione, sono previsti per le ipotesi di cui ai commi 1 e 3 l'arresto obbligatorio in flagranza e la confisca obbligatoria del mezzo di trasporto utilizzato, anche nel caso di applicazione della

⁵⁷⁴ Corte Cost., 26 gennaio 2009, n. 21.

⁵⁷⁵ Cfr. A. PECCIOLI, *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, cit., p. 23.

⁵⁷⁶ Sulla problematica del concorso di circostanze aggravanti e attenuanti, cfr. più diffusamente A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 117.

pena su richiesta delle parti; a differenza di prima, invece, non è più prevista la possibilità di procedere con rito direttissimo.

Ai fini dell'individuazione del soggetto attivo del reato, è da rilevare che si tratta di reato comune, non essendo condivisibile un'interpretazione restrittiva dell'art. 12 TU, volta a circoscrivere l'applicazione di tale norma soltanto agli "scafisti" o a coloro che organizzano la tratta, in quanto il tenore letterale e logico della norma è nel senso di punire anche chi, tanto cittadino quanto straniero, a prescindere dal carattere regolare o meno della sua condizione, compia attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del Testo Unico⁵⁷⁷. Per quanto riguarda poi la natura istantanea o meno del reato, sebbene questo, come sopra rilevato, solitamente si perfezioni con una qualsiasi condotta propedeutica posta in essere ancor prima ed a prescindere dall'ingresso illegale dello straniero, ciò non significa che la condotta criminosa cessi con questa prima attività e non continui invece sino all'eventuale raggiungimento dello scopo. Da tale impostazione deriverebbe, come ha ritenuto la stessa Corte di Cassazione, che il reato può essere eventualmente permanente, ed in tal caso la permanenza cesserà quando per una qualsiasi ragione venga interrotta definitivamente l'azione criminosa ovvero quando sia stato raggiunto lo scopo, ossia con l'ingresso illegale in Italia dello straniero; tutti gli altri comportamenti successivi a questo momento costituiranno un *post factum* irrilevante oppure, ove ricorrano le altre condizioni, potranno eventualmente rilevare ai fini dell'integrazione del diverso reato di favoreggiamento della permanenza illegale di cui all'art. 12, quinto comma, TU⁵⁷⁸. A ragionare diversamente, si avrebbe una totale incertezza circa il momento in cui termina la consumazione del reato, non essendo possibile individuare un criterio oggettivo per stabilire quando lo straniero, una volta entrato illegalmente in Italia, abbia raggiunto la sua destinazione finale, potendo sempre ritenersi, ad esempio, che si tratti di una destinazione provvisoria o temporanea; allo stesso modo, vi sarebbe anche un'oggettiva incertezza se una data condotta diretta a favorire la permanenza illegale dello straniero costituisca una prosecuzione del reato di cui al comma 1 dell'art. 12 TU ovvero un comportamento integrativo del reato di cui al comma 5.

L'analisi dell'evoluzione storica del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare può essere utile al fine di comprendere quale sia il bene giuridico tutelato dal delitto in esame, mostrando un progressivo incremento di tutela, risultante sia dall'inasprimento del livello sanzionatorio che dall'ampliamento del novero delle condotte sussumibili nella fattispecie

⁵⁷⁷ Nello stesso senso, cfr. Cass. pen., sez. III, 28 novembre 2002, n. 3162.

⁵⁷⁸ Cass. pen., sez. III, 19 maggio 2005, n. 35629, in *Cass. pen.*, 2006, n. 10, p. 3339.

astratta, assolutamente coerente con la crescente rilevanza assunta dall'ordine pubblico, che rappresenta l'interesse tutelato dalla fattispecie di favoreggiamento all'ingresso e alla permanenza *contra ius*. Nonostante l'estrema instabilità legislativa in materia, il riferimento al concetto di ordine pubblico consente tuttora di ricostruire in termini unitari il bene giuridico protetto dalle diverse fattispecie incriminatrici di cui all'art. 12 TU e appare senz'altro più in linea con la *ratio* sottesa alla disciplina in materia di immigrazione, palesemente ispirata a una concezione del migrante quale soggetto potenzialmente pericolo per la comunità organizzata, secondo una logica marcatamente preventiva⁵⁷⁹. Tale ricostruzione dell'oggettività giuridica del reato in esame risulta senz'altro ancora più convincente alla luce delle modifiche apportate dai pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009, che, procedendo alla penalizzazione in via diretta dell'ingresso e del soggiorno irregolare degli stranieri nel territorio italiano, hanno contribuito ad eliminare quella asimmetria insita nell'opzione politico-criminale di punire un'attività volta a favorire una condotta in sé penalmente illecita, che aveva suscitato notevoli difficoltà in sede di individuazione sia del bene giuridico tutelato che della *ratio* di un trattamento sanzionatorio sotto certi aspetti ritenuto eccessivo. A tal proposito, non si può tuttavia accogliere la tesi, elaborata nell'ambito dell'orientamento che individua nell'ordine pubblico il bene tutelato dai delitti di favoreggiamento, che, riguardo al favoreggiamento dell'emigrazione verso Stati terzi, individua quale componente aggiuntiva "l'interesse della personalità internazionale dello Stato", vale a dire l'interesse dello Stato a proteggere beni quali l'ordine e la pubblica sicurezza anche in campo internazionale, in una prospettiva volta a garantire il rispetto degli impegni assunti in tale sede⁵⁸⁰.

Allo stesso modo, risulta non condivisibile l'orientamento che sostiene la natura plurioffensiva del delitto in esame, individuando il bene protetto, da un lato, nell'integrità dei confini e nell'effettività dei controlli sugli ingressi; dall'altro, nella sicurezza e dignità delle persone il cui ingresso irregolare è favorito o procurato⁵⁸¹. In effetti, la protezione degli interessi dei migranti, pur essendo a prima vista riconducibile alle figure di reato di cui al comma 3, oltre che al favoreggiamento a fine di profitto, non può però assumere rilievo di bene protetto, potendo tali fattispecie essere integrate anche da condotte che non implicano necessariamente fenomeni di sfruttamento delle migrazioni, fattispecie la cui sfera incriminatrice risulta pertanto "esuberante" rispetto a un bene giuridico volto al contrasto

⁵⁷⁹ Cfr. A. CAPUTO, *I delitti di favoreggiamento alle migrazioni illegali*, cit. p. 64.

⁵⁸⁰ G. MARCONI, voce *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello Stato)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 604.

⁵⁸¹ Così M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini"*, cit., p. 1347.

dello sfruttamento dei migranti⁵⁸². Tale impostazione è avvalorata dall'assenza di un quadro organico di misure di protezione nei confronti degli stranieri "oggetto" di favoreggiamento che, se si escludono i divieti di espulsione di cui all'art. 19 TU e alcune ipotesi eccezionali di rilascio del permesso di soggiorno, nella maggior parte dei casi diventano destinatari di un provvedimento di espulsione; oltre che dalla natura di delitto a cooperazione artificiosa con la vittima, propria del favoreggiamento, che induce ad escludere che possa sussistere un interesse giuridicamente protetto in capo ai migranti.

Com'è stato rilevato in dottrina, la riforma del 2009 sembra ispirata, anziché dall'esigenza di rendere più efficace la normativa, dallo scopo di inasprire il trattamento sanzionatorio, attraverso la mera trasposizione delle previsioni, invariate nei contenuti⁵⁸³. Nel complesso, le diverse modifiche apportate nel corso degli anni ai delitti di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare non hanno in effetti inciso sul delitto in esame, limitandosi ad accentuare il carattere di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica di alcune disposizioni, capovolgendo la visione solidaristica in una dimensione esclusivamente repressiva, in cui le finalità di razionalizzazione e di controllo della presenza e dell'attività dei cd. extracomunitari, prima filtrate attraverso i principi di pari opportunità e di regolazione del mercato del lavoro, diventano assolutamente prevalenti al fine di combattere l'immigrazione clandestina, in una logica che, essenzialmente concentrata sul versante repressivo, traslascia di considerare gli interessi dei soggetti il cui ingresso viene favorito o procurato, che, una volta giunti in Italia, si troveranno privi di misure di assistenza e protezione.

B. Il nuovo delitto di tratta di persone (art. 601 c.p.)

Nei primi anni del Duemila, il particolare impegno profuso dalla comunità internazionale nella lotta alle varie forme di traffico e sfruttamento di esseri umani rese improcrastinabile per l'Italia un intervento normativo volto a reprimere efficacemente tali condotte e ad assicurare una maggiore protezione alle vittime, in ragione dell'inadeguatezza della normativa allora vigente che, nonostante gli sforzi della giurisprudenza, presentava dei limiti strutturali che la rendevano inidonea a far fronte a fenomeni che si manifestavano con caratteristiche e modalità ben diverse rispetto al passato. In effetti, tale insoddisfazione, come si riconosce nella stessa relazione di accompagnamento al progetto di legge n. 5839/1999, non derivava da un vuoto legislativo, sussistendo nell'ordinamento italiano la possibilità di far

⁵⁸² In tal senso, cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 127.

⁵⁸³ E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 465.

ricorso sia a fattispecie incriminatrici *ad hoc*, quali quelle di cui agli artt. 600, 601, 602 c.p., aventi ad oggetto proprio la tratta e la riduzione in schiavitù, sia a figure di reato ordinarie, quali il sequestro di persone, la violenza sessuale, la minaccia e la violenza privata, oltre che lo sfruttamento della prostituzione di cui alla legge 75/58 (cd. legge Merlin), bensì dall'incapacità di tali norme incriminatrici di contrastare la nuova realtà criminale. Tale impostazione è stata tuttavia disattesa da una parte della dottrina, secondo cui l'insoddisfazione manifestata dal disegno di legge governativo deriverebbe in realtà, non tanto dall'inidoneità della normativa vigente, quanto dall'esigenza di dare ancora una volta una risposta "forte" alla problematica dell'immigrazione clandestina, su cui sempre più si concentravano sentimenti di paura legati a un diffuso senso di insicurezza dei cittadini, nell'ambito di un uso simbolico del diritto penale che, ove applicato a un tema sensibile quale l'immigrazione, rischiava di rafforzare un'idea della gestione del fenomeno migratorio in irriducibile contrasto con la prospettiva dell'integrazione⁵⁸⁴.

In questo contesto, il legislatore è intervenuto con la legge n. 228 dell'11 agosto 2003 che, ai fini sia una maggiore determinatezza delle fattispecie incriminatrici che di un adeguamento delle stesse alle nuove forme di schiavitù manifestatesi nell'epoca moderna, ha modificato gli artt. 600, 601 e 602 c.p.; nell'ottica di una migliore comprensione della portata innovativa della riforma, appare però opportuno soffermarsi sul sistema normativo preesistente.

Nel codice Rocco, i delitti di schiavitù erano collocati nella sezione I (dedicata ai delitti contro la «personalità individuale») del capo I (contenente quelli contro la libertà individuale) del Titolo XII (dedicato alla tutela penale della persona) del libro secondo del codice penale, nel cui ambito si distinguevano i delitti di riduzione in schiavitù (art. 600), tratta e commercio di sciavi (art. 601), alienazione e acquisto di schiavi (art. 602) e plagio (art. 603). Nel sistema delineato dal legislatore del 1930, si delineava una contrapposizione tra le forme di schiavitù di diritto, che integravano cioè dei veri e propri *status* di diritto mantenuti in alcuni paesi, punite all'art. 600, e le forme di schiavitù di fatto, previste invece all'art. 603, rispetto alle quali la nozione di schiavitù si ricavava dalla Convenzione di Ginevra del 1926, secondo cui «la schiavitù è lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi»⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ Cfr. A. CAPUTO, *Interrogativi sul neo-schiavismo*, in *Quest. giust.*, 2000, n. 5, p. 844.

⁵⁸⁵ Per un quadro completo del sistema normativo relativo all'asservimento degli individui nel codice Rocco, cfr. più diffusamente E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 524.

A fronte di tale quadro normativo, da un lato, al fine di garantire un'applicazione dell'art. 600 nell'ambito del territorio italiano, applicazione altrimenti impossibile in ragione del mancato riconoscimento giuridico della schiavitù nel nostro paese, si diffuse un'interpretazione volta a far rientrare in tale previsione, in cui era comunque contenuto il riferimento alla "condizione analoga alla schiavitù", anche le forme di asservimento di mero fatto, nel tentativo di superare i limiti intrinseci alla specifica terminologia utilizzata dal legislatore; dall'altro, tuttavia, la giurisprudenza della Cassazione preferì mantenere al riguardo un orientamento restrittivo, più rispondente alle esigenze della tassatività, volto a circoscrivere l'applicazione dell'art. 600 alle condizioni di diritto.

Un significativo mutamento di prospettiva si è però avuto con la sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo per violazione del principio di tassatività il delitto di plagio di cui all'art. 603 c.p., in cui la Corte ha espressamente affermato che la nozione di schiavitù o condizione analoga alla schiavitù, intesa come condizione di diritto contemplata negli artt. 600 - 602 c.p., non teneva comunque conto dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1926, laddove, nell'elenco delle varie situazioni considerate come "istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù", sono ricomprese diverse condizioni di fatto, realizzabili senza che alcun atto o fatto normativo le autorizzi. Da ciò deriverebbe, secondo la Corte, che condizione analoga alla schiavitù deve interpretarsi come «condizione in cui sia socialmente possibile per prassi, tradizione e circostanze ambientali, costringere una persona al proprio esclusivo servizio, laddove il plagio deve necessariamente ipotizzare anche una conculcazione dell'interno volere»⁵⁸⁶.

In tal modo, la Corte Costituzionale ha favorito lo sviluppo di indirizzi giurisprudenziali volti ad assicurare un'adeguata repressione ai fenomeni di sfruttamento di esseri umani che, sebbene non rientrassero nel concetto di "schiavitù" tradizionalmente inteso, non si mostravano per questo meno allarmanti sotto il profilo della violazione dei diritti delle persone coinvolte, spesso donne e minori. In tal senso, particolarmente significativa è la pronuncia della Corte d'assise di Milano che ha applicato l'art. 600 c.p. a fatti commessi in un ordinamento (quello jugoslavo) ove non esisteva una forma di schiavitù "di diritto", ravvisando in particolare una "condizione analoga alla schiavitù" nel caso dei cd. "minori argati" (*argat* in jugoslavo vuol dire operaio), provenienti dai territori dell'ex Jugoslavia o

⁵⁸⁶ Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. Cost.*, 1981, I, p. 806.

dall'Albania, ceduti dai genitori a un terzo o rapiti e condotti nel territorio italiano per essere impiegati nell'accattonaggio o nella realizzazione di furti⁵⁸⁷.

Un'ulteriore apertura nel senso di una maggior tutela verso ipotesi di sfruttamento prima difficilmente riconducibili all'area di rilevanza penale si è avuta con la sentenza del 1996 con cui le Sezioni Unite hanno escluso che l'elencazione delle "istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù", contenuta all'art. 1 della Convenzione supplementare di Ginevra del 1956, avesse carattere tassativo, riconducendo all'art. 600 c.p. ogni ipotesi in cui il soggetto passivo «sia ridotto nell'esclusiva signoria dell'agente, il quale materialmente ne usi, ne tragga frutto o profitto, 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»⁵⁸⁸. A tale orientamento si è successivamente adeguata la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, cercando in tal modo di venire incontro all'estrema varietà di forme in cui lo sfruttamento di esseri umani si realizza nella società contemporanea, superando rigide tipizzazioni che limitavano notevolmente l'efficacia repressiva delle disposizioni codicistiche⁵⁸⁹. In quest'ottica, appariva dunque evidente l'esigenza di una riformulazione giuridica delle fattispecie in esame, al fine sia di adeguare tali previsioni alle moderne forme di schiavitù, sia di adeguare l'ordinamento italiano agli *standard* introdotti in materia di traffico di esseri umani a livello internazionale ed europeo.

Dopo due anni dalla presentazione del disegno di legge, in seguito a un *iter* particolarmente travagliato, il 30 luglio 2003 fu definitivamente approvata la legge n. 228 che, sebbene consista solo di 16 articoli, presenta un contenuto fortemente innovativo, avendo introdotto nuovi strumenti al fine di un rafforzare la lotta contro la tratta di esseri umani, in una prospettiva che rivela la crescente attenzione del legislatore per la persona umana, quale oggetto essenziale della tutela penale, considerata quale "personalità individuale", da proteggere penalmente nel suo "diritto fondamentale" all'autonomia da qualsiasi potere alieno che l'assoggetti, condizionandone la volontà e comprimendone la facoltà di operare in modo indipendente le scelte fondamentali che attengono alla propria esistenza⁵⁹⁰. In tal senso, la dottrina ritiene che il bene giuridico tutelato dalle fattispecie di cui agli artt. 600-602 c.p. continui ad essere, anche dopo la riforma del 2003, lo *status libertatis*, che include tutte le

⁵⁸⁷ Corte d'Assise Milano, 27 ottobre 1986, Iskender, in *Ind. pen.*, 1987, 113. Nello stesso senso, cfr. Corte d'Assise di Milano, 18 maggio 1988, Salih, in *Foro it.*, 1989, II, 121.

⁵⁸⁸ Cass., Sez. Un., 20 novembre 1996, Ceric, in *Foro it.*, 1997, II, p. 313. Per un commento, cfr. C. VISCONTI, *Riduzione in schiavitù: un passo avanti o due indietro delle Sezioni Unite?*, in *Foro it.*, 1997, n. 11, p. 313.

⁵⁸⁹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 6 dicembre 2000, Bali, in *Riv. pen.*, 2001, p. 440; Corte d'Assise di Roma, 23 febbraio 2001, Bibilushi e altro, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 1115.

⁵⁹⁰ Cfr. L. PICOTTI, *I delitti di tratta e schiavitù: novità e limiti della legislazione italiana*, in *Ind. pen.*, 2007, n. 1, p. 25.

manifestazioni della libertà individuale⁵⁹¹, in ragione anche della particolare tecnica utilizzata dal legislatore che, mantenendo intatto il *nomen iuris* e ribadendo la condotta precedentemente incriminata, di cui si limita ad ampliare l'ambito applicativo, consente di escludere che si tratti di un'ipotesi di *abolitio criminis* e di individuare invece, sulla base del "rapporto di continenza" esistente tra la vecchia e nuova fattispecie, il diverso fenomeno della successione di leggi penali nel tempo.

Sulla base di tali premesse si può procedere all'esame ermeneutico delle nuove previsioni, concentrando in particolare l'attenzione sul delitto di tratta di persone ex art. 601 c.p., che prevede due diverse figure delittuose, ravvisabili l'una nel fatto di chi commette tratta di persona che si trovi nelle condizioni di cui all'art. 600 c.p., vale a dire ridotta non solo in schiavitù, ma anche in condizioni di servitù o in stato di soggezione continuativa, l'altra nella condotta di chi, allo scopo di ridurre taluno in servitù o in schiavitù, lo induca con l'inganno o lo costringa con uno dei mezzi indicati dalla norma (reato a forma vincolata) a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato, ovvero a trasferirsi al suo interno.

Dalla formulazione della norma risulta dunque evidente come la condizione di schiavitù o stato di soggezione continuativa rappresenti il fulcro dell'intera fattispecie, costituendo, nel primo caso, un presupposto del delitto, di cui l'agente deve avere coscienza (reato a dolo generico); nel secondo, invece, il fine specifico avuto di mira dal soggetto agente (reato a dolo specifico). Si ritiene inoltre che, nonostante l'utilizzo del singolare "persona" con riferimento alla vittima, il delitto in questione non possa comunque prescindere da una dimensione imprenditoriale, che si esprime in un'attività organizzata con una certa stabilità e continuità, ritenuta necessaria anche al fine di tracciare un *discrimen* rispetto al delitto di acquisto e alienazione di schiavi di cui all'art. 602 c.p., che punisce chiunque, fuori dei casi indicati all'art. 601 c.p., acquista o aliena o cede una persona che si trovi in stato di schiavitù o servitù. Tale impostazione, tuttavia, non deve indurre a ritenere necessaria la presenza di una pluralità di vittime ai fini dell'applicazione del delitto di tratta, essendo sufficiente, anche in presenza di una sola vittima, che il giudice disponga di elementi dai quali desumere che non si sia trattato di un atto isolato, bensì di una condotta ricollegabile a una più ampia attività di commercio posta in essere dall'imputato⁵⁹². Di contrario avviso è invece altra parte della dottrina la quale sostiene che, avendo la legge del 2003 previsto un'aggravante per l'associazione a delinquere finalizzata alla commissione del delitto di tratta, l'esistenza di una

⁵⁹¹ Cfr. B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2004, p. 208.

⁵⁹² In tal senso, cfr. E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 4183.

struttura organizzativa non sia condizione necessaria per la realizzazione del delitto in questione, sebbene si riconosca, tuttavia, che, avendo riguardo alle concrete modalità di realizzazione del reato, la dimensione organizzativa possa essere ritenuta la regola⁵⁹³.

Perplessità ha sollevato la seconda condotta che, facendo riferimento al concetto di induzione, sembra realizzare un'anticipazione della tutela penale rispetto all'effettiva riduzione in schiavitù o in servitù, riferendosi ad attività prodromiche alla costituzione di tali condizioni, mediante la trasformazione dell'evento schiavitù in un dolo specifico. In realtà, com'è stato posto in evidenza, al fine di superare eventuali dubbi di compatibilità della norma con il principio di uguaglianza, il riferimento al delitto di cui all'art. 600 c.p., che diviene oggetto del dolo specifico di cui all'art. 601 c.p., deve intendersi limitato al mantenimento dello stato di schiavitù e non anche alla riduzione, vale a dire che l'art. 601 c.p. potrà applicarsi, a titolo di reato consumato, solo laddove si induca o costringa al trasferimento una persona già ridotta in schiavitù; mentre, ove si tratti di soggetto ancora libero, si avrà semmai un tentativo ex art. 600 c.p.⁵⁹⁴.

Dopo aver esaminato le principali novità introdotte dalla legge del 2003 riguardo al delitto di tratta, può essere opportuno analizzare la conformità di tale fattispecie con l'ordinamento europeo, in particolare con la direttiva del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani, che ha sostituito la decisione-quadro del 19 luglio 2002. Per quanto concerne la descrizione della condotta tipica, la particolare formulazione dell'art. 601 c.p., che punisce «chiunque costringe o induce taluno a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato», consente di includere nel suo ambito operativo tutti gli atti materiali previsti dalla direttiva, vale a dire il reclutamento, il trasporto, l'alloggio o l'accoglienza, compreso il passaggio o il trasferimento del potere di disporre di questa persona. In realtà, la minor gravità della condotta incriminata all'art. 601 c.p. rispetto a quella prevista dalla direttiva induce a ritenere che il campo applicativo della fattispecie di tratta di cui all'art. 601 c.p. sia più ampio di quanto richiesto dall'art. 2 della direttiva⁵⁹⁵.

Inoltre, dalla descrizione della condotta tipica emerge chiaramente come, nonostante la norma rappresenti uno dei primi reati transnazionali inseriti nel codice penale alla luce della Convenzione ONU del 2000, tale dimensione transnazionale sarà solo eventuale, dal

⁵⁹³ Cfr. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 579.

⁵⁹⁴ Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2009, p. 192.

⁵⁹⁵ In tal senso, sia consentito rinviare a A. LUCIFORA - G. GRASSO, *Evaluation of the impact in Italy of the 19th July 2002 Framework Decision against trafficking in human beings*, in A. WEYEMBERGH - V. SANTAMARIA (a cura di), *The evaluation of European criminal law. The example of the Framework Decision on combating trafficking in human beings*, Bruxelles, 2007, p. 223.

momento che la tratta può essere limitata ai confini italiani, essendo prevista la rilevanza penale anche della condotta di soggiorno e di trasferimento all'interno del territorio italiano⁵⁹⁶.

Proseguendo nell'esame della norma, è da rilevare una sostanziale coincidenza tra i mezzi previsti al fine di ridurre taluno in stato di soggezione continuativa, essendo richiesto a entrambi i livelli, interno ed europeo, l'utilizzo di inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità, approfittamento di una posizione di vulnerabilità o la promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra; l'unica differenza concerne il rapimento, previsto solo dalla direttiva, ma che può rientrare senz'altro negli altri mezzi fraudolenti di cui all'art. 601 c.p.

L'intento di costruire una fattispecie che consenta di reprimere l'estrema varietà di forme con cui lo sfruttamento di esseri umani può aver luogo, risulta evidente anche ove si considerino le finalità cui questo tende, avendo la legge italiana considerato, oltre alle prestazioni che comportino comunque lo sfruttamento di una persona, sia in ambito lavorativo che sessuale, anche l'accattonaggio e il prelievo di organi (per cui è previsto un aumento di pena) che solo di recente, con la direttiva appunto, sono stati considerati a livello europeo. Il mancato riferimento nella legge italiana alla pornografia può essere superato mediante il riferimento, in generale, allo sfruttamento a fini sessuali. A tal proposito, è da rilevare che la scelta del legislatore italiano di utilizzare una clausola generale quale "prestazioni che comportino comunque lo sfruttamento", se da un lato risulta particolarmente appropriata da un punto di vista repressivo, consentendo di coprire tutte le forme di sfruttamento che si potranno manifestare in futuro, dall'altro può creare problemi interpretativi, lasciando spazio a interpretazioni estensive, se non anche al procedimento analogico.

Riguardo al consenso della vittima, la mancata previsione nell'art. 600 c.p. della previsione di cui all'art. 2, punto 4, della direttiva, volta a rimarcare l'irrilevanza giuridica del consenso eventualmente prestato dalla vittima, non sembra affatto diretta ad escludere la rilevanza penale della condotta posta in essere in presenza di tale consenso, bensì finalizzata a non ampliare indebitamente la fattispecie⁵⁹⁷. Una differenza tra i due testi riguarda il caso in cui la vittima di tratta sia un minore, poiché, mentre la direttiva afferma che in tali ipotesi la condotta descritta è punita come reato di tratta anche in assenza dei mezzi sopra indicati, la legge 228/03 diversifica tale circostanza solo a livello sanzionatorio, prevedendo un aumento

⁵⁹⁶ Cfr. A. PECCIOLI, "Giro di vite" contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone, in *Dir. pen. proc.*, 2004, n. 1, p. 42.

⁵⁹⁷ Così S. FACHILE, *La nuova disciplina del trafficking nell'ordinamento giuridico italiano: legge 228/03*, su www.filodiritto.it, p. 6.

di pena. A tal proposito, sebbene parte della dottrina ritenga che, in relazione a tale aspetto, il legislatore italiano non abbia dato compiuta attuazione alla decisione-quadro⁵⁹⁸, appare plausibile ritenere che tale scelta sia stata ancora una volta dettata dall'intento di ampliare la tutela prevista per i casi di tratta, specie ove le vittime siano minori.

In particolare, la pena è aumentata da un terzo alla metà se la condotta è commessa in danno di minori degli anni diciotto, o se è diretta allo sfruttamento della prostituzione o, come già rilevato, al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi. In generale, comunque, il trattamento sanzionatorio previsto dalla legge 228/2003 è più severo, sia per le ipotesi ordinarie, per cui si supera la soglia minima di almeno cinque anni di reclusione richiesta a livello europeo, prevedendo la reclusione da otto a venti anni; sia per le ipotesi aggravate, essendo previsto l'utilizzo delle circostanze aggravanti ad effetto speciale (che consentono di giungere a una pena di trent'anni di reclusione) per le ipotesi in cui la condotta è commessa a danno di un minore degli anni 14, o in presenza di particolari relazioni di parentela, dipendenza, custodia o cura di un minore, da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni ovvero se è commesso in danno di minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata (art. 600-*sexies* c.p.). Inoltre, sono state introdotte sia la confisca, anche per equivalente, che delle pene accessorie e, in senso conforme a quanto richiesto già dalla decisione-quadro, è stata prevista l'estensione al delitto di tratta delle ipotesi di responsabilità da reato delle persone giuridiche (art. 25-*quinquies* d. lgs. 231/01).

Rilevanti novità non sono mancate né sul piano processuale, in cui sono stati previsti speciali strumenti di indagine volti a rafforzare l'azione di contrasto nei confronti della criminalità operante nel settore, né sul fronte dell'assistenza alle vittime, in cui degna di nota è la creazione di un fondo destinato al finanziamento dei programmi di assistenza e di integrazione sociale in favore delle vittime. Per quanto riguarda la giurisdizione, l'art. 604 c.p., che in virtù del principio di specialità prevale sugli artt. 9-10 c.p., estende i limiti di applicazione della legge penale italiana, affermando che la tratta e i delitti connessi si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, o in danno di cittadino italiano, oppure dallo straniero in concorso con cittadino italiano.

Nel complesso, dunque, il risultato di tale comparazione tra l'art. 601 c.p. e gli strumenti previsti a livello europeo è nel senso di una sostanziale conformità, essendo possibile superare in via interpretativa eventuali difetti di formulazione tecnica e di

⁵⁹⁸ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., p. 4129.

coordinamento, alla luce di una consapevolezza sempre più diffusa circa l'esigenza di un'adeguata azione di contrasto verso la tratta di esseri umani.

§ 2. La repressione delle altre condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare

La politica generale di organizzazione dei flussi e dei controlli sugli stranieri irregolari, perseguita dagli anni Novanta dal legislatore italiano, risulta assolutamente coerente con la *ratio* della disciplina volta a reprimere le condotte di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, la cui logica pare orientata non tanto alla tutela della "persona" del migrante, quanto piuttosto a criminalizzare il mercato che lo circonda, rendendo più difficile l'accesso alla casa e al mondo del lavoro, mediante l'introduzione di sanzioni penali scarsamente efficaci a carico di colui che fornisce un alloggio o impiega lavoratori irregolari. In particolare, col pacchetto sicurezza del 2008 si è inteso colpire particolari forme di favoreggiamento della permanenza di stranieri irregolarmente presenti nel territorio italiano, introducendo, da un lato, il delitto di cessione a titolo oneroso di un immobile allo straniero irregolare (A); modificando, dall'altro, il reato del datore di lavoro che occupi alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno o il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato (B).

A. La cessione a titolo oneroso di un immobile allo straniero irregolare

Il particolare *iter* legislativo che ha caratterizzato l'introduzione all'art. 12, comma 5-*bis*, TU del delitto di cessione a titolo oneroso di un immobile allo straniero irregolare ben esprime le tensioni esistenti in Parlamento rispetto all'azione di contrasto verso l'immigrazione illegale, materia in cui l'intento di "fare terra bruciata" attorno ai clandestini, se da un lato induce ad allargare l'area della rilevanza penale al fine di ostacolare la permanenza in Italia di tali soggetti e di porre fine allo sfruttamento della loro condizione da parte di terzi, dall'altro si scontra con la preoccupazione che ciò possa tradursi in un'incriminazione di tutte le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato. Il corretto bilanciamento degli interessi in gioco si presenta, in effetti, particolarmente complesso laddove sia in gioco il diritto all'abitazione, interesse che la prevalente giurisprudenza in materia di stato di necessità riconduce al diritto alla salute, riconosciuto quale diritto

inviolabile che spetta a ogni uomo, e quindi anche allo straniero, a prescindere dalla irregolarità della sua condizione⁵⁹⁹.

L'estrema delicatezza della materia ha dunque indotto il legislatore a rivedere la versione originaria del delitto in esame, contenuta all'art. 5 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, che, ove non sussistesse un più grave reato, puniva, con la reclusione da sei mesi a tre anni, la cessione dell'immobile a titolo oneroso, da parte del soggetto che ne avesse la disponibilità, ad un cittadino straniero irregolarmente soggiornante nel territorio dello Stato. In sede di conversione, infatti, da un lato, al fine di delineare meglio la condotta tipica e ampliare l'ambito di operatività della norma, accanto alla cessione, è stata introdotta un'ulteriore modalità di realizzazione, quale il fatto di "dare alloggio", che consente di punire anche colui che dia mera ospitalità allo straniero nella propria abitazione senza cedergli in via esclusiva la disponibilità della stessa; dall'altro, proprio al fine di evitare che fosse incriminata la mera ospitalità al collaboratore domestico o l'attività assistenziale di associazioni senza fini di lucro operanti nel settore dell'immigrazione, è stato inserito il dolo specifico di trarre un ingiusto profitto⁶⁰⁰.

Sotto il primo profilo, la nuova formulazione della norma consente di individuare due modalità alternative di realizzazione del fatto tipico, ravvisabili, la prima, nel consentire, da parte di chi ha a qualsiasi titolo la disponibilità di un immobile, l'utilizzo dello stesso dietro corrispettivo a favore di uno straniero irregolare (incluse quindi le ipotesi in cui l'immobile è coabitato dal dante causa); l'altra, nella cessione in qualsiasi forma, purché a titolo oneroso, di un immobile a tale soggetto. Al riguardo, è da rilevare che la norma contiene anche una specificazione a titolo esemplificativo della condotta, precisando che la cessione dell'alloggio possa avvenire "anche tramite una locazione", interpretata in dottrina a riprova del fine di estendere la fattispecie a tutti i diritti personali di godimento, oltre che a quelli reali, già inclusi nella nozione di cessione⁶⁰¹. Tale tecnica di tipizzazione, assai poco selettiva - o, se si preferisce, tale "non esemplare tecnica legislativa", come la definisce la Cassazione - ha suscitato perplessità circa l'eventuale riferimento ai negozi a titolo gratuito, quali la donazione

⁵⁹⁹ Sulla giurisprudenza in materia di "necessità abitativa", cfr. F. VIGANÒ, *Art. 54*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 656.

⁶⁰⁰ La norma, in seguito alle modifiche apportate con legge 27 luglio 2008 n. 125, ha assunto la seguente formulazione: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto dà alloggio ad uno straniero, privo di titolo di soggiorno, in un immobile di cui abbia disponibilità, ovvero lo cede allo stesso, anche in locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del c.p.p., anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato».

⁶⁰¹ Cfr. P. PISA - F. ARRIGONI, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, in *Dir. pen. proc., Speciale Immigrazione*, 2009, n. 2, p. 26.

e il comodato, ricompresi nell'ambito applicativo della norma attraverso il ricorso a una particolare interpretazione che, individuando due diverse figure di reato nell'art. 12, comma 5-*bis*, TU, limita l'inciso "a titolo oneroso" (e il dolo specifico) alla prima di esse, che sanziona la condotta di dare alloggio; sennonché, tale disarticolazione della norma è stata prevalentemente disattesa, anche alla luce di una recente pronuncia della Corte di Cassazione, come si avrà modo di analizzare più in dettaglio con riferimento al dolo specifico. In tal senso, comunque, può essere fin da ora significativo far riferimento ai lavori parlamentari che ampiamente danno contezza del fatto che l'inserimento della locuzione "a titolo oneroso" è stato voluto dal legislatore non per differenziare un'ipotesi (dare alloggio) rispetto ad un'altra (cedere in locazione), dando ad ognuna dignità autonoma di reato, quanto piuttosto per escludere le condotte umanitarie (dare alloggio gratuito) dall'area di rilevanza penale⁶⁰².

Nella stessa ottica, in sede di conversione si è proceduto alla modifica dell'elemento soggettivo, attraverso l'inserimento del dolo specifico di trarre un ingiusto profitto dalla cessione dell'immobile al clandestino, che a prima vista sembrerebbe escludere dall'area di rilevanza penale della fattispecie le ipotesi di cessione di un immobile praticate alle normali condizioni di mercato, richiedendo che il trasferimento della disponibilità dell'immobile avvenga dietro un corrispettivo sproporzionato, al fine di trarre un profitto ingiusto appunto⁶⁰³. Tuttavia, secondo tale impostazione⁶⁰⁴, la nuova figura di reato, che nelle intenzioni del legislatore era originariamente concepita come uno strumento di contrasto all'immigrazione irregolare, diventerebbe a tutela del clandestino, garantendogli un accesso al mercato immobiliare a condizioni particolarmente vantaggiose, contravvenendo alla *ratio legis* di ostacolare l'accesso all'alloggio, e dunque la permanenza in Italia, per lo straniero che si trovi in condizione irregolare⁶⁰⁴. In realtà, è preferibile la tesi che individua nell'extracomunitario una vittima solo potenziale del reato in esame, destinato ad applicarsi anche alle ipotesi di locazione o cessione con finalità essenzialmente lucrative e caratterizzate da ulteriori elementi di violazione della disciplina fiscale, civile, penale o amministrativa

⁶⁰² Cfr. l'intervento del sen. Lauro nel resoconto della seduta delle Commissioni I e II riunite del 3 giugno 2008, il quale «ritiene che la norma debba essere modificata nel senso di prevedere l'ipotesi di chi, a titolo oneroso, dia alloggio o consenta al godimento dell'immobile all'extracomunitario. Ciò permette, da una parte di escludere il caso dei collaboratori domestici e dell'attività caritativa, dall'altro evita di sanzionare esclusivamente il proprietario, colpendo anche chi, pur non essendo proprietario ceda ad altri l'uso dell'immobile di cui ha avuto, a vario titolo, la disponibilità».

⁶⁰³ Dall'esame della giurisprudenza relativa all'art. 12, comma 5, TU, si ricava che il profitto ingiusto si configura sia laddove i canoni di locazione siano gravosi o vessatori, sia quando la forma contrattuale prescelta si riveli in concreto particolarmente svantaggiosa per lo straniero.

⁶⁰⁴ Cfr. L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 23; in particolare l'Autore come evidenza una maggior tutela del "clandestino" rispetto al cittadino e allo straniero regolare, dato che cedere a prezzi esorbitanti un immobile a questi ultimi non configura alcun illecito, mentre la medesima condotta diventa punibile ove la vittima sia un clandestino.

contenuta nel Testo Unico, che, pur non arrecando alcun pregiudizio economico o personale allo straniero, sono tali da conferire alla condotta una prospettiva di vantaggio ingiusto⁶⁰⁵.

Inoltre, l'inserimento della finalità di trarre un ingiusto profitto nella prima parte della disposizione ha sollevato un contrasto interpretativo tra un orientamento prevalente, in base al quale il dolo specifico deve ritenersi esteso a tutta la disposizione, e una tesi minoritaria, condivisa da alcuni giudici di merito⁶⁰⁶, volta invece a circoscrivere tale forma di dolo soltanto alla prima condotta considerata nella norma, vale a dire il fatto di dare alloggio. A tal proposito, quest'ultimo orientamento si basa, oltre che sulla specifica collocazione testuale dell'inciso in questione, sul diverso disvalore delle condotte incriminate, poiché, mentre il dare alloggio a uno straniero irregolare acquista rilevanza penale solo laddove oneroso e ricollegato alla finalità di trarre un ingiusto profitto, il trasferimento della disponibilità di un immobile mediante l'attribuzione a titolo oneroso di un diritto personale o reale di godimento sarebbe *ex se* penalmente perseguibile⁶⁰⁷.

Nonostante la razionalità di tale tesi, l'orientamento prevalente, avallato dalla prima pronuncia di legittimità su tale previsione, basandosi sull'unicità di tre elementi della fattispecie - quali il soggetto "chiunque" che regge e lega l'intera frase, la clausola di salvaguardia e la sanzione - ritiene che, presentandosi il testo della norma in esame unitario dal punto di vista sintattico, si tratti di un'unica previsione di una singola fattispecie di reato, di cui sono descritte le plurime possibili forme di commissione, anziché di una dualità (o pluralità) di reati autonomi⁶⁰⁸. Ove si propenda per tale orientamento, si pone però il problema di risolvere la questione del concorso apparente di norme che si verrebbe a creare rispetto al delitto di favoreggiamento della permanenza dello straniero, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla sua condizione di illegalità, di cui all'art. 12, comma 5, TU, solitamente applicato in giurisprudenza alle ipotesi di concessione di locali a uso abitativo agli stranieri⁶⁰⁹. A tal proposito, alcuni autori ritengono che tra le due norme sussista un vero e proprio rapporto di specialità, *ex art.* 15 c.p., e dunque dovrebbe applicarsi l'art. 12, comma 5-

⁶⁰⁵ M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 110.

⁶⁰⁶ Ord. Trib. Brescia, 30 luglio 2008, in *GM*, 2008, p. 3242.

⁶⁰⁷ Per un'accurata ricostruzione dell'orientamento minoritario, cfr. P. PISA - F. ARRIGONI, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 29.

⁶⁰⁸ Cass., sez. I, 7 maggio 2009, n. 19171.

⁶⁰⁹ Cass., sez. I, 7 febbraio 2008, n. 6068, Bavarese, in *Dir. pratica lav.*, 2008, p. 597; Cass., sez. I, 12 dicembre 2006, n. 40398, Affatato, in *RP*, 2007, p. 379; Cass., sez. I, 15 febbraio 2006, n. 5887, Bonifazi, in *CP*, 2007, p. 2126; Cass., sez. I, 28 novembre 2003, n. 46066, Capriotti, in *DDP*, 2004, p. 284, Cass., sez. I, 28 novembre 2003, n. 46070, Scarselli, *ibidem*, p. 284; Cass., sez. I, 28 maggio 2003, n. 22438, Praticò, in *Dir. pratica lav.*, 2003, p. 186.

bis, TU, sebbene preveda un massimo edittale più basso⁶¹⁰; altri, invece, sostengono l'applicazione della clausola di sussidiarietà in favore del reato di cui al comma 5, con conseguente disapplicazione della fattispecie in esame⁶¹¹.

Un altro punto controverso riguarda l'individuazione del soggetto attivo, contrapponendosi alla tesi che ritiene si tratti di reato comune, che come tale può essere realizzato da chiunque⁶¹², l'orientamento che ravvisa nella fattispecie in questione un'ipotesi di reato proprio, che può essere commesso soltanto da colui il quale abbia la disponibilità dell'immobile, vale a dire, oltre che dal proprietario, anche da chi vanta sullo stesso un mero diritto reale o personale di godimento⁶¹³; optare per l'uno o l'altro orientamento non rileva ai fini applicativi, poiché in entrambi i casi non è richiesto che il reato venga necessariamente posto in essere dal proprietario dell'immobile, potendo essere realizzato anche dal possessore o dal mero detentore dell'immobile alienato o locato. Secondo alcuni autori, si tratterebbe inoltre di reato a cooperazione artificiosa con la vittima, identificata nel cittadino straniero privo di permesso di soggiorno che accetta di alloggiare nell'immobile messo a disposizione o locato dal soggetto attivo⁶¹⁴.

In applicazione delle regole generali sul concorso di persone nel reato di cui all'art. 110 c.p., può essere chiamato a rispondere, oltre al titolare dell'immobile, anche chi ha consapevolmente fornito un contributo causale alla realizzazione del reato, svolgendo un'opera di intermediazione o prestando la propria opera affinché il contratto fosse validamente concluso. A tal proposito, sotto il profilo soggettivo, mentre alcuni richiedono che anche la condotta del concorrente sia volta a trarre un ingiusto profitto⁶¹⁵, altri, più correttamente, sostengono che sia sufficiente, da parte del concorrente, la consapevolezza della situazione di illegalità in cui si trova lo straniero, senza che si richieda il dolo specifico, purché il concorrente sia a conoscenza del fatto che in capo all'autore principale sussista la

⁶¹⁰ In tal senso, cfr. E. ANTONINI, *Le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 11, p. 1372; p. L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 26; A. STOMEIO, *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e cessione di immobile a stranieri irregolarmente soggiornanti*, in www.personaedanno.it.

⁶¹¹ Cfr. S. CORBETTA, *Modifiche alla Bossi-Fini*, in AA.VV., *"Decreto sicurezza": tutte le novità*, Milano, 2008, p. 199.

⁶¹² Cfr. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 502; P. PISA - F. ARRIGONI, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 28.

⁶¹³ Cfr. G. BARBUTO, *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, in S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G. L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, cit., p. 267.

⁶¹⁴ Cfr. R. TUCCI, *Problemi applicativi del delitto di locazione di immobile ad extracomunitari irregolari*, in *Giust. pen.*, 2010, n. 6, p. 217.

⁶¹⁵ Cfr. E. ANTONINI, *Le altre modifiche al codice penale*, cit., p. 267.

finalità di trarre un ingiusto profitto⁶¹⁶. Ovviamente, ove il titolare dell'immobile sia in buona fede, andrà esente da responsabilità e non si potrà procedere alla confisca dell'immobile.

Il soggetto attivo deve essere tra l'altro a conoscenza dello stato di irregolarità del cessionario dell'immobile, elemento normativo della fattispecie; potrà dunque ipotizzarsi l'errore su norma extrapenale *ex art. 47, comma 3, c.p.* in ogni ipotesi di errore o ignoranza circa l'illegalità del soggiorno del soggetto cui si fornisce alloggio, situazione facilmente prospettabile data la complessità della disciplina in materia. A tal proposito, è da rilevare che anche la nozione di straniero privo di un valido titolo di soggiorno è piuttosto controversa, riferendosi per alcuni soltanto allo straniero extracomunitario irregolare o espulso⁶¹⁷, mentre per altri anche al cittadino comunitario allontanato o che abbia superato il termine di durata del soggiorno⁶¹⁸; tuttavia, essendo la previsione inserita nel Testo Unico sull'immigrazione, riferito solo agli apolidi e agli stranieri extracomunitari, è da preferire la prima interpretazione.

Per quanto riguarda invece la natura del reato, mentre non vi sono dubbi circa i casi di compravendita dell'immobile, essendo pacifica la natura istantanea del reato, più problematica risulta invece l'ipotesi di "coabitazione" o locazione; a tal proposito, mentre alcuni autori sostengono che il reato abbia in tal caso natura permanente⁶¹⁹, poiché la condotta antigiusuridica si protrae nel tempo per la durata del periodo in cui viene fornito alloggio al clandestino; altri fanno ricorso alla categoria del "delitto a condotta frazionata", ritenendo sufficiente ai fini della perfezione del reato il mero accordo negoziale per l'affitto della casa, facendo coincidere la consumazione con il momento in cui si ha l'effettiva presa in carico dell'immobile⁶²⁰.

La problematica relativa alla natura del reato può trarre spunti rilevanti dall'ulteriore modifica apportata alla norma in questione dalla legge n. 94/2009, attraverso la quale si è provveduto a precisare che il reato si perfeziona al momento della stipula del negozio oneroso o del rinnovo del contratto di locazione, circoscrivendo a questo specifico momento l'obbligo per colui che ha la disponibilità dell'immobile di verificare che lo straniero sia in possesso di un valido titolo di soggiorno. Ciò ha indotto alcuni autori a ritenere che si tratti di reato istantaneo con effetti permanenti, in quanto, se la condotta antigiusuridica si esaurisce nel momento in cui avviene la stipula del contratto o il suo rinnovo, la lesione dell'interesse

⁶¹⁶ Cfr. L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 27.

⁶¹⁷ Cfr. E. ANTONINI, *Le altre modifiche al codice penale*, cit., p. 1372.

⁶¹⁸ Cfr. P. PISA - F. ARRIGONI, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 27.

⁶¹⁹ Cfr. L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 26.

⁶²⁰ Cfr. P. PISA - F. ARRIGONI, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 26.

protetto invece permane⁶²¹. In particolare, per quanto riguarda la rinnovazione del contratto di locazione, mentre prima della novella del 2009 si distingueva tra i casi di mera prosecuzione del precedente accordo, che integravano un reato unico, e le ipotesi di rinegoziazione delle condizioni della permanenza che, poiché implicavano un'ulteriore verifica sulla validità del titolo di soggiorno, comportavano invece un concorso di reati; per effetto della nuova formulazione, si può ritenere sussista sempre un concorso di reati, richiedendosi sempre da parte del locatore un controllo circa la condizione di regolarità dello straniero⁶²². Tale precisazione del momento cui riferire la valutazione circa la condizione dello straniero risulta nel complesso pleonastica, perché il medesimo risultato sarebbe stato raggiunto dai giudici in applicazione delle regole ordinarie in materia di colpevolezza, richiedendosi comunque in capo al soggetto attivo la conoscenza della situazione di irregolarità dello straniero⁶²³.

Sotto il profilo sanzionatorio, nel nuovo testo della norma viene riproposta la confisca dell'immobile, sanzione accessoria che fa seguito alla sentenza di condanna con provvedimento irrevocabile o all'applicazione della pena su richiesta delle parti, anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, salvo che l'immobile appartenga a una persona estranea al reato. Inoltre, sempre al fine di contrastare le organizzazioni criminali che si dedicano allo sfruttamento dei migranti, è previsto che, ove si proceda alla vendita dei beni confiscati, le somme di denaro ricavate sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in materia di immigrazione clandestina. A tal proposito, la previsione della confisca obbligatoria è stata criticata in quanto da alcuni ritenuta eccessiva perché svincolata da un'effettiva valutazione concreta della gravità dei fatti⁶²⁴; perplessità ha suscitato anche l'esclusione di tale strumento sanzionatorio in caso di appartenenza dell'immobile a persona estranea al reato, che rischierebbe di favorire il ricorso all'intermediazione fittizia di un prestanome per sottrarsi alla confisca.

Le critiche non hanno risparmiato in generale la nuova figura di reato che, dettata ancora una volta da finalità di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza sociale, rischia di costituire un deterrente alla conclusione di contratti immobiliari con gli stranieri, anche ove si tratti di soggetti in condizione regolare, rendendo più difficoltoso l'accesso alla casa da parte degli immigrati e compromettendo anche il diritto al ricongiungimento familiare, per il conseguimento del quale è necessaria l'idoneità abitativa. Tale disposizione è infatti destinata

⁶²¹ Cfr. G. BARBUTO, *Cessione a titolo oneroso di immobile allo straniero clandestino*, cit., p. 269.

⁶²² Cfr. P. PISA - F. ARRIGONI, *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, cit., p. 27.

⁶²³ Giudica dannosa, oltre che inutile, tale modifica L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, cit., p. 56.

⁶²⁴ Cfr. A. STOMEIO, *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e cessione di immobile a stranieri irregolarmente soggiornanti*, cit.

a produrre effetti ulteriormente marginalizzanti per i migranti, secondo una logica di esclusione che non sempre si mostra in grado di distinguere tra regolari e irregolari, generalizzando gli effetti perversi della sua applicazione. Non si può, inoltre, fare a meno di rilevare come il legislatore abbia perso un'occasione importante per disciplinare il settore degli alloggi agli stranieri, introducendo magari, accanto alla tutela (potenziale) della sfera patrimoniale dello straniero da comportamenti vessatori, profili di salvaguardia dell'incolumità e della dignità umana, in una prospettiva volta a favorire l'integrazione, unico serio strumento di contrasto contro le spinte criminogene solitamente connesse a ogni situazione di emarginazione. In quest'ottica, sarebbe stato opportuno destinare magari solo una parte dei fondi derivanti dalla vendita dei beni confiscati alla creazione di strutture di accoglienza ed assistenza, alla facilitazione dell'accesso degli stranieri agli alloggi di edilizia popolare ed alla sanità pubblica, alla creazione di incentivi fiscali a chi affitta immobili agli stranieri, alla semplificazione delle procedure per il rilascio dei titoli di soggiorno e a quant'altro possa servire, non a rassicurare l'opinione pubblica, bensì a garantire condizioni di vita più umane agli stranieri presenti sul nostro territorio.

B. L'impiego di lavoratori stranieri irregolari

Il trattamento dei lavoratori extracomunitari residenti nel territorio italiano ha suscitato l'attenzione del legislatore intorno alla fine degli anni Ottanta, quando è intervenuto con la legge 943/86 al fine di garantire ai lavoratori regolari e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani, dando così attuazione alla Convenzione OIL n. 143/1975; in particolare, il comma 2 dell'art. 12 di tale legge, ricollegandosi alle procedure autorizzatorie per l'accesso all'occupazione degli stranieri, puniva (con l'ammenda da cinquecentomila a due milioni di lire e, nei casi più gravi, con l'arresto da tre mesi ad un anno) il datore di lavoro che impiegava alle proprie dipendenze lavoratori immigrati sprovvisti dell'autorizzazione al lavoro prevista dalla stessa legge. In seguito, il Testo Unico del 1998 ha abrogato tale previsione, prevedendo all'art. 22, comma 10, la punibilità del datore di lavoro che occupi alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno o il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato. Nonostante il tenore letterale dell'art. 47, comma 2, lett. c) TU che sanciva l'espressa abrogazione delle precedente disposizione, il rapporto tra le due norme si è rivelato particolarmente problematico, rendendo necessario un intervento delle Sezioni Unite al fine di risolvere in via definitiva il contrasto interpretativo esistente nell'ambito della giurisprudenza

di legittimità⁶²⁵. In effetti, la Suprema Corte ha optato per la tesi dell'*abolitio criminis*, ritenendo assolutamente diverso il *proprium* delle due fattispecie, poiché diverso è l'atto amministrativo che viene in questione, diversi sono gli organi e i procedimenti tramite i quali questo è rilasciato e, soprattutto, diversa è la *ratio* dell'intervento del legislatore penale, il quale, con la nuova normativa, mira essenzialmente a controllare gli ingressi dei cittadini extracomunitari in Italia, impedendo che essi avvengano al di fuori dei flussi programmati, e non più soltanto a tutelare le condizioni del lavoratore⁶²⁶.

Una prima modifica della norma in questione è intervenuta con la legge Bossi-Fini del 2002 che, sotto il profilo sanzionatorio, ha variato la sanzione pecuniaria, ormai cumulabile all'arresto e comminata in modo fisso in base al numero di stranieri illegalmente impiegati, secondo il modello - di dubbia legittimità costituzionale - della pena proporzionale; dal punto della condotta tipica, invece, ha sostituito il riferimento all'"autorizzazione al lavoro", di cui dovevano essere in possesso i lavoratori stranieri secondo la precedente legge, con il richiamo "al permesso di soggiorno di cui allo stesso articolo". A tal proposito, il Tribunale di Asti, ritenendo tale espressione frutto di un errore materiale nella redazione legislativa, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 24, 25, comma 2, Cost., che è stata dichiarata però manifestamente infondata dalla Corte Costituzionale, la quale ha precisato che il permesso di soggiorno rilevante ai fini della fattispecie in esame è quello rilasciato per motivi di lavoro subordinato, di cui all'art. 22 TU, specificamente richiamato nei commi 7 e 9 di detto articolo, e non il permesso di soggiorno "generico" previsto dall'art. 5 dello stesso Testo Unico⁶²⁷.

Un'ulteriore riforma si è avuta con il pacchetto sicurezza del 2008, che ha modificato il testo dell'art. 22, comma 12, TU, trasformando da contravvenzione a delitto il fatto del datore di lavoro che occupi alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno o il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato, prevedendo la pena della reclusione da sei mesi a tre anni (anziché l'arresto da sei mesi ad un anno) e la multa di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato. A prima vista, l'inasprimento sanzionatorio e l'abbandono

⁶²⁵ A favore della tesi dell'*abolitio criminis* cfr. Cass. pen., 12 gennaio 1999, n. 3199, in *Giust. Pen.* 2000, II, c. 122; Cass. pen., 3 aprile 2000, n. 2429; Cass. pen. 21 aprile 2000, n. 4983, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 3, p. 150; a favore della tesi della successione di leggi penali nel tempo, cfr. Cass. pen., 28 settembre 1999, ord. 2944, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, p. 706; Cass. pen., 25 maggio 2000, n. 6075, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 3, p. 151. Sul contrasto esistente in materia prima dell'intervento delle Sezioni Unite, cfr. V. FERRARIS, *L'impiego e lo sfruttamento di manodopera clandestina. Note a margine di due contrastanti sentenze*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 2, p. 73.

⁶²⁶ Cass. pen., Sez. Unite, 11 settembre 2001, n. 33539, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 1, p. 200 con nota di A. CASADONTE, *L'occupazione irregolare di lavoratori stranieri nel quadro dei principi generali del diritto penale*.

⁶²⁷ Corte Costituzionale, ord. 31 luglio 2002, n. 419. Perplessità sull'argomentazione della Corte sono formulate da A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 169.

della natura contravvenzionale dell'illecito in esame potrebbero far propendere a favore di una seria azione di contrasto posta in essere dal legislatore per arginare la piaga del lavoro nero, sempre più diffusa specie nei settori produttivi in cui si fa ampio ricorso alla manodopera straniera. In realtà, tale modifica, rendendo il fatto punibile esclusivamente a titolo di dolo, e non più a titolo di colpa, contribuisce ad agevolare la difesa dei datori di lavoro, i quali, ai fini di andare esenti da responsabilità penale, potranno addurre una condotta negligente in ordine all'obbligo di verificare l'esistenza di un valido titolo di soggiorno in capo agli stranieri impiegati⁶²⁸. Come ha riconosciuto la stessa Corte di Cassazione, avendo l'intervento normativo del 2008 reso penalmente irrilevante la responsabilità colposa, risolvendosi, per tale ipotesi, in un'abolizione parziale della fattispecie precedente, l'errore, ancorché colposo, del datore di lavoro sul possesso di regolare permesso di soggiorno da parte dello straniero impiegato, cadendo su un elemento normativo integrante la fattispecie, comporta l'esclusione della responsabilità penale⁶²⁹.

Sotto il profilo temporale, è da rilevare, da un lato, considerato il richiamo di cui all'art. 24, comma 6, TU, relativo ai rapporti di lavoro stagionale, alle sanzioni previste dall'art. 22, comma 12, TU, che non sussiste alcuna differenza se il datore di lavoro si sia avvalso del lavoratore irregolare in modo stabile o a termine; dall'altro, che la fattispecie sussiste anche nel caso in cui lo straniero abbia presentato istanza di regolarizzazione solo in seguito all'inizio dell'attività lavorativa, non ritenendosi valida una sanatoria con efficacia retroattiva. Questa tesi è stata di recente avallata dalla Corte di Cassazione, che ha affermato che la responsabilità penale del datore di lavoro non è esclusa dal fatto che sia stata chiesta la regolarizzazione, né possono invocarsi, al fine di escludere la consapevolezza dell'illecito, le lungaggini burocratiche, disattendendo così l'orientamento volto a circoscrivere l'ambito di applicazione della norma agli stranieri che si trovino in Italia in condizioni di assoluta illegalità⁶³⁰.

Premesso che si tratti di reato proprio, ai fini dell'individuazione del soggetto attivo, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, per datore di lavoro non si intende solo l'imprenditore o colui che amministra e gestisce una qualsiasi attività lavorativa, ma chiunque assume di fatto alle proprie dipendenze uno straniero al fine di utilizzarne la forza lavoro

⁶²⁸ Così C. RENOLDI - G. SAVIO, *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, n. 3-4, p. 42.

⁶²⁹ Cass. pen., sez. I, 30 novembre 2010, n. 9882.

⁶³⁰ Cass. pen., sez. I, 10 maggio 2011, n. 27077, in *Diritto&Giustizia* del 13 luglio 2011. In senso contrario, M. VIZZARDI, *Divieto di assunzione di stranieri sprovvisti del permesso di soggiorno: una questione interpretativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, n. 4, p. 1706, in cui l'Autore, in senso conforme a una pronuncia del Trib. di Trento del 30 settembre 2005, sostiene sia necessario procedere a un'interpretazione restrittiva della clausola «lavoratori privi del permesso di soggiorno», secondo la *ratio* della disposizione.

dietro corrispettivo, come nel caso di collaboratori domestici e badanti⁶³¹. Inoltre, nell'ambito delle società, la Suprema Corte ha di recente ritenuto penalmente responsabile non soltanto chi assume il lavoratore straniero che si trovi nelle condizioni indicate dalla fattispecie incriminatrice, bensì anche chi, pur non avendo provveduto direttamente all'assunzione, se ne avvalga tenendo alle sue dipendenze e pertanto occupando, più o meno stabilmente, l'assunto; secondo la Corte, infatti, la norma incriminatrice punisce, prescindendo dalla fase specifica dell'assunzione, "chi occupa alle proprie dipendenze", condotta questa che, come reso palese dal significato letterale delle parole utilizzate, fa riferimento all'occupazione lavorativa, che può realizzarsi con l'assunzione, ma non soltanto con essa⁶³². Tale sentenza è particolarmente importante in quanto segna un'inversione di tendenza rispetto all'orientamento precedente che, ai fini della configurabilità del reato *de quo*, intendeva per datore di lavoro «colui che procede alla stipulazione del rapporto di lavoro con il cittadino extracomunitario», senza che assumesse alcuna rilevanza la posizione eventualmente rivestita dal soggetto in una determinata azienda nel cui ambito l'attività lavorativa veniva svolta⁶³³.

Per quanto riguarda il numero di lavoratori stranieri irregolari che devono essere impiegati dal datore di lavoro affinché possa applicarsi il reato in questione, è da rilevare che la giurisprudenza di legittimità, basandosi su un'interpretazione letterale, logica e sistematica della fattispecie, ritiene che l'espressione "lavoratori" usata dal legislatore sia, anche sotto il profilo grammaticale, un'espressione indeterminativa, vale a dire un'espressione che vuole riferirsi ad un soggetto indipendentemente dalle sue caratteristiche, sia che si tratti di uno che di più soggetti⁶³⁴; di conseguenza, la Suprema Corte ritiene il reato di cui all'art. 22, comma 12, TU configurabile anche laddove l'assunzione irregolare riguardi un solo lavoratore, non potendosi accedere a un'interpretazione che vorrebbe limitare la rilevanza penale della condotta al solo caso in cui l'occupazione riguardi una pluralità di lavoratori stranieri⁶³⁵. Inoltre, la circostanza che le persone impiegate dal datore di lavoro siano cittadini rumeni, che a partire dal 1 gennaio 2007 hanno perduto la condizione di extracomunitari in seguito all'adesione della Romania all'Unione Europea, non esclude la rilevanza penale del fatto commesso prima di tale data, non essendo in tal caso applicabile l'art. 2, comma 2 e 4, c.p., in

⁶³¹ Cass. pen., sez. I, 4 aprile 2003, n. 25665, Iovino, in *Cass. pen.*, 2004, n. 605, p. 1755.

⁶³² Cass. pen., sez. I, 18 maggio 2011, n. 25615, F.M., in *Diritto&Giustizia*, 2011, n.1.

⁶³³ Cass. pen., sez. I, 22 giugno 2005, n. 34229, Nobile, in *Cass. pen.*, 2006, n. 1385, p. 3316; Cass. pen., sez. I, 8 luglio 2008, n. 29494, in *Cass. pen.*, 2009, n. 9, p. 3600.

⁶³⁴ Cass. pen., sez. I, 30 marzo 2005, n. 18182, Piccin, in *Cass. pen.*, 2006, n. 1384, p. 3314.

⁶³⁵ Cass. pen., sez. fer., 4 settembre 2008, n. 38079.

quanto le norme modificatrici dello *status* dei cittadini rumeni non possono considerarsi integratrici della norma penale, né possono operare retroattivamente⁶³⁶.

Rispetto alla natura del reato, si tratta di reato permanente, per il perfezionamento del quale è condivisibile l'orientamento dottrinale che ritiene non sufficiente l'assunzione del lavoratore, richiedendo invece il concreto inizio dell'attività lavorativa⁶³⁷. Nella stessa ottica, ai fini dell'individuazione del luogo di consumazione del reato, deve aversi riguardo all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa, piuttosto che al momento della costituzione del rapporto, tenuto conto che la condizione di illegalità dei lavoratori, non consentendo per ovvi motivi la formalizzazione di un regolare rapporto di lavoro, impone di assegnare prevalenza al luogo di materiale esplicazione delle energie lavorative, in cui si verifica, di fatto, la situazione descritta dalla norma, sebbene i primi contatti e gli accordi tra datore di lavoro e lavoratori siano avvenuti altrove⁶³⁸.

Con riguardo all'elemento soggettivo, si richiede il dolo generico, essendo sufficiente che il datore di lavoro sia consapevole di assumere alle proprie dipendenze un lavoratore irregolare, senza che rilevi la volontà di trarre alcun particolare profitto rispetto all'assunzione di un eventuale lavoratore ordinario. Tale precisazione permette di distinguere la fattispecie in esame da quella ben più grave di favoreggiamento della permanenza illegale di uno straniero sul territorio dello Stato di cui all'art. 12, comma 5, TU, in cui rileva invece il dolo specifico, cioè la consapevolezza e la volontà di approfittare e trarre un ingiusto profitto dalla situazione di clandestinità in cui si trova l'immigrato, attraverso l'imposizione di condizioni gravose, ingiustificate e discriminatorie (per orario e retribuzione) rispetto ad un rapporto di lavoro ordinario. Come ha affermato anche la Corte di Cassazione, il fatto di cui all'art. 12, comma 5, TU, nella sua materialità, può essere realizzato assumendo il clandestino, ma occorre anche l'ingiustizia del profitto perseguito dal soggetto attivo, che non è di per sé configurabile nell'ambito del normale svolgimento del rapporto sinallagmatico di prestazione d'opera, occorrendo un "*quid pluris*" tale da connotarlo secondo la previsione incriminatrice; diversamente, l'assunzione di lavoratori stranieri privi di valido permesso di soggiorno integra soltanto - oltre a violazioni in tema di collocamento ed assicurazioni obbligatorie - il reato contravvenzionale di cui all'art. 22, comma 10 (ai tempi della sentenza), TU⁶³⁹.

⁶³⁶ Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2007, n. 6392; Cass. pen., sez. I, 21 febbraio 2007, n. 12467, in *Foro it.*, 2007, II, n. 11, p. 620.

⁶³⁷ Cfr. A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 168.

⁶³⁸ Cass. pen., sez. I, 8 luglio 2008, n. 29494.

⁶³⁹ Cass. pen., sez. I, 28 giugno 2000, n. 4700.

Ancora, riguardo alla distinzione teorica tra le due fattispecie, alcuni autori la individuano nel diverso tipo di vizio che inficia il rapporto, dato soltanto dalla mancanza del permesso di soggiorno nel caso dell'art. 22 e dalla sproporzione dei ruoli nelle ipotesi dell'art. 12, comma 5⁶⁴⁰; la giurisprudenza, inoltre, escludendo che tra le due norme sussista un rapporto di specialità, ritiene ammissibile il concorso di reati, per la diversità della *ratio* che li caratterizza e per l'evidente diversità dell'interesse protetto⁶⁴¹.

Dopo aver esaminato le principali caratteristiche di tale fattispecie incriminatrice, viene da chiedersi, anche con riferimento ai recenti episodi di violenza di Rosarno, quale sia l'effettiva utilità di una disposizione introdotta al fine di risolvere un problema che pare ormai essersi profondamente radicato nel sistema, quale conseguenza dello stretto legame tra l'irregolarità dell'ingresso e della permanenza sul territorio nazionale degli extracomunitari e lo sfruttamento economico cui essi sono sottoposti⁶⁴². La scarsa effettività della previsione di cui all'art. 22, comma 12, TU si inserisce, tra l'altro, in un quadro normativo assolutamente inidoneo a garantire un'efficace applicazione degli *standard* sovranazionali in materia di lavoro degli immigrati extracomunitari, come risulta dal rapporto delle procedure di controllo attivate dall'Oil nei confronti dell'Italia, da cui emerge la violazione degli obblighi derivanti dall'art. 1 della Convenzione n. 143/1975, che impegna gli Stati membri al rispetto dei diritti fondamentali di tutti i lavoratori migranti indipendentemente dal loro *status*; dall'art. 9, che prevede la tutela del diritto alla remunerazione e alla sicurezza sociale del lavoratore illegalmente impiegato; dall'art. 10, relativo alle misure volte a garantire parità di trattamento rispetto ai lavoratori italiani⁶⁴³. In tal senso, anche il Consiglio dei diritti umani dell'Onu ha indirizzato all'Italia serie raccomandazioni, invitando il nostro paese ad adottare misure effettive, volte all'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti dei lavoratori extracomunitari e alla riduzione della disoccupazione tra gli immigrati, in quanto la lotta contro l'immigrazione clandestina non può in nessun caso prevalere sugli obblighi internazionali di tutela nei confronti di coloro che, pur non essendo cittadini, svolgono comunque un'attività lavorativa sul territorio nazionale⁶⁴⁴. Non resta dunque che auspicare che il legislatore italiano sia in grado di agire in modo efficace e tempestivo al fine di affrontare il clima di evidente intolleranza, violenza e discriminazione nei confronti degli

⁶⁴⁰ Cfr. E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, cit., p. 495.

⁶⁴¹ Cass. pen., sez. I, 8 aprile 2003, n. 23438, Praticò, in *Cass. pen.*, 2004, n. 476, p. 1370.

⁶⁴² Sul caso di Rosarno e la condizione giuridica del lavoratore migrante irregolare alla luce della normativa internazionale di riferimento, cfr. F. MORRONE, *Lo sfruttamento della manodopera straniera e le "forme contemporanee di schiavitù": il caso di Rosarno*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2010, n. 4, p. 367.

⁶⁴³ Oil, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Report III (Part 1 A), 6 marzo 2009, p. 644.

⁶⁴⁴ UN Doc. A/HRC/WG.6/7/L.3 dell'11 febbraio 2010.

immigrati, assicurando l'effettiva tutela, nella legislazione e nella prassi, dei diritti umani propri di tutti i lavoratori immigrati, indipendentemente dal loro *status*.

Conclusioni

La ricerca è stata condotta analizzando dapprima l'evoluzione della politica europea in materia di immigrazione, soffermandosi in particolare sulle iniziative intraprese sotto il profilo del contrasto ai flussi irregolari, ed esaminando in seconda battuta l'azione che la Francia e l'Italia hanno svolto al fine di una repressione più efficace del fenomeno.

Riguardo alla dimensione europea, si sono messe in evidenza le principali modifiche prospettate in materia di immigrazione irregolare dal Trattato di Lisbona, la cui entrata in vigore dovrebbe avere l'effetto non solo di favorire un rilancio della politica di immigrazione dell'Unione europea attraverso un maggior livello di armonizzazione legislativa, ma anche di contribuire ad una ridefinizione del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti al fine di garantire una parità di trattamento tra cittadini comunitari e non comunitari. Allo stato dell'arte, infatti, la disciplina europea in materia di immigrazione continua a essere caratterizzata da un'asimmetria regolativa tra i due *volets* dell'immigrazione legale ed illegale. A tal proposito, i risultati maggiori sono stati raggiunti in materia di immigrazione illegale, in cui si è formato un *acquis* comunitario piuttosto articolato, in quanto si è percepita l'inadeguatezza degli strumenti nazionali di contrasto del fenomeno rispetto alle esigenze di sicurezza generale; nel settore dell'immigrazione legale, invece, occorre un maggiore impegno dell'Unione al fine di gestire in modo efficace i flussi regolari e promuovere la reale partecipazione e inclusione nel mondo del lavoro e nella società dei numerosi immigrati che soggiornano legalmente nell'Unione. Nonostante tale limite, occorre comunque sottolineare come nella gestione del fenomeno migratorio a livello europeo si sia rivelato determinante l'abbandono dell'approccio prettamente difensivo e settoriale delle origini a favore invece di un approccio globale basato su «un'analisi comune del fenomeno migratorio in tutti i suoi aspetti».

Lo studio approfondito della politica adottate dalla Francia in tale settore ha permesso di apprezzare la razionalità interna e la conformità della legislazione francese agli *standard* europei, avendo tutti gli strumenti previsti dall'Unione europea in materia di contrasto all'immigrazione irregolare trovato concreta attuazione nell'ordinamento giuridico francese. In particolare, l'analisi si è rivelata particolarmente interessante, mostrando come, nonostante la Francia abbia spesso superato le istanze europee, accentuando gli aspetti repressivi specie sotto il profilo del trattamento sanzionatorio previsto riguardo a talune condotte connesse

all'immigrazione irregolare, molti strumenti dell'Unione europea in tale settore - quali la Direttiva e Decisione-quadro del 28 novembre 2002 in materia di favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno irregolari - siano stati adottati proprio su proposta della Francia o ispirandosi comunque alla legislazione vigente nell'ordinamento francese. L'analisi di talune disposizioni del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* ha permesso di evidenziare, oltre a un generale maggior rigore delle scelte adottate dal legislatore francese rispetto alle richieste provenienti dall'Unione, la criminalizzazione dello *status* di cittadini di paesi terzi in posizione irregolare, come risulta dalla previsione del delitto di *entrée e séjour irréguliers* o dalle conseguenze derivanti dal mancato rispetto di una misura di allontanamento dal territorio francese.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'attenzione si è concentrata in particolare sull'analisi delle principali modifiche introdotte in materia di immigrazione dalle ultime riforme in tema di sicurezza, che, in vista dell'obiettivo finale di aumentare il senso di sicurezza dei cittadini, hanno condotto a un generale inasprimento del trattamento previsto riguardo ai cittadini di paesi terzi in condizione irregolare, come risulta dall'introduzione, ad opera della legge 94/2009, all'art. 10-*bis* del D. L.vo 25 luglio 1998, n. 286 del reato di immigrazione clandestina. Tale scelta legislativa ha fornito l'occasione per avviare una ricerca di più ampio respiro, volta a verificare sia la compatibilità della politica migratoria italiana agli *standard* europei, sia la consistenza del bene giuridico sotteso alla nuova fattispecie incriminatrice. Sotto il primo aspetto, dall'analisi del rapporto tra gli obblighi comunitari di penalizzazione esistenti in materia e il crescente ruolo assunto dal 2002 dal diritto penale italiano nella disciplina complessiva dell'immigrazione, è emerso come il legislatore italiano sia andato in alcuni casi oltre le istanze poste a livello sovranazionale, accentuando la dimensione repressiva dell'azione di contrasto all'immigrazione clandestina. Riguardo al bene giuridico, la scelta del legislatore di porre ad oggetto di tutela penale l'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori è stata analizzata anche alla luce dell'importante sentenza della Corte Costituzionale n. 250 del 2010, che ha riconosciuto nell'ordinata gestione di tali flussi un bene giuridico "strumentale", la cui salvaguardia consente di attuare una protezione in forma avanzata di beni pubblici "finali", quali la sicurezza, la sanità e l'ordine pubblico. Sono state ulteriormente approfondite le modifiche introdotte nell'ordinamento italiano ai reati di favoreggiamento e tratta di esseri umani, nella prospettiva di una più efficace azione di contrasto all'immigrazione clandestina.

Nel complesso, l'indagine svolta ha permesso di constatare che l'azione europea di contrasto all'immigrazione irregolare si è concentrata prevalentemente sulle condotte *latu*

sensu connesse al favoreggiamento di tale fenomeno, invitando gli Stati a introdurre in materia sanzioni efficaci proporzionate e dissuasive, senza spingersi fino al punto di sancire una criminalizzazione dei migranti clandestini. Il dispositivo messo in campo a livello europeo si distingue nettamente, da questo punto di vista, dal sistema repressivo di alcuni Stati membri, come l'Italia, ma ancor prima la Francia, che hanno invece scelto di “puntare” sul diritto penale non solo allo scopo di combattere il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ma anche per sanzionare direttamente lo straniero la cui presenza nel territorio nazionale sia irregolare.

In conclusione, le realizzazioni finora conseguite, benché importanti, non sono tuttavia sufficienti, emergendo dall'indagine svolta dapprima sul piano europeo e successivamente a livello comparato tra due ordinamenti nazionali l'esigenza che le politiche europee e nazionali si sviluppino in modo parallelo, coerente e globale. In questa prospettiva, fa ben sperare l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che potrebbe costituire il vero punto di svolta nella regolamentazione di una materia così frammentata e complessa, ma anche ricca di sfide e di opportunità, quale l'immigrazione irregolare.

Bibliografia

- AA.VV., *Le droit à la mesure de l'homme, Mélanges en l'honneur de Philippe Leger*, Parigi, 2006;
- AA.VV., "Decreto sicurezza": tutte le novità, Milano, 2008;
- ADAM R., *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. dir. eu.*, 1994, n. 2, p. 233;
- ADAM R., *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *DUE*, 1998, n. 2-3, p. 227;
- ADAM R., *Il contributo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Europa - Europe*, 1999, n. 3, p. 117;
- ADINOLFI A., *I lavoratori extracomunitari. Norme interne ed internazionali*, Bologna, 1992;
- AIMO M., *Lavoro e immigrazione nell'Unione europea*, in *Lavoro e diritto*, 1994, n. 4, p. 587;
- ALESSANDRONI A. - SIMONETTI C., *Le tecnologie biometriche per il controllo delle frontiere nell'Unione europea*, su www.media.tecnici.it;
- ALTIMARI M., *Sanzioni ai datori di lavoro che impiegano cittadini non comunitari irregolari: osservazioni sulla direttiva 2009/52/CE*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, n. 3, p. 618;
- ANTONINI E., *Le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 11, p. 1372;
- S. ARBIA, *La Convenzione ONU sui diritti del minore*, in *Dir. uomo*, 1992, n. 1, p. 39;
- BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, n. 1, p. 21;
- BARTOLE S. - CONFORTI B. - RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001;
- BARUFFI M.C., *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008;
- BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007;
- BECUCCI S. - MASSARI M., *Globalizzazione e criminalità*, Roma-Bari, 2003;
- BEDUSCHI L., *Condannata l'Italia per il trattenimento di una donna Rom in un centro di permanenza temporanea*, su www.penalecontemporaneo.it;
- BEGHÈ LORETI A.(a cura di), *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova, 1995;
- BELLUCCI S., *Schengen, L'Europa senza frontiere e le nuove misure di cooperazione tra polizie*, Roma, 1999;
- BERGSTROM C. F., *L'Europa oltre il mercato interno: commento al Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, n. 1, p. 1;
- BERTHELET P., *L'impact des événements du 11 septembre sur la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Cultures et Conflits*, 2002, p. 30;
- BERTOLINO M. - FORTI G. (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005;

- BERTOZZI S., *Europe's Fight against Human Trafficking*, su www.ifri.org;
- BIGO D., *Enjeux du troisième pilier du traité sur l'Union européenne*, in *Politique étrangère*, 1996, n. 1, p. 125;
- BIGO D. - GUILD E., *De Tampere à Séville, vers une gouvernamentalité de la nomination transnationale?*, in *Cultures et conflits*, 2002, n. 45, p. 10;
- BONETTI P., *Il referendum abrogativo del testo unico sulle disposizioni sull'immigrazione di fronte alla Corte Costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2000, n. 1, p. 77;
- BONETTI P., *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 125;
- CAGGIANO G., *Il futuro dell'Europa dopo il vertice europeo di Laeken*, in *Stranieri*, 2002, n.1, p. 65;
- CAGGIANO G., *L'integrazione europea a "due velocità" in materia di immigrazione legale ed illegale*, in *Dir. pubb. comp. eu.*, 2008, n. 3, p. 1107;
- CAGGIANO G., *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, n. 1, p. 105;
- CAGGIANO G., *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Stranieri*, 2010, n. 2, p. 7;
- CAGGIANO G., *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in *Stranieri*, 2010, n. 1, p. 35;
- CALCAGNO E., *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 3, p. 299;
- 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 *Leg. Pen.*, 1999, p. 261;
- CAPUTO A., *Interrogativi sul neo-schiavismo*, in *Quest. giust.*, 2000, n. 5, p. 844;
- CAPUTO A., *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, n. 5, 2002, p. 967;
- CAPUTO A., *Prime applicazioni delle norme penali della legge Bossi-Fini*, in *Quest. giust.*, 2003, n. 1, p. 126;
- CAPUTO A., *Dubbi di legittimità costituzionale del nuovo delitto di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 4, p. 88;
- CAPUTO A., *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Quest. Giust.*, 2004, n. 2-3, p. 359;
- CAPUTO A., *I delitti di favoreggiamento alle migrazioni illegali*, in *Dir. e Form.*, 2004, p. 56;
- CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006;
- CAPUTO A., *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 10, p. 1187;

- CARLIER J.Y. - DE BRUYCKER P., *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, 2005;
- CARTA M. (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Roma, 2009;
- CASADONTE A., *L'occupazione irregolare di lavoratori stranieri nel quadro dei principi generali del diritto penale*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 1, p. 200;
- CASO R., *Migrazione e sviluppo: la politica europea*, su www.ispionline.it.
- CASSARINO J. P. (a cura di), *I negoziati relativi alla riammissione nell'ambito del processo di Barcellona*, su www.iai.it;
- CELLAMARE G., *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, n. 1, p. 376;
- CERASE M., *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini"*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, n. 11, p. 1343;
- CHARDONNEAU C. - PANSIER P. J., *Présentation de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure: de la LSQ à la LSI*, in *GP*, 2003;
- CHETAİL V., *Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières: une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis schengen*, in *Europe*, 2006, n. 8-9, p. 4;
- CHEVALIER L., *Classes laborieuses, classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX siècle*, LGF, coll. «Pluriel», 1978, p. 209;
- CLAISSE S. - JAMART J.S., *La lutte contre l'immigration irrégulière au sein de l'Union européenne: enjeux et perspectives de l'harmonisation pénale*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2002, p. 45;
- CODA P., *L'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne*, in *RMUE*, 2005, p. 386;
- CODINI E., *L'iscrizione alla scuola dei minori stranieri*, in *Minorigiustizia*, 2008, n. 3, p. 102;
- CONCOLINO B., *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: l'espulsione di presunti terroristi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, n. 3, p. 627;
- CONFALONIERI A., *Il diritto di non essere vittime*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2008, n. 3, p. 27;
- CORBETTA S. - DELLA BELLA A. - GATTA G. L. (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009;
- CORRADO L., *L'intégration de l'acquis de Schengen dans l'Union européenne: problèmes et perspectives*, in *RMUE*, 1999, p. 342;
- COUSIN G., *Sanzioni penali e condizione dell'immigrato in Francia: tra funzione amministrativa e finalità politiche*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 4, p. 76;
- CURTI GIALDINO C., *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, n. 1, p. 41;
- CUTAJAR C., *La loi pour la sécurité intérieure*, in *Dalloz*, 2003, p. 1106;

- DAL LAGO A., *La tautologia della paura*, in *Rass. it. soc.*, 1999, n. 1, p. 5;
- DE CAPITANI E. - BARGIOTTI L., *A Chronicle of a European Freedom Security and Justice Space*, 2010, p. 21, su www.europeanrights.eu;
- DE BIOLLEY S., *Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne. Les débuts : l'acquis de Schengen*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2006, p. 23;
- DE BRUYCKER P. (a cura di), *L'émergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruxelles, 2003;
- DEFILIPPI C. - BOSI D. - HARVEY R. (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006;
- DEGLI INNOCENTI L.- TOVANI S., *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la cd. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 10, p. 1180;
- DE GRAZIA L., *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2002, n. 3, p. 1069;
- DEKNOP P. - RAES I., *Schengen, mars 1995: ébauche d'une libre circulation en Europe*, in *RMCUE*, 1995, p. 282;
- DEL GUERCIO A., *Controllo delle frontiere marittime nel rispetto dei diritti umani: prime osservazioni sulla decisione che integra il Codice delle frontiere Schengen*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, n. 1, p. 193;
- DEL VECCHIO A.M., *La protezione dei minori nell'evoluzione delle convenzioni internazionali in materia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, n. 3 p. 655;
- DELICATO V., *Alcune considerazioni sul tema della riammissione*, in *Stranieri*, 2000, n. 2, p. 148;
- DELLA BELLA A., *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, p. 4792;
- DELLA BELLA A., *Il minore straniero e il reato di immigrazione clandestina*, in *Corriere del merito*, 2010, n. 4, p. 424;
- DELMAS-MARTY M. (a cura di), *Vers un droit pénal communautaire*, Parigi, 1995;
- DE LOBKOWICZ W., *L'Europe de la sécurité intérieure. Une élaboration par étapes*, Parigi, 2002;
- DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: procedure e contenuti*, Napoli, 1997;
- DI MARTINO A. – RAFFAELLI R., *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*;
- DODARO G., *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1634;
- DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 10, p. 3558;
- DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, n. 1, p. 129;

- DRAETTA U., *La funzione legislativa ed esecutiva dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, n. 4, p. 677;
- DRAETTA U., *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, n. 2, p. 245;
- DUEZ D., *Le Conseil européen de Séville: l'Union européenne contre l'immigration clandestine*, in *L'Année sociale*, 2003, p.81;
- DUEZ D., *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, Bruxelles, 2008;
- EINAUDI L., *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Roma-Bari, 2007;
- ELSEN C., *Le Conseil européen de Thessalonique. Un nouveau pas vers une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle aux frontières*, in *RMUE*, 2003, p. 516 ;
- FACHILE S., *La nuova disciplina del trafficking nell'ordinamento giuridico italiano: legge 228/03*, su www.filodiritto.it;
- FAVILLI C., *La comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione: prime riflessioni*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 1, p. 57;
- FAVILLI C., *La politica dell'Unione europea in materia di immigrazione*, in *Tutela*, 2006, n. 3, p. 87;
- FAVILLI C., *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 3, p. 22;
- FAVILLI C., *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 2, p. 17;
- FAVILLI C., *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 7, p. 904;
- FERRARIS V., *L'impiego e lo sfruttamento di manodopera clandestina. Note a margine di due contrastanti sentenze*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 2, p. 73;
- FIORAVANTI C., *La protezione internazionale dei minori in Europa*, in *Ann. Univ. Ferrara - Sc. Giur. Nuova Serie*, 1997, vol. XI, p. 18;
- FLETCHER M., *EU Governance Techniques in the Creation of a Common European Policy on Immigration and Asylum*, in *European Public Law*, 2003, n. 9, p. 534;
- FOCARDI F., *Ancora sull'impatto della direttiva comunitaria 2008/115/CE sui reati di cui all'art. 14 co. 5-ter e 5-quater d.lgs. 286/1998*, in www.penalecontemporaneo.it;
- GABRIELLI C., *La partecipazione del Regno Unito allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Sud in Europa*, 2008;
- GABRIELLI C., *La libertà personale dell'immigrato irregolare nella direttiva-rimpatri e la disapplicazione di norme italiane contrastanti: la sentenza El Dridi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n. 2, p. 367;

- GAMBARDELLA M., *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 792;
- GAMBARDELLA M., *Le conseguenze della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 4, p. 1350;
- GARCIA-JOURDAN S., *L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruxelles, 2005;
- GARCIA-JOURDAN S., *L'Unione européenne face à l'immigration*, Parigi, 2004;
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Roma, 2009;
- GATTA G. L., *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, n. 2, p. 8;
- GATTA G. L., *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 11, p. 1327;
- GENSON R., *Avancées au Conseil européenne de Séville en matière de «Justice et Affaires intérieures»*, in *RMUE*, 2002, p. 438;
- GENSON R., *Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le programme de La Haye (2005-2010)*, in *RMUE*, 2005, p. 172;
- GERMAIN L. - LASSALLE D. (a cura di), *Les politiques de l'immigration en France et au Royaume-Uni. Perspectives historiques et contemporaines*, Parigi, 2006;
- GIANELLI A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2009, n. 3, p. 678;
- GIRERD P., *L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines*, in *RTD eur.*, 1999, n. 2, p. 240;
- GIUBBONI S., *Immigrazione e politiche dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2005, n. 106, p. 216;
- GIUNTA F. - A. CAPUTO A. - CICALA M., *Opinioni a confronto. Il resto di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 399;
- GIZZI L., *Sulla natura giuridica del delitto di agevolazione dell'immigrazione clandestina*, in *Giur. it.*, 2003, n. 5, p. 1012;
- GRASSO G. - SICURELLA R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007;
- GROSSO E., *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 166;
- GUIDI D., *La Corte Costituzionale torna a pronunciarsi sul testo unico dell'immigrazione*, in *Giust. pen.*, 2011, n. 3, p. 65;
- GUIMEZANES N., *La loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, in *JCP*, 2003, n. 50, p. 2169;

- GUIMEZANES N., *Création de l'interdiction administrative de retour. À propos de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, in *La Semaine Juridique*, del 27 giugno 2011, n. 26, p. 744;
- GUYOT I., *À propos de l'immigration clandestine et de ses filières. Vers une harmonisation européenne*, in *RSC* 2002, n. 2, p. 303;
- HAILBRONNER K., *European immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1998, n. 35, p. 1046;
- HREBLAY V., *Les accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir*, Bruxelles, 1998;
- JULIEN-LAFERRIERE J., *Les dispositions répressives de la loi du 26 novembre 2003*, in *AJP*, 2003, n.1, p. 97;
- KILKELLY U., *The Child and the European Convention on Human Rights*, Dartmouth, 1999;
- LABAYLE H., *La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la Conférence intergouvernementale*, in *RTD eur.*, 1997, n. 1, p. 1;
- LABAYLE H., *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam*, in *AJDA*, 1997, n. 12, p. 928 ;
- LANG A., *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 698;
- LANZA E., *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2011;
- LAZZERINI N., *Con il Trattato di Lisbona la tutela dei diritti del fanciullo entra tra gli obiettivi dell'Unione*, in *Famiglia e minori*, 2010, n. 2, p. 7;
- LEANZA U., *La mancata comunitarizzazione del II e del III pilastro dell'Unione europea nel trattato di Amsterdam*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, n. 2, p. 213;
- LECUCQ O., *L'examen par le Conseil constitutionnel de la nouvelle législation sur l'immigration*, in *AJDA*, 2004, p. 599;
- LECUCQ O., *La liberté de mariage des étrangers en situation irrégulière*, in *RD*, 2004, p. 1405;
- LETOURNEAU C., *L'évolution de l'esclavage dans les diverses races humaines*, Parigi, 1897;
- LICASTRO G., *Il «Codice frontiere Schengen»*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, n. 3, p. 587;
- LICASTRO G., *Verso un «sistema» europeo di «gestione integrata delle frontiere esterne»*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, n. 2, p. 333.
- LIENHARD C., *La loi n. 2003-239 du 19 mars 2003 pour la sécurité intérieure*, in *JCP, G* 2003, act. 185;
- LIGUORI A., *L'immigrazione e l'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, n. 2, p. 427;
- LIZZA E., *La tutela dei diritti assoluti previsti dalla Convenzione nei confronti dello straniero e la lotta al terrorismo internazionale*, in *Giur. merito*, 2008, p. 180;
- LO BUE M., *Globalizzazione e traffico di migranti*, su www.altrodiritto.unifi.it;

- LOCHAK D., *L'entrée et le séjour des étrangers en France: une législation sous influence*, in *AJDA*, 1989, p. 596;
- LOCHAK D., *La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers*, in *Les lois de l'inhospitalité. Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers*, Parigi, 1997;
- LONG J., *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006;
- LORUSSO S. (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008;
- LUCARELLI A. - PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2003;
- LUCARELLI A. - PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione Europea*, Napoli, 2009;
- MACIOTI M.A. - PUGLIESE E., *Gli immigrati in Italia*, Roma-Bari, 1993;
- MAGNETTE P., *La Grande Europe*, Bruxelles, 2004;
- MAGRINI P., *L'evoluzione delle politiche europee nel settore della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Tampere via Amsterdam*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2000, n. 4, p. 1817;
- MANCINI D., *Il cammino europeo nel contrasto alla tratta di persone*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 9, p. 1114;
- MANNA A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 2, p. 454;
- MARCONI G., voce *Stato (delitti contro la personalità internazionale dello Stato)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 604;
- MASERA L. - VIGANÒ F., *Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, su www.penalecontemporaneo.it;
- MASERA L., *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*; in *Corr. Merito*, 2008, p. 1175;
- MASERA L., *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, n. 3, p. 1381;
- MASSON B., *Un enfant n'est pas un étranger comme les autres*, in *Rev. trim. droits de l'homme*, 2007, n. 71, p. 823;
- MATSCHER F. - PETZOLD H., *Protecting Human Rights: the European dimension*, Köln, 1990;
- MAZZA O. - VIGANÒ F. (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008;
- MAZZA O. - VIGANÒ F. (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009;
- MERINO M., *La réforme du contentieux des étrangers. Aspects positifs et négatifs d'une réforme contestée*, in *Dadm*, 2008, p. 17 ;
- MIAZZI L. - PERIN G., *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 203;

- MONTANARI S., *Gli accordi di riammissione*, su www.cir-onlus.org;
- MORO A.C., *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi: la Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Milano, 1991;
- MOROZZO DELLA ROCCA P. - COGNITI P., *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2005;
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Procedimenti minorili, reato di clandestinità e reinserimento sociale del minore straniero deviante* su www.minoriefamiglia.it;
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Il diritto dell'immigrazione ed i malintesi sensi (degli obblighi) dell'integrazione*, in *Corriere giuridico*, 2009, n. 4, p. 441;
- MORRONE F., *Lo sfruttamento della manodopera straniera e le "forme contemporanee di schiavitù": il caso di Rosarno*, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2010, n. 4, p. 367;
- NAPPI A., *Falsità in atti*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989, 1;
- NASCIMBENE B., *Da Schengen a Maastricht, Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995;
- NASCIMBENE B. (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero, Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997;
- NASCIMBENE B., *Dopo Schengen*, in *DUE*, 1997, p. 505;
- NASCIMBENE B., *L'incorporazione degli accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 731;
- NASCIMBENE B., *Nuove norme in materia di immigrazione, la legge Bossi-Fini: perplessità e critiche*, in *Corr. Giur.*, 2003, n. 4, p. 532;
- NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004;
- NASCIMBENE B., *Il progetto di Costituzione europea e l'immigrazione*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 1, p. 13;
- NASCIMBENE B., *L'approccio globale nella gestione dell'immigrazione: la politica dell'UE alla luce dell'attuazione del Programma dell'Aia*, in *DUE*, 2008, p. 436;
- NASCIMBENE B. - LANG A., *Il trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il corriere giuridico*, 2008, n. 1, p. 137;
- PACCIONE G., *La tratta di persone nel diritto internazionale*, in www.diritto.net;
- PADOVANI T. (a cura di), *Leggi penali d'udienza*, Milano, 2003;
- PALLARO P., *Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1998, n. 2, p. 453;
- PALMA A., *Inottemperanza all'obbligo di esibizione di documenti*, in *Studium Iuris*, 2011, n. 9, p. 968;
- PARISI N. - RINOLDI D. (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996;

- PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2009, n. 3, p. 653;
- PASTORE F., *L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti*, in *Riv. dir. int.*, 1998, n. 4, p. 968;
- PASTORE F., *Verso una politica migratoria comune? Le prospettive di applicazione del nuovo Titolo IV tra interessi nazionali e interessi comuni*, in *Occasional Paper CeSPI*, 1999, p. 18;
- PASTORE F., *La rotta di Enea. Relazioni euro mediterranee e migrazioni*, su www.cespi.it;
- PASTORE F., *La rivoluzione (incompiuta) della politica migratoria europea*, in *EuropaEurope*, 2000, n. 6;
- PAVARINI M., *Insicurezza da criminalità, riforma del sistema di giustizia criminale e scienza penale*, in Ius17@unibo.it, 2008, n. 1, p. 24;
- PECCIOLI A., *"Giro di vite" contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, n. 1, p. 42;
- PECCIOLI A., *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 1, p. 42;
- PECCIOLI A., *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 1, p. 20;
- PEERS S., *Legislative Update: EU Immigration and Asylum Competence and Decision-Making in the Treaty of Lisbon*, in *European journal of migration and law*, 2008, n. 2, p. 247;
- PELISSERO M., *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2007, n. 4, p. 684;
- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008;
- PELISSERO M., *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self-restraint della Corte Costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2010, n. 4, p. 148;
- PENSABENE LIONTI T., *Trattato di Lisbona e diritti fondamentali: nuove prospettive con riferimento alla Carta di Nizza ed al rapporto tra Unione Europea e CEDU*, in *Nuove Autonomie*, 2010, n. 2, p. 387;
- PERRONE D., *L'aggravante della clandestinità: un ritorno alle presunzioni di pericolosità sociale scongiurato dalla Corte Costituzionale*, in *Leg. Pen.*, 2010, n. 3, p. 317;
- PERTILE M., *La detenzione amministrativa dei migranti e dei richiedenti asilo nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani: dal caso Mubilanzila al caso Muskhadzhiyeva*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2010, n. 2, p. 457;
- PEPINO L., *Immigrazione, politica, diritto (note a margine della legge n. 40/1998)*, in *Quest. giust.*, 1999, n. 1, p. 14;
- PEPINO L., *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 3, p. 9;
- PICOTTI L., *I delitti di tratta e schiavitù: novità e limiti della legislazione italiana*, in *Ind. pen.*, 2007, n. 1, p. 25;

- PISA P. - ARRIGONI F., *La cessione a titolo oneroso di un immobile al clandestino*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 2, p. 26;
- PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 1, p. 5;
- PISA P., *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 1, p. 5;
- PISA P., *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare (D.l. 89/11)*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 7, p. 804;
- PISTORELLI L. - ANDREAZZA G., *Ancora sul d.l. 23 giugno 2011, n. 89 (modifiche al t.u. immigrazione)*, in www.penalecontemporaneo.it;
- POCAR F., *Verso lo Statuto del minore*, in *Dir. uomo*, 1992, n. 2, p. 40;
- PULITANÒ D., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 9, p. 1081;
- PUSTORINO P., *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998;
- PÜTZ A., *Le juge des libertés et de la détention et la loi du 26 novembre 2003*, in *AJP*, 2003-2004, n. 1, p. 100;
- RENOLDI C., *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 38;
- RENOLDI C. - SAVIO G., *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, n. 3-4, p. 42;
- RICCARDI G., *La doppia percezione della clandestinità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: l'aggravante illegittima ed il reato ragionevole nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2010, n. 1-3, p. 81;
- RODIER C. - TERRAY E. (a cura di), *Immigration: fantasmes et réalités. Pour une alternative à la fermeture des frontières*, Parigi, 2008;
- ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2004;
- ROSI E., *Regolari, irregolari e clandestini. Le novità del testo sull'immigrazione*, in *Diritto e Giustizia*, 2002, n. 31, p. 12;
- RYMKEVITCH O., *Europa e immigrazione: verso l'adozione di un metodo aperto di coordinamento a livello UE*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, n. 4, p. 457;
- SACCUCCI A., *Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*, in *Giur. it.*, 2000, n. 1, p. 224;
- SALAZAR L., *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, n. 11, p. 3513;
- SALERNO F. (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003;
- SAPIENZA R., *Lisbona 2007: un nuovo Trattato per l'Unione europea*, in *Aggiornamenti sociali*, 2008, n. 2, p. 127;

- SAPORITO L., *Per un diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2008;
- SARKOZY N., *La loi MISIFEN du 26 novembre 2003: présentation générale*, in *AJP* 2004, n. 3, p. 93;
- SAULLE M. R., *La Convenzione di New York sulla tutela del fanciullo*, in *Dir. uomo*, 1999, n. 1, p. 20;
- SAULLE M. R., *La Convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994;
- SAVIO G., *Il diritto degli stranieri e i limiti del sindacato della Corte Costituzionale: una resa del giudice delle leggi?*, in *Dir. imm. citt.*, 2007, n. 1, p. 173;
- SAVIO G., *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/09*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, n. 4, p. 77;
- SAVIO G., *La riscrittura della Legge Bossi-Fini attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Studium iuris*, 2005, n. 12, p. 1492;
- SCACCIA G., *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE*, su www.cortecostituzionale.it.
- SCALIA V., *L'espulsione dello straniero alla prova degli obblighi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in *Ind. pen.*, 2010, n. 2, p. 749;
- SCARPA S., *L'Unione europea e la lotta alla nuova tratta di esseri umani*, in *Aff. soc. int.*, 2005, n. 1, p. 51;
- SCHERMERS H.G. e altri, *Free movement of persons in Europe*, Dordrecht/Boston/London, 1993;
- SCIACOVELLI A. L., *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale generale*, in *Com. Intern.*, 2005, n. 2, p. 269, (Parte I); n. 3, p. 471, (Parte II);
- SEATZU F., *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *Comunità Internazionale*, 2009, n. 1, p. 48;
- SEUVIC J-F., *La loi 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, in *RSC*, 2004, p. 407;
- SICURELLA S., *Il contrasto dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Milnao, 2011;
- SINGER-KEREL J., *Protection de la main-d'œuvre nationale en temps de crise. Le précédent des années trente*, in *Revue européenne des Migrations Internationales*, 1989, vol. 5, n. 2, p. 7;
- SIRACUSANO F., *La clandestinità, "condizione" della circostanza aggravante e "condotta" del reato proprio*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 7-8, p. 2925;
- SLAMA S., *Obligation de motivation des OQTF: un avis du Conseil d'Etat pour rien?*, Il blog di diritto amministrativo, 14-10-2007;
- SLAMA S., *Statut constitutionnel des étrangers: nouvelle illustration de la faiblesse de la protection constitutionnelle des étrangers*, in *Actualité Droits-Libertés* du Centre de recherche

et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF) de l'Université Paris Ouest Nanterre-La Défense, 13 giugno 2011;

SORRENTINO T., *L'espulsione dello straniero*, in *Giust. pen.*, 1990, I, p. 216;

SPIEZIA F., *La tratta degli esseri umani: strumenti normativi di contrasto sul piano internazionale e le attività di cooperazione giudiziaria*, relazione presentata all'incontro del Consiglio Superiore della Magistratura, giugno 2010, p. 4;

SPIEZIA F. - SIMONATO M., *La prima direttiva UE di diritto penale sulla tratta di esseri umani*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 9, p. 3197;

STARACE V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992;

STOMEIO A., *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e cessione di immobile a stranieri irregolarmente soggiornanti*, in www.personaedanno.it;

TACCHINARDI M., *L'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, n. 2, p. 314;

TIZZANO A., *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998;

TIZZANO A., *Codice dell'Unione europea*, Padova, 2002;

TIZZANO A. (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Milano, 2004;

TREVISANUT S., *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: Frontex e diritto internazionale*, in *DUE*, 2008, n. 2, p. 369;

TRIGGIANI E. (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010;

TUCCI R., *Problemi applicativi del delitto di locazione di immobile ad extracomunitari irregolari*, in *Giust. pen.*, 2010, n. 6, p. 217;

TURPIN D., *La loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, in *RD*, 2004, n. 5, p. 283;

VASSALLO PALEOLOGO F., *Esternalizzazione dei controlli di frontiera e diritti fondamentali dei migranti*, in www.altrodiritto.unifi.it;

VASSALLO PALEOLOGO F., *Accordi di riammissione e direttiva rimpatri*, su www.altrodiritto.unifi.it;

VAZ CABRAL G., *La traite des êtres humains. Réalités de l'esclavage contemporain*, Parigi, 2006,

VIGANÒ F. - MASERA L., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, n. 2, p. 560;

VIGANÒ F. - MASERA L., *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e «direttiva rimpatri» UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 5, p. 1710;

VISCONTI C., *Determinatezza della fattispecie e bilanciamento degli interessi*, in *Foro it.*, 1995, I, p. cc. 2773;

- VISCONTI C., *Riduzione in schiavitù: un passo avanti o due indietro delle Sezioni Unite?*, in *Foro it.*, 1997, n. 11, p. 313;
- VIZZARDI M., *Divieto di assunzione di stranieri sprovvisti del permesso di soggiorno: una questione interpretativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, n. 4, p. 1706;
- WEYEMBERGH A., *La coopération européenne en matière de justice et affaires intérieures : vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité?*, in *Revue belge de droit international*, 2000, n. 2, p. 613;
- WEYEMBERGH A., *De certaines propositions visant à renforcer la lutte contre l'immigration irrégulière au sein de l'Union européenne*, in *Revue du droit des étrangers*, 2001, n. 111, p. 704;
- WEYEMBERGH A., *La lutte contre la traite et le trafic d'êtres humains*, in *RIDP*, 2006, p. 218;
- WEYEMBERGH A. - SANTAMARIA V. (a cura di), *The evaluation of European criminal law. The example of the Framework Decision on combating trafficking in human beings*, Bruxelles, 2007;
- ZANOBETTI PAGNETTI A., *Bilancio e prospettive della protezione internazionale dei diritti del fanciullo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, n. 2, p. 586;
- ZARKA C., *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité: le Conseil constitutionnel a prononcé trois censures et émis deux réserves d'interprétation*, in *JCP*, 2003, n. 51-52, p. 2249;
- ZILLER J., *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007;
- ZORZI GIUSTINIANI F., *Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di Giustizia si pronuncia sulla cd. direttiva qualifiché*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, n. 3, p. 779.